

E R I K W E R L A U F F

EUROPÆISKE
MENNESKERETTIGHEDER

- en praktisk indføring

Gjellerup

Erik Werlauff

EUROPÆISKE MENNESKERETTIGHEDER

– en praktisk indføring

Gjellerup

Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring

© Erik Werlauff og Gjellerup/Gads Forlag 2006

Omslag: Henrik Würtz

Sats og tryk: Narayana Press, Gylling

ISBN 10: 87-13-04905-4

ISBN 13: 978-87-13-04905-9

Kopiering fra denne bog må kun finde sted på institutioner, der har indgået aftale med COPY-DAN, og kun inden for de i aftalen nævnte rammer. Det er tilladt at citere med kildeangivelse i anmeldelser.

www.gjellerup.com

Indhold

<i>Indledning</i>	7
<i>Forkortelser</i>	9
<i>I. ALMINDELIG DEL: Fælles begreber og principper</i>	11
<i>A. Menneskerettighedernes ideologiske og historiske baggrund</i>	11
1. Begreb og terminologi	11
2. Historisk udvikling indtil Anden Verdenskrig	12
3. Efter Anden Verdenskrig	15
<i>B. Andre menneskeretskilder i samspil med EMRK</i>	16
1. Grundlovens materielle frihedsrettigheder	16
2. FN's konvention om borgerlige og politiske rettigheder	20
3. EU's respekt af grundlæggende rettigheder	21
4. Skematisk sammenligning af regelsættene	28
<i>C. Håndhævelse af menneskerettighederne</i>	29
1. Internationale domstole: Individet som rets- og pligtsubjekt	29
a. Straffedomstole med regional ad hoc kompetence: Nürnberg, Tokyo, Jugoslavien, Rwanda	30
b. Straffedomstol med permanent global kompetence: Den internationale Straffedomstol, ICC	32
c. Specialdomstol med permanent global kompetence: Den internationale Domstol i Haag, ICJ	33
d. Specialdomstole med permanent regional kompetence: EMD og EFD	34
e. Sammenfattende	34
2. Danske domstole	35
a. Påberåbelse af Grl.	35
b. Påberåbelse af EMRK	35
c. Påberåbelse af EU-retten grundrettigheder	37
3. EMD i Strasbourg	38
a. EMD's struktur	38
b. Søgsmålsberettigelse	39
c. Klagen	41
d. Sagsbehandlingen	41
e. Dommen	43
f. Dommens konsekvenser	45

4. EFD i Luxembourg	48
a. Grundretsprøvelse ved direkte søgsmål: Annulations- og erstatningssøgsmål	48
b. Grundretsprøvelse ved indirekte søgsmål: Præjudiciel forelæggelse	49
5. FN's Menneskerettighedskomite	52
6. Foreløbige retsmidler i hastende menneskerettighedssager	52
a. EMD	53
b. EFD	54
c. Nationale domstole	55
D. <i>National gennemførelse af menneskerettighederne</i>	58
1. Monisme eller dualisme	58
2. De danske gennemførelsesmetoder	59
3. Inkorporeringen i 1992	59
4. Lex posterior eller lex superior?	62
E. <i>Indskrænkninger i menneskerettighederne: Modhensyn</i>	63
1. Modhensyn "i et demokratisk samfund", herunder afvejningen mellem konkret modsatrettede menneskerettigheder	63
2. Legalitetsprincippet (the rule of law), tilgængelighed (accessibility) og forudsigelighed (foreseeability).	65
3. Indgrebs "nødvendighed": Objektive kendetegn, skønsmargin og proportionalitet	68
F. <i>Vertikal og horisontal virkning. Menneskerettigheders virkning mellem private</i>	78
II. <i>SPECIEL DEL: De enkelte menneskerettigheder</i>	87
A. <i>Forbud mod diskriminering</i>	87
B. <i>Liv og frihed</i>	94
1. Generelt	94
2. Ret til livet og afskaffelse af dødsstraf	94
3. Forbud mod tortur, nedværdigende behandling m.v.	97
4. Forbud mod slaveri og tvangsarbejde	100
5. Ret til frihed og sikkerhed	101
6. Forbud mod frihedsberøvelse på grund af gæld	108
7. Frihed til valg af opholdssted	108
8. Forbud mod udvisning af egne statsborgere	109
9. Forbud mod kollektiv udvisning af udlændinge	110
C. <i>Privatliv og familieliv</i>	110
1. Generelt	110
2. Ret til respekt for privatliv og familieliv	110
a. Privatliv	111
b. Familieliv	115

c. Hjem	119
d. Korrespondance	120
3. Ret til at indgå ægteskab	122
4. Ægtefællers lige rettigheder	122
D. <i>Beskyttelse af tanke, samvittighed, religion, ytringer, forsamlinger og foreninger</i>	122
1. Generelt	122
2. Ret til at tænke frit og til samvittigheds- og religionsfrihed	122
3. Ytringsfrihed	124
a. Om begrebet “ytringer”	125
b. Hjemmel til indgreb i ytringsfriheden	127
c. Under hvilke former møder man indgrebene?	128
d. Modhensyn, skønsmargin og proportionalitet	130
e. Politiske og øvrige offentlige anliggender	133
f. Injuriesager	135
g. Ytringer og tavshedspligt i offentlig og privat ansættelse	138
h. Journalisters kildebeskyttelse	140
i. Kommercielle ytringer	140
j. Modtagelse af ytringer	141
k. Sammenfatning og prøvelses-“opskrift”: Hensyn, modhensyn og proportionalitet	142
4. Forsamlings- og foreningsfrihed	144
a. Forsamlingsfriheden	145
b. Foreningsfriheden	147
5. Ret til frie valg	152
E. <i>Økonomiske menneskerettigheder</i>	153
1. Generelt	153
2. Ejendomsretten	153
a. Om begrebet ejendomsret	154
b. Erstatningsfri regulering contra ekspropriation	156
c. Legalitetsprincippet	159
d. Hvad indebærer begrebet at “berøves sin ejendom”?	160
e. Skatter, afgifter, bøder, konfiskation m.v.	161
f. Erstatning for ekspropriation	163
g. Ikke-diskriminering	164
3. Erhvervsfrihed: EMRK som løftestang for Grl. § 74	165
F. <i>Processuelle menneskerettigheder</i>	168
1. Generelt	168
2. Ret til retfærdig rettergang	169
a. Hvilke sagstyper omfattes?	171

b. Ret til domstolsprøvelse og kvalitetskrav til dommen	175
c. Offentlig rettergang	178
d. Dom inden for en rimelig frist	180
e. Uafhængig og upartisk domstol	182
f. Uskyldsformodning og selvinkrimineringsforbud	185
g. Effektivt forsvar	194
h. Samlet resultat: Retfærdig rettergang	198
3. Adgang til effektive retsmidler	199
4. Forbud mod ex post facto straffelovgivning: Nullum crimen & nulla poena sine lege	199
5. Ret til appel i straffesager	202
6. Ret til ikke at blive retsforfulgt to gange: Ne bis in idem	204
7. Erstatning efter strafferetlig frifindelse	206
8. Proceduremæssig sikring i udvisningssager	208

<i>Litteratur</i>	211
-----------------------------	-----

Registre

<i>Domme fra Menneskerettighedsdomstolen (EMD)</i>	219
<i>Domme fra EF-domstolen (EFD)</i>	223
<i>Domme fra nationale domstole</i>	224
Ugeskrift for Retsvæsen	224
Nordisk Domssamling	225
Norsk Rettstidende	226
Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht	226
Zeitschrift für Wirtschaftsrecht	226

<i>Stikord</i>	227
--------------------------	-----

Indledning

Menneskerettigheder (grundrettigheder, frihedsrettigheder, borgerrettigheder) er ikke blot et spørgsmål om beskyttelse mod tortur i fjerne diktaturstater. Det er også et spørgsmål om fx

- forbud mod strafferegler med tilbagevirkende kraft,
- krav om retfærdig rettergang, herunder retten til domstolsprøvelse,
- krav på retssag inden for en rimelig tid,
- forbud mod skyldformodning i straffesager, herunder fx mod, at man tvinges til at afgive “tilståelse” over for skatte-, konkurrence- eller børsmyndigheder,
- beskyttelse mod tapning af telefon, e-mail mv. samt beskyttelse af bolig- og erhvervslokaler,
- sikring af ytringsfriheden, også den kommercielle ytringsfrihed, og også retten til at modtage ytringer, fx over Internet,
- beskyttelse af ejendomsretten, fx mod helt vilkårlig skattepålægelse, og
- foreningsfrihed, også fx retten til *ikke* at være foreningsmedlem, dvs. beskyttelse mod eksklusivklausuler.

Danmark har været folkeretligt forpligtet af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) siden 1950, men med virkning fra 1. juli 1992 blev EMRK en bestanddel af dansk ret, som af borgere og virksomheder kan påberåbes direkte ved domstole, forvaltningsmyndigheder m.v. Hvis man mener, at ens ret er krænket, kan man anlægge sag direkte ved Menneskeretsdomstolen (EMD) i Strasbourg. Denne domstol har således fået karakter af en fælleseuropæisk forfatningsdomstol.

Til brug for undervisningen i faget grundrettigheder under erhvervsjurastudiet ved Aalborg Universitet har jeg i samråd med min gode kollega og ven *professor Claus Haagen Jensen* fundet behov for en kort og oversigtspræget introduktion til grundrettigheder, og nærværende bog udspringer af dette behov.

Jeg besluttede at fremstille stoffet på en sådan måde, at også praktikere ved domstolene, på advokatkontorerne, hos andre rådgivere, i virksomhederne og i den offentlige forvaltning kan have nytte af fremstillingen.

Jeg har været inspireret af én af de helt centrale fremstillinger af amerikansk forfatningsret, *Jerre S. Williams: Constitutional analysis*, som på få hundrede sider giver selve essensen af både de materielle frihedsrettigheder og af *Supreme Court's* kompetence til *judicial review*. Også i min understregning af, at håndhævelsesmulighederne og dermed domstolskontrollen med rettighederne står i fokus ved bedømmelsen af rettighedernes gennemslagskraft, er jeg inspireret af Williams' fremstilling. Min disponering af stoffet er dog på væsentlige punkter mere “kontinentaleuropæisk” og abstrakt i sin metode, end Williams og hans af *common law* traditionerne prægede kolleger nødvendigvis må være, om end også jeg lægger megen vægt på illustrerende kasuistiske elementer i min fremstilling.

Jeg har i fremstillingen gjort ganske meget ud af “flette EMRK sammen” med andre forskrifter, så EMRK og dens anvendelse levendegøres. Den flettes jævnlige sammen med Grl.-bestemmelser, med EU-forskrifter og med relevante danske lovbestemmelser – alt i det øjemed at påvise, hvordan EMRK dækker en lang række tilfælde og sørger for en afskærmning i situationer, hvor national ret måske ikke tilstrækkeligt beskytter på det

pågældende område. Denne betragtningsmåde er netop ét af de grundlæggende hensyn med fremstillingen: At gøre brugeren fortrolig med den form for grundretlig analyse, som gør den supplerende og korrigerende anvendelse af EMRK til en naturlig ting i retsanvendelsen.

Aalborg Universitet, januar 2006

Erik Werlauff

www.werlauff.com

Forkortelser

BVerfG	(tysk) Bundesverfassungsgericht
BVerwG	(tysk) Bundesverwaltungsgericht
BFH	(tysk) Bundesfinanzhof
BGH	Bundesgerichtshof
CELEX	database over retsakter (communitatis europææ lex)
CMLRev	Common Market Law Review
EBLR	European Business Law Review
EF	Det Europæiske Fællesskab
EFD	EF-domstolen
EFT	EF-tidende (afdeling C: meddelelser, <i>communicatio</i> ; afdeling L: regler, <i>legislatio</i>)
ELR	European Law Review
EMD	Den europæiske Menneskerettighedsdomstol
EMK	Den europæiske Menneskerettighedskommission (til 1/11 1998)
EMRK	Den europæiske Menneskerettighedskonvention
ERT	Europarättslig Tidsskrift
EU	Den Europæiske Union
EU&M	EU-ret & Menneskeret
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FM	Fuldmægtigen
GG	(tysk) Grundgesetz
H	Højesterets dom eller kendelse
ICC	International Criminal Court
ICJ	International Court of Justice (Den internationale Domstol i Haag)
ICTR	International Criminal Tribunal for Yougoslavia
ICTY	International Criminal Tribunal for Rwanda
J	Juristen
J.U.	Juridisk Ugebrev
L&R	Lov & Ret
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRT	(norsk) Rettstidende
NTIR	Nordisk Tidsskrift for International Ret
OLG	(tysk) Oberlandesgericht
Pl etc.	tillægsprotokol nr. 1 etc.

R	Rigsrettens dom eller kendelse
Rabels	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
rpl.	retsplejeloven
Rule	bestemmelse i EMD's Rules of procedure
Saml.	EFD's Samling af afgørelser
strfl.	straffeloven
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
TfS	Tidsskrift for skatter og afgifter
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
V	Vestre Landsrets dom eller kendelse
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	(tysk) Zivilprozessordnung
Ø	Østre Landsrets dom eller kendelse

I. ALMINDELIG DEL:

Fælles begreber og principper

A. Menneskerettighedernes ideologiske og historiske baggrund

1. Begreb og terminologi

Grundrettigheder eller menneskerettigheder er sådanne grundlæggende rettigheder, som tilkommer alle mennesker.

Udtrykkene “grundrettigheder” og “frihedsrettigheder” anvendes i det følgende synonymt med de mere værdiladede udtryk “menneskerettigheder” eller “borgerrettigheder”. Anvendelsen af begrebet “grundrettigheder” står i gæld til den tyske *BVerfG*, som allerede tidligt udviklede begrebet i tysk forfatningsretlig praksis, og herfra har udtrykket vundet indpas i fællesskabsretten.

Den klassiske grundrettighed er en frihedsrettighed – forstået som retten til på ét eller andet livsområde at være fri for statsmagtens indblanding, det være sig i form af indgreb i liv, frihed, privatliv, familieliv, ejendom m.v. Frihedsrettigheder er således af negativ beskaffenhed: frihed fra indgreb. Amerikansk forfatningsret anvender i overensstemmelse hermed den overordnede terminologi *liberties*, mens den enkelte rettighed er en *freedom* (freedom of the press etc.).

Selv anvender EMRK dels betegnelserne “rettigheder og friheder” efter denne konvention, jf. art. 13, hvorved således skelnes mellem frihed fra diverse former for indgreb og retten til fx retfærdig rettergang, til ligebehandling m.v., ligesom den enkelte EMRK-bestemmelse, der hjemler en frihedsrettighed, i overskriften anvender betegnelsen: ... frihed. Terminologien er dog ikke konsekvent, eftersom fx art. 8, der lige så vel kunne

have talt om friheden for indgreb i privat- og familieliv, i stedet anvender betegnelsen “ret til respekt for privatliv og familieliv”. En skarp sondring mellem “frihed” og “rettighed” er således næppe i praksis mulig, om end det bør fastholdes, at de materielle rettigheder i deres kerne er en frihed for én eller anden form for indblanding, jf. også om den historiske udvikling nedenfor.

Anvender man betegnelsen frihedsrettigheder, understreger man således herved nærmest friheden fra indgreb. Bruger man i stedet betegnelsen menneskerettigheder, understreger man herved, at retten tilkommer enhver uden forskelsbehandling, jf. indledningsordene til de fleste af de materielle bestemmelser i EMRK: “Enhver har ret til ...”.

Bruger man udtrykket grundrettigheder, betoner man herved dels, at der er tale om grundlæggende rettigheder, dels at rettighederne indbefatter “noget mere” end frihedsrettighederne med disses negative aspekter i relation til statsmagtens indgrebsmuligheder. Udtrykket grundrettigheder antyder herved, at også positive rettigheder, fx retten til retfærdig rettergang og til ligebehandling, er omfattet af begrebet, og ydermere har betegnelsen den fordel, at den også vil omfatte begreber, der enten uskrevet har udviklet sig i tilslutning til skrevne rettigheder, eller som har udviklet sig uden direkte tilknytning til disse, fx i form af proportionalitets-, legalitets- og ligebehandlingsprincipper.

Grundrettigheder kan, efter den udvikling, der har fundet sted i efterkrigstiden, opdeles i (1) borgerlige og politiske rettigheder, dvs. 1. generation af grundrettigheder, (2) økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, dvs. 2. generation, (3) ret til et rent miljø, dvs.

3. generation, og (4) ret til personlig udvikling, dvs. 4. generation.

For så vidt angår 2.-4. generation af grundrettigheder er der ikke blot tale om frihed fra statsligt indgreb på et livsområde, men om positive krav til staten i form af uddannelse, arbejde, understøttelse, rent miljø m.v. Det er dog indlysende, at der ikke herved må indbefattes så omfattende positive rettigheder, at grundrettighedsbegrebet herved devalueres. Det bør fastholdes, at begrebet må reserveres for de lidt “ophøjede” grundlæggende rettigheder, som udspringer af behovet for at sætte grænser for statsmagtens indgrebsmuligheder over for den enkelte. Enkelte “sociale rettigheder” er også beskyttet ved EMRK, således retten til uddannelse, jf. P1 art. 2, jf. fx *Jimenez mod Spanien*, dom af 25. maj 2000, der ikke finder en objektiv seksualundervisning i skolen stridende mod P1 art. 2. Jeg har imidlertid i fremstillingen udeladt disse spørgsmål for at kunne koncentrere fremstillingen om de mere klassiske frihedsrettigheder. Af samme årsag falder diverse arbejdsretlige grundrettigheder, jf. ILO’s konventioner, uden for fremstillingen. Om sociale grundrettigheder som judiciable rettigheder se *Ida Elisabeth Koch* i EU&M 2001 s. 169 ff.

I denne fremstilling vil fortrinsvis udtrykket grundrettigheder, ofte vekslende med frihedsrettigheder om de egentlige materielle grundrettigheder, blive anvendt. Herved er jeg i øvrigt på linie med anden nyere litteratur om emnet, jf. fx *Jens Elo Rytter*: Grundrettigheder.

Når man drøfter grundrettigheder, er det væsentligt at skelne mellem på den ene side de retligt forpligtende regler, på den anden side henstillinger. Sondringen svarer til forskellen mellem *hard law* og *soft law*. De rettigheder, der introduceres i det følgende, er udtryk for *hard law*, men hermed er *soft law* ikke frakendt enhver retsvirkning, idet *soft law* kan spille ind ved forståelsen af gældende retsregler på en sådan måde, at henstillingen faktisk får konkrete retsvirkninger.

2. Historisk udvikling indtil Anden Verdenskrig

Karakteristisk for grundrettigheder er det, at de er opstået som reaktion på en (rets)tilstand og en hermed sammenhængende samfundsopfattelse, som efterhånden fandtes utilstrækkelig. I denne konstatering ligger også en del af svaret på spørgsmålene om, hvorvidt menneskerettigheder er universelle eller snarere kulturelt betingede, og om de er tidsafhængige eller -uafhængige. Uanset at de nuværende EMRK-frihedsrettigheder fremstår som beskyttende “enhver”, og uanset at det med styrke fremføres af deres fortalere, at tilsvarende principper bør overholdes af alle stater, fx også af folkerepublikken Kina, må det erkendes, at udviklingen af menneskerettigheder som retligt bindende forskrifter forudsætter et vist udviklingsniveau i et samfund, og at rettighederne i deres egenskab af rummeligt formulerede, dynamiske regler er under stadig udvikling gennem retspraksis og teori. Erkendes må det således, at en given rettighed ikke behøver at have det samme indhold i 2006 som i 1960, og at der ikke kan kræves det samme udviklingsniveau af rettighederne i et tilbagestående udviklingsland som i et udviklet vestligt land. Disse bemærkninger betyder dog ikke, at menneskerettighederne i bund og grund er relative. De indeholder en kerne i henseende til beskyttelse af liv, frihed, privat- og familieliv, ytringsfrihed, ejendom m.v., som ikke kan indskrænkes, og i denne henseende er rettighederne således absolutte. Allerede det forhold, at der i den amerikanske forfatning fra 1789 er indeholdt frihedsrettigheder, hvis kerne står uantastet gennem århundrederne, viser, at der inderst i rettighederne er en solid grundvold, som ikke kan rokkes eller eroderes.

Allerede Magna Carta – det store frihedsbrev – som de engelske stormænd i juni 1215 tvang kong James til at undertegne, viser grundrettighedskonceptets karakter af reaktionsmønster over for en utilfredsstillende rets-

tilstand. Hermed er dog ikke givet udtryk for, at Magna Carta var et katalog over frihedsrettigheder, som vi kender dem, eller at frihedsbrevet gav den enkelte borger umistelige rettigheder. Hovedhjørnestenen i Magna Carta var Section 39, som gav den enkelte (adelsmand m.v.) ret til, når kongen ønskede at retsforfølge ham, at blive underkastet en *due process of law*, forstået som en retshandling efter forud fastlagte regler, og at få sin sag pådømt efter *the law of the land*, hvilket udtryk betegnede en indskrænkning i kongens ellers uindskrænkede kompetence, idet også kongen måtte erkende sin bundethed af *the law of the land*. Magna Carta var således udtryk for, at det var lykkedes at afkræve statsmagten løfte om *the rule of law* som modsætning til *the rule of man*. I vor terminologi ville vi sige: En indførelse af et legalitetsprincip som modsætning til statsmagts vilkårlighed og arbitrære beslutninger.

Samtidig udviklede Magna Carta, herunder i sin en-delige version fra 1225, den doktrin, der kendes som *habeas corpus* doktrinen, forstået som en ret for den enkelte, der berøves sin frihed, til at rette en appel til dommeren om at prøve frihedsberøvelsens lovlighed (*habeas corpus*: “Du skal tage legemet”, underforstået: påtage dig ansvaret for personens indespærring). Gennem næsten 800 år runger disse budskaber til os. Amerikansk og europæisk forfatningsret, herunder den fælleseuropæiske sådanne: EMRK, præges ikke blot af kravet om “*due proces of law*”, men også af et krav om domstolsprøvelse af frihedsberøvelsens lovlighed, jf. EMRK art. 5.

Også i andre lande end England gjorde tilsvarende frihedstanker sig gældende i 1200-tallet. I Danmark underskrev kong Erik Klipping den 29. juli 1282 en håndfæstning, svarende til Magna Carta, hvori han gav afkald på den uindskrænkede kongemagt. Kongen gav afkald på at fængsle nogen, der ikke var dømt eller dog grebet på fersk gerning, og kongen gav afkald på sin myndighed som dommer.

Enevælden (absolutismen) i 1600- og 1700-tallet koncentrerede imidlertid samfundsmagten, både den lovgivende, udøvende og dømmende, hos en monark, hvis kompetencer således blev absolutte og dermed ikke indskrænket af en folkerepræsentations deltagelse i samfundets styrelse. Grundlæggelsen af samfundslivet og dets former opfattedes som enten beroende på enkeltpersoner eller i endnu højere grad på en guddommelig vilje.

I modsætning hertil voksede der en samfundsopfattelse frem, som søger at forklare love og institutioner ud fra faktorer som naturforhold, erhvervsforhold, klimatiske forhold m.v. Denne samfundsopfattelse afviser den absolutistiske ordnings guddommelige udspring og opstiller som modsætning hertil et krav om en kompetencedeling mellem forskellige dele af statens forvaltning.

Herved kommer “den naturlige ret” – eller: naturretten – til at stå som en modsætning til en tankegang om, at monarkens uindskrænkede kompetencer udspringer af en guddommelig og uforanderlig retsorden med kongen som absolut centrum. De britiske tænkere *Thomas Hobbes* (1588-1679) og *John Locke* (1632-1704) skabte i særlig grad baggrund for en naturretligt inspireret retlig tankegang, præget af et næsten kontraktmæssigt syn på forholdet mellem stat og borger. Borgeren har i fællesskab med sine medborgere overladt kompetencer til statsmagten i det omfang, borgerne finder det hensigtsmæssigt, men kompetencen er aldrig absolut og kan aldrig udøves i modstrid med borgernes ønsker. Kompetencerne er undergivet begrænsninger og betingelser i statsmagts mulighed for indgreb over for den enkelte. Fra disse tankegange til den centrale grundrettighedsprægede “Bill of Rights” 1689 fra det britiske parlament, hvor kongemagts beføjelser sættes i bestemte rammer, går der en lige linje. Bill of Rights er samtidig betegnelsen for de første ti amendments til

den amerikanske forfatning af 1789. De blev tilføjet allerede i 1791.

Den tænker, der i særlig grad skabte det ideologiske grundlag for et brud med absolutismen og dens statsform, er den franske adelsmand og historiker *Charles de Secondat Montesquieu* (1689-1755). Efter nogle i eftertidens øjne mindre væsentlige, men dengang opsigtsvækkende satiriske og historiske værker fulgte efter 26 års arbejde det værk, der for altid har uddeliggjort Montesquieu: “Lovenes væsen” – *“Esprit des lois”* – i 1748. Efter et opgør med absolutismens idealer og en skildring af Englands forfatning formulerer Montesquieu her de grundsætninger, som enhver demokratisk statsform nu bygger på: magtens tredeling, dvs. kravet om adskillelsen af de tre magtfaktorer den lovgivende, den udøvende og den dømmende myndighed.

Der formuleredes ikke herved egentlige “menneskerettigheder”, som vi kender dem i dag, men gennem kravet om magtens tredeling skabes der grundlag for det opgør med absolutismen, som er forudsætningen for etablering af det enkelte menneskes grundfæstede rettigheder over for statsmagten. Når kongemagten ikke længere er absolut i sine kompetencer over for den enkelte, kan den enkelte stille krav om, at hver gren af statsmagten respekterer grænserne for sine kompetencer. Fremadrettet, generel regeludstedelse bliver lovgivningsmagtens opgave. Forvaltningen af disse regler bliver den udøvende magts opgave. Afgørelsen af tvister borger/borger eller stat/borger bliver den dømmende magts opgave. Hvis denne kompetencedeling skal respekteres, må et overordnet regelsæt – *lex superior* – opstille rammerne herfor og kræve respekt af kompetencedelingen. Om end den enkeltes konkrete rettigheder ikke hermed er formuleret, er grundlaget lagt for at etablere rettigheder for den enkelte over for statsmagten.

I historiens perspektiv skulle der ikke komme til at gå lang tid, før Montesquieus tanker blev gjort operative med henblik på konkrete statsforhold. Først dannede de ideologisk grundlag for den amerikanske uafhængighedserklæring den 4. juli 1776, og dernæst indgik de som ideologisk fundament for den franske revolution, dvs. for udformningen af den franske nationalforsamlings erklæring af 25. august 1789.

Den amerikanske uafhængighedserklæring af 4. juli 1776 (The Declaration of Independence) blev vedtaget af kongressen i Philadelphia, efter at de daværende amerikanske kolonier havde gjort oprør mod den britiske kolonimagt, blandt andet ved at smide en ladning te i Boston havn som protest mod afgifter pålagt fra England, *the Boston Tea Party*. Uafhængighedserklæringen var hovedsageligt forfattet af *Thomas Jefferson*. I Uafhængighedserklæringen udtales – særligt som reaktion på det klasseopdelte samfund, som kolonimagten England repræsenterede – de udødelige ord om, at alle mennesker er født lige, og der udtales i konsekvens heraf en række rettigheder for den enkelte til lighed for loven, ret til at søge offentlige embeder, magtens deling m.v.: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. That to secure these Rights, Governments are instituted, deriving their just powers from the consent of the governed ...”.

Den franske nationalforsamlings erklæring af 25. august 1789 var kulminationen på utilfredsheden med den absolutte kongemagt, personificeret først i Ludvig XIV’s ord: “L’état, c’est moi!”, senere i den ødsle Ludvig XVI’s desperate forsøg på at bevare magten for de bestående samfundsformer, *L’ancien régime*. En stenderforsamling arbejdede på en ny forfatning, men da kongen samlede tropper for at sætte sin magt igennem,

stormedes kongemagtens forhadte fængsel Bastillen den 14. juli 1789, og de vilkårligt indespærrede fanger blev frigivet. Frihedserklæringen af 25. august 1789 udtalte ligesom den amerikanske uafhængighedserklæring 12 år tidligere det enkelte menneskes umistelige ret til livet, kravet om ligebehandling, ligeretten til offentlige embeder, magtdelingen m.v.: "1. Menneskene fødes og forbliver frie og lige i rettigheder. Social forskel kan kun begrundes med hensynet til det almene vel. 2. Enhver politisk sammenslutnings mål er bevarelsen af menneskenes naturlige og umistelige rettigheder. Disse er: Frihed, ejendomsret, sikkerhed og ret til modstand mod undertrykkelse. 3. Grundlaget for al magt hviler hos nationen; ingen stand og ingen person kan udøve nogen myndighed, som ikke udtrykkeligt stammer fra folket ...".

Hermed havde de tanker, der bar Montesquieus "Lovenes ånd" fra 1748, vist deres praktiske anvendelighed og bæredygtighed. Der var endnu lang vej og lang tid til en universel eller blot europæisk formulering af grundlæggende rettigheder for hvert enkelt menneske, men udviklingen var påbegyndt og uafvendelig.

Ligeledes i 1789 var udviklingen i USA kommet så vidt, at der med virkning fra den 4. marts 1789 kunne oprettes en forfatning for de stater, der tilsluttede sig den nye union af stater. Efter de indledende ord "We the People of the United States ..." følger en række kompetenceregulerende forfatningsbestemmelser, men som følge af uenighed om de materielle frihedsrettigheder indeholdes disse ikke i selve forfatningen, men i en række *amendments* hertil. De første ti *amendments*, under ét betegnet Bill of Rights, blev vedtaget kort efter forfatningens vedtagelse. Nr. 1 garanterer religions-, ytrings- og pressefrihed, nr. 4 sikrer beskyttelse mod ubegrundet husundersøgelse og frihedsberøvelse, nr. 5 sikrer retfærdig rettergang i straffesager, og nr. 8 sikrer mod usædvanlige former for straf. Disse grundlæggende

frihedsrettigheder er udviklet gennem mere end 200 år via *judicial review* ved *Supreme Court*. Enkelte senere *amendments* har udvidet beskyttelsen på nogle områder, men i det væsentlige har udviklingen fundet sted på grundlag af naturretligt inspirerede frihedsrettigheder, der formuleredes for mere end to århundreder siden.

3. Efter Anden Verdenskrig

Først i tiden efter Anden Verdenskrig tog udviklingen af menneskerettighederne i Europa et gigantisk spring fremad, nemlig gennem FN's generalforsamlings Verdenserklæring om menneskerettigheder af 10. december 1948. Atter må forklaringen søges i behovet for en reaktion på utilfredsstillende, i dette tilfælde endog grusomme, forhold. Uanset at 1800-tallet havde frembudt krige og borgerkrige med store tab af menneskeliv: Napoleonskrigene, Bismarcks krige med henblik på samling af det tyske rige, den amerikanske borgerkrig, og uanset at Første Verdenskrig 1914-18 kostede så mange menneskeliv som aldrig oplevet før i en enkelt krig og under hidtil usete lidelser, så var det dog først Anden Verdenskrig 1939-45, der for alvor åbnede alle menneskers øjne for de grusomheder, statsmagten kan udarte til, hvis den ikke lægges i bånd. I hidtil uset omfang havde krigen kostet civile livet. Aldrig tidligere var egne og besatte lande og deres befolkninger blevet undertrykt så effektivt og ubønhørligt som under Hitler-Tysklands besættelse af Europa og det kejserlige Japans besættelse af Kina. Nye medier i form af radio og nye undertrykkelsesmidler i form af højteknologiske våben muliggjorde en undertrykkelse af egne og besatte folk i et aldrig tidligere oplevet omfang.

På baggrund af disse erfaringer skabtes Verdenserklæringen, som – om end på en række punkter i ganske brede vendinger – fastslår en række grundrettigheder om retten til liv, frihed, familieliv, ejendom,

beskyttelse mod tortur samt en række andre fundamentale rettigheder, der medvirkede til at give inspiration til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Erklæringen indledes med stærke og gennemslagskraftige ord, der – tilsigtet – leder tanken hen på de foregående århundreders frihedserklæringer, jf. foran: “Alle mennesker er født frie og lige i værdighed og rettigheder. De er udstyret med fornuft og samvittighed, og de bør handle mod hverandre i broderskabsånd”, jf. Verdenserklæringens art. 1.

I Europarådets regie blev der under indtryk blandt andet af FN's Verdenserklæring vedtaget den konvention af 4. november 1950, som er ét af de helt centrale emner for den følgende fremstilling, nemlig “Konventionen til beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder”, eller blot: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, eventuelt blot: Menneskerettighedskonventionen eller EMRK. Danmark var tidligt med blandt underskriverne af EMRK, men først med virkning fra 1. juli 1992 blev EMRK ved lov gjort til en bestanddel af intern dansk ret.

Mens Verdenserklæringen i sagens natur er udtryk for et globalt regelsæt til beskyttelse af grundrettigheder, er EMRK et “regionalt” regelsæt.

Efter at FN's Verdenserklæring var vedtaget, fortsatte retsudviklingen også i FN-regie, om end i et betydeligt langsommere tempo end på europæisk niveau. Således blev der i 1966 vedtaget en FN-konvention om borgerlige og civile rettigheder, og nyere “generationer” af konventioner i FN-regie er konventionen ligeledes fra 1966 om økonomiske og sociale rettigheder, fra 1969 om afskaffelse af enhver form for racemæssig diskrimination og fra 1990 om børns rettigheder.

B. Andre menneskeretskilder i samspil med EMRK

I nyere tid må man sige, at forskellige retskilder nærmest kappes om at beskytte borgeres menneskerettigheder, og der opstår herved reelt en ny, vigtig opgave for retsanvenderen: At holde rede på de enkelte retskilders anvendelsesområder, eventuelle overlapning, deres håndhævelse m.v. Det er formålet med dette afsnit at fremhæve tre retskilder, der i nogen grad virker i konkurrence med EMRK: Den danske Grundlov (Grl.), FN-konventionen om borgerlige og politiske rettigheder samt fællesskabsretten (EU).

1. Grundlovens materielle frihedsrettigheder

For det første indeholder alle skrevne forfatninger, herunder vor Grundlov (Grl.), både en formel del, som behandler statsorganernes konstitution og funktion, loves tilblivelse m.v., og en materiel del, som indeholder frihedsrettigheder eller grundrettigheder.

Grundlovens katalog over og beskyttelse af frihedsrettighederne har generelt sagt ikke samme omfang og dybde som EMRK, men hermed er på ingen måde udtrykt, at Grl. på alle relevante punkter er mindre vidtgående i sin grundretsbeskyttelse. Eksempelvis er den beskyttelse, som Grl. § 73 yder ejendomsretten, generelt ikke mindre vidtgående end den beskyttelse, der ydes af P1 art. 1. Til gengæld har EMRK på dette område en beskyttelse, der rækker videre end Grl.s. For det første omfatter bestemmelsen ikke blot en beskyttelse mod ekspropriative indgreb, men også mod mindre indgreb i et formuegode, fx i form af en lovbealet brugsret, jf. fx dom af 29. april 1999 i *Chassagnou m.fl. mod Frankrig*. For det andet yder bestemmelsen beskyttelse mod diskriminerende administration af økonomiske regler, jf. fx dom af 16. september 1996 i *Gaygusuz mod Østrig*.

For det tredje yder den beskyttelse mod uforudsigelige, vilkårlige og utilgængelige afgiftsregler m.v., jf. fx dom af 9. november 1999 i *Spacek s.r.o. mod Tjekket*. I hvert fald på disse punkter rækker EMRK-beskyttelsen videre end fx Grl. § 73, og den får herved – selv om der ikke er tale om et ekspropriativt indgreb, ja netop som betingelse for at anerkende indgrebet – snarere karakter af en form for kvalitets- og ikke-diskriminationskontrol af visse former for økonomisk lovgivning.

På nogle områder har Grl. en beskyttelse, som ikke genfindes i EMRK, fx hvad angår erhvervsfriheden, jf. Grl. § 74, som kun meget indirekte har modstykker i EMRK, fx art. 11 om foreningsfriheden og P1 art. 1, om beskyttelse af ejendomsretten, måske også EMRK art. 14 om forbud mod diskriminering, fx mod usaglig forskelsbehandling gennem skatter og afgifter.

Men på en række områder har Grl. ganske enkelt ikke en materiel beskyttelse, og her kommer EMRK derfor ind i billedet. Dette gælder fx beskyttelsen af familielivet, jf. EMRK art. 8 (eller rettere: ét af art. 8's beskyttelsesobjekter), og det er derfor art. 8, der har dannet grundlag for en omfattende praksis hos danske domstole vedrørende beskyttelse mod udvisning af udlændinge med stærk dansk og ringe hjemlandstilknytning, således at der foretages en proportionalitetsvurdering af indgrebet i forhold til den pågældendes danske tilknytning, jf. fx *UfR 1999.271 H*, *UfR 1999.275 H*, *UfR 1999.1390 H*, *UfR 1999.1394 H*, *UfR 1999.1591 H*, *UfR 1999.1818 H*, *UfR 2000.545 H* og *UfR 2000.820 H*, jf. nærmere *Lars Stevnsborg* i Anklagemyndighedens årsberetning 1998-1999 s. 5 ff, særligt s. 59 ff med sammenfatning af EMD's praksis, hvori indgår en afvejning af (1) tilknytningen til udvisningsstaten, (2) tilknytningen til oprindelseslandet, (3) karakteren og grovheden af den kriminelle handling samt – allervæsentligst – (4) et proportionalitetshensyn. Det påpeges af *Jonas Christoffersen* i *UfR 2000 B* s. 593 ff, at Hø-

jesterets indgreb over for lovgivningsmagtens stramninger på udlændingeområdet er i overensstemmelse med holdningen ved inkorporeringen af EMRK, jf. *Karsten Hagel-Sørensen* i *L&R 1991* nr. 3 s. 31: "Hvis Folketinget efter at have inkorporeret EMRK lader stå til, må domstolene påtage sig en mere retsskabende rolle ...". Se om EMD's udvisningspraksis *Mohammed Ahsan & Andreas Christensen* i *J 2000* s. 365 ff med skematiske oversigter over praksis. Den proportionalitetsvurdering, der skal foretages i relation til EMRK art. 8 i sager om udvisning i forbindelse med straffedomme, faldt ud til klagerens fordel i *Amrollahi mod Danmark*, dom af 11. juli 2002. Det fandtes stridende mod art. 8, at Danmark i forbindelse med en narkotikadom på 3 års fængsel havde udvist en iraner, der i Danmark havde hustru og børn. Disse var uden nogen forbindelse med Iran, og familien ville derfor ikke kunne forenes noget andet sted end i Danmark.

Allerede i Grl. § 3 finder vi magtadskillelsen mellem lovgivende, udøvende og dømmende myndighed, jf. Montesquieus lære i det foran nævnte, banebrydende værk "L'esprit des lois". I helt ny tid har magtadskillelselæren spillet en afgørende rolle for den første danske højesteretsdom, der underkender en lov, *UfR 1999.841 H* (= *ND 2000.92 H*) om nogle i 1996 gennemførte lovregler vedrørende skolesamvirket Tvind, jf. *Henrik V. Elmquist*: Singulær lovgivning. Disse lovregler var foranlediget af et angiveligt konstateret misbrug af de gældende regler om tilskud til skoler m.v., men skønt loven i formen havde et generelt og fremadrettet sigte, afskar lovgivningsmagten domstolsprøvelse af tilskuds-spørgsmålet for et antal navngivne skoler, og herved traf lovgivningsmagten – som det siges i dommen – "reelt en endelig afgørelse af en konkret retstvist". Dette fandtes af Højesteret at være i strid med magtfordelingslæren i Grl. § 3, 3. pkt.

Allerede her kan samspillet mellem Grl. og EMRK

påvises, for hvis ikke Grl. havde opfanget forholdet, ville det efter alt at dømme være blevet opfanget af EMRK art. 6, der omhandler retten til domstolsprøvelse og retfærdig rettergang. Det responsum fra *Claus Haagen Jensen*, der kritiserede Tvindloven, fandt denne stridende mod både Grl. § 3, 3. pkt., og EMRK art. 6, men stillingtagen fra Højesteret til EMRK blev som følge af grundlovskrænkelsen uforholdsmæssig, jf. *Claus Haagen Jensen* i Advokatsamfundets festskrift i anledning af grundlovens 150 års jubilæum s. 25 ff, der tillige peger på konkurrencen mellem domstolene og retssystemerne som antagelig medvirkende til Tvindresultatet, jf. herom nedenfor. "Vort medlemskab af navnlig EU og EMRK lægger et pres på danske domstole. For disse – og for Danmark – er det ubehageligt, hvis en dom om frifindelse for overtrædelse af grundloven følges op af en dom i Strasbourg eller Luxembourg for overtrædelse af menneske- eller grundrettigheder." Se også *Henrik V. Elmquist*: Singulær lovgivning og *samme* i J 2002 s. 338 ff.

At det er et rimeligt bud på den EMRK-retlige bedømmelse af Tvindsagen at antage, at lovgivningsmagtens indgriben på domstolenes område ville være blevet fundet i strid med EMRK art. 6, hvis det var blevet indbragt for EMD, støttes af EMD's dom af 28. oktober 1999 i *Zielinski, Pradal, Gonzalez m.fl. mod Frankrig*. Her greb en fransk lov ind i spørgsmål om fortolkningen af en kollektiv overenskomst om beregning af til lægsydelser til ansatte i socialsektoren. Der verserede retssager om den nærmere beregning af ydelsen, og der forelå modstridende domstolsafgørelser herom. Gennem lovindgrebet blev statens standpunkt vedrørende beregningen ophøjet til lov. Uanset at loven efter sit indhold ikke havde virkning for sager, der allerede var afgjort af domstolene (i så fald ville indgrebet sikkert også have været i strid med P1 art. 1 om beskyttelse af ejendomsretten), fandt EMD lovindgrebet stridende

mod EMRK art. 6. Lovgivningsmagten var trådt i stedet for domstolene med henblik på at afgøre tvisten. Lovindgrebet havde med EMD's ord "i realiteten afgjort de pågældende tvister".

I Danmark har domstolsprøvelsen af love hermed undergået en markant udvikling siden *UfR 1921.644 H*, der lagde grundstenen til næsten 90 års tilbageholdenhed hos domstolene. På dette grundlag har der været behov for formulering af en tidssvarende "strategi" for domstolsprøvelsen. Et kvalificeret bud herpå er givet af *Jens Elo Rytter* i TfR 2001 s. 715 ff. Han påpeger et særligt prøvelsesbehov i fire grupper af tilfælde, nemlig hvor (1) der er tale om singulære og diskriminerende lovindgreb, (2) der er tale om vidtgående lovindgreb, (3) lovindgrebet rammer svage og udsatte samfundsgrupper, eller (4) lovgivningsmagten ikke har vurderet forholdet til grundrettighederne.

Som et konkret udslag af magtadskillelsen foreskriver Grl. § 62 adskillelse af domstole og forvaltning. Bestemmelsen er herved ikke blot en mere konkret udmøntning af § 3, men også en reaktion mod tidligere sammenblanding og absolutisme, jf. oversigten foran om enevældens tidsalder. Dette adskillelseskrav er dog ikke til hinder for, at der kan påvises betydelige lighedstræk mellem domstole og forvaltning. Nogle forvaltningsretlige forskrifter har bestemmelser i Retsplejeloven (rpl.) som forbillede, fx forvaltningslovens inhabilitetsregler. Grundlæggende er det et spørgsmål om sagsbehandling og herved om en balance eller afvejning mellem effektivitets- og retssikkerhedshensyn. Alligevel er der væsentlige forskelle, dels konstitutionelt og dels funktionelt. For det første er dommere principielt uafsættelige, jf. nedenfor. Dernæst er retsmøder offentlige (modsat møder hos forvaltningen), idet mundtlighed er hovedreglen i retsplejen (modsat forvaltningsrettens skriftlighed). I rpl. er der til gengæld stort set ingen dokumentoffentlighed (modsat lov om offentlighed i

forvaltningen), alene med forbehold for de regler om pressens aktindsigt, der indførtes med virkning fra den 1. oktober 1999, jf. rpl. § 41 a, stk. 3-8. I rpl. gælder en forhandlingsmaksime i civile sager (modsat forvaltningsrettens officialmaksime). I flere typer af sager, fx for de særlige klagenævne som rekursinstanser, udviskes forskellen mellem forhandlings- og officialmaksime dog i nogen grad, jf. *Mads Kamp Hansen & Peter Tvermoes Meier* i Justitia 1993 nr. 4.

Grl. § 62 om adskillelsen mellem domstole og forvaltning har ikke et direkte modstykke i EMRK, men kravet i EMRK art. 6 om en "uafhængig og upartisk domstol" har ikke desto mindre haft en ganske betydelig refleksvirkning på forståelsen og dybden af § 62. Således har det ikke oprindeligt været betvivlet, at både Grl. § 3's bredere magtadskillelseskrav og § 62's mere specifikke adskillelseskrav var opfyldt, selv om domstolene hørte under en fagminister, justitsministeren, eller selv om der i vidt omfang gjordes og fortsat gøres brug af konstituerede dommere i alle instanser bortset fra Højesteret. Men under indtryk af blandt andet uafhængigheds- og upartiskhedskravet i EMRK art. 6 er forholdet ændret så radikalt, at domstolene med virkning fra den 1. juli 1999 er løsrevet fra Justitsministeriet og lagt ind under en særskilt styrelse, Domstolsstyrelsen, ligesom der er oprettet et Dommerudnævnelsesråd, som afgiver indstilling til justitsministeren om besættelse af dommerstillinger, jf. i det hele *bet. nr. 1319/1996*. Domstolsstyrelsen er en selvstændig og uafhængig statsinstitution, som varetager de administrative og bevillingsmæssige forhold vedrørende domstolenes drift, økonomi, personale, bygninger, teknologi mv. I denne forbindelse har man i tilslutning til *UfR 1994.536 H* ("formiddagsdommersagen") været indstillet på at bringe konstitueringspraksis uden for risikoen for berettiget EMRK-kritik. Dette er sket ved at gøre Domstolsstyrelsen til ansættelsesmyndighed for dommerfuld-

mægtige og retsassessorer, ligesom kompetencen til at afskedige og uansøgt forflytte er henlagt til Den Særlige Klageret efter indbringelse fra Domstolsstyrelsen, jf. rpl. §§ 1 a, 49, 49 a, 50 og 55. Der er herved udfoldet omfattende bestræbelser på at holde dansk retspleje inden for rammerne af EMRK, men i nærværende sammenhæng er pointen, at det netop er EMRK, ikke Grl. §§ 3 og 62, der har løftet os herop.

Grl. § 63, hvorefter forvaltningsakter skal kunne indbringes for domstolene til prøvelse, har et modstykke i EMRK art. 6 i kraft af selve denne bestemmelses forskrift om retten til domstolsprøvelse, jf. foran om magtadskillelsesbestemmelsen i Grl. § 3 og Tvinddommen. Dette betyder dog ikke, at art. 6 i denne forbindelse har samme udstrækning som § 63. Art. 6 giver borgeren ret til domstolsprøvelse, når der skal "træffes afgørelse i en strid om hans borgerlige rettigheder [civil rights and obligations] eller angående en mod ham rettet anklage for en forbrydelse". Begrebet "borgerlige rettigheder" er et selvstændigt EMRK-retligt begreb, som fortolkes temmelig konkret af EMD, og som ud over rent privatretlige tvister også vil kunne omfatte tvister mellem borgeren og en offentlig myndighed, men som ikke altid vil gøre det. Af afgørende betydning er det, om rettigheden er af betydning for borgerens forhold til andre private, og om der dermed er tale om rettigheder, som grundlæggende er økonomiske (essentially economic rights). Fx omfattes skattesager som udgangspunkt ikke af den "civile" del af art. 6, men sagens konsekvenser kan være så alvorlige, fx i form af skattetillæg og afgiftstillæg, at sagen uanset klassificeringen i det nationale retssystem må betragtes som en straffesag med den følge, at den alligevel falder ind under art. 6, jf. *Janosevic mod Sverige*, dom af 23. juli 2002, og *NRT 2002.509 H* (9-4).

Grl. §§ 71-73 indeholder væsentlige grundrettigheder af materiel beskaffenhed, nemlig om hhv. den personlige frihed, boligens og kommunikationens be-

skyttelse samt ejendomsrettens beskyttelse. De har deres modstykker i EMRK art. 5 om den personlige frihed og art. 8 om beskyttelse af privatliv, familieliv, korrespondance m.v. Særligt sidstnævnte bestemmelse er i en række henseender langt mere vidtgående end de danske regler, og særligt privat- og familielivets beskyttelse savner ganske enkelt modstykker i Grl. Dette har i de senere år særligt manifesteret sig i de ovenfor nævnte sager om udvisning af udlændinge.

Grl. § 77 indeholder en helt central grundrettighed, ytringsfriheden, som måske tidligere har fået for begrænset opmærksomhed herhjemme, men som i EMD's praksis efter EMRK art. 10 er understreget som én af de helt væsentlige, måske endog den væsentligste, grundrettighed efter EMRK. At EMRK's beskyttelse herved har rakt videre end den forståelse af Grl., der i hvert fald tidligere blev lagt til grund, ses af EMD's dom i *Grøn-jakkesagen, Jens Olaf Jersild mod Danmark*, dom af 23. september 1994. Parterne påberåbte sig ikke EMRK, og Højesteret inddrog ikke af egen drift art. 10.

En forsigtig sammenfatning må antyde, at beskyttelsen efter EMRK i en række henseender har rakt og fortsat rækker videre end Grl.s beskyttelse. Dette gælder først og fremmest på områder, hvor Grl. slet ikke har et modstykke til EMRK-bestemmelsen (generel forskrift om retfærdig rettergang, privatliv, familieliv), men også på områder, hvor Grl. blot hidtil har været fortolket "svagere", end hvad EMRK fører til (ytringsfrihed, retten til domstolsprøvelse, magtadskillelse). På de områder, hvor EMRK og Grl. er i konkurrence om beskyttelsen, må det dog bestemt antages, at EMRK refleksmæssigt trækker en mere dynamisk Grl.-fortolkning med sig, end hvad der tidligere var tradition for (magtadskillelsen, domstolenes uafhængighed, ytringsfriheden m.v.). Eller for at repetere *Claus Haagen Jensen* i Advokatsamfundets festskrift i anledning af grundlovens 150 års jubilæum s. 25 ff: "Vort medlemskab af navnlig EU og

EMRK lægger et pres på danske domstole. For disse – og for Danmark – er det ubehageligt, hvis en dom om frifindelse for overtrædelse af grundloven følges op af en dom i Strasbourg eller Luxembourg for overtrædelse af menneske- eller grundrettigheder."

2. FN's konvention om borgerlige og politiske rettigheder

Som nævnt indledes FN's Verdenserklæring fra 1948 med ordene: "Alle mennesker er født frie og lige i værdighed og rettigheder. De er udstyret med fornuft og samvittighed, og de bør handle mod hverandre i broderskabets ånd", jf. Verdenserklæringens art. 1.

Herefter er der bestemmelser om ikke-diskriminering (art. 2), ret til liv, frihed og sikkerhed (art. 3), forbud mod slaveri (art. 4), forbud mod tortur (art. 5), retten til anerkendelse som retssubjekt (art. 6), lighed for loven (art. 7), domstolsadgang (art. 8), personlig frihed (art. 9), retfærdig rettergang (art. 10), uskyldsformodning (art. 11), privatlivets fred (art. 12), fri bevægelighed (art. 13), asylret (art. 14), ret til nationalitet (art. 15), ret til at indgå ægteskab (art. 16), ejendomsret (art. 17), tanke- og religionsfrihed (art. 18), ytringsfrihed (art. 19), forenings- og forsamlingsfrihed (art. 20), frie valg (art. 21), ret til social tryghed (art. 22), ret til arbejde (art. 23), ret til frihed og ferie (art. 24), ret til velfærd (art. 25), ret til undervisning (art. 26), ret til deltagelse i det kulturelle liv (art. 27), ret til en social og international retsorden (art. 28) samt pligter over for samfundet af hensyn til andres rettigheder (art. 29).

Det vil ses, at der på en række punkter er bestemmelser, som ikke har deres modstykke i EMRK, fx hvad angår retten til social tryghed, til arbejde, til frihed og ferie, til velfærd, til undervisning, til deltagelse i det kulturelle liv og til en social og international retsorden samt pligter over for samfundet af hensyn til andres

rettigheder. Til gengæld er de fleste af bestemmelserne så tilpas vage og “politiske” i deres formulering, at det jævnligt er vanskeligt at udlede en bestemt retsstilling af dem. Dette betyder dog ikke, at de er retligt betydningsløse. Der kan i hvert fald anføres tre henseender, hvori de spiller en retlig betydning: For det første udgør de som nævnt inspirationen til EMRK, jf. selve dennes præambel. For det andet kan de få betydning som fortolkningselement ved forståelsen af EMRK-bestemmelser, der dækker det samme livsområde. For det tredje er Verdenserklæringen som nævnt straks nedenfor udmøntet i en konvention, som tilsigter at skabe juridiske rettigheder for den enkelte, og som derfor har et håndhævelsessystem, om end denne håndhævelse gennem en særlig komité har en mindre fast og forpligtende karakter for staterne end EMRK’s håndhævelse gennem EMD.

FN-konventionen om borgerlige og politiske rettigheder bygger i en række henseender videre på Verdenserklæringen, men uddyber og konkretiserer denne på flere punkter. Således er der i art. 9-10 ganske detaljerede regler om frihedsberøvelse, jf. EMRK art. 5, ligesom FN-konventionens art. 14 har detaljerede forskrifter om retfærdig rettergang, jf. EMRK art. 6. FN-konventionens art. 15 har principper om nulla poena sine lege, der korresponderer med EMRK art. 7, ligesom FN-konventionens art. 17 har forskrifter til beskyttelse af privatliv, familieliv, korrespondance m.v., der har deres modstykke i EMRK art. 8. Endvidere kan nævnes FN-konventionens art. 19 om tanke- og ytringsfrihed, jf. EMRK art. 10, samt FN-konventionens art. 21 og 22 om hhv. forsamlings- og foreningsfrihed, jf. EMRK art. 11.

Nogle af forskrifterne i FN-konventionen er sprogligt lidt anderledes formuleret og ikke helt sjældent noget mere detaljerede i deres ordvalg, end det er tilfældet med EMRK. Herved kan FN-konventionen samt

Verdenserklæringen få betydning som uddybende fortolkningselementer til de ofte mere programmæssigt udformede bestemmelser i EMRK.

3. EU’s respekt af grundlæggende rettigheder

Også EU-retten beskytter grundrettighederne. I dag er dette en selvfølge, som har fundet udtryk i art. 6 EU (ex F EU): “ ... 2. 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 forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten. ... ”

Det har dog ikke altid fremstået som så selvfølgelig, at grundrettighederne udgør en bestanddel af fællesskabsretten. Hertil kommer, at grundrettighederne næppe altid gives ganske samme indhold, når de fortolkes af EFD, som når de fortolkes af EMD. Det var dette forhold, der i 1970’erne fik den tyske *BVerfG* til at tage forbehold over for fællesskabsrettens forrang (forrangsprincippet), så længe (heraf udtrykket: *solange*-afgørelserne) EFD ikke med fornøden sikkerhed anerkendte grundrettighederne, jf. *Hans-Werner Rengeling: Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*. Det var *BVerfG*’s afgørelse af 29. maj 1974 – den såkaldte *Solange I* dom – der fremprovokerede EFD’s anerkendelse af grundrettighederne som en bestanddel af fællesskabsretten. Dette anerkendte *BVerfG* i sin *Solange II* dom af 22. oktober 1986 (*NJW* 1987.577 *BVerfG*), også kaldet *Mittlerweile* dommen. Ved *EuZW* 2000.702 *BVerfG* fastslås det i sagen om EU’s bananmarkedsordninger, at forfatningsklager til og -forelæggelser for *BVerfG* vil blive forhåndsafvist af denne, hvis ikke det af klageren hhv. den forelæggende

domstol påvises, at fællesskabsrettens grundrettighedsbeskyttelse siden *Solange II* er sunket ned under den da krævede grundrettighedsstandard.

EFD's anvendelse af grundrettighederne fik nogle forfattere til at efterlyse en *Solange III* dom med tilbagevenden til *Solange I* situationen, dvs. med en garanti fra BVerfG for denne domstols overopsyn med grundrettighedernes overholdelse i fællesskabsretten. I nogen grad kan man sige, at dette ønske er blevet opfyldt gennem de grænser for tysk accept af EFD's afgørelser, som BVerfG opstillede i sin dom i *EuZW 1993.667 BVerfG* vedrørende Tysklands tiltrædelse af Unionstraktaten, om end der ikke herved fuldstændig skete en tilbagevenden til *Solange I* retstilstanden.

Andre anser en helt anden dom fra BVerfG, nemlig *EuZW 1997.734 BVerfG*, for at være den efterlyste *Solange III* dom. I denne sag tog BVerfG stilling til kravet om at forsyne cigaretpakker med sundhedsmæssige advarsler ("Sundhedsstyrelsen påpeger: Rygning er årsag til kræft", "Der Bundesgesundheitsminister: Rauchen verursacht Krebs" etc.). Disse påbud stammer fra et EU-direktiv, men BVerfG bemærkede i præmisserne, at de nu skulle håndhæves i tysk ret, og efterprøvede dem derfor forfatningsretligt (og frifandt staten). Det havde antagelig været udtryk for en mere åben holdning at erkende, at de hidrører fra fællesskabsretten, og herefter tilføje, at BVerfG desuagtet forbeholder sig retten til at efterprøve dem grundretligt, jf. således *Manfred Dausen* i *EuZW 1997 s. 705*. Dette synes at være realiteten.

Den danske realitetsafgørelse i spørgsmålet om Danmarks tiltrædelse af Unionstraktaten, *UfR 1998.800 H*, synes på visse punkter inspireret af den tyske unionsafgørelse, herunder med principiel hævde af danske domstoles pligt til at "sige fra", hvis rammerne for suverænitetsafgivelsen overskrides. Dommen rummer en tydelig advarsel til regeringen om kun at acceptere en snæver anvendelse af gummiparagraffen i art. 308 EF

(ex 235), da EU-retsakten ellers vil blive underkendt af domstolene, jf. *Claus Haagen Jensen* i Advokatsamfundets festskrift i anledning af grundlovens 150 års jubilæum s. 25 ff.

Behovet for at "sige fra" er næppe helt teoretisk, jf. *Hjalte Rasmussen* i J 1999 s. 295 ff om hjemlen til det nævnte direktiv om tobaksreklame, jf. *Ole Krarup* i *UfR 1994 B s. 75 ff*, der på den ene side ikke er i tvivl om, at EFD vil fastholde princippet om fællesskabsrettens forrang og om EFD's afgørende magt i forhold til de nationale domstole, men som på den anden side understreger, at BVerfG ikke er "hvem som helst". Når den har krævet at indgå i et såkaldt "kooperationsfællesskab" med EFD, er dette krav svært at overhøre.

På de områder, hvor fællesskabsretten finder anvendelse, skal grundrettighederne som udtrykt i EMRK og i medlemsstaternes fælles forfatningsretlige traditioner, jf. art. 6(2) EU, derfor respekteres, og det følger heraf, at der i EU-spørgsmål vil kunne argumenteres ud fra EMRK's forskrifter om fx ytringsfrihed, foreningsfrihed, beskyttelse af privat- og familieliv m.v., ligesom også uskrevede principper i form af legalitets-, ligebehandlings- og proportionalitetsprincippet finder anvendelse.

Som nogle eksempler på, at EFD trods alle oprigtige bestræbelser har haft problemer med den fulde gennemslagskraft af en tilfredsstillende grundrettighedspræget tankegang, kan man fremhæve dens afgørelse af 21. september 1989 i sagerne 46/87 og 227/88, *Hoechst*, hvor det udtaltes, at der i fællesskabsretten ikke gælder nogen grundrettighed om retskendelse som betingelse for husundersøgelse (ransagning). De nationale forfatninger er meget forskellige på dette område; her var der ikke tale om en privat bolig, men om en virksomhed, og EMRK art. 8 beskytter efter EFD's mening ikke *erhvervslokaler*. Kommissionens embedsmænd var derfor berettigede til at foretage kontrolundersøgelse uden retskendelse (men

de kan ikke selv tvangsgennemføre den uden medvirken fra nationale myndigheder, og for disses vedkommende skal nationale regler respekteres, herunder eventuelle regler om dommerkendelse også for forretningslokaler). Denne afgørelse fra EFD rimer ikke godt med EMD's senere udtalelser om, at også erhvervslokaler, fx en advokats kontor, kan være beskyttet af EMRK art. 8. I sin dom af 16. december 1992, *Niemitz mod Tyskland*, statuerede EMD således, at ransagning af en advokats kontor som led i en straffesag mod tredjemand var omfattet af konventionens art. 8, idet kommercielle lokaliteter efter omstændighederne var omfattet af ordet "hjem" (home) i den pågældende bestemmelse. Denne var konkret krænket. EMD's praksis om beskyttelse af erhvervslokaler er uddybet gennem *Colas Est m.fl. mod Frankrig*, dom af 16. april 2002, hvor en husundersøgelse under en konkurrenceretlig sag mod nogle entreprenørselskaber fandtes stridende mod art. 8, idet fransk lovgivning ikke indeholdt tilstrækkelige retssikkerhedsgarantier mod misbrug. Ransagningerne blev foretaget uden forudgående dommerkendelse og uden tilstedeværelse af en politibetjent, og der var overladt konkurrencemyndighederne et meget betydeligt skøn med hensyn til hensigtsmæssighed, antal, varighed og omfang af ransagningerne. Også *Roemen & Schmit mod Luxembourg*, dom af 25. februar 2003, beskytter erhvervslokaler. En ransagning hos en advokat stred mod art. 8, sammenholdt med art. 10, idet formålet reelt havde været at bryde den kildebeskyttelse, der tilkom advokatens klient, en journalist, som havde skrevet en artikel om en minister, der var dømt for skatteunddragelse. Journalistens ret efter art. 10 var krænket, og advokatens ret efter art. 8 var krænket.

Også fx EFD's afgørelse i den irske abortsag viser et behov for en bedre koordinering af EFD's og EMD's regelanvendelse. EFD anskuede det irske forbud mod propaganda for udenlandske abortklinikker som et rent

tjenesteydelsesanliggende (og da propagandaen ikke hidrørte fra klinikkerne selv, kunne den godt forbydes), hvorimod EMD – naturligvis – vurderede propagandaforbuddet i relation til EMRK art. 10 (ytringsfriheden). Se hhv. EFD's dom af 4. oktober 1991 i sag C-159/90, *Grogan*, og EMD's dom af 29. oktober 1992, *Case of open door and Dublin well woman mod Irland*, "Open Door". Det ses dog anført i retslitteraturen, at det nuværende system, hvor EFD friere og ubundet lader sig inspirere af EMRK's og staternes grundrettigheder, har fordele frem for en formel binding af EU til EMRK, jf. *Henrik Karl Nielsen* i UfR 1994 B s. 191 ff.

Martin Nettesheim kritiserer i EuZW 1995 s. 106 ff den linie, EFD lagde vedrørende beskyttelsen af grundrettigheder i blandt andet *banandommen* (Tyskland mod Rådet), dom af 5. oktober 1994 i sag C-280/93, og ligeledes sagen *SMW/Rheinland-Pfalz (méthode champenoise)*, dom af 13. december 1994. Det var jo ellers som nævnt således, at *BVerfG* med sin foran nævnte *Solange II* dom af 22. oktober 1986 (*Mittlerweile* dommen) anerkendte, at grundrettighederne – omsider – var blevet en bestanddel af fællesskabsretten, men *Nettesheim* finder det på grundlag af de to domme fra slutningen af 1994 helt rimeligt, at man betragter forfatningsdomstolens afgørelse vedrørende Unionstraktaten (12. oktober 1993) som en *Solange III* dom, som "holder igen" vedrørende den tyske forfatningsretlige accept af EU-rettens forrang. *Banandommen* af 5. oktober 1994 kritiseres også af *Georg M. Berrisch* i *Europarecht* 1994 s. 461 ff.

Også den villighed, hvormed EFD godkendte et objektivi bødeansvar i relation til art. 6(2)'s uskyldsfornodning i *Hansen & Søn*, dom af 10. juli 1990, sag C-326/88, viser, at der næppe altid finder en helt så tilbundsående menneskeretlig prøvelse sted ved EFD som ved EMD. Sidstnævnte har således i langt højere grad nuanceret sit syn på og betingelserne for en håndhævelse af et objektivi strafansvar, jf. *Salabiaku*

mod Frankrig, dom af 7. oktober 1988. Her blev hr. Salabiaku domfældt for den blotte besiddelse af narkotika i tolden, idet fransk lov opstillede en formodning (præsumption) om, at den, der havde narkotikaen i sin besiddelse, opfyldte vilkårene for straf. EMD fandt ikke dette stridende mod uskyldsformodningen i art. 6(2). EMD bemærkede i sine præmisser, at staterne har ret til at kriminalisere objektive forhold uafhængigt af skyld, så længe dette ikke griber ind i rettighederne efter EMRK. Ej heller et præsumptionsansvar som det nævnte franske stred i sig selv mod EMRK. Men grundlæggende krav til retssikkerhed skulle herved opfyldes. Den franske regel førte ikke nødvendigvis til straf for den, der blev taget med narkotikaen i sin besiddelse. Efter fast retspraksis havde de franske domstole fuld kompetence til at vurdere de beviser, der fremlagdes i en sådan sag, og de kunne herved lade tvivl komme tiltalte til gode. Blandt andet kunne der ske frifindelse, hvis tiltalte beviste tilstedeværelsen af “force majeure”, dvs. forhold, som han var uden indflydelse på, og som det var absolut umuligt for ham at vide noget om. Ved vurderingen af den konkrete sag lagde EMD vægt på, at de franske domstole ikke blot havde dømt hr. Salabiaku på grundlag af præsumptionsreglen, men havde foretaget en konkret bevisvurdering.

De her fremførte bemærkninger om, at fællesskabsrettens grundrettighedsbeskyttelse halter bagefter den EMRK-retlige, må dog på ingen måde forlede til en antagelse om, at fællesskabsrettens beskyttelsesniveau er ringe. Tværtimod er det givetvis på de materielle grundrettigheders områder højere, end hvad der i mange år har været tilfældet i Danmark, jf. *Louise Nan Rasmussen & Søren Schønberg*: EU-menneskeret – en udfordring til dansk ret, der beskriver baggrunden for EFD’s udvikling af en menneskeretsbeskyttelse i fællesskabsretten og gennemgår mere end 250 af EFD’s afgørelser, hvorefter der foretages en sammenligning af

fællesskabsretten og dansk ret. Forfatterne påviser, at EU-menneskerettighedernes materielle beskyttelsesomfang ligger over det niveau, som den danske grundlov tilbyder. Rettighedskataloget er væsentligt bredere end i dansk ret, og de enkelte rettigheder kan under ét siges at beskytte både mere nuanceret og ubetinget. EFD anvender i praksis disse rettigheder på en måde, som er intens, sammenlignet med danske forhold. Den anvender imidlertid ikke en maksimalistisk metode, idet menneskerettighederne ikke i alle tilfælde er på niveau med den bedst tilbudte nationale beskyttelsesregel. Der er heller ingen sikkerhed for, at EFD vil respektere EMRKs rettigheder i enhver detalje, jf. *Lars Adam Rehof* i UfR 1995 B s. 167, der er enig med forfatterne i, at EFD’s prøvelse udviser en “retssikkerhedsmæssigt betænkelig tendens til at være tilbageholdende med at underkende retsakter, som efter en politisk præget vurdering findes nødvendige for den fortsatte integration i Europa”. Se også *Hans-Werner Rengeling*: Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft.

Særligt på området for beskyttelse af ejendomsretten har EFD lagt sig på et højt niveau. Det er – formentlig med rette – anført herom i litteraturen, at EFD har lagt sig på et niveau, der svarer til det højeste inden for medlemsstaternes forfatningsretlige beskyttelse af ejendomsretten, jf. *Peter Wesman*: The protection of human rights in European community law. EFD har i sine præmisser undgået at henvise til nationale domstoles afgørelser, oprindelig heller ikke til EMD’s afgørelser (men i hvert fald de senere år kan fremvise flere eksempler på henvisninger til sidstnævntes praksis). Wesman finder årsagen til de undladte henvisninger i det forhold, at fællesskabsretten endnu ikke er fuldt udviklet, og at EFD derfor må forholde sig tilbageholdende på menneskerettighedsområdet, idet den ikke ønsker at begrænse fællesskabsinstitutionernes kompetence for meget. Ikke desto mindre er det system, som EFD har etableret til

beskyttelse af grundrettigheder, udtryk for en “dommer-aktivisme”, som savner sidestykke i de fleste nationale retssystemer. Efterhånden som fællesskabsretten udvikler sig, vil det ifølge Wesman blive nødvendigt for EFD at henvise til *leading cases* fra nationale domstole.

Det ville være ønskeligt, om EU som sådan kunne tiltræde EMRK, men hertil rummer EF-traktaten ikke hjemmel, jf. EFD’s *udtalelse 2/94 af 28. marts 1996*. Reglen i art. 308 EF (ex 235) om “den lille traktatændring” er ikke tilstrækkelig hertil, og der skal derfor ske ændring af Traktaten, før EMRK kan tiltrædes. Det hedder i udtalelsen blandt andet: “På fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin har Fællesskabet ikke kompetence til at tiltræde konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder.” EFD bemærkede, at grundrettighederne hører til de almindelige retsgrundsætninger, som EFD skal beskytte. Selv om overholdelsen af menneskerettighederne således er en betingelse for, at fællesskabets retsakter er lovlige, måtte det imidlertid fastslås, at en tiltrædelse af EMRK vil medføre en væsentlig ændring i den gældende fællesskabsordning for beskyttelse af menneskerettighederne, idet den vil medføre, at Fællesskabet inddrages i et særskilt, internationalt institutionelt system, og at alle bestemmelserne i EMRK vil blive en del af Fællesskabets retsorden. En sådan ændring af ordningen for beskyttelse af menneskerettighederne i Fællesskabet ville have forfatningsmæssig rækkevidde, og den ligger derfor efter sin karakter uden for rammerne af art. 308 EF (ex 235). Følgelig vil ændringen alene kunne gennemføres ved en ændring af Traktaten.

EFD og Retten i første instans er derfor ikke underlagt pligterne efter EMRK art. 6 om retfærdig rettergang, men har i praksis påtaget sig en efterprøvelse af sagsbehandlingen og dens varighed, hvorved EMRK’s krav iagttages, jf. fx dom af 17. december 1998 i sag

C-185/95 P, *Baustahlgewebe GmbH mod Kommissionen*. Det efterprøvedes i denne kartelsag indgående, om Retten havde overskredet begrebet “rimelig frist”, og herved hentede EFD (præmis 29) væsentlig inspiration fra EMD’s praksis ad EMRK art. 6. Sagen ved Retten havde været 5½ år fra sagsanlæg til dom. Der var gået 32 måneder fra skriftvekslingens slutning til berammelsen og 22 måneder fra domsforhandlingen til dom. Uanset sagens komplekse karakter fandt EFD “rimelig frist” overskredet. Kompensationen til Baustahlgewebe GmbH blev – en rabat på 50.000 euro i en kartelbøde på 3 mio. euro. Også Rettens dom af 20. februar 2001, *Mannesmannröhrenwerke AG mod Kommissionen*, sag T-112/98, viser respekt for EMRK art. 6, her: forbuddet mod selvinkriminering, idet Retten anerkendte, at virksomhedens oplysningspligter efter kartelreglerne viger i tilfælde, hvor svaret ville indebære tilståelse af en retsstridig adfærd, som Kommissionen bærer bevisbyrden for eksistensen af. Kommissionen kunne derfor forlange, at virksomheden besvarede spørgsmål af rent faktisk karakter, og at den udleverede beviser og dokumenter, der allerede eksisterede, men ikke at den udtalte sig om fx formålet med møder eller foretog en vurdering af karakteren af en beslutning. Dommen hviler således på en afgørende sondring mellem på den ene side faktiske oplysninger og eksisterende dokumenter, på den anden side vurderinger og kvalifikationer heraf, jf. *Lars Kjølbye* i EU&M 2002 s. 18 f.

Uanset at EU som sådan ikke er retssubjekt under EMRK (hvilket P 14 giver hjemmel til, set fra EMRK’s synsvinkel), hæfter EU’s medlemmer principielt for EU’s adfærd. Så længe EMD imidlertid anser beskyttelsesniveauet for grundrettigheder for tilstrækkelig højt i EU, vil en konkret efterprøvelse i EMD-regie normalt ikke blive foretaget, jf. *Jonas Christoffersen* i EU&M 2005 s. 87 ff.

Ved *UfR 2003.1328 H* blev der taget stilling til selvin-krimineringsforbuddets betydning under et dawn-raid, og kendelsen rummer en række principielle betragtninger til brug for afvejningen af modsatrettede hensyn i disse sager. Begge de foregående instanser havde i deres præmisser koncentreret sig om en gengivelse af, hvad Kommissionen forlangte af virksomheden, dvs. en gengivelse af de vidtgående krav om udlevering af materiale, besvarelse af spørgsmål mv., der fremgår af den for disse undersøgelser helt centrale forordning nr. 17 af 6. februar 1962. For Højesteret gjorde virksomheden gældende, at der ikke af byretten ved afsigelsen af kendelsen om kontrolundersøgelsen var foretaget en nærmere efterprøvelse af, om tvangsindgrebet var for vidtgående, og at virksomheden burde være tillagt en sigtets retsstilling med den følge, at den ikke havde pligt til at medvirke aktivt til kontrolundersøgelsens gennemførelse. Særligt blev det gjort gældende, at virksomheden herved kunne påberåbe sig selvinkrimineringsforbuddet i EMRK art. 6.

Højesteret sammenfattede Domstolens og Rettens afvejning af de modsatrettede hensyn således, at “en virksomhed ikke kan undslå sig fra at give rent faktiske oplysninger, selv om disse vil kunne anvendes som bevis for en overtrædelse, men at Kommissionen dog ikke kan pålægge en virksomhed pligt til at besvare spørgsmål, såfremt virksomheden derved tvinges til at afgive tilståelse om at have begået retsstridige handlinger, som det påhviler Kommissionen at føre bevis for”. Højesteret tilføjede: “Højesteret har ikke grundlag for at antage, at den beskrevne afvejning mellem Kommissionens beføjelser og retten til ikke at bidrage til selvinkriminering – som de pågældende embedsmænd under tvangsindgrebets udførelse har pligt til at respektere – skulle stride mod nationale bestemmelser med grundlovsrang”, og konkret godkendte Højesteret indgrebet.

I tysk proces- og forfatningsretlig litteratur har der været kritiske drøftelser af, hvorvidt EFD opfylder de grundlæggende krav, som tysk ret – belært af fortidens grusomme erfaringer – har opstillet til domstolene. Den dommer, der behandler en sag, skal kunne udfindes automatisk efter loven (man taler om *gesetzlicher Richter*); parten må ikke unddrages sin lovbundne dommer. Den måde, hvorpå sagsfordelingen hos EFD’s dommere foregår, opfylder formentlig ikke disse tyske krav, og uanset at vi ikke er forpligtet til at indrette en domstol som EFD efter fx tyske krav, foreligger der dog et reelt problem, når et stort medlemsland stiller spørgsmålstegn ved ordningen ud fra sine egne procesprincipper. Det ville være betryggende, at sådanne indsigelser kunne efterprøves af EMD ud fra fælleseuropæiske procesprincipper og grundrettigheder, jf. *Gerhard Mösslang* i *EuZW* 1996 s. 69 ff om, hvorvidt EFD opfylder kravet i art. 101(1)2 GG om, at man har krav på at få sin sag behandlet af en dommer, som ikke udpeges for den enkelte sag: “Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.” Af praksis fra *BVerfG* fremgår det, at kravet om *gesetzlicher Richter* i realiteten indebærer, at de enkelte sager “blindt” kommer til den enkelte dommer på grundlag af almene kendemærker; der må ikke til den enkelte sag udsøges bestemte dommere. Forfatteren sammenholder nu dette med forskrifterne vedrørende EFD, i hvis procesreglement det blandt andet bestemmes, at EFD’s præsident henviser sagen til et kammer og blandt kammerets dommere udpeger den refererende dommer.

EMD har ikke direkte underkendt muligheden for, at en retspræsident kan henvise sagen til bestemte dommere, men i hvert fald i sammenhæng med bestemte tilkendegivelser i forbindelse med henvisningen kan der efter omstændighederne være taget parti på en sådan måde, at EMRK art. 6 er krænket, jf. *Daktaras mod Li-tauen*, dom af 10. oktober 2000, hvor præsidenten for

den litauiske højesteret havde henvist en ankestraffesag til tre bestemte dommere og samtidig tilkendegivet sin opfattelse af sagen: at højesteret burde underkende appelrettens standpunkt, hvorefter tiltalte ikke var straffesagens hovedmand, og i stedet stadfæste underinstansens afgørelse, der betragtede ham som sagens hovedmand. Art. 6(1) om retfærdig rettergang, men ikke art. 6(2) med uskyldsformodningen, fandtes krænket.

I nyere retslitteratur er det påpeget, at vi indtil videre har en uafklaret europæisk "forfatningssituation", og at konflikt kan opstå mellem på den ene side EMRK, på den anden side EU hhv. EØS, jf. *Ingvald Falch* i *Lov & Rett* 1997 s. 451 ff. EMD er af forståelige grunde tilbageholdende med efterprøvelse af krænkelser, som har sammenhæng med retsakter med tilknytning til EU hhv. EØS, og som nævnt er EU som sådant ikke part i EMRK. I tilfælde af konflikt mellem EMRK og EU vil almindelige folkeretlige principper føre til, at EMRK som den ældste traktat skal tillægges forrang frem for EU som den yngre, men helt så enkelt vil forholdet næppe fremstå i en konkret konfliktsituation.

I nyere tid har den reformerede EMD dog placeret sig meget centralt i grundrettighedsbeskyttelsen i Europa. Dette er i særlig grad sket gennem *Gibraltardommen*, dvs. EMD's afgørelse af 18. februar 1999 i sag 24833/94, *Denise Matthews mod Storbritannien*. Her fik klageren medhold i, at det stred mod EMRK P1 art. 3, som sikrer regelmæssig afholdelse af frie valg, at de britiske regler udelukkede Gibraltarborgere fra valgret til Europa-Parlamentet, uanset at de fleste fællesskabsregler også gælder dér. EMD bemærkede, at EU-retsakter som sådanne ikke kan anfægtes ved EMD, eftersom EU ikke er part i EMRK. Alligevel kunne spørgsmålet påkendes, idet EMRK-bestemmelsen ikke som hævdet af Storbritannien kun gjaldt valg til nationale, men også til supranationale forsamlinger. Retslitteraturen har med rette konstateret, at EMD efter

sin restrukturering hermed har placeret sig centralt i grundrettighedsbeskyttelsen, og at denne beskyttelse (set fra tysk hold) ikke "længere forsvinder i Bermudatrekanten mellem Karlsruhe [*BVerfG*], Luxembourg og Strasbourg", men at denne beskyttelse i hvert fald senest kommer til syne i Strasbourg, jf. *Christofer Lenz* i *EuZW* 1999 s. 311 ff.

Man kan udtrykke forholdet således, at mens der tidligere var en *de facto* horisontal relation mellem EFD og EMD, er denne dimension nu snarere blevet vertikal, med sidstnævnte som den "overordnede", jf. *Iris Canor* i *ELR* 2000 s. 1 ff, som peger på det ønskelige i at skabe hjemmel til, at EU som sådan tilslutter sig EMRK, således at EMD kan blive den ultimative vogter, ikke blot over iagttagelsen af grundrettighedsbeskyttelsen, men også mod grundretligt set "strukturelle svagheder" i EU-systemet. Dette betyder dog ikke, at EMD mangler respekt for EU-systemet og dets institutioner. Som nævnt nedenfor under EMRK art. 6 regnes den tid, en sag verserer ved EFD, ikke med, når begrebet "inden rimelig tid" skal beregnes, jf. *Pafitis m.fl. mod Grækenland*, dom af 26. februar 1998, og EMD holder sig ikke tilbage fra at søge inspiration i EU-retten, når det drejer sig om grundlæggende begrebsfastlæggelse, jf. fx *Pellegrin mod Frankrig*, dom af 8. december 1999, der fastlægger et EU-inspireret funktionelt kriterium vedrørende sondringen mellem sager om egentlig offentlig tjeneste, der ikke omfattes af art. 6, og andre offentlige ansættelsessager, der omfattes, jf. også *R mod Belgien*, dom af 27. februar 2001. De to europæiske "forfatningssystemer" befinder sig således i det hele i en frugtbar vekselvirkning med hinanden.

Endelig må det ikke overses, at EFD i hvert fald i fællesskabsrettens ungdom har haft behov for at understrege fællesskabsrettens effektive gennemslagskraft og medlemsstaternes opfyldelse af deres forpligtelser. I balancen mellem kollektive hensyn (fællesskabsrettens

gennemslagskraft) og individuelle hensyn (retssikkerhed og frihedsrettigheder) kan der af denne årsag være givet de kollektive hensyn særlig vægt. Med andre ord kan afvejningen blive præget af, hvad der er den pågældende domstols specialopgave eller *raison d'être*: At sikre fællesskabsrettens gennemslagskraft (EFD) eller at sikre individets retsbeskyttelse (EMD), jf. *Peter Wesman*: The protection of human rights in European community law og *L.L. Brown*: The court of justice in the European Communities, 3. udg. 1989, s. 330.

EU har udarbejdet et charter om menneskerettigheder. Arbejdet fandt sted i en arbejdsgruppe af politikere og jurister under ledelse af Tysklands tidligere forbundspræsident *Roman Herzog*. Snarere end et juridisk forpligtende dokument er der tale om et politisk dokument. Givet er det, at et alternativt eller konkurrerende menneskerettighedssystem, måske med begreber og fortolkninger, der afgiver fra EMRK, kan skabe forvirring, og charteret har været kritiseret for at være mere politisk end juridisk, jf. *Eckhard Pache* i *Europarecht* 2001 s. 475 ff, der efterlyser bindende fællesskabsregler på området. Der fremstår forskellige modeller for, hvordan man kan undgå et konkurrerende grundrettighedssystem:

(1) Charteret kan opbygges i to dele, så den ene del indeholder klare henvisninger til, hvorfra de enkelte grundrettigheder er hentet, så kilden styrer fortolkningen.

(2) EU kan tilslutte sig EMRK, men som nævnt vil dette kræve ændring af Traktaten først.

(3) Der kan etableres et system med forelæggelse for EMD fra EFD og fra Retten i første instans, så der sikres mod afvigende fortolkning af EMRK-bestemmelser, men den indlysende ulempe er sagsbehandlingstiden ved to forfatningsdomstole (tre, hvis forelæggelsen for EFD kommer fra en hjemlig forfatningsdomstol). Det klareste udsagn om det ønskelige i en ordning med

præjudiciel forelæggelse også for EMD finder man vel i en udtalelse fra generaladvokat *Warner* i *Prais mod Rådet*, sag 130/75, Saml. 1976.1589, jf. s. 1607: “Jeg beklager, at [EMRK] ikke giver kompetence til denne Domstol eller til nationale domstole til at anmode EMD om præjudicielle udtalelser vedrørende fortolkningen af [EMRK] i sager, der opstår for disse domstole. I mangel af en sådan mulighed må vi imidlertid gøre vort bedste.”

(4) Der kan etableres fællesorganer mellem EFD og EMD til intern sikring af ensartet fortolkning, omtrent som det konsekvent sker mellem de specialiserede forskellige højesteretter i Tyskland – Bundesverfassungsgericht, Bundesverwaltungsgericht, Bundesgerichtshof, Bundesfinanzhof, Bundessocialgericht og Bundesarbeitsgericht. I hvert fald vil det være væsentligt, at charteret henviser til den fortolkning af frihedsrettighederne, som EMD har knæsat gennem sin praksis, men dette er der ikke enighed om i arbejdsgruppen.

Se om charteret *Erling Olsen* i *L&R* 2000 nr. 6 s. 10 ff, der peger på, at charterets merværdi i forhold til eksisterende regler er af politisk karakter, at Danmark kan tiltræde charteret uden folkeafstemning, fordi det ikke skaber nye rettigheder, at forum er EFD, hvis der klages over en EU-institution, og EMD, hvis der klages over en stat, og at EU's tiltrædelse af EMRK ikke kan forventes at ske inden for en årrække.

4. Skematisk sammenligning af regelsættene

Med den risiko, der altid vil ligge i en skematisk opstilling, skal det nedenfor forsøges at anskueliggøre samspil og forskelle mellem de tre her behandlede grundretlige retskilder: Grl., EMRK og EU-retten. Søjlerne viser de tre regelsæt, og rækkerne afprøver dem i fire henseender: lantedækning, anvendelsesfelt, håndhævelse og indhold i grove hovedtræk.

	Grundloven	EMRK	EU-retten
Landedækning	Danmark	De 44 EMRK-stater	De 25 EU-stater
Anvendelsesfelt	Al dansk ret	Al ret i de 44 stater	Kun (1) EU-institutionernes adfærd og (2) medlemsstaternes håndhævelse af EU-retten
Håndhævelse	Almindelige håndhævelsesmidler. Domstolsprøvelse af grundlovmæssighed. Individuel klageret	(a) EMD. Individuel klageret. (b) Danske myndigheder.	(a) EFD. Ingen individuel klageret. (b) Danske myndigheder. Forrang.
Indhold	Svarende til EMRK, men ikke omfattende * fulde regler om fair trial * fulde bestemmelser om privatlivets fred * materiel beskyttelse af flere grundrettigheder * ret til at skifte opholdssted * almindelig lighedsgrund-sætning * almindeligt proportionalitetsprincip	EMRK	Svarende til EMRK, men også omfattende en række generelle retsprincipper, navnlig * lighed * proportionalitet * legalitet * kontradiktion * retssikkerhed

C. Håndhævelse af menneskerettighederne

Netop fordi menneskerettighederne er af juridisk og ikke blot politisk beskaffenhed, er det karakteristisk for dem, at de kan håndhæves. Den enkelte borger eller virksomhed er beskyttelsessubjekt og kan i de relevante fora håndhæve rettighederne. I det følgende omtales håndhævelsesmåden i de enkelte fora, nationalt såvel som internationalt. Domstole står centralt i spørgsmålet om håndhævelse, og for overblikkets skyld indledes fremstillingen med en kort gennemgang af de væsentligste internationale domstole og deres kompetenceområder.

1. Internationale domstole: Individet som rets- og pligtsubjekt

Fra det traditionelle udgangspunkt: den enkelte stats suverænitet og dermed det for statsmagten utænkelige i at skulle underkaste sig domsmyndighed uden for landets grænser, har udviklingen i efterkrigstiden bevæget sig stærkt i retning af en internationaliseret jura: internationalt funderede retssystemer håndhævet af specialiserede domstole med kompetence på tværs af landegrænserne.

Folkeretlige rettigheds- og pligtsubjekter har gennem mange år været staterne og kun disse. Selv i det omfang, staterne gennem skreven eller uskreven ret tilsigtede at

skabe ret eller pligt for private, var det dog kun staterne, der herved indbyrdes var berettigede og forpligtede, og håndhævelsen kunne efter denne traditionelle opfattelse ikke ske over for eller til fordel for private. Den udvikling, der fandt sted i det 20. århundrede, nærmere bestemt efter Anden Verdenskrig, har vendt op og ned på denne traditionelle opfattelse.

Den røde tråd i udviklingen er, at nogle regler er så grundlæggende i deres betydning, at de enten tilsigter at skabe ret eller pligt for private. Pligt må særligt skabes, hvor det drejer sig om meget alvorlige former for forbrydelser i form af folkedrab, gidseltagning, flykapring, grove krænkelse af krigens love og sædvaner, tortur m.v. Her er forbrydelsen så alvorlig, at interessen i at retsforfølge de tiltalte i visse tilfælde bør række ud over den enkelte stats kompetence. Ret må særligt skabes, hvor det drejer sig om helt grundlæggende rettigheder i form af retten til liv, frihed, person- og familieliv, menings- og ytringsfrihed m.v. Her er rettighederne så fundamentale, at man ikke bør stole på den enkelte stat og dens forfatningsret. I begge disse situationstyper: individets helt grundlæggende pligt og ret, er det i efterkrigstiden fundet rigtigt, at det internationale samfund må træde til. Heraf udspringer dels nogle regelsæt og dels et behov for håndhævelse i internationalt regi. Med andre ord: Der opstår behov for internationale domstole, som over for individet kan håndhæve de helt fundamentale pligter, og som til fordel for individet kan håndhæve de helt fundamentale rettigheder.

Oprettelsen af de nedenfor nævnte internationale straffedomstole: Nürnbergdomstolen, Tokyodomstolen, Jugoslaviendomstolen, Rwandadomstolen og Den Internationale Straffedomstol ICC er eksempler på, at individet er gjort til pligtsubjekt for visse fundamentale pligter, jf. *Maria Jordanis & Kristina Miskowiak* i *Justitia* 1995 nr. 1. EMD og inden for fællesskabsretten i

nogen grad EFD er udtryk for, at individerne er gjort til rettighedssubjekter for visse fundamentale rettigheder, jf. *Carl Aage Nørgaard* i *J* 1993 s. 49 ff.

Af denne historisk enestående udvikling udspringer et behov for at anskue disse internationalt funderede retssystemer og de domstole, der håndhæver dem, i sammenhæng. Hertil kommer det rent praktiske i at sikre sig et overblik over de mange domstole, der efterhånden er at jonglere med. Måske kan man sige, at det hører til nutidig "juridisk dannelse" at have et vist overblik i så henseende.

a. Straffedomstole med regional ad hoc kompetence: Nürnberg, Tokyo, Jugoslavien, Rwanda

Til brug for retsopgøret efter Anden Verdenskrig var det ikke tilstrækkeligt at stille den enkelte stats borgere over for den pågældende stats domsmyndighed. De forbrydelser mod menneskeheden, krigsforbrydelser m.v., som enkeltpersoner fra Tyskland og Japan havde begået, måtte påtales ved *ad hoc* oprettede krigsforbryderdomstole, dvs. ved de såkaldte Nürnberg- og Tokyoprocesser. Disse domstoles kompetencer beroede på traktater mellem de allierede vestmagter. Både de straffebud, de dømte efter, de hermed forbundne sanktionssbestemmelser og de nærmere procedureregler blev fastlagt i traktatkomplekset. Domstolene kunne som bekendt afsige dødsdomme.

Det folkeretlige grundlag var Londonaftalen af 8. august 1945 mellem de fire allierede stater. Charteret for den internationale militærdomstol indeholder kernen i Nürnbergprincipperne, jf. opregningen i art. 11 af de forbrydelser, der kunne pådømmes. Der var for det første tale om forbrydelser mod freden (aggressive handlinger m.v.), dernæst krigsforbrydelser (beskyttelse af sårede og civile m.v.), og for det tredje forbrydelser mod menneskeheden (grove overgreb mod egen

befolkning, skønt disse ikke udgjorde krigsforbrydelser som sådanne – en retlig nydannelse, som senere er blevet en del af folkeretten via Nürnbergprincipperne). Senere FN-resolutioner har henvist til Nürnbergprincipperne, jf. *Morten Bergsmo* i *Mennesker & Rettigheter* s. 197 f.

Det strafferetlige legalitetsprincip, som vi herhjemme finder i strfl. § 1, og som i EMRK findes i art. 7 med dennes princip om *nulla poena sine lege*, må i visse tilfælde fraviges, når meget alvorlige forbrydelser kommer til pådømmelse, og dette har for EMRK's vedkommende fundet udtryk i følgende undtagelse til legalitetsprincippet, jf. art. 7(2): "Denne artikel er ikke til hinder for, at en person domfældes og straffes for en handling eller undladelse, der på det tidspunkt, da den blev begået, var en forbrydelse ifølge de af civiliserede nationer anerkendte almindelige retsprincipper". Denne "Nürnberg-undtagelse" udtrykker kort og fyndigt baggrunden for, at det under de omhandlede krigsforbryderprocesser fandtes forvarligt og rigtigt at domfælde for forbrydelser, der på gerningstidspunktet ikke var kriminaliseret i formel lov. Samme tankegang bærer i nogen grad det danske straffelovstillæg, som med tilbagevirkende kraft udgjorde den formelle hjemmel for det danske retsopgør efter besættelsen.

I nyere tid er der efter ugeringerne i ex-Jugoslavien og Rwanda fundet behov også for *ad hoc* straffedomstole til retsopgør med enkeltpersoner fra disse lande, og i denne anledning er der oprettet to specialiserede straffedomstole for hhv. ex-Jugoslavien (1993) og Rwanda (1994) med sæde i hhv. Haag og Rwanda/Haag. Efter deres engelsksprogede navne betegnes de sædvanligvis hhv. ICTY og ICTR for International Criminal Tribunal for Yugoslavia og International Criminal Tribunal for Rwanda. Deres retlige fundament er i modsætning til Nürnberg- og Tokyodomstolene ikke et traktatkompleks,

men resolutioner fra FN's sikkerhedsråd, jf. nærmere *Jan Borgen* i *Mennesker & Rettigheter* 1994 s. 258 ff. Man har valgt resolutions- i stedet for traktatformen, fordi oprettelse, ratifikation og tiltrædelse af traktater ville tage for lang tid, og det var vigtigt, at disse ad hoc domstole hurtigt kom i gang, jf. *Morten Bergsmo* i *Mennesker & Rettigheter* 1993 s. 195 f.

Hjemmel til oprettelsen findes i FN-charterets kapitel 7, idet Sikkerhedsrådet flere gange gav udtryk for, at de grove overgreb på international humanitær ret i det tidligere Jugoslavien udgjorde en trussel mod international fred og sikkerhed, jf. resolutionerne nr. 764, 771 og 780. Alle stater var og er dermed forpligtet til at tage de nødvendige skridt for at gennemføre en beslutning efter kapitel 7, jf. charterets art. 48-49.

Domstolene skal kun anvende de regler i international humanitær ret, som utvivlsomt er en del af international sædvaneret. Konkret kommer følgende forbrydelser dermed til pådømmelse: Grove brud på Genevekonventionerne, krigens love og sædvaner, folkemord samt forbrydelser mod menneskeheden. Den traktatret, hvori disse regler kommer til udtryk, er følgende: Genevekonventionerne, Haagerkonvention IV fra 1907, Folkemordskonventionen samt charteret vedlagt Londonaftalen af 8. august 1945 om oprettelse af en international militærdomstol.

Domstolene kan omstøde afgørelser i en national krigsforbryderproces i tilfælde, hvor rettergangen ikke har været upartisk og uafhængig, eller hvor sagen ikke har været omhyggeligt procederet fra anklagemyndighedens side.

Domme fra de internationale straffedomstole refereres i fx *Mennesker & Rettigheter*.

Der dannes gennem domstolenes afgørelser en praksis, som kan få betydning også i andre sagskomplekser, fx i henseende til spørgsmål om overordnede ansvar for underordnede handlinger (folkedrab m.v.)

og om staters og enkeltpersoners editionspligt, såkaldt *subpoena duces tecum*, jf. fx ICTY's kendelse af 29. oktober 1997 i Blaskic-sagen (Mennesker & Rettigheder 2000 s. 126).

Der er et fælles ankekammer for både ICTY og ICTR. Dette har sæde i Haag.

Selve overgivelsen af en person til én af de internationale straffedomstole er ikke i strid med kravet om retfærdig rettergang i EMRK art. 6, eftersom straffedomstolene i lyset af deres statutter og procesreglementer "vil sikre, at alle de nødvendige garantier for uafhængighed og upartiskhed overholdes", jf. EMD's udtalelse i *Mladen Naletilic mod Kroatien*, dom af 4. maj 2000, om overgivelse til ICTY.

b. Straffedomstol med permanent global kompetence: Den internationale Straffedomstol, ICC

I nyeste tid er oprettet Den Internationale Straffedomstol, International Criminal Court, ICC, med sæde i Haag. Denne domstols retsgrundlag er en konvention mellem en lang række stater, uddybet gennem en statut, der gennem en årrække var under udarbejdelse i FN's Folkeretskommission. I modsætning til ICTY og ICTR, der som nævnt hvilede på sikkerhedsrådsresolutioner, har man fundet det rigtigst at etablere et retsgrundlag, der gennem konvention binder hver enkelt tiltrædende stat. Konventionen (Romkonventionen) træder i kraft efter at være ratificeret af 66 stater, hvilket er sket den 11. april 2002, herunder med ratifikation fra samtlige EU-lande (EU har gennem Rådets fælles holdning 2001/443 og 2002/474 pålagt EU-staterne at samarbejde med ICC i en række konkrete henseender, herunder ved gennemsigtige procedurer for udpegning af dommere og anklagere). Herefter er ICC trådt i funktion den 1. juli 2002, og den har kompetence for så vidt angår forbrydelser begået fra og med denne dato.

ICC har kompetence til at retsforfølge enkeltpersoner for visse "internationale forbrydelser" (forbrydelser mod menneskeheden), begået i krigstid eller fredstid. Herunder falder folkedrab, gidseltagning, flykapring, grove krænkelse af krigens love og sædvaner, tortur m.v., jf. nærmere *Jan Borgen* i Mennesker & Rettigheder 1994 s. 258 ff og s. 263 ff. Under begrebet "forbrydelser mod menneskeheden" hører fx etnisk udrensning, deportation af civilbefolkning, voldtægt, slaveri samt tortur i større omfang.

Der er med ICC tale om en "fast Nürnbergdomstol". Et sådant forslag var allerede fremme i slutningen af 1940'erne, men stødte på betydelig modstand, og i den kolde krigs periode var forslaget reelt uigennemførligt. Tanken om, at jura og ikke politik eller magt skal styre opgøret efter alvorlige handlinger under krig, terror mv., er i øvrigt langt fra ny. Allerede i 1872 foreslog en repræsentant fra det internationale Røde Kors, Gustave Moynier, at man oprettede en international straffedomstol. Tanken blev fremsat under indtryk af de alvorlige krænkelse af international ret, der fandt sted under den fransk-preussiske krig.

ICC har alene en komplementær, dvs. subsidier, kompetence. Den kan således kun behandle den enkelte kriminalsag, hvis den stat, der ellers skulle behandle sagen, ikke kan og vil gøre dette. Hermed har ICC for så vidt en svagere kompetence end ICTY og ICTR, hvilket har været en del af prisen for at skaffe udbredt accept af ICC-konventionen og -statutten, jf. *Louise Arbour & Morten Bergsmo* i EU&M 2000 s. 62 ff og i Mennesker & Rettigheder 2000 s. 109 ff.

ICC's kompetence omfatter både forbrydelser, der begås af statsborgere fra lande, der har underkastet sig ICC-traktaten, og forbrydelser, der i et ICC-land begås af statsborgere fra lande, der ikke har underkastet sig ICC-traktaten.

Nogle stater, særligt USA, frygter, at deres trop-

per stationeret i udlandet kan blive genstand for tiltale ved ICC af politisk prægede grunde, og at denne mulighed vil kunne bruges som politisk pressionsmiddel eller måske endog gengældelse over for USA. Med den subsidiære kompetence, der er tillagt ICC, burde denne betænkelighed dog kunne bortfalde, eftersom hjemlandet i så fald får den primære mulighed for at retsforfølge. Alligevel har USA ikke blot villet undlade at tilslutte sig ICC, men har også søgt at modarbejde den. Således søgte USA at indgå aftale med forskellige lande om, at de ikke ville udlevere amerikanske statsborgere til retsforfølgelse ved ICC. En midlertidig løsning på denne konflikt blev opnået i juli 2002 med resolution nr. 1422 i FN's sikkerhedsråd, hvorefter ICC blev pålagt i tiden frem til 1. juli 2003 at undlade at retsforfølge soldater og politifolk fra USA og andre stater, der ikke anerkender ICC. Det er en usædvanlig, men formentlig reelt nødvendig opgave, sikkerhedsrådet herved påtog sig.

Danmark tilvejebragte det fornødne lovgrundlag for, at ICC's statut kan gælde i Danmark, jf. lov nr. 342 af 16. maj 2001, der bemyndigede udenrigsministeren til at sætte loven i kraft her i landet. Loven giver hjemmel til at udlevere personer til strafforfølgning ved ICC, jf. § 2. Straf, som er pålagt af ICC, kan fuldbyrdes i Danmark, jf. § 3. En person, der er dømt eller frifundet af ICC, kan ikke strafforfølges i Danmark for den samme handling, jf. § 4 (ne bis in idem). Strfl.s regler om falsk forklaring for retten gælder også forklaringer afgivet for ICC, jf. § 5. Udgifter til beskikket forsvarer ved afhøring her i landet efter anmodning fra ICC afholdes normalt af det offentlige, jf. § 6.

Om uddannelse af danske advokater til at virke som forsvarere i sager ved ICC se redaktionel artikel i Advokaten 2005 s. 232 ff.

c. *Specialdomstol med permanent global kompetence: Den internationale Domstol i Haag, ICJ*

Mens de foran omtalte straffedomstole med enten regional ad hoc kompetence (ICTY og ICTR) eller permanent global kompetence (ICC) beskæftiger sig med kriminelle anklager mod enkeltpersoner, beskæftiger en meget vigtig domstol med permanent og global kompetence sig med mellemfolkelige sager, dvs. med sager anlagt af én eller flere stater mod én eller flere andre stater. Det drejer sig om Den mellemfolkelige (= "internationale") Domstol, som har sæde i Haag. Dens betegnelse er International Court of Justice, ICJ. Denne internationale domstol er oprettet på grundlag af FN-pagtens art. 92-96 som uddybet i en særlig domstolsstatut.

Nogle spredte eksempler på sager, der har været behandlet ved Den internationale Domstol i Haag er:

- A Danmarks sag mod Norge om overhøjheden til øen Jan Mayn.
- B Finlands sag mod Danmark vedrørende gennemsejlingshøjden under Storebæltsbroen, som kunne være til gene for finske skibsværfters mulighed for at udfragte finskbyggede borerigge.
- C Tysklands klage over USA den 2. marts 1999 pga. Arizonas henrettelse af to tyske statsborgere, Karl og Walter LaGrand, for drab og medvirken til drab, uden at de tiltalte havde fået mulighed for at kontakte den tyske ambassade i USA, hvorved der måske kunne være skaffet dem bedre forsvarerbistand. Der blev efter Tysklands begæring allerede dagen efter sagsanlægget, dvs. den 3. marts 1999, af EMD udstedt forbud mod gennemførelsen af henrettelsen, som ikke desto mindre blev eksekveret som planlagt af Arizonas myndigheder, hvilket skabte forbitrelse i Tysk-

land og undren ved Domstolen, hvilket ses af den endelige dom i sagen den 27. juni 2001, som i alt væsentligt gik USA imod. Se om sagen *Ole Spiermann* i *Mennesker & Rettigheder* 2001 nr. 3 s. 4 ff, der særligt fremhæver (1) det foreløbige retsmiddels (forbuddets) bindende karakter, idet USA efterfølgende dømtes også for manglende efterkommelse heraf (henrettelsen blev gennemført 4 timer efter Domstolens afsigelse af forbuddet), og (2) individets styrkede rolle i folkeretten, idet Tyskland gennemførte sagen ved Domstolen til håndhævelse af de to brøders rettigheder under Wiener-konsularkonventionen.

- D Palæstinenserne klager over Israel, der i juli 2004 endte med, at Domstolen kendte det israelske opførte sikkerhedshegn om Vestbredden ulovligt, beordrede standsning af opførelsen og nedrivning af flere sektioner samt tilpligtede Israel at betale erstatning til dem, der havde lidt tab.

Retsplejen ved Domstolen er “frivillig”, hvilket indebærer, at kun stater, der udtrykkeligt har accepteret Domstolens myndighed, er bundet og kan indklages for Domstolen. For tiden har 58 af FN's 185 medlemsstater accepteret Domstolens kompetence. Tilbageholdenheden har nær sammenhæng med det forhold, at det fortsat betragtes som et indgreb i den enkelte stats suverænitet at underkaste sig domsmyndighed uden for statens egne rammer og uden for landets grænser. Der er en mangeårig folkeretlig tradition for, at staternes egne udsagn om, hvad der er gældende ret vedrørende deres traktater m.v., udgør den vigtigste retskilde til forståelsen af deres folkeretlige forpligtelser, således at forståelsen heraf med andre ord snarere har været et politisk end et juridisk anliggende. Det er i det hele taget denne traditionelle opfattelse, der i nyere tid successivt er ved at ændre sig, og hvor oprettelsen af et

antal domstole med kompetencer også over for stater er et meget konkret og betydningsfuldt udslag af denne udvikling.

d. Specialdomstole med permanent regional kompetence: EMD og EFD

Her kommer så den for fremstillingen helt centrale domstol EMD i Strasbourg ind i billedet tillige med EFD i Luxembourg samt EFTA-domstolen ligeledes i Luxembourg. De er alle udtryk for specialdomstole med en permanent regional kompetence, idet de virker inden for de nøje afgrænsede kompetenceområder, som er tillagt dem ved de traktater, hvorved de er oprettet.

Pendanter findes for andre “regioner” i form af en menneskerettighedsdomstol for en række amerikanske stater (med sæde i Costa Rica, ligesom stater, der opretter “fællesmarkeder” med EU og EØS som forbillede, nødvendigvis må overveje at gøre de heraf udspringende forpligtelser retligt bindende, så de kan håndhæves af dertil indrettede specialdomstole med permanent regional kompetence.

e. Sammenfattende

Det er ikke hverdagskost, at stat sagsøger stat. Den internationale Domstol i Haag, ICJ, har afsagt omkring 90 domme i årene 1921-1993, dvs. under to domme om året. Til sammenligning kan nævnes, at EMD i Strasbourg i hvert fald hidtil har afsagt omkring 50 domme årligt, og at dette tal givetvis vil være stigende efter indførelsen af den direkte søgsmålsret fra 1. november 1998 og i særlig grad tillige efter, at denne domstols kompetence også er udvidet til de tidligere øststater. Til yderligere sammenligning kan nævnes, at EFD i Luxembourg afsiger omkring 400 domme årligt, og at også dette tal er stigende.

Om staternes underkastelse under internationale domstole se *Tyge Lehmann* i *UfR* 1995 B s. 73 ff, der

finder, at det kommunistiske systems sammenbrud i 1989 i betydning kan måle sig med den borgerlige revolution i Frankrig i 1789. Han påpeger, at der er opstået nye muligheder for at realisere FN's målsætning om fred og fremskridt, og at især FN's sikkerhedsråd samt Den internationale Domstol i Haag er begyndt at fungere efter hensigten. Dette rummer for alvor perspektiver for en ny verdensorden, byggende på *the rule of law*, dvs. legalitetsprincippet. Det kommer stadig lidt bag på nogen, at også EMD's afgørelser kan vende op og ned på borgernes retsstilling i Danmark. Forfatterens konklusion er, at vi er på vej mod en ny verdensorden, hvor de centrale internationale organer (i første række FN's Sikkerhedsråd samt ICJ) for alvor er begyndt at udøve den rolle, de længe har haft på papiret. Verden har ændret sig radikalt efter ophøret af den kolde krig. Hvad der ikke lykkedes i 1899 på den første såkaldte Haagerfredskonference, vil derfor antagelig kunne lykkes i det 21. århundrede.

2. Danske domstole

Gennemgangen af de mange og forskelligartede internationale domstole må ikke bortlede opmærksomheden fra det forhold, at danske domstole, dvs. i sidste instans Højesteret, har en helt central rolle at spille i håndhævelsen af de grundrettigheder, der er genstand for nærværende fremstilling. Idet vi i denne forbindelse ser bort fra de yderst begrænsede muligheder, der er for private direkte søgsmål ved EFD, særligt annullationssøgsmålet, jf. art. 230 EF (ex 173), gælder det, at nøglen til at håndhæve grundrettighederne i Danmark er hos danske domstole.

a. Påberåbelse af Grl.

Det behøver ingen nærmere forklaring, at håndhævelsen af de grundrettigheder, der udspringer af Grl., finder

sted ved danske domstole. Disse har det sidste ord i fortolkningen af vor egen forfatningsret, skrevet som uskrevet. Der henvises til bemærkningerne foran om, at tilgrænsende grundrettigheder efter EMRK kan tænkes at få refleksvirkninger for domstolenes fortolkning af Grl.-bestemmelser, alt i det øjemed at undgå et EMRK-brud – men det er dog stadig danske domstole, der suverænt bestemmer over dette spørgsmål.

Men også håndhævelsen af de grundrettigheder, der udspringer af de øvrige nævnte retskilder, sker i første række ved vore egne domstole:

b. Påberåbelse af EMRK

Påberåbelse af EMRK sker i første række ved vore egne retsanvendende myndigheder, dvs. først og fremmest domstolene. Alle nationale retsmidler skal være udtømt, før der kan indgives klage til EMD, jf. EMRK art. 35(1). Man skal i videst muligt omfang søge at "fø sin ret" også efter EMRK ved de relevante nationale myndigheder. Der gælder således *the rule of local redress*. Grundtanken er at give borgeren dennes ret så langt "nede" i systemet som muligt, blandt andet af ressourcemæssige hensyn til EMD.

EMD kan ikke i en sag, der verserer ved en national domstol, modtage spørgsmål om fortolkning af EMRK – således, som EFD kan/skal have spørgsmål forelagt. Kun Europarådets ministerkomité kan anmode EMD om rådgivende udtalelser. Danske domstole bliver derfor – i modsætning til EU-rettens forelæggelsessystem efter art. 234 EF (ex 177) – nødsaget til selv at fortolke EMRK.

Et klart udsagn om det ønskelige i en forelæggelsesordning finder man i den allerede citerede udtalelse fra EFD's generaladvokat Warner i *Prais mod Rådet*, sag 130/75, Saml. 1976.1589, jf. s. 1607, hvor der opstod spørgsmål om forståelse af grundrettigheder: "Jeg beklager, at [EMRK] ikke giver kompetence til denne Domstol eller til nationale domstole til at anmode EMD

om præjudicielle udtalelser vedrørende fortolkningen af [EMRK] i sager, der opstår for disse domstole. I mangel af en sådan mulighed må vi imidlertid gøre vort bedste.” Det er lige præcis, hvad nationale domstole i givet fald skal: gøre deres bedste for at forstå og anvende EMRK korrekt i national ret.

Den måde, hvorpå frihedsrettigheder håndhæves i amerikansk forfatningsret, er karakteriseret ved, at *federal courts* kan forelægge fortolkningsspørgsmål præjudicielt for *Supreme Court*, hvorimod *state courts*, uanset at staternes lovgivning selvsagt skal respektere forbundsforfatningen, ikke har en sådan forelæggelsesmulighed og dermed selv må forsøge sig med en fortolkning af forfatningens grundrettigheder. Det europæiske system for håndhævelse af EMRK svarer således til *state courts'* position i USA. Hvis en grundrettighed derimod opstår som en bestanddel af fællesskabsretten, jf. art. 6 EU (ex F EU), og sag herom verserer for en national domstol, kan hhv. skal denne forelægge det relevante fortolknings- eller gyldighedsspørgsmål for EFD i medfør af art. 234 EF (ex 177), og dette system svarer således til kooperationsforholdet mellem *Supreme Court* og *federal courts*.

Når EMRK påberåbes under en sag (borgerlig eller kriminel), skal dommeren således selv foretage de nødvendige (supplerende) undersøgelser til afklaring af, hvordan EMRK's relevante regler skal forstås, jf. *Martin Gormsen, Jens Larsen & Søren Holmark Noe Aaberg* i *Justitia* 1991 nr. 3 med kritik af en dom af 1. marts 1990 fra Københavns Byret (sag 389/1989 K), hvori det udtaltes, at det “ikke findes godtgjort”, at advokaters medlemspligt af Advokatsamfundet skulle stride mod EMRK art. 11 om foreningsfriheden. En sådan anvendelse af traditionelle bevisbyrdeprincipper kan ikke overføres til EMRK-fortolkningsspørgsmål.

Dommeren kan ikke skyde sagen fra sig og fx forvente, at ankeinstansen i givet fald vil tage sig af

EMRK-spørgsmålet, jf. fx *UfR* 1999.495 Ø med en meget markant udtalelse fra landsretten i en sag, hvor brud på EMRK art. 6 gjordes gældende for skifteretten, men afvistes af denne. Landsretten udtaler: “Det påhviler enhver ret på embeds vegne at påse, at bestemmelserne i menneskerettighedskonventionen, herunder dennes art. 6, ikke krænkes i forbindelse med rettens sagsbehandling. ... [B]edømmelsen af, om varigheden af boets behandling som hævdet af kærende udgør en krænkelse af konventionens art. 6, skal foretages af skifteretten.” Det forekommer i øvrigt helt korrekt at anvende art. 6 også på skiftesager, jf. *Siegel mod Frankrig*, dom af 28. november 2000, hvor art. 6 ansås anvendelig på en skiftesag, hvori to notarere var udpeget af en domstol for at forestå skiftet af klagerens forældres dødsboer, og hvor sagen verserede 5 år, inden den omsider blev afvist. EMD lagde vægt på, at notarerne var udpeget af en domstol og stod under kontrol af denne, og art. 6 fandt derfor anvendelse, ligesom den var krænkede pga. den lange sagsbehandlingstid. I fx en dansk sag, hvor en autoriseret bobestyrer i et dødsbo eller en kurator i et konkursbo står under skifterettens tilsyn, må tilsvarende principper gælde.

Det blev forudsat i forbindelse med den generelle inkorporering af EMRK i dansk ret med virkning fra 1. juli 1992, at danske domstole skulle være tilbageholdende med at anlægge en ny, selvstændig fortolkning af EMRK. Med andre ord forventede man, at dommerne kun ville bruge EMRK som “korrektion” til dansk ret, når de var nogenlunde sikre på fortolkningen af EMRK. Denne oprindelige grundholdning, som lægger op til en forsigtig og indskrænkende fortolkning af EMRK, har danske domstole efter alt at dømme allerede distanceret sig fra, om end man lejlighedsvis ser den dukke op, jf. fx byrettens præmisser i *UfR* 2000.2143 Ø om en injuriersag for at have kaldt en forening racistisk. Præjudikater fra Strasbourg fortolkes ikke indskræn-

kende, men yderst loyalt af danske domstole, jf. *Jørgen Aall* i TfR 1998 s. 1 ff. Forfatteren tager udgangspunkt i EMRK-præjudikaternes gennemslagskraft ved norske domstole, og han påviser her en vis tendens til indskrænkende fortolkning. Han sammenholder (s. 170 ff) med danske domstoles praksis og påviser herved en betydelig respekt for EMRK-dommene. Se også *Jonas Christoffersen* i UfR 2000 B s. 593 ff, der påviser, at domstolene ikke har udvist den forudsatte "tilbageholdenhed", at de flere gange har tilsidesat dansk ret alene på grundlag af EMRK, og at de i flere tilfælde har ladet EMRK smitte af på fortolkningen af grundloven.

Der udføres et meget stort og krævende arbejde af advokater, anklagemyndighed og domstole med hensyn til at skaffe og ajourføre overblikket over EMD's fortolkning af de enkelte artikler i EMRK, og der er næppe tvivl om, at Danmark er ét af de lande, der for alvor er opmærksomme på betydningen af om nødvendigt at inddrage EMRK i bedømmelsen af den enkelte sag samt i det lovforberedende arbejde, hvilket kan være en årsag til, at Danmark har relativt få klagesager ved EMD, jf. *Nina Holst-Christensen & Jon Fridrik Kjølbro* i EU&M 2002 s. 57 ff.

EMD træder først i funktion, når samtlige nationale retsmidler er udtømt, og et individ fortsat mener at være behandlet i strid med EMRK, jf. EMRK art. 35(1), dvs. *the rule of local redress*. I Danmark må det derfor antages, at der om nødvendigt skal være søgt 2. hhv. 3. instansbevilling, jf. *Nina Holst-Christensen & Jon Fridrik Kjølbro* i UfR 1998 B s. 386.

Dog kan en sag tænkes indbragt, inden den er afsluttet i sit hjemland, hvis klagen drejer sig om en sagsbehandlingstid, der af klageren hævdes at være urimeligt lang og derfor stridende mod EMRK, men også her skal klageren dog så vidt muligt søge at få skaffet sig sin ret i det nationale system, fx ved at påstå afvisning som følge af overskridelse af begrebet "rimelig tid".

EMRK påberåbes for danske domstole i et stort og tilsyneladende stadigt stigende omfang. En gennemgang af UfR viser følgende antal påberåbelser: 1992: 4; 1993: 3; 1994: 9; 1995: 11; 1996: 13; 1997: 15; 1998: 14; 1999: 42. Det er i særlig grad art. 6 om retfærdig rettergang og art. 8 om beskyttelse af privat- og familieliv, der påberåbes.

c. Påberåbelse af EU-rettens grundrettigheder

Også nøglen til påberåbelse af de grundrettigheder, som fællesskabsretten respekterer – jf. art. 6 EU (ex F EU), hvorefter EU som nævnt respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved EMRK, og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten – er hos vore egne domstole. De europæiske grundrettigheder er ikke længere borte fra borgeren end byretten henne om hjørnet. Menes det således, at fx en forordning eller et direktiv fra EU og/eller at den måde, hvorpå EU-forskriften administreres i dansk ret, strider mod en grundlæggende rettighed, kan og skal dette gøres gældende under den danske retssag, hvor det underliggende retsforhold behandles. Dette kan være en straffesag om overtrædelse af nogle forskrifter, eller det kan være en retssag, som en borger eller en virksomhed har anlagt til prøvelse af en myndighedsbeslutning, en forvaltningsakt.

Både hvis der opstår spørgsmål om fortolkning af EU-forskrifter (Traktaten, en forordning, et direktiv), og hvis der opstår spørgsmål om en forskrifts gyldighed, typisk om en forordnings- eller direktivbestemmelses forenelighed med en grundlæggende rettighed, kan (i sidste instans: skal) spørgsmålet forelægges for EFD som et præjudicielt spørgsmål efter art. 234 EF (ex 177). Denne bestemmelsen vedrører netop fortolkningen af primær og sekundær EU-ret samt gyldigheden af sekundær EU-ret, og under sidstnævnte kategori kan ikke blot

inddrages den sekundære retsakts overensstemmelse med og hjemmel i den primære EU-ret (Traktaten), men også den sekundære retsakts forenelighed med en grundrettighed.

Den udvikling af fællesskabsrettens respekt for grundrettighederne, som fandt sted gennem 1970'erne, fremprovokeret af den tyske *BVerfG*'s betingelser for at respektere fællesskabsrettens forrang for national ret, skete i alt væsentligt gennem præjudicielle forelæggelser for EFD i sager verserende for nationale domstole, jf. nærmere *Louise Nan Rasmussen & Søren Schønberg*: EU-menneskeret – en udfordring til dansk ret og *Hans-Werner Rengeling*: Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft.

3. EMD i Strasbourg

På to væsentlige punkter repræsenterer EMRK en nydannelse: Staterne skal sikre "enhver" nydelsen af frihedsrettighederne i EMRK, dvs. også statens egne borgere, jf. art. 1, og der er et internationalt kontrolsystem, som kan træffe afgørelser bindende for medlemsstaterne, jf. *Carl Aage Nørgaard* i J 1993 s. 49 ff.

Indtil 1. november 1998 gjaldt det, at sagen skulle indbringes for Menneskerettighedskommissionen, der – hvis den fandt EMRK overtrådt af staten – kunne indbringe sagen for EMD. For ikke at risikere oversvømmelse af EMD havde man tidligere ikke mulighed for direkte søgsmål fra individer mod stater ved domstolen, men en sådan mulighed er nu etableret fra nævnte dato. Fra nævnte dato er systemet imidlertid indgribende ændret, og Danmark har ratificeret tillægsprotokollerne.

P9 giver enkeltpersoner m.v. direkte søgsmålsret for EMD. Sagerne forelægges først for et udvalg (en komité) bestående af 3 dommere. Hvis klagen ikke rejser et alvorligt spørgsmål vedrørende EMRK, kan de 3 dommere med énstemmighed beslutte at undlade sagens forelæg-

gelse for EMD. I så fald træffer Ministerkomitéen som hidtil afgørelse om, hvorvidt EMRK er overtrådt.

P11 indførte en ny EMD, som erstatter EMK og den tidligere EMD, idet disse er fusioneret. Krænkelser afgøres herefter alene af EMD, der nu er organiseret i komitéer, kamre og et Storkammer med visse muligheder for intern appel og henvisning, jf. nærmere EMRK art. 27-31 som udformet ved P11.

a. EMD's struktur

EMD består af en dommer fra hver stat, p.t. 44 stater (efter ratifikation i 2003 fra Armenien, Aserbajdsjan og Bosnien-Herzegovina), jf. EMRK art. 20. Dommerne vælges af Europarådets parlamentariske forsamling, jf. art. 22, idet der opstilles lister med tre kandidater. Dommerne udnævnes for 6 år, men kan genvælges, jf. art. 23(1). De må højst beklæde embedet, til de fylder 70 år, jf. art. 23(6). Den enkelte dommer "repræsenterer" ikke sin hjemstat, jf. EMRK art. 21(2): "Dommerne har sæde i EMD som individuelle personer". De personlige forudsætninger og krav til en dommer i EMD er, at han eller hun skal "nyde den højeste moralske anseelse", jf. EMRK art. 21(1), dvs. et decorumkrav, og at han enten (a) skal kunne udnævnes til højesteretsdommer i sit hjemland eller (b) skal være "retskyndig af anerkendt sagkundskab", EMRK art. 21(1). Dommerne må ikke påtage sig bijob, der er uforenelige med dommerembedet, jf. EMRK art. 21(3). Indtil 1. november 1998 var dommerhvervet et deltidshverv, men nu er det et heltidshverv. Den "danske" dommer ved EMD er *Peer Lorenzen*, tidligere højesteretsdommer i Danmark og før da præsident for Vestre Landsret.

Komitéernes opgave er at afvise sager, der ikke bør realitetsbehandles, dvs. en funktion, der har lighedspunkter med den, Kommissionen tidligere udøvede. Afvisning i en komité sker ved énstemmighed, og en sådan afgørelse er endelig, jf. EMRK art. 28.

Som udgangspunkt behandles en sag i et kammer, og dettes afgørelse bliver endelig, når der er gået 3 måneder fra dommen, eller parterne frafalder appel til Storkammeret, eller dette afviser sagens henvisning, jf. nærmere EMRK art. 44. Men ellers kan en sag “undtagelsesvis” appelleres til Storkammeret, jf. art. 43. Både i et kammer og i Storkammeret skal dommeren fra den stat, der klages over, medvirke, også selv om samme dommer herved kommer til at medvirke ved både 1. og 2. instansbehandlingen, jf. om den restrukturede EMD *John Lundum* i EU&M 1999 nr. 2 s. 1 ff.

EMD’s plenum vælger præsident, justitssekretær m.v. og vedtager procesregler (Rules of procedure), jf. EMRK art. 26. Den er opdelt i et Storkammer (Grand Chamber) med 17 dommere (for 3 år ad gangen), et antal kamre (chambers) med 7 dommere og et antal komitéer med 3 dommere (nedsat af kamrene for 12 måneder ad gangen), jf. EMRK art. 27(1). Ydermere er EMD opdelt (for perioder på 3 år) i 4 sektioner, der er afbalanceret efter geografi, køn og retstradition m.v., hver med en præsident, jf. Rule 25. Kamrene nedsættes inden for hver sektion (og roterer), jf. Rule 26. Ved behandlingen af den enkelte sag medvirker den indklagede stats dommer, også selv om han eventuelt tilhører en anden sektion, jf. Rule 26. Om nødvendigt anvendes en sættest dommer (*ad hoc judge*), jf. Rule 29. I modsætning til proceduren ved EFD anvendes der ved EMD ikke generaladvokater.

b. Søgsmålsberettigelse

Procesforudsætning efter EMRK art. 35 er for det første, at “alle nationale retsmidler” skal være udtømt, jf. art. 35(1), i.e. *the rule of local redress*. For en dansk straffesags vedkommende er det herved ikke nødvendigt, at der er forsøgt genoptagelse via Den Særlige Klageret, jf. *bet. nr. 1220/1991* s. 99 ff og EMD’s egen vejledning (DK 03.06.99 pkt. 5). Ankefrister skal være

overholdt i national procesret. Klage skal indgives til EMD inden 6 måneder efter den endelige national afgørelse, jf. EMRK art. 35(1). I Danmark er den endelige nationale afgørelse fx Højesterets dom eller Procesbevillingsnævnets afslag på 2.- eller 3.-instansbevilling. En anmodning om genoptagelse m.v. bringer ikke en ny 6 måneders frist til at løbe. Der kan kun indgives navngiven klage, jf. art. 35(2)a. Klagen kan afvises, hvis den er åbenbart ugrundet, jf. art. 35(3), idet der ikke må finde “misbrug af klageadgangen” sted. Om procesforudsætninger m.v. se nærmere. *Gert Holst Matthiesen* i J 1999 s. 352 ff.

Kredsen af klageberettigede er (a) andre konventionsstater, jf. art. 33, jf. fx Danmarks klage mod Tyrkiet vedrørende sidstnævntes behandling af den dansk bosiddende Kemâl Koç, og (b) “enhver person ... der hævder at være blevet krænkede ...”, jf. art. 34, herunder også familie m.v., særligt til en afdød krænkede, samt ikke-statslige organisationer (NGO’er) og andre “grupper af enkeltpersoner”, jf. art. 34 om såkaldte *indirect victims*. Derimod er der ikke nogen generel klageret, dvs. ingen såkaldt *actio popularis*.

Klageren skal som hovedregel selv være krænkede. En mere indirekte krænkelse er herved ikke nok, men grænsen kan være vanskelig at trække, fx hvor der er sket indgreb i et selskabs ejendom, og aktionærer ønsker at klage over det herved stedfundne indirekte indgreb i deres ejendom, jf. dom af 24. oktober 1995 i *Agrotexim m.fl. mod Grækenland*, hvor EMD afviste en klage fra seks aktionærer i et selskab under likvidation. De mente, at deres ejendomsret var krænkede gennem nogle ekspropriative skridt, der var foretaget over for det selskab, som var under insolvensbehandling. Når klagen ikke blev realitetsbehandlet af EMD, skyldtes det, at aktionæerne ikke klagede over en krænkelse af deres ret som aktionærer i selskabet, men over en krænkelse af selskabets ejendomsret. EMD fandt, at det var “ho-

vedreglen, at selskabsmasken [!] ikke kunne løftes, og at fravigelse alene burde ske, når det var godtgjort, at selskabet ikke selv havde haft mulighed for at indgive klage over de påståede krænkelse". Uanset at selskabet var under insolvensbehandling, havde det – gennem likvidatorerne – haft mulighed for at indgive klage i relation til EMRK. Menneskerettighedskommissionen havde derimod lagt vægt på, at tvister om selskabets ejendomsret påvirker aktiernes værdi, og at dette måtte medføre, at aktionærerne var berettigede til at klage. Dansk ret ville i henseende til søgsmålsret komme til et resultat svarende til EMD's vedrørende aktionærs afledede tab, jf. *UfR 1992.780 V*, hvor en aktionær ikke ansås at have søgsmålsret mod selskabets pengeinstitut for dets uretmæssige disposition over selskabets bankkonto. Det påpeges af *Lisa Vinberg* i ERT 2004 s. 390 ff, at Agrotexim og dens relativt strenge kriterier ikke altid bør føles bindende. Hvis det nemlig konkret kan påvises, at der er gjort et direkte indgreb i aktionærernes ret til at nyde deres ejendom, vil aktionærerne kunne være søgsmålsberettigede. Hun anbefaler, at dette understreges allerede ved sagens indbringelse for EMD for at undgå forhåndsafvisning.

Hvis den pågældende stats egne myndigheder, fx domstolene, selv har erkendt EMRK-bruddet og ydet rimelig compensation herfor, er klageren ikke længere "offer" i EMRK's forstand, og klagen skal da afvises, jf. fx *Lie & Berntsen mod Norge*, dom af 16. december 1999 om en økonomisk straffesag, hvis varighed overskred grænserne efter art. 6, men hvor norske domstole havde erkendt den for lange sagsbehandlingstid (og kompenseret herfor ved strafudmålingen ved at give betingede fængselsstraffe). Den compensation, der ydes efter det hjemlige system, skal i henseende til erstatningsbetingelser, herunder kausalitet, samt udmåling m.v. i videst muligt omfang afpasses efter EMD's egen praksis, der således løftes over til det nationale niveau, jf.

Clarence Crafoord i ERT 2001 s. 519 ff. En admissibilitetsafgørelse af 20. september 2001 i sagen *Jensen mod Danmark* om en advokats 4 år lange tilståelsessag for underslæb viser, hvor meget der skal til, for at det hjemlige systems compensation fjerner klagerens offerstatus: (1) Nationale myndigheder skal på en tilstrækkeligt tydelig måde have anerkendt EMRK-krænkelsen (her: den manglende overholdelse af kravet om rettergang inden en rimelig frist), og (2) de skal have ydet compensation ved at reducere den idømte straf på en udtrykkelig og målelig måde. I *Jensen mod Danmark* var ingen af disse betingelser opfyldt, eftersom hverken by- eller landsret havde fundet EMRK art. 6 overtrådt, og det ikke kunne ses, hvor stor en del af udmålingsrabatten (fra normalt 1½ års til her 1 års ubetinget fængsel) der hidrørte fra sagsbehandlingstiden. Advokat Jensens klage mod Danmark erklæredes derfor admissibel. Det understreges af *Jonas Christoffersen* i EU&M 2002 s. 94 f, at der skal gives en præcis begrundelse for strafreduktionen, og at denne bør henføres specifikt til sagsbehandlingstiden, så EMD kan efterprøve, at sagsbehandlingstiden har haft en reel indflydelse på strafudmålingen. Et eksempel på, at offerstatus fjernes, idet EMRK-krænkelsen klart erkendes, er *UfR 2003.2031 H*, hvor der i en selskabstømmersag, der havde været 10 år under vejs og heraf ligget stille i 2 år, blev konstateret krænkelse og derfor udmålt en straf på kun 1,5 års fængsel, "væsentligt lavere end den straf, der normalt skulle udmåles for den begåede kriminalitet". Det påpeges af *Jonas Christoffersen* i *UfR 2005 B* s. 133 ff om det offentlige kompensationsansvar for krænkelse af menneskerettigheder, at dansk rets almindelige betingelser for offentligretligt erstatningsansvar ikke altid være tilstrækkelige til at yde den – på objektivi grundlag funderede – compensation, som EMRK kræver.

c. Klagen

Klagen indgives skriftligt, og parten kan selv klage uden advokatbistand, jf. Rule 36(1), men hvis sagen admitteres, er der advokattvang senere under sagen, særligt under retsmøder (hearings), jf. Rule 36(2)-(5). Møderet for EMD har enhver advokat fra et europarådsland, jf. Rule 36(4).

Der er en fri proces ordning under EMD. Fri proces kan dog ikke søges allerede fra klagetidspunktet, men først på et senere tidspunkt, jf. Rule 91-96. Fri proces ordningen er dog alene udtryk for et tilskud til udgifterne. Der dækkes advokatudgift med standardiserede takster samt advokatens rejseudgifter.

Danmark giver fra den 1. april 2000 retshjælp til menneskerettighedsklager, men den danske ordning er subsidær i forhold til fri proces ordningen ved EMD.

Klagen indgives til The Registrar, European Court of Human Rights, Council of Europe, F-67075 Strasbourg CEDEX, FRANCE. Der er formulartvang, jf. Rule 47(1), men klageblanket fås gratis hos justitskontoret.

Klagen skal mindst indeholde følgende, jf. Rule 47(1)a-h: (a) Klagerens navn, fødselsdato, nationalitet, køn, beskæftigelse og adresse, (b) navn, beskæftigelse og adresse på klagerens eventuelle repræsentant, (c) det eller de lande, der klages over, (d) en kort (*succinct* = kort/koncis) redegørelse for sagens faktiske omstændigheder, (e) en kort redegørelse for, hvilke EMRK-bestemmelser der menes krænkede, og relevante argumenter herfor, (f) en kort redegørelse for, at admissibilitetskriteriet i EMRK art. 35 er opfyldt (alle nationale retsmidler udtømt, max. 6 mdr.), (g) klagerens påstand, herunder en indledende angivelse (*general indication*) af krav om erstatning, jf. EMRK art. 41, og (h) klagen skal vedlægges alle relevante dokumenter i kopi (originaldokumenter returneres ikke). Desuden skal følgende med i klagen, jf. Rule 47(2)a-b: (a) Dokumentation

for admissibiliteten, særligt vedrørende udtømmning af alle nationale retsmidler samt overholdelse af 6 mdr. fristen, og (b) angivelse af, om der er klaget til andre internationale instanser.

d. Sagsbehandlingen

Om processproget under en sag ved EMD gælder det, at selve klagen kan være udfærdiget på ét af Europarådets landes sprog, jf. Rule 34(2). Men hvis klagen admitteres (is declared admissible), skal der derefter anvendes engelsk eller fransk som processprog, jf. Rule 34(3)-(4).

Vidner afhøres for EMD på deres eget sprog, idet justitssekretæren sørger for tolk, jf. Rule 34(6).

Justitssekretærens rolle i sagens forberedelse er ganske central. Han bekræfter klagens modtagelse over for klageren og kan herved i et vist omfang bevæge sig ind på det materielle i sagen ved at henvise til tidligere afgørelser, ligesom han kan hjælpe med berigtigelse af formelle mangler. Han holder klageren løbende underrettet om sagens forløb.

Der kan ske afvisning af sagen i en komité eller et kammer. En komité kan forhåndsafvise sagen (énstemmigt), jf. EMRK art. 28 (admissibility procedure), enten i form af en egentlig afvisning af processuelle grunde (declare inadmissible) eller ved at standse sagen af materielle grunde (strike out). Komitéerne har således en del af de filterfunktioner, der tidligere tilkom Menneskerettighedskommissionen. Kammeret afgør derimod de "normale" sager, jf. EMRK art. 29.

Under visse omstændigheder overgår en sag til Storkammeret. Dettets kompetence kan opdeles i tre hovedområder: (1) Storkammeret overtager sager, der henvises fra et kammer, jf. EMRK art. 30 og 31. Det drejer sig om sager, der rejser væsentlige spørgsmål, eller hvor der opstår spørgsmål om at tilsidesætte tidligere praksis, og hvor ingen af parterne gør indsigelse mod henvisningen. (2) Dernæst har Storkammeret kom-

petence til at behandle “appeller”, jf. EMRK art. 43 og 31. En part kan inden for 3 måneder fra en dom i kammeret “undtagelsesvis” kræve behandling i Storkammeret, dvs. en form for appel. Denne er dog kun mulig for så vidt angår væsentlige emner af generel vigtighed. Spørgsmål om at antage en appel afgøres af et 5-mands udvalg (a panel) under Storkammeret. (3) Endelig afgiver Storkammeret juridiske “responsa” efter anmodning fra Ministerkomitéen, jf. EMRK art. 47, dog ikke i spørgsmål om forståelsen af de materielle frihedsrettigheder i EMRK afsnit I.

EMD anvender naturligvis en kontradiktorisk procesform, men da retsgrundlaget i det væsentlige er af offentligretlig natur, og da EMD’s funktion svarer til en forfatnings- og i visse henseender er forvaltningsdomstols, er det ikke en traditionel forhandlingsmaksime, men snarere en (modificeret) officialmaksime, der finder anvendelse, jf. fx EMRK art. 38(1)a, hvorefter EMD “... om nødvendigt [kan] foranstalte en undersøgelse ...”, Rule 42, hvorefter EMD kan foranstalte bevisoptagelse ex officio, samt Rule 48-49, hvorefter den rapporterende dommer kan indkræve yderligere beviser m.v., ligesom EMD selv kan optage bevis. Se som eksempel herpå sagen *Ogur mod Tyrkiet*, dom af 20. maj 1999, hvor repræsentanter for (dengang) Kommissionen rejste til Tyrkiet og fandt det bevist, at sikkerhedsstyrkerne havde dræbt Ogur (klagerens søn), så Tyrkiet havde brudt EMRK art. 2 om retten til livet, blandt andet gennem Tyrkiets mangelfulde efterforskning af drabssagen. Også dommere fra den nuværende Domstol er lejlighedsvis rejst til udlandet for at afhøre vidner i en stat, hvor alvorlige krænkelser har fundet sted, fx hvor folk er blevet dræbt i politiaktioner, og hvor landets myndigheder ikke foretager sig noget effektivt for at undersøge sagsforløbet. I så fald må EMD’s egne folk være klar til at træde til.

Sagens forberedelse er normalt skriftlig, men der

er mulighed for at holde forberedende retsmøde. Ligeledes er EMD til rådighed for forligsforhandlinger, jf. EMRK art. 38(1)b. Der er herved tale om en fortrolig procedure, idet det principielt anses for ønskeligt, om en sag kan afsluttes gennem forlig mellem klageren og den indklagede stat.

Selv om man fra et retsvidenskabeligt synspunkt helst vil se en dom med dennes præjudikatmæssige værdi, vil sagens parter ofte ønske sig et forlig. Fx skønnede Danmark efter at være blevet domfældt for langsommelig sagsbehandling (EMRK art. 6(1): “inden en rimelig frist”) i både blødersagen og i Kurt Nielsen mod Danmark, at det ikke var hensigtsmæssigt med endnu en domfældelse af Danmark efter denne regel, og i konsekvens heraf blev der med en klager, *vognmand Hardy Hansen*, den 11. juli 2000 indgået forlig, hvorved vognmanden hævdede sin klage mod Danmark ved EMD mod at få en erstatning på 45.000 kr. og refusion af sine sagsomkostninger. Hans sag om objektivt individualansvar efter køre-hviletidsreglerne havde verseret i næsten 10 år, nemlig fra hans chauffør i 1985 blev noteret for overtrædelse af reglerne, til der ved *UfR 1995.9 H* faldt endelig dom. Selv når man tager i betragtning, at sagen i mellemtiden havde måttet forelægges for EFD, jf. dennes dom af 10. juli 1990, C-326/88, *Hansen & Søn I/S*, og at danske myndigheder i relation til “rimelig frist” i EMRK art. 6(1) ikke er ansvarlig for sagsbehandlingstiden ved EFD, jf. EMD’s dom af 26. februar 1998, *Pafitis m.fl. mod Grækenland*, var et tidsspand på næsten 10 år om en mindre bødesag for meget, og det er derfor forståeligt, at den danske stat valgte forligsvejen. Det samlede tidsforløb kan i øvrigt nok give stof til eftertanke. Gerningstidspunktet i denne bødesag var 1985. EFD udtalte sig i 1990. Den danske højesteretsdom faldt i 1994. Forlig for EMD blev indgået i 2000. I alt 15 år var “systemet” – alle kompetence myndigheder i ind- og udland herved iberegnet – om at behandle og afslutte denne sag.

Danmark har i den senere tid indgået en række forlig for EMD i sager om art. 6: *Henry Krog Pedersen mod Danmark*, forlig af 28. marts 2000, *Grosse mod Danmark*, forlig af 8. juni 2000, *Skoubo mod Danmark*, forlig af 6. juli 2000, foruden det allerede nævnte i *Hansen mod Danmark*, forlig af 11. juli 2000. I det omfang forliget vedrører art. 6(1) og spørgsmålet om sagsbehandlingstid, er det forståeligt, at der søges forlig. I sager, hvor "noget mere" står på spil, fx i *Hansen mod Danmark* i relation til art. 6(2) om uskyldsformodningen, er forligsindgåelse måske i nogle tilfælde lidt mere betænkelig, fordi sagens juridiske bedømmelse dermed ikke er klar. Det typiske forligsmønster synes at være, at hvis sagen admitteres, indgås der forlig inden for et par måneder. I nogle af forligene nævnes det, at staten ikke anerkender at have foretaget nogen krænkelse af EMRK, i andre er dette spørgsmål uomtalt.

Hvis parterne forliger sig, skal EMD notere sig dette og slette sagen af retslisten, jf. EMRK art. 39. Dette sker med en kort gengivelse af sagens forløb og tvistepunkter, en gengivelse af parternes forligsbreve til EMD samt dennes tilføjelse: "The Court takes note of the agreement reached between the parties (Article 39 of the Convention). It is satisfied that the settlement is based on the respect for human rights as defined in the Convention or its Protocols (Article 37 § 1 *in fine* of the Convention and Rule 62 § 3 of the Rules of Court). Accordingly, the case should be struck out of the list".

Der er – bortset fra muligheden for ikke-offentlige forligsbestræbelser – mødeoffentlighed ved EMD, jf. EMRK art. 40(1), og der er ligeledes tale om dokument-offentlighed, jf. EMRK art. 40(2). I særlige tilfælde kan klageren dog efter anmodning anonymiseres, jf. Rule 47(3). Dette kan være aktuelt ved særligt sensitive sager, fx om klager efter kønsskifte etc.

Det kammer, der modtager sagen, hvis den ikke for-

håndsafvises af en komité, sætter en frist for afgivelse af indlæg og dokumenter, jf. Rule 38.

Det kammer, der behandler sagen, kan henstille, at behandlingen af sagen ved EMD tillægges opsættende virkning for det nationale retsforhold, der klages over, jf. Rule 39. Der kan fx være tale om, at en udvisning efter udlændingelovgivningen på denne måde udsættes. Dette var tilfældet i *Amrollahi mod Danmark*, dom af 11. juli 2002, jf. dommens præmis 5.

I selve klagen behøver et erstatningskrav som nævnt ikke fremsættes præcist, men hvis sagen admitteres, skal et eventuelt erstatningskrav fremsættes inden 2 måneder efter admitteringen, jf. Rule 60.

Der er nærmere forskrifter om afholdelse og afvikling af sagens retsmøder, jf. Rule 63-70.

e. Dommen

Dommen i sagen skal begrundes, jf. EMRK art. 45(1). En dommer, der ikke er enig med flertallet, har ret til navngiven dissens, jf. EMRK art. 45(2), modsat fx EFD, hvis domme fremstår som enstemmige. Mange af EMD's afgørelser fremstår med dissens, endog jævnligt en dissens fra flere dommere, således blot eksempelvis domfældelsen af Danmark i Grønjakkesagen (*Jersild mod Danmark*), hvor dommerstemmerne stod 12-7. En dissens behøver ikke nødvendigvis svække dommens gennemslagskraft eller EMD's autoritet. Det er en erfaring fra forfatningsdomstole, at fortolkningen af de ofte vage og dynamisk udviklende forfatningsbestemmelser medfører, at det ofte ikke er muligt at tilvejebringe enstemmighed om et resultat.

Om dommens indhold bemærkes, at dommen for det første fastslår, om én eller flere EMRK-bestemmelser er krænkede eller ej. Derimod har EMD ingen kompetence til at ophæve en national dom. EMD er ikke ankeinstans for nationale domstole. Den nationale dom, der har givet anledning til klagen til EMD, står derfor indtil videre

ved magt, jf. straks nedenfor om det behov for redressering, der efter omstændighederne kan opstå.

Dernæst giver EMD eventuelt – og kun efter påstand, jf. ovenfor – erstatning for en konstateret EMRK-krænkelse, jf. EMRK art. 41 om *just satisfaction*. I mange tilfælde vil EMD dog bemærke, at selve konstateringen af krænkelsen udgør en tilstrækkelig compensation (når klageren også har fået tilkendt sagsomkostninger af EMD eller har fri proces, enten fra EMD eller fra et hjemligt fri proces system), jf. herved *Gerhard Danne-mann* i Rabels 1999 s. 452 ff, der påpeger, at erstatnings-spørgsmålet har ringe prioritet i EMD's behandling, og at det ofte får en hurtig afgørelse henimod slutningen af dommernes votering om sagens hovedspørgsmål. Visse typer af krænkelse synes at nyde et særligt stærkt erstatningsretligt værn, således krænkelse af liv, frihed, legemlig integritet m.v., mens rent processuelle krænkelse beskyttes i mindre grad, jf. *Arnfinn Bårdsen* i TfR 2000 s. 211, der i det væsentlige bifalder både denne sontring og den mere standardiserede erstatningsudmåling på et relativt beskedent niveau.

Danmark blev ved dom af 8. februar 1996 i *bløder-sagen* dømt for langsommelig sagsbehandling i sagen mellem på den ene side staten og et medicinalfirma og på den anden side de danske blødere, henholdsvis deres efterladte. Selv når den forsinkelse, som klagerne havde været skyld i, blev taget i betragtning, havde myndighederne ikke handlet med den ekstraordinære omhu, som art. 6 nødvendiggjorde i den foreliggende sag. Der var krævet beløb på 325.000-425.000 kr., men der blev kun givet 100.000 kr., henset til, at den danske stat havde udbetalt en godtgørelse, og at klagerne selv havde bidraget væsentligt til forsinkelsen. Også efter blødersagerne er Danmark blevet domfældt for overskridelse af kravet om rimelig frist i art. 6(1), jf. EMD's dom af 15. februar 2000 i sagen *Kurt Nielsen mod Danmark*. Her varede en sag mod to forsikringsselskaber med krav om invalidi-

terterstatning efter en bilulykke i alt 8½ år ved by- og landsret. Kurt Nielsen fik 75.000 kr. i godtgørelse.

Der henvises til bemærkningerne nedenfor om, at det hjemlige retssystem kan komme risikoen for en EMRK-klage i forkøbet og selv "konstatere" EMRK-bruddet (uanset at EMD i sagens natur er enekompetent til at foretage den autoritative konstatering af, om EMRK er overtrådt) samt give compensation herfor, fx rabat ved udmålingen af straffen i en sag, der har været for længe.

Om retskraft bemærkes, at der foreligger en endelig og retskraftig dom (final judgment), når følgende betingelser er opfyldt: (1) En dom fra Storkammeret er i sagens natur straks retskraftig, idet der her ikke gives nogen appelmulighed, jf. EMRK art. 44(1). (2) En dom afsagt af et kammer bliver enten retskraftig, (a) hvis parterne frafalder henvisning til Storkammeret, dvs. en form for efterfølgende udtrykkeligt ankeafkald, eller (b) hvis henvisning til Storkammeret ("appel") afslås af Storkammerets udvalg (panel), eller (c) hvis der hengår 3 måneder uden modtagelse af en begæring om henvisning ("appel"), jf. art. 44(2). Det vil ses, at ordningen til forveksling ligner den retskraft, der indtræder, når der enten gives ankeafkald eller udløber en ankefrist i relation til en dom, der ellers kunne påankes til en højere domstol.

Under ganske særlige omstændigheder kan en sag genoptages, fx hvor klageren eller en stat mener, at EMD har overset eller misforstået centrale momenter i sagen. Der er kun relativt få eksempler herpå. Nævnes kan, at én af de centrale sager om foreningsfrihed efter art. 11(1), dommen af 25. april 1996 i sagen *Gustafsson mod Sverige*, blev genoptaget efter klagerens begæring, fordi han mente, at EMD havde overset nogle spørgsmål vedrørende beskaffenheden af den tilslutningsaftale (*hångavtal*), som fagforeningen tilbød ham, og som ledte frem til, at EMD konkret ikke fandt den negative

foreningsfrihed krænket, uanset at dommen bekræftede dette aspekt af foreningsfriheden. Men ved dom af 3. juli 1998 blev den oprindelige dom fastholdt. Det blev i den nye dom atter understreget, at klageren havde haft to muligheder: (1) at melde sig ind i arbejdsgiverforeningen eller (2) at indgå på den tilbudte *hængavtal*, men han ønskede ikke at gøre brug af nogen af dem.

f. Dommens konsekvenser

Man kan ikke sige, at EMD's domme har egentlig eksekutionskraft på samme måde som eksigible domme ellers har. Den dømte stat er efter konventionen og dermed folkeretligt pligtig at efterkomme dommen, jf. EMRK art. 46(1), men som følge af statssuveræniteten kan en dom ikke "fuldbyrdes" over for en stat, og der opereres ikke efter EMRK med et bøde- eller tvangsbødesystem, således som det efter Amsterdam ses i fællesskabsretten, jf. art. 228(2) EF. Men Europarådets Ministerkomité overvåger dommens fuldbyrdelse, jf. EMRK art. 46(2), og der lægges herved et betydeligt politisk pres på den dømte stat. Et eksempel på, at denne overvågning fungerer og tages alvorligt af staterne, er, at de sagsomkostninger på 20.000 £, som Mogens Hauschildt fik tilkendt ved dommen af 24 maj 1989 i sagen *Hauschildt mod Danmark* (inhabile dommere), blev modregnet i den danske stats tilgodehavende hos Hauschildt efter domfældelsen. Den danske regering underrettede Ministerkomitéen herom, og komitéen anerkendte modregning som betalingsform. Kritisk hertil er *Lars Adam Rehof* i UfR 1992 B s.73 ff.

En dom fra Strasbourg kan være udtryk for en svagheit eller EMRK-retsstridig tilstand ved det hjemlige retssystem og dermed give anledning til lovændringer.

Fx måtte reglerne om dommeres inhabilitet ændres, efter at Danmark den 24. maj 1989 var dømt for brud på EMRK i den såkaldte *Hauschildt sag*. Ændringen

indebar, at en dommer, der har truffet bestemmelse om varetægtsfængsling efter den særlige regel i rpl. § 762, stk. 2 (om særligt bestyrket mistanke – såkaldt "retshåndhævelsesarrest" i alvorlige sager), ikke må pådømme selve sagen, når denne kommer for retten, medmindre den behandles som en tilståelsessag.

Også de lovændringer, der gennemførtes i 1997 til fremme af retssagernes forberedelse og hurtigere behandling i retssystemet, var foranlediget af en domfældelse i Strasbourg, nemlig i den tragiske *blødersag*. I erkendelse af, at sagsbehandlingstiden ved danske domstole i civile sager var betænkelig i forhold til kravet i EMRK art. 6(1), blev der gennemført stramninger i rpl.s forskrifter om sagsforberedelse, domsafsigelse m.v. Det fremgår udtrykkeligt af motiverne, at én af hovedårsagerne til lovforslaget er et ønske om at sikre overholdelsen af EMRK's krav om "rimelig frist". Generelt har formålet med lovændringerne været at styrke den formelle procesledelse, dvs. dommerens ansvar for sagens behørig fremme. Dette opnås blandt andet gennem følgende tiltag: (1) Anmodning om udsættelse samt om fremsættelse af nye påstande (nova) afskæres i videre omfang end hidtil, nemlig således at retten kan afslå trods modpartens indforståelse, jf. rpl. § 357, stk. 3 (og § 383, stk. 3, om anke). Det er indlysende, at der herved er tale om at afveje modstridende retssikkerhedshensyn over for hinanden, for ønsket om en vis adgang til nova er begribeligvis af betydning for retssikkerheden. (2) De frister, retten sætter med hensyn til indlevering af processkrifter, skal kunne sanktioneres med udeblivelsesvirkning, dvs. med afvisningsdom i forhold til sagsøgeren hhv. udeblivelsesdom i forhold til sagsøgte, jf. rpl. § 378, stk. 2. Også her er der tale om afvejning af modstridende retssikkerhedshensyn. (3) Der skal tidligst muligt, under et udvidet forberedende møde (jf. rpl. § 355, stk. 4, jf. stk. 1, der gør § 355-møder til hovedreglen), opstilles en køreplan for retssagen,

herunder med fastlæggelse af tidsfrister for de enkelte processkridt. (4) Retten kan forlange indlevering af påstandsdocument med anbringender, bevisfortegnelse m.v., jf. rpl. § 356 a. (5) Ved sagens optagelse til dom skal retten oplyse tidspunktet for domsafsigelsen, og denne skal som hovedregel ske senest 6 uger senere for byretssagers vedkommende og senest 3 måneder senere for landsretssager, jf. rpl. § 219, stk. 1. De nævnte lovændringer var motiveret i et ualmindelig velgenemarbejdet lovforslag med særdeles detaljerede motiver, herunder med grundige henvisninger til EMRK og EMD's praksis.

Dommens virkninger i øvrigt må grundlæggende afhænge af national ret, som dog ikke herved må gøre dommen illusorisk. EMD er som nævnt ikke en apeldomstol ("4. instans"), og dens afgørelse indebærer derfor ikke i sig selv nogen ophævelse eller ændring af en dansk dom. Det tungtvejende udgangspunkt er derfor, at den danske dom, der har givet anledning til EMRK-sagen, står ved magt. Når sølvhandleren *Mogens Hauschildt* har fået dom for, at art. 6(1) med kravet om en upartisk dommer er krænket, står straffedommen over ham fortsat ved magt. Når tv-journalisten *Jersild* i Grønjakkesagen har fået dom for, at Højesterets dom over ham stred mod EMRK art. 10 om ytringsfriheden, står den danske straffedom fortsat ved magt. Når en gruppe *blødere* eller deres enker har fået dom for, at art. 6(1) om rettergang inden en rimelig frist er krænket, står de danske domme i disse blødersager (erstatningskrav mod staten og et medicinalfirma) dog stadig ved magt.

Det er imidlertid indlysende, at spørgsmålet ikke i alle tilfælde er afgjort hermed. Når *materielle* EMRK-bestemmelser er krænket, indebærer dette jævnlige, at det slet ikke var tilladt at straffe i den pågældende sag. Når således *Jersild* er dømt for at viderebringe racistiske udtalelser fra en grønjakke, men EMRK art.

10 må fortolkes således, at han ikke burde være dømt, skal det hjemlige system i sagens natur sørge for, at han frifindes. Hans straffesag må genoptages, anklagemyndigheden må påstå frifindelse, og en frifindelssesdom må afsiges, så hans straffeattest kan blive renset.

Noget vanskeligere er det at drage relevante konsekvenser af, at det er *processuelle* EMRK-bestemmelser, der er krænket. Generelt må det herom siges, at man må søge at parallellisere til, hvad der ville blive retsfølgen, hvis danske bestemmelser var overtrådt. Når således *Hauschildt* opnår EMRK-dom for, at hans dommere var inhabile, svarer dette til, at det af en appelinstans herhjemme konstateres, at én eller flere dommere i en underinstans har været inhabile, og følgen heraf vil normalt være, at den afsagte straffedom må ophæves (hvilket dog ikke ses påstået i *Hauschildt*-sagen, hvor jo imidlertid dét at drage interne danske retsfølger af EMRK-overtrædelser endnu var retligt temmelig uopdyrket land for os) og sagen hjemvises til fornyet behandling. EMD har ikke hjemmel til at foreskrive noget sådant, jf. EMD's bemærkning herom i relation i dom af 23. april 1996 i *Remli mod Frankrig*.

Spørgsmålet om, hvad en konstateret overtrædelse af "rimelig frist" skal være, er mere problematisk. Bløderdommen kan ikke ophæves, uanset at "rimelig frist" kravet er overtrådt. At afvisning i en fortsat verserende civil sag ikke kan blive reaktionen i fx en sag som blødersagen, hvor privat tvister mod privat, eller hvor privat tvister mod staten, er indlysende. Derimod kan et eventuelt forlig, der indgås i en sag mellem stat og privat, gives et indhold, der rummer en erkendelse af EMRK-bruddet, og efter omstændighederne tillige en kompensation derfor, jf. *Nina Holst-Christensen & Jon Fridrik Kjølbro* i EU&M 1997 s. 69 ff. Der må herved kunne slækkes på sædvanlige bevisstyrkekrav vedrørende erstatningsgrundlag, kausalitet m.v., ligesom en tabserstatning må kunne rundes op.

Anderledes forholder det sig i en straffesag. Hvis denne allerede er igang, og den danske dommer må konstatere, at kravet om "rimelig frist" allerede nu er overskredet, kunne man tænkes at måtte gribe til afvisning af sagen, hvilket vistnok ses anvendt som reaktion ved tyske domstole, men det må erkendes, at der til en sådan afvisning savnes klar hjemmel i vor lovgivning, jf. *Arnfinn Bårdsen* i Lov & Rett 1997 s. 323 ff, særligt s. 343 ff, hvor det også om norsk ret påpeges, at der savnes udtrykkelig hjemmel til afvisning. Hertil kommer, at en afvisning og dermed reelt en "frifindelse" kan forekomme stødende i hvert fald i mere alvorlige straffesager. Mens sagen verserer, må reaktionen derfor først og fremmest være, at retten i videst muligt omfang er opmærksom på tidsforløbet og anvender sin formelle procesledelse til at fremme sagen mest muligt.

Ofte vil det, når overskridelsen konstateres ved domsafsigelsen, være tilstrækkeligt at give rabat ved strafudmålingen. En dom, der ellers skulle være ubetinget, kan herved tænkes gjort betinget, i visse tilfælde eventuelt konverteret til bødestraf, jf. *Bårdsen*, anf. sted, og *Nina Holst-Christensen & Jon Fridrik Kjølbro* i EU&M 1997 s. 69 ff, som i visse tilfælde vil finde, at rabat ved strafudmålingen er tilstrækkelig kompensation. Hvor en straffesag endnu ikke er afsluttet, og hvor sagsbehandlingen allerede har været for lang, vil de dog finde det korrekt, at anklagemyndigheden opgiver strafforfølgningen. Ydes der sådan kompensation, og erkender nationale domstole EMRK-bruddet, er der ikke grundlag for klage til EMD, jf. fx den allerede omtalte *Lie & Berntsen mod Norge*, dom af 16. december 1999 om en økonomisk straffesag, hvis varighed overskred grænserne efter art. 6, men hvor norske domstole havde erkendt den for lange sagsbehandlingstid (og kompenseret herfor ved strafudmålingen ved at give betingede fængselsstraffe).

I *UfR 1997.1292 Ø* om unddragne bilafgifter blev der

givet betingede fængselsstraffe i nogle i øvrigt meget velafbalancerede domspræmisser. Landsretten konstaterede, at sagens samlede varighed var over 10 år, blandt andet af ressourcemæssige grunde. I hvert fald fem år heraf skyldtes forhold hos det offentlige. Domsforhandlingerne havde været 2½ år, uden at særligt kompliceret sagsforhold gav grundlag herfor. Ud fra en samlet bedømmelse fandtes EMRK art. 6(1) derfor overtrådt. Alle seks voterende i landsretten var enige om, at der skulle gives betydelig strafnedsættelse. Én voterende ville dog alligevel give ubetinget fængselsstraf, mens fem voterende fandt, at de tiltalte "ikke nu bør afsone frihedsstraf", hvorfor betingede fængselsstraffe udmålttes.

Også i straffesagen om opgøret efter Nordisk Fjer, *UfR 1998.1752 Ø*, blev der givet rabat.

I relation til de hovedtiltalte, der fik frihedsstraffe for forsætlige straffelovsovertrædelser, fandtes EMRK art. 6 ikke krænket i en sag af så kompleks karakter. Men i relation til de medtiltalte revisorer, der kun var tiltalt for groft uagtsomme forhold, fandtes art. 6 krænket, og de fik derfor en rabat ved strafudmålingen, idet de alene fik bøder hhv. strafbortfald.

Man skal dog ikke regne med, at enhver langvarig straffesag udløser rabat pga. EMRK art. 6. Domstolene er allerede nu trænede i at foretage en indgående og konkret vurdering af, om det ud fra EMD's praksis har været velbegrundet, at en sag trak i langdrag, og hvis dette er tilfældet, gives der ikke rabat ved strafudmålingen, jf. *UfR 2000.1894 Ø*.

Hvis det hjemlige system selv sørger for at give tilstrækkelig kompensation, er der ikke grundlag for klage til EMD, jf. fx dennes dom af 2. februar 1999 i *Kelling mod Danmark*, hvor der var givet erstatning efter delvis frifindelse i en langvarig narkosag. Sagen omtales af *Gert Holst Matthiesen* i J 1999.352 ff, s. 364. Der er intet til hinder for, at en erstatning efter EMRK art. 6

for langsommelig sagsbehandling gives under ét med en erstatning efter de hjemlige regler, når blot det kan ses, at art. 6 har udløst en passende kompensation, jf. fx *UfR 2001.253 Ø*, der giver 25.000 kr. som samlet erstatning efter art. 6 og efter rpl. § 1018 b for en ransagning i en skattestraffesag, der blev opgivet og “kun” fortsat som civil skattesag, og *UfR 2001.510 Ø*, der konstaterer overtrædelse af EMRK art. 6 om rimelig frist i en langvarig færdselssag, hvor der idømtes bøde, men hvor der i landsretten skete frifindelse for påstanden om frakendelse af førerretten. Samtidig tilkendtes der 10.000 kr. i godtgørelse for lidelse, tort mv. efter rpl. § 1018 h.

En allerede afsagt straffedom kan derimod ikke ophæves og sagen afvises, når “rimelig frist” reglen er overskredet. Her må domfældelsen stå ved magt. Erkendes må det derfor, at en stat kan “spekulere i” at gennemføre straffesagen til ende. Ej heller er der tale om, at selve vore materielle strafferetlige forældelsesregler ændres herved, jf. *UfR 1997.803 V*.

I sager, hvor “rimelig frist” ikke findes krænkert, men hvor der dog foreligger en “næsten-krænkelse” af EMRK, kan der i kraft af en form for afsmitning ske strafnedsættelse under henvisning til sagsbehandlings-tiden, jf. fx *UfR 1999.342 Ø* om en advokats under-slæb.

4. EFD i Luxembourg

EU har selv nogle rent fællesskabsretlige “grundrettigheder” i form af varernes, arbejdskraftens, etableringens, tjenesteydelsernes og kapitalens frie bevægelighed, alle udspringende af en urkilde med krav om nationalitetsmæssig ligebehandling, jf. art. 12 EF (ex 6), men i nærværende sammenhæng er det ikke disse rent fællesskabsretlige frihedsrettigheder, der er relevante, uanset at disse rettigheder kan være nært sammenvævet

med de grundrettigheder, der er genstanden for denne fremstilling.

Af interesse i nærværende sammenhæng er håndhævelsen ved EFD af de grundrettigheder, der udspringer af EMRK, og som EU som nævnt respekterer uden dog endnu direkte at have ratificeret dem, jf. art. 6 EU (ex F EU), hvorefter EU som nævnt respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved EMRK, og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten.

Et spørgsmål om disse grundrettigheder i sammenhæng med fællesskabsretten kan komme for EFD på to måder, enten som et direkte søgsmål eller som et indirekte søgsmål i form af en præjudiciel forelæggelse.

a. Grundretsprøvelse ved direkte søgsmål:

Annulations- og erstatningssøgsmål

EFD har kompetence til at annullere retsakter udstedt af blandt andet Rådet, Kommissionen og Rådet/Parlamentet i fællesskab, idet EMD prøver lovligheden af sådanne retsakter, jf. art. 230 EF (ex 173).

Almindelig søgsmålsret har medlemsstater, Rådet og Kommissionen, jf. art. 230(2). Søgsmålsret for så vidt angår deres “prærogativer”, dvs. deres kompetenceområder m.v., har Parlamentet, Revisionsretten og ECB, jf. art. 230(3). Endelig tilkommer der fysiske og juridiske personer søgsmålsret under ganske strenge betingelser, jf. art. 230(4), nemlig dels over beslutninger, der direkte retter sig til den pågældende, dels over “beslutninger, som, skønt de er udfærdiget i form af en forordning eller en beslutning rettet til en anden person, dog berører ham umiddelbart og individuelt”. Kravet om umiddelbar og individuel berørthed er fortolket særdeles strengt i EFD’s praksis. Ellers kunne annulationssøgsmålet udvikle sig til en for EMD og Retten uoverkommelig form for *actio popularis*.

Annulatio­nssøgsmålet fra en fysisk eller juridisk person kan være støttet på, at en beslutning, der retter sig mod den pågældende, eller en forordning, som den pågældende er umiddelbart og individuelt berørt af, er grundretsstridig.

Endvidere kan grundretsspørgsmål komme ind i billedet i forbindelse med erstatningssøgsmål fra en privat eller virksomhed mod EU, idet det kan tænkes gjort gældende, at en beslutning eller forordning strider mod en grundlæggende rettighed og har forårsaget tab på en for EU erstatningspådragende måde. Hvis der rejses erstatningskrav mod EU uden for kontraktforhold, skal sådanne erstatningssøgsmål afgøres af EMD, jf. art. 235 EF (ex 178) med henvisning til erstatningsreglen i art. 288(2) EF (ex 215(2)).

Foran er allerede omtalt EFD's dom af 21. september 1989 i sagerne 46/87 og 227/88, *Hoechst*, hvor det under selskabets anfægtelse af Kommissionens beslutning om husundersøgelse under et *dawn-raid* hos selskabet udtaltes, at der i fællesskabsretten ikke gælder nogen grundrettighed om retskendelse som betingelse for husundersøgelse (ransagning).

Se også EFD's dom af 21. juni 1993 i én af de såkaldte banansager, C-286/93, *Atlanta Frucht AG m.fl. mod Rådet*, om et søgsmål fra nogle tyske bananimportører, som dels ønskede dom for, at en forordning om bananimport fra tredjelande var ugyldig, dels krævede erstatning. Annulatio­nssøgsmålet blev afvist, men erstatningskravet blev admitteret til fortsat behandling. Afvisningen var begrundet med, at den almengyldige forordnings retsvirkninger var abstrakte og generelle, og at virksomhederne derfor ikke var umiddelbart og individuelt berørt. Følgelig blev også en påstand fra virksomhederne om, at der skulle nedlægges forbud (foreløbige retsmidler) mod forordningens ikrafttræden, afvist, jf. beslutning af 6. juli 1993 i sagen C-286/93 R.

Mens sager som præjudiciel forelæggelse (art. 234 EF, ex 177) og traktatbrudssøgsmål (art. 226 og 227, ex 169 og 170) fortsat hører under EMD, der således i disse sager er både første og sidste instans, er Retten i første instans kompetent i et antal sager, der kan sammenfattes således, at ikke blot personalesager, men også alle sager, anlagt direkte af fysiske eller juridiske personer, behandles af Retten som første instans, jf. *Bo Vesterdorf* i UfR 1993 B s. 447 ff. Man kan udtrykke forholdet således, at efterhånden hele den individuelle søgsmålsret – man kunne sige: individualretsbeskyttelsen – er henlagt til Retten, og den har herved fået en meget væsentlig opgave med hensyn til udviklingen af doktrinen om, hvornår en fysisk eller juridisk person er “umiddelbart og individuelt berørt” af en retsakt i art. 230(4)'s forstand, jf. *Hanz-Jörg Niemeyer* i EuZW 1993 s. 529 ff.

b. Grundretsprøvelse ved indirekte søgsmål:

Præjudiciel forelæggelse

Indirekte søgsmål sker som bekendt i form af præjudicielle spørgsmål til EFD, og disse præjudicielle spørgsmål har haft den allerstørste betydning for udviklingen af fællesskabsretten, fordi muligheden for at rette spørgsmål til EMD dels gør hver enkelt retligt interesseret borger og virksomhed i hver enkelt medlemsstat til vogter over fællesskabsrettens overholdelse, dels gør hver enkelt dommer i hver enkelt medlemsstat til en fællesskabsretlig dommer. Om sagsbehandlingen ved EFD, dennes kompetence samt læsning og forståelse af dens domme se nærmere *Ole Due* i “Festskrift til Ole Lando” s. 125 ff. Om forelæggelsen, snarere set fra den nationale dommers synsvinkel, se *Torben Goldin* i J 1997 s. 447 ff. Se endvidere *Malene Roose Øvlisen* i UfR 1998 B s. 21 ff med en gennemgang af flere års forelæggelsespraksis hos danske domstole.

I tilfælde, hvor Kommissionen – af hensigtsmæssighedsgrunde eller måske ligefrem af “politiske” årsager

– har affundet sig med den nationale retstilstand på et bestemt område, som ellers kunne siges at udgøre en krænkelse af fællesskabsretten, har præjudicielle spørgsmål stillet af domstole under søgsmål fra private i adskillige tilfælde vist sig som et særdeles egnet middel til at få fællesskabsretten respekteret, og dette gælder også “grundrettigheder inden i fællesskabsretten”.

EFD’s opgave i præjudicielle spørgsmål er af en karakter, der har stærke lighedstræk med forfatningsdomstole, som fra almindelige domstole får forelagt forfatningsretlige spørgsmål, der skal besvares præjudicielt, før domstolene kan afgøre hovedsagen. Det er allerede nævnt i fremstillingen, at den måde, hvorpå frihedsrettigheder håndhæves i amerikansk forfatningsret, er karakteriseret ved, at *federal courts* kan forelægge fortolkningsspørgsmål præjudicielt for *Supreme Court*, hvorimod *state courts* ikke har en sådan forelæggelsesmulighed. Det europæiske system for håndhævelse af EMRK svarer som nævnt nærmest til *state courts’* position i USA, men hvis en grundrettlighed opstår “inden i fællesskabsretten”, og sag herom verserer for en national domstol, kan hhv. skal denne forelægge det relevante fortolknings- eller gyldighedsspørgsmål for EFD i medfør af art. 234 EF (ex 177). Dette system svarer således som nævnt nærmest til kooperationsforholdet mellem *Supreme Court* og *federal courts*.

Det er i ganske særlig grad gennem præjudicielle spørgsmål, at EFD har udviklet fællesskabsretten, og dette gælder også fællesskabsrettens respekt for grundrettighederne, jf. foran i fremstillingen om de afgørelser fra den tyske *BVerfG*, der “oppede” EFD til at anerkende grundrettighederne – vel at mærke: de ikke-fællesskabsretlige frihedsrettigheder, jf. EMRK- som en bestanddel af fællesskabsretten, jf. *Hans-Werner Rengeling*: Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft. Det var som nævnt *BVerfG*’s afgørelse af 29. maj 1974 – den såkaldte *Solange I* dom – der fremprovokerede

EFD’s anerkendelse af grundrettighederne som en bestanddel af fællesskabsretten. Dette anerkendte *BVerfG* i sin *Solange II* dom af 22. oktober 1986, også kaldet *Mittlerweile* dommen.

Det ses af art. 234 EF (ex 177), at der – foruden spørgsmål om fortolkningen af Traktaten og af afledede retsakter – også kan rejses spørgsmål om gyldigheden af retsakter udstedt af EU’s institutioner. Der kan fx være tale om forordninger og direktiver. Gennem denne mulighed for at spørge EFD om en sekundær (afledet) retsakts gyldighed afpares i betydelig udstrækning den meget restriktive retstilstand, der gælder med hensyn til privates mulighed for at anlægge annulationssøgsmål, jf. art. 230(4) (ex 173), hvorefter den private sagsøger som nævnt skal være “umiddelbart og individuelt berørt” af en retsakt for at kunne anfægte den gennem annulationssøgsmål.

Også retsaktens manglende overensstemmelse med grundrettigheder kan herved påberåbes ligesom under et annulationssøgsmål, fx hvis en forordning strider mod velerhvervede rettigheder, mod ejendomsretten m.v.

Indholdet af EFD’s afgørelse er imidlertid anderledes under et præjudicielt spørgsmål efter art. 234 EF (ex 177) end under et annulationssøgsmål efter art. 230 EF (ex 173). Under annulationssøgsmålet ophæver EMD den anfægtede retsakt helt eller delvis, hvis sagsøgeren får medhold, men i sit svar på det præjudicielle spørgsmål udtaler EMD blot sin opfattelse af gyldighedsspørgsmålet uden direkte at ophæve retsakten. Da udtalelsen jo imidlertid også læses af Rådet og Kommissionen, er det indlysende, at en udtalelse, der statuerer ugyldighed, vil få konsekvenser i henseende til en ændring af den omtvistede fællesskabsretsakt.

Der er naturligvis gode grunde til, at de retsakter, hvis gyldighed EMD kan prøve under et præjudicielt spørgsmål, er de sekundære (afledede) retsakter, fx forordninger og direktiver, men ikke selve Traktaten. Mens

EMD fortolker både Traktaten og de afledede retsakter, prøver EMD kun gyldigheden af de afledede retsakter, ikke af traktatbestemmelser. Skulle der opstå en helt særegen situation, hvor en stat måtte anfægte gyldigheden af fx en ændring af Traktaten, er dette et spørgsmål, der ligger uden for EFD's traktatfortolkning, og en sådan uoverensstemmelse må ligesom andre folkeretlige tvister mellem stater indbringes for Den internationale Domstol i Haag under anvendelse af Wienertraktatkonventionen fra 1969. I en sådan situation – som endnu aldrig er forekommet mellem EU-landene – træder man så at sige “uden for” selve Traktaten og tvister om dens indgåelse eller ændring, ikke om dens fortolkning eller om heraf afledede retsakter.

Også en bestemmelses forenelighed med grundrettigheder og andre fællesskabsretlige principper kan besvares af EFD, som herved også fx kan besvare et spørgsmål om, hvorvidt betingelserne for at tillægge en forordning tilbagevirkende kraft er opfyldt eller ej, jf. fx dom af 1. april 1993 i sagerne C-260 og 261/91, *Diversint S.A.*, hvor EFD blev spurgt – og besvarede – hvorvidt den tilbagevirkende kraft af en forordning om ny afgift på mælkepulver kunne accepteres.

I en sag om et tysk forbud mod indførelse af receptpligtig medicin indkøbt på et apotek i et andet EU-land efter recept fra en læge i det andet land, jf. EFD's afgørelse af 8. april 1992 i sag C-62/90, anførte Tyskland til sit forsvar for de tyske regler blandt andet, at hvis man ved indrejsen i Tyskland skulle kontrollere, at indførslen kun skete til privat brug, ville det være nødvendigt at foretage en så nærgående kontrol af den enkelte rejssende, at dette ville være i strid med den beskyttelse af privatlivets fred, som af EFD er indfortolket som en af fællesskabsrettens grundrettigheder. EFD bemærkede, at denne beskyttelse som et fællesskabsretligt princip ikke er absolut, hvis en kontrol er nødvendig for at opnå et af EU fastsat mål, her: sikringen af menneskers sund-

hed; hvis kontrollen udføres i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, må hensynet til privatlivets fred vige, jf. *Peter Gjørtler* i L&R 1992 nr. 7 s. 22.

Derimod udtaler EFD ikke direkte, om en given national retstilstand er i strid med fællesskabsretten, herunder de af fællesskabsretten respekterede grundrettigheder. Herved har svaret på det præjudicielle spørgsmål således en anden karakter end EFD's dom i en traktatbrudssag mod en medlemsstat. Under en forelæggelse efter art. 234 kan EFD derimod ikke fortolke national ret eller afgøre, om en national foranstaltning er forenelig med fællesskabsretten. Erkendes må det dog, at EFD's svar på det præjudicielle spørgsmål i realiteten kommer så tæt på en vurdering af den nationale retstilstand, at svaret til forveksling ligner – og ofte vil blive opfattet som – en egentlig bedømmelse af denne retstilstand. Når nemlig EFD spørges, om art. x i direktiv y tillader, at en medlemsstat opretholder en retstilstand, hvorefter ... , og når det af den nationale dommers forelæggelsesbeslutning fremgår, hvad den nationale retstilstand er, vil en benægtende besvarelse fra EFD uvægerligt blive opfattet som en egentlig bedømmelse af den pågældende retstilstand – og en sådan opfattelse er da heller ikke utilsigtet. I mange – nyere – sager gør EFD sig end ikke den ulempe at beskrive den nationale retstilstand i abstrakte vendinger, men skriver simpelthen i sin domskonklusion fx følgende: “EF-Traktatens art. ... er til hinder for en national lovgivning om ... som den, hovedsagen drejer sig om”, jf. fx dom af 26. oktober 1999, sag C-294/97, *Eurowings*. Her er domskonklusionen næsten ikke til at skelne fra en traktatbrudsdom, men retsvirkningerne er selvsagt forskellige.

Hvis EFD gennem en art. 234-forelæggelse udtaler, at en retsakt fra en EU-institution er ugyldig, fx som stridende mod grundrettigheder, er denne udtalelse tilstrækkeligt grundlag for, at enhver domstol kan anse retsакten for ugyldig, jf. *Torben Goldin* i J 1997 s. 447 ff.

5. FN's Menneskerettighedskomite

Det vil allerede være fremgået af fremstillingen i det foregående, at gennemslagskraften af statens grundretlige forpligtelser er størst, når der er indsat domstole til at håndhæve dem, dels landets egne domstole, dels EMD, dels EFD. "Mindre" kan dog efter omstændighederne gøre det, og det er et karakteristisk træk ved konventioner, som ikke domstolshåndhæves, at der til gengæld er indsat en komité til overvågelse af konventionens overholdelse, og at enkeltpersoner normalt er klageberettigede i denne forbindelse.

Overholdelsen af FN-konventionen fra 1966 om borgerlige og civile rettigheder, som er tiltrådt af 144 stater (1999), påses af FN-Menneskerettighedskomiteén, der hjemles i konventionens art. 28 som uddybet ved art. 29-39.

Komiteén består af 18 medlemmer, der alle er statsborgere fra konventionsstater. Medlemmerne skal være af "høj moralsk kvalitet" og besidde "anerkendt sagkundskab med hensyn til menneskerettigheder", jf. konventionens art. 28(2). FN's generalsekretær sørger for sekretariat m.v. til komitéens arbejde.

Modsat EMD træder komitéén også i funktion *ex officio*. Således underkastes staterne gennem en cyklisk ordning en form for regelmæssig "eksamination", der resulterer i rapporter om, hvad komitéén har fundet.

Komitéens afgørelser er ikke endelige eller retskraftige. De kan formentlig ikke direkte offentliggøres af komitéén, men der er intet til hinder for, at klageren offentliggør kendelsen. Ligeledes omtales komitéens kendelser i en årlig rapport til FN's generalforsamling, jf. nærmere om komitéens arbejde *Martin Scheinin* i EU&M 2000 s. 69 ff.

Stater har klageret for komitéén, hvis de har tiltrådt konventionens art. 41 (p.t. er 47 stater med i denne ordning), men denne statslige klageret ses endnu ikke at være anvendt i praksis.

Om enkeltpersoners klagemulighed bemærkes, at selve konventionen ikke hjemler nogen udtrykkelig individuel klageret, men en protokol (en såkaldt "Valgfri protokol") hjemler en sådan i forhold til tiltrædende stater, og hidtil har 92 stater tiltrådt denne protokol. Klage indgives til The Human Rights Committee, c/o Centre for Human Rights, United Nations Office, 8-14 Avenue de la Paix, CH-1211 Genève 10, Schweiz.

Der kan, men behøver ikke anvendes advokat under klagesagen.

Ud over klage fra enkeltpersoner admitteres også klager fra ikke-statslige organisationer (NGO'er), fx Amnesty International, særligt på vegne af en person, der er forhindret i selv at klage. Bortset herfra kan kun det konkrete "offer" indgive klage. Der er således ikke generel klagemulighed over statens lovgivning m.v. i form af *actio popularis*.

Alle nationale retsmidler skal udtømmes, før der kan klages til komitéén, jf. protokollens art. 2. Dog skal nationale retsmidler ikke være udtømt, hvis de "trækker urimeligt i langdrag", jf. protokollens art. 5(2)b.

Muligheden for klage til komitéén er subsidiær i forhold til andre internationale retsmidler, og en klage til andet internationalt forum har derfor litispendensvirkning for klage til komitéén, jf. protokollens art. 5(2)a. Klagen til komitéén sættes i så fald i bero, men den bortfalder ikke, heller ikke hvis der i andet forum gennemføres og afsluttes en klagesag. Dog kan en stat have taget forbehold heroverfor, og det har fx Danmark gjort.

6. Foreløbige retsmidler i hastende menneskerettighedssager

Det gælder vistnok alle retssystemer, nationale som internationale, at de har skrevne eller uskrevne principper for, hvordan særligt hastende sager kan behandles på et mere foreløbigt og summarisk grundlag, såfremt

visse grundlæggende betingelser er opfyldt. De foreløbige retsmidler bæres af en grundtanke om, at *late justice is injustice*, og at den “sene” retfærdighed nogle gange kommer *for* sent til virkelig at give sagsøgeren dennes ret. Nationale regler om arrest (fastfrysning af aktiver til sikkerhed for et formodet pengekrav) og forbud (påbud om at afholde sig fra visse handlinger) er konkrete udslag heraf, og staternes retsorden frembyder i så fald adskillige lighedstræk trods forskelle i procedure- og kompetenceregler m.v., jf. *Nicholas Rose (ed.): Pre-emptive remedies in Europe*.

Også EMD, EFD og FN-Menneskerettighedskomiteén har hasteprocedurer. Det samme gælder for øvrigt Den internationale Domstol i Haag, hvilket Danmark som sagsøgt af Finland fik at mærke i den foran omtalte sag om opførelsen af Storebæltsbroen, som finnerne mente ville genere deres færdigbyggede borerigges gennemfragningsmuligheder. I denne sag begæredes der anvendt foreløbige retsmidler (forbud) mod arbejdets fortsættelse, men sagen forligtes gennem dansk betaling af et kompensationsbeløb. Også i EU-systemet søgtes forbud nedlagt, jf. nedenfor, nemlig som følge af den nationalitetsdiskriminerende køb-dansk klausul i udbudsmaterialet.

I alle sagerne er der – på tværs af landegrænser og processystemer – nogle fælles betingelser, der skal være opfyldt, for at der kan gribes til foreløbige retsmidler. Fra gammel tid udtrykkes dette således, at der skal foreligge (1) *fumus boni juris* (egentlig: “røgen” af god ret), dvs. det skal ud fra en rent foreløbig gennemgang af sagen (*prima facie*, dvs. ved første blik) være temmelig klart, at der er et krav, og (2) *periculum in mora* (egentlig: fare ved at vente/tøve). Med andre ord skal der foreligge (1) en klar sag og (2) risiko for uoprettelig (irreparabel) skade, hvis man venter, dvs. en skade, der vil være så alvorlig, at den normalt ikke “kun” efterfølgende kan udlignes med penge.

Det kan ikke afvises, at foreløbige retsmidler i et antal tilfælde kan få særlig betydning i netop sager, hvor grundrettigheder står på spil, eftersom der her ofte ikke fuldt ud vil kunne ske en udligning af uretten gennem efterfølgende pengebetaling. Groft sagt står der “noget mere” på spil.

Lidt firkantet kan man sige, at et retssystems virkelige effektivitet og slagkraft kan efterprøves gennem dets behandling af foreløbige retsmidler. Særligt domstolene i London har, også med betydelig international succes, vakt opsigt gennem en meget effektiv og til dels dommerskabt (dvs. under *equity*) form for arrestlignende fastfrysning (*freeze*) af rekvisiti bankkonti, den såkaldte *mareva injunction* (efter en navnkundig arrestsag fra 1980, *Mareva v. International Bulkcarriers*), hvor der gives pålæg direkte til rekvisiti banker om fastfrysning af hans konti (under trussel om straf for *contempt of court*, hvis påbudet overtrædes). Dette arrestinstrument har vist sig yderst smidigt og tilpæningsdygtigt, og det har blandt andet kunnet anvendes til at sikre mod tab på e-handel, hvor pengene jo ellers kan flyttes ganske hurtigt, jf. *Oskar Hartwig & Jens Grunert* i ZIP 2000 s. 721 ff.

I det følgende skal der redegøres for hasteprocedurerne ved EMD, EFD og vore egne domstole.

a. EMD

Der er mulighed for, at EMD kan anordne foreløbige retsmidler, og dette kan ske enten efter beslutning fra det pågældende kammer eller fra EMD’s præsident, jf. Rule 39. Beslutningen kan træffes efter begæring eller *ex officio*.

Det beskrives overordentlig bredt og vidtgående i Rules, hvad der herved kan anordnes, idet EMD kan foreskrive “any interim measure which it considers should be adopted in the interests of the parties or of the proper conduct of the proceedings before it”.

Blot eksempelvis kan der være tale om foreløbige retsmidler i en hastende sag om udvisning, hvor der menes at ville blive handlet i strid med EMRK art. 8, jf. fx *Mamatkulov & Abdurasulovic mod Tyrkiet*, dom af 6. februar 2003, hvor EMD som en foreløbig foranstaltning havde bedt Tyrkiet vente med at effektuere udleveringen af to eftersøgte personer til Usbekistan. Uanset at den endelige dom i sagen gik ud på, at udvisningsprocessen ikke var omfattet af EMRK art. 6, udgjorde det en krænkelse af Rule 34, at Tyrkiet trods EMD's anmodning efter Rule 39 havde gennemført udvisningen.

Som et alternativ til foreløbige retsmidler kan kammeret give en sag højere prioritet i behandlingen, end den ellers skulle have haft, jf. Rule 41.

b. EFD

Det hedder i art. 243 EF (ex. 186) kort og fyndigt, at "I sager, der er indbragt for EMD, kan den foreskrive de nødvendige foreløbige retsmidler." Skønt denne bestemmelse efter sit indhold gælder enhver sagstype for EMD, har bestemmelsen givetvis sit kerneområde inden for traktatbrudssagerne.

Som eksempler på reglens anvendelse kan nævnes Storebæltssagen, hvor der af Kommissionen søgtes nedlagt forbud mod byggeriets fortsættelse, mens hovedsagen verserede, dvs. traktatbrudssagen mod Danmark for den diskriminerende køb-dansk klausul i udbudsmaterialet. Sagen nåede aldrig frem til endelig afgørelse af spørgsmålet om foreløbige retsmidler, idet der i retsmødet (september 1989) blev indgået et retsforlig mellem Danmark og Kommissionen. Forliget gik ud på, at Danmark erkendte traktatbruddet og forpligtede sig til at give erstatning (om end det ikke blev nævnt i forligsteksten, at der "kun" skulle gives negativ kontraktsinteresse) til forsmåede tilbudsgivere, og som et led i dette forlig hævdede Kommissionen sagen om

foreløbige retsmidler (hvorimod hovedsagen om traktatbruddet fortsatte). Ved hovedsagen blev Danmark dømt, jf. dom 22. juni 1993 i sag C-243/89, *Kommissionen mod Danmark*.

Hvis EFD i hovedsagen (traktatbrudssagen) fandt, at der forelå et traktatbrud, var EFD's eneste kompetence at konstatere traktatbruddet. EFD havde – og har fortsat – ingen kompetence til at påbyde standsning af arbejderne på Storebælt. Under en sag om foreløbige retsmidler har EFD imidlertid efter art. 243 EF (ex 186) kompetence til at foreskrive "de nødvendige forholdsregler", og i begrebet "nødvendige forholdsregler" er der tilsyneladende ingen begrænsning med hensyn til, hvad afgørelsen kan lyde på.

At det faktisk forholder sig således, fremgår meget klart af sagen om de tyske motorvejsafgifter, der indirekte diskriminerede udenlandske vognmænd. Da den tyske lovgivning imidlertid skulle til at træde i kraft, og da traktatbrudssagen kunne vare et godt stykke tid, før der faldt dom, anmodede Kommissionen om, at EFD traf en afgørelse om foreløbige retsmidler efter art. 243 EF (ex 186). Efter en intens og koncentreret sagsbehandling traf EFD's præsident herefter beslutning om, at den tyske forbundslovgivning om motorvejsafgifterne ikke måtte træde i kraft, før hovedsagen (traktatbrudssagen) var afgjort, jf. afgørelse af 12. juli 1990 i sag C-195/90 R, *Kommissionen mod Tyskland*. Retspræsident *Ole Dues* kendelse forelå, dagen før den tyske forbundslov skulle være trådt i kraft. Tyskland blev i øvrigt dømt for traktatbrud i hovedsagen, jf. dom af 19. maj 1992 i sag C-195/90, *Kommissionen mod Tyskland*.

Ved EFD's afgørelse af 29. juni 1993 i sag C-280/93 R, *Tyskland mod Rådet, banansagen*, blev det fastslået, at medlemsstater, som har erhvervmæssige og sociale interesser at forsvare, der på nationalt niveau kan betegnes som samfundsmæssige (her: toldfri indførsel af

bananer), har tilstrækkelig søgsmålsinteresse, når det drejer sig om at forsvare disse interesser. Af tilføjelsen “R” til journalnummeret ses det, at der er tale om en afgørelse vedrørende foreløbige retsmidler: *Remedium* (latin: middel, retsmiddel). Tyskland havde forlangt midlertidigt forbud mod gennemførelse af en forordning, der indførte en ny markedsordning for bananer og herved pålagde bananer fra tredjelande meget høje afgifter. EFD fandt ikke, at det “på sagens nuværende stadium” med “tilstrækkelig sandsynlighed var antageliggjort”, at den nye fælles markedsorganisation for bananer ville føre til knaphed i udbuddet af bananer i Tyskland. EFD henviste til, at forordningen selv indeholdt regler om, at Kommissionen var forpligtet til at tilpasse toldkontingentet, hvis dette viser sig nødvendigt i årets løb for at tage hensyn til ekstraordinære omstændigheder. Selv om forbud således konkret ikke blev nedlagt, fastslår dommen, at det efter begæring af en medlemsstat er muligt at nedlægge forbud mod, at en forordning træder i kraft.

Også i den sag, som Storbritannien anlagde mod Kommissionen til annulation af beslutningerne vedrørende imødegåelse af kogalskab hos britisk kvæg (importforbud, påbud om nedslagning m.v.), afslog EFD at gribe til foreløbige retsmidler, jf. afgørelse af 12. juli 1996 i sag C-180/96 R, *Storbritannien mod Kommissionen*. EFD understregede i præmisserne til kogalskabs-kendelsen, at der tilkommer EFD en ganske vidtgående skønsbeføjelse, nemlig til at afveje de modstående hensyn, på den ene side hensynet til effektiviteten i den anfægtede afgørelse (her: importforbud etc.), på den anden side alvorlige og uoprettelige skader hos rekvirenten (her Storbritannien). Afgørende i den konkrete sag blev, at en foreløbig forholdsregel, der udsatte ikrafttrædelsen af Kommissionens foranstaltninger, i virkeligheden ville gøre disse illusoriske (det var her og nu, der skulle skrides ind).

c. Nationale domstole

På det offentligt retlige plan følger det af Grl. § 63, stk. 1, at sagsanlæg til prøvelse af en forvaltningsakt ikke har suspensiv virkning for pligten til at efterkomme forvaltningsakten: “Domstolene er berettigede til at påkende ethvert spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser. Den, der vil rejse sådant spørgsmål, kan dog ikke ved at bringe sagen for domstolene unddrage sig fra foreløbig at efterkomme øvrigheds befaling”.

Den enkelte lov kan dog bestemme, at et søgsmål tillægges opsættende virkning. Med inspiration fra blandt andet fællesskabsretten har Højesteret herudover lagt til grund, at grundlovsbestemmelsen ikke er til hinder for, at domstolene efter en konkret vurdering tillægger søgsmålet opsættende virkning også uden udtrykkelig lovhjemmel, jf. *UfR 1994.823 H*, kommenteret af højesteretsdommer *Per Walsøe* i *UfR 1995 B s. 128 ff*, hvor Højesteret lagde til grund, at domstolene principielt har en almindelig hjemmel til at tillægge sagsanlæg opsættende virkning. Der var tale om et konkurrenceretligt påbud om at indberette rabat- og bonusaftaler. Grl. § 63, stk. 1, 2. led, indebærer efter afgørelsen blot, at selve sagsanlægget ikke suspenderer nogen lydhedspligt, men domstolene må anvende suspensionsmuligheden med forsigtighed og kun i klare tilfælde (*fumus boni juris*). Selv om grundlovsbestemmelsen ikke forbyder opsættende virkning, må den have en vis begrænsende virkning, og selv om eksisterende lovbestemmelser ikke udtømmer området for opsættende virkning, viser de dog, at lovgivningsmagten ikke er ubekendt med denne mulighed.

Der henvises i Højesterets præmisser til *Factortame I*, EFD’s dom af 19. juni 1990 i sag C-213/89. Det må antages at følge af denne dom, at i tilfælde, hvor det gøres gældende, at en national forvaltningsafgørelse er i strid med fællesskabsretten, herunder grundrettigheder, der beskyttes under fællesskabsretten, og hvor den na-

tionale domstol har besluttet at forelægge spørgsmålet for EFD, har den nationale domstol i kraft af fællesskabsretten beføjelse til at træffe bestemmelse om, at gennemførelsen af afgørelsen skal udsættes. Det er i harmoni hermed, nævner Walsøe i sin kommentar, når Højesteret også for dansk rets vedkommende fastslår eksistensen af en principiel suspensionshemmel, også uden for de lovbestemte tilfælde.

Se i samme retning *UfR 1995.634 H*, hvor Greenpeace ikke fik medhold i et krav om opsættende virkning af et søgsmål mod Trafikministeriet med påstand om, at ministeriet var uberettiget til at lade anlægsarbejder på den faste forbindelse over Øresund udføre. Højesteret fandt ikke, at der var rimelig grund til at antage, at der var sket tilsidesættelse af VVM-direktivets regler om høring m.v. forud for anlægsarbejder med miljøpåvirkning, og der var derfor ikke grundlag for at give søgsmålet opsættende virkning.

Ved *UfR 2000.1203 H* blev der tillagt et søgsmål vedrørende EU's udbudsregler opsættende virkning. Klagenævnet for Udbud havde ved kendelse pålagt Københavns kommune og Renholdningsselskabet R98 at udbyde rengøringsopgaverne i licitation og at anmelde aftalen til Kommissionen under kartelreglerne. Kommunen anlagde retssag til anfægtelse af klagenævnskendelsen og begærede søgsmålet tillagt opsættende virkning. Landsretten fandt ikke grundlag herfor, idet hensynet til udbudsreglernes overholdelse tillagdes større vægt end kommunens interesser. Med kæretiladelse fra Procesbevillingsnævnet indbragtes sagen for Højesteret, der besluttede at tillægge søgsmålet opsættende virkning. Der henvistes herved til, at en efterkommelse af klagenævnskendelsen ville være irreparabel, og at en foreløbig gennemgang af sagen viste, at der var "substans" i søgsmålet.

Andre afgørelser, der viser, at domstolene undtagelsesvis kan tillægge søgsmålet opsættende virkning,

og at der skal finde en konkret afvejning sted, er *UfR 1996.879 H*, hvor Højesteret ikke fandt tilstrækkelig anledning til at tillægge et søgsmål fra et forsikrings-selskabs direktør til prøvelse af Finanstilsynets pålæg om at afvikle nogle spekulationsforretninger suspensiv virkning, og *UfR 1997.756 H*, hvor Højesteret ikke fandt tilstrækkelig anledning til at give suspensiv virkning til et søgsmål til prøvelse af en beslutning om udvisning af en marokkansk kvinde.

Tilsyneladende fremstår der modsætningsvis af rpl. § 641 en retstilstand, hvorefter foreløbige retsmidler (her: fagedforbud) kun kan nedlægges mod det offentlige i dets egenskab af privatretlig aftalepart, men ikke i dets offentligretlige egenskab af regelgiver ("... stat og kommune i disses egenskab af parter i private retsforhold ..."), men denne begrænsning er i hvert fald ikke længere acceptabel i relation til fællesskabsretten, jf. *Factortame I*, dom af 19. juni 1990, sag C-213/89, cf. dog til denne opfattelse *Jens Hartig Danielsen i TfR 2000 s. 166 ff*, der ikke finder, at *Factortame I* har påvirket dansk ret, modsat dens påvirkning af britisk ret.

Det er en temmelig enestående retstilstand, at det således ifølge et overordnet retssystem skal være muligt at kunne få nedlagt "forbud" mod en stat i dens offentligretlige egenskab af regelgiver, men dette kræves altså nu af fællesskabsretten i tilfælde, hvor (1) fællesskabsrettens gennemslagskraft ellers ville blive bragt i fare, (2) retsbruddet er meget klart, og (3) der vil ske uoprettelig skade ved at afvente en retssags og eventuel præjudiciel forelæggelses normale tidsforløb. Under hvilke betingelser den nationale dommer helt konkret kan nedlægge forbud, er udviklet i yderligere praksis fra EFD som overbygning på dommen i *Factortame I*, særligt gennem sagerne *Zuckerfabrik, Atlanta Frucht* og *Krüger*, jf. EFD's afgørelse af 17. juli 1997 i sag C-334/95, *Krüger GmbH & Co. KG mod Hauptzoll-*

amt Hamburg-Jonas. Se hertil *Niels Fenger* i EU-ret og Menneskeret 1995 s. 93 ff. Forbudsspørgsmålet kan opstå både (1) vedrørende formodet fællesskabsstridig national lovgivning og (2) vedrørende den nationale gennemførelse af fællesskabsregler, der menes at være Traktat- eller grundrettighedsstridige. Derimod kan en national dommer begribeligvis ikke nedlægge forbud mod selve ikrafttrædelsen af en forordning eller et direktiv, kun mod nationale foranstaltninger til gennemførelse af direktivet eller forordningen.

I naturlig konsekvens af fællesskabsrettens krav om muligheden for suspensiv virkning ("forbud") må man spørge, om det kan tænkes at få en refleksvirkning for nationale domstoles håndhævelse af andre retsforskrifter med særlig retlig trindhøjde, herunder særligt nationale grundlovsbestemmelser samt grundrettigheder udspringende af EMRK. Kravet om, at der skal eksistere mulighed for forbud, udspringer jo af, at fællesskabsretten skal have effektiv gennemslagskraft, men hvis fællesskabsretten kan håndhæves på denne måde, mens national forfatningsret og EMRK-grundrettigheder ikke kan, bliver der jo tale om en bedre retsposition for fællesskabsretten end for grundrettigheder udspringende af national forfatningsret eller af EMRK.

Svaret herpå kan foreløbig kun gives med største forsigtighed. Sikkert er det, at nationale domstole, herunder også Højesteret i Danmark, har ladet sig inspirere af Factortame I til at give nationale bestemmelser ekstra slagkraft. Uanset at det som nævnt hedder i Grl. § 63, at domstolene kan prøve forvaltningsakters gyldighed ("øvrighedsmyndighedens grænser"), men at sagsanlægget ikke har suspensiv virkning ("... kan dog ikke ved at bringe sagen for domstolene unddrage sig fra foreløbig at efterkomme øvrighedens befaling"), har Højesteret i den omtalte *UfR 1994.823 H* lagt til grund, at domstolene principielt har en almindelig hjemmel til at tillægge sagsanlæg opsættende virkning.

Principielt er de bagvedliggende hensyn imidlertid de samme, hvad enten der er tale om en grundlæggende rettighed, der udspringer af fællesskabsretten, af national forfatningsret eller af EMRK. Hvis det således først står fast, at domstolene har kompetencen til det materielle: (a) underkende en forvaltningsakt som ugyldig, (b) underkende en forvaltningsakt, lov eller praksis som fællesskabsstridig eller (c) underkende en lov som grundlovsstridig, må den logiske konsekvens være, at håndhævelsen også midlertidigt kan forbydes, hvis betingelserne herfor i øvrigt er opfyldt i form af klarhed, uopsættelighed, irreparabilitet m.v.

Svaret må derfor være, at fællesskabsretten på dette punkt reelt har løftet vor retsorden op, ikke gennem bindende virkning, men gennem en afsmitning og inspiration. Fællesskabsretten kræver en effektiv gennemslagskraft, men national ret følger refleksmæssigt med, for at nationalretligt grundede krav ikke skal være ringere processuelt stillet end fællesskabsretligt grundede krav, og herved må også EMRK følge med op.

Denne antagelse kan eksemplificeres. I 1999 blev en dansk lovbestemmelse – for første gang i den danske grundlovs da 150-årige historie – kendt ugyldig i forhold til sagsøgeren, jf. *UfR 1999.841 H* (= *ND 2000.92 H*), Tvind. På skolens foranledning blev dommens konklusion endog offentliggjort i Lovtidende for den 15. marts 1999. Tænker man sig nu, at der ved sagens anlæg forelå tilstrækkelig sandsynliggørelse af lovbestemmelserens klare grundlovsstridighed, jf. Grl. § 3, eller af lovens modstrid mod retten til domstolsprøvelse (judicial review), jf. EMRK art. 6 (se hertil EMD's afgørelse af 28. oktober 1999 i *Zielinski, Pradal, Gonzalez m.fl. mod Frankrig*), og tillige sandsynliggørelse af forholdets uopsættelige karakter m.v., kan det næppe udelukkes, at der kunne nedlægges "forbud" mod håndhævelsen af den omtvistede lovbestemmelse, mens sagen verse-rede. Om netop Tvindsagen ville have været det mest

velegnede instrument til at statuere, at denne mulighed eksisterer, er en anden sag. Vi nævner den, fordi det er den første danske dom, der kender en lovbestemmelse ugyldig som følge af grundlovsstridighed, jf. nærmere *Henrik V. Elmquist*: Singulær lovgivning og *samme* i J 2002 s. 338 ff. Det her skrevne kan som nævnt tilsvarende overføres på love m.v., der meget klart er i strid med andre grundrettigheder end grundloven, særligt med EMRK.

D. National gennemførelse af menneskerettighederne

EMRK lægger folkeretlige forpligtelser på staten i forholdet til andre stater. Konventionen kræver ikke, at staten gennemfører EMRK's forskrifter i sin interne retsorden, dvs. inkorporerer EMRK, når blot staten faktisk overholder EMRK. Heller ikke FN-konventionen om borgerlige og civile rettigheder fra 1966 kræver nogen inkorporering.

1. Monisme eller dualisme

Om inkorporeringsmetoder kan det mere generelt siges, at nogle lande har et monistisk system, hvorefter alle eller visse folkeretlige forpligtelser gælder eo ipso i landets interne retsorden. Dette gælder fx Spanien, jf. den spanske grundlovs art. 96(1), dog alene for så vidt angår Spaniens traktatmæssige forpligtelser. Det samme gælder for Grækenland, jf. den spanske grundlovs art. 28(1) om Grækenlands traktater. Andre stater har ikke automatisk inkorporeret landets traktatretlige forpligtelser, men fx folkerettens almindelige bestanddele, jf. tysk art. 25 GG, hvorefter “Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten

unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes”, dvs. et ganske vidtgående inkorporeringssystem præget af (1) automatisk inkorporering, (2) forrang og (3) direkte virkning. Tilsvarende forfatningsbestemmelser findes i Holland, jf. den nederlandske grundlovs art. 93-94.

Til forskel fra disse monistiske systemer, om end i forskellige varianter, er Danmark præget af en monistisk tilgangsvinkel, hvorefter sondringen mellem de eksterne folkeretlige forpligtelser og den interne retsorden opretholdes, så de folkeretlige forpligtelser skal gennemføres eller “lukkes ind” i den interne retsorden gennem udtrykkelige forskrifter, der i forhold til borgeren opfylder legalitetsprincippet, dvs. kravet om tilstrækkelig (lov)hjemmel. Om regelharmoni, inkorporering m.v. se nærmere *Ole Espersen*: Indgåelse og opfyldelse af traktater, *Justitsministeriets redegørelse* i NTIR 1971 s. 65 ff, *bet. nr. 682/1973* om opfyldelse af traktater, *Niels Eilschou Holm* i NTIR 1981 s. 120 ff, *Claus Gulmann* i Nordisk Tidsskrift for International Ret 1983 s. 50 f (“The Position of International Law within the Danish Legal Order”), *Niels Madsen* i “Højesteret 1661-1986” (1986) s. 33 ff (“Domstolenes anvendelse af folkeret og EF-ret”), *Søren Stenderup Jensen* i UfR 1990 B s. 6 ff (“Folkeret som retskilde i dansk ret”), *bet. nr. 1220/1991* om dansk inkorporering af EMRK, *Erik Werlauff* i UfR 1991 B s. 229 ff (“Folkeretlige retssikkerhedsgarantier – direkte virkning i dansk ret”), *Jonas Christoffersen* i UfR 2001 B s. 148 ff (“Folkerettens virkning i dansk ret”) og *Mohammed Ahsan & Søren Skibsted* i J 2002 s. 92 ff (“Menneskerettighedskonventionens retskildemæssige status i dansk ret”).

Der har været argumenteret for et monistisk dansk standpunkt, jf. *Ole Espersen*, op. cit., og som det er påvist af *Ole Spiermann* i J 2001 s. 1 ff (“Højesterets anvendelse af folkeret i det 20. århundrede”), tenderer folkerettens sædvaneret (“sameksistens-folkeret”) i retning af en direkte anvendelse uden inkorporering,

modsat folkerettens traktatret ("samarbejds-folkeret"), hvortil også EMRK hører.

2. De danske gennemførelsesmetoder

De danske metoder til at gennemføre en konvention som fx EMRK indenfor i intern dansk ret er et valg mellem eller en kombination af (1) en fremadrettet og generel metode og/eller (2) en bagudrettet og specifik metode:

Metoden kan siges at være (1) fremadrettet og generel, såfremt gennemførelsen sker ved en kombination af (1a) generel harmonikonstatering, dvs. en konstatering af, at vore regler allerede er "gode nok" i forhold til den folkeretlige forpligtelse, og (1b) en specifik inkorporering gennem omskrivning af enkeltregler i vor lovgivning.

Metoden er som alternativ eller supplement hertil (2) bagudrettet og specifik, når det drejer sig om at bringe en allerede eksisterende intern retstilstand i overensstemmelse med de folkeretlige forpligtelser, så en konkret konflikt undgås.

Denne overensstemmelse kan søges tilvejebragt gennem (2a) fortolkningsreglen, hvorefter en konflikt søges undgået gennem en folkeretligt konform fortolkning af den interne danske regel, jf. om anvendelse af EMRK allerede før dens inkorporering *UfR 1989.928 H* om tvangsanbringelse, *UfR 1990.13 H* om en dommers inhabilitet i Jydebrødræsagen samt *UfR 1990.181 H* om generel dommer-uafhængighed og -habilitet, hvor spørgsmålet dog måtte overlades lovgivningsmagten, (2b) formodningsreglen, hvorefter der antages en præsumption mod lovgivers ønske om krænkelse af den folkeretlige forpligtelse, og (2c) instruktionsreglen, hvorefter det administrative skøn bindes direkte af den folkeretlige regel, både for så vidt angår skønspregede bagudrettede enkeltafgørelser og generelle fremadret-

tede administrative retsforskrifter, jf. nærmere *Ole Espersen*: Indgåelse og opfyldelse af traktater.

Muligt eksisterer der endnu to instrumenter til tilvejebringelse af regelharmonie, nemlig dels (2d) udfyldningsreglen, hvorefter det retstomme rum antages at udfyldes direkte af den folkeretlige regel, hvilket imidlertid efter omstændighederne kan rejse alvorlige problemer i relation til legalitetsprincippet, og dels (2e) en "retssikkerhedsregel", hvorefter folkeretlige regler virker direkte på procedureregler m.v. i forvaltnings- og domstolsprocessen, i det omfang reglerne i form af retssikkerhedsgarantier tilsigter at lægge bånd på statsmagten, hvilket i nærværende sammenhæng forekommer relevant, jf. *Erik Werlauff* i *UfR 1991 B s. 227 ff* ("Folkeretlige retssikkerhedsgarantier – direkte virkning i dansk ret"). Problemet i relation til de fire førstnævnte instrumenter (2a-d) er, at de principielt ikke skelner mellem forskellige kategorier af retsområder, og at der særligt i relation til grundrettighederne er et behov for en retlig gennemslagskraft med henblik på retssikkerheden i det vertikale forhold borger contra stat.

3. Inkorporeringen i 1992

Med virkning fra den 1. juli 1992 er EMRK gennemført i dansk ret ved inkorporering på grundlag af *bet. nr. 1220/1991*. Udvalget bag betænkningen fandt, at en inkorporering af EMRK ville afklare retstilstanden. Selv en lov, der alene søgte at kodificere den praksis, der er fastslået af domstolene, ville efter udvalgets opfattelse have den fordel, at den skaber et udtrykkeligt grundlag for anvendelsen af konventionen. Det forudsættes imidlertid i betænkningen, at "balancen mellem lovgivningsmagt og domstole" ikke herved må ændres. Det skal således fortsat være lovgiver, der har hovedansvaret for Danmarks opfyldelse af forpligtelserne.

Herefter foreslog betænkningen en lov om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, hvor det i § 1 kort og enkelt hedder: “Følgende bestemmelser gælder her i landet ...”, nemlig konventionen, protokoller og tillægsprotokoller. Loven justeres, efterhånden som tillægsprotokoller skal sættes i kraft, fx vedrørende den direkte søgsmålsret for EMD med virkning fra den 1. november 1998. Konventionen og dens protokoller blev herved en del af dansk lovgivning, og domstole og andre myndigheder skal anvende dem ved fortolkningen af dansk ret. De bindende og autentiske tekster er de engelske og franske, idet den danske oversættelse ikke er autentisk. En ny, tidssvarende dansk oversættelse af konventionsteksterne er medtaget som bilag til loven, jfr. § 1, stk. 2.

Folkeretligt set gælder EMRK og protokollerne både for Færøerne og Grønland, men EMRK-loven bestemmer i § 5, at loven ikke gælder for Grønland og Færøerne, dog at den ved kongelig anordning helt eller delvist kan sættes i kraft for disse landsdele med de afvigelser, som de særlige grønlandske og færøske forhold tilsiger. Dette er endnu ikke sket.

Der er ikke med inkorporeringen tillagt EMD's afgørelser nogen direkte virkning i dansk ret. Disse afgørelser skaber således ikke direkte ret og pligt for borgere, jf. *Jens Garde & Michael Hansen Jensen* i J 1998 s. 351 ff.

Selv om *Hauschildts* dommere findes inhabile af EMD, har den således ingen kompetence til at ophæve dommen over ham, og selv om *Jersilds* viderebringelse af grønjakkernes racistiske ytringer findes beføjet ud fra almene hensyn m.v., har EMD ingen kompetence til at frifinde ham. EMD's afgørelser har endvidere ikke “direkte virkning” i den forstand, at de kan påtvinge danske domstole en bestemt fortolkning. Hvis vore egne domstole ønsker at tilsidesætte en efter deres opfattelse for vidtgående eller direkte forkert afgørelse fra EMD,

har de fortsat kompetencen hertil. Heraf følger imidlertid *ikke*, at konventionsteksten kommer til os via inkorporeringen, mens konventionspraksis skulle komme til os som en folkeretlig forpligtelse, der kun kan indgå i dansk ret via fortolknings-, formodnings- og instruktionsreglen m.v. EMRK består af konventionsteksten og konventionspraksis fra organerne, tidligere både EMK og EMD, nu blot EMD. Konventionstekst og konventionspraksis udgør et hele, som begge er blevet bestanddel af dansk ret, i hvert fald mindst i den skikkelse, hvori de forefandtes ved inkorporeringen, men reelt til lige i den til enhver tid “dynamisk” udviklede skikkelse. Det er ikke en konventionstekst, men en konvention som sådan, der er inkorporeret, og konventionsteksten kan ikke anskues løsrevet fra de fortolkningsbidrag, som kommer til os fra konventionsorganernes afgørelser, jf. *Erik Werlauff* i J 1999 s. 73 ff (“Inkorporering af en konvention eller af en konventionstekst?”). Se i samme retning *Henrik Zahle* i “Grundlovens nutid og fremtid”, årsberetning 1998 fra Retvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet (1999) s. 233 ff (“Grundloven og europæiseringen”), særligt s. 238 med note 6, og *Jens Vedsted-Hansen* i J 2001 s. 44 ff, særligt s. 46 med note 10. *Ole Spiermann* vil i UfR 2002 B s. 412 ff med note 33 slet ikke sondre mellem selve konventionen og konventionsorganernes praksis. Se endvidere *Annemarie Abben Madsen, Eva Lippert & Michala Rath* i *Justitia* 2002 nr. 5 (“Den Europæiske Menneskerettighedskonventions stilling i dansk ret”).

Det, borgerne derfor kan påberåbe sig for danske domstole, er de traktatmæssigt sikrede grundrettigheder, og hver af disse rettigheder udgør et hele, hvis indhold på et givet tidspunkt er et resultat af en tekst og årtiers praksis og teori herom. Det er netop meningen med inkorporeringen at sikre, at dansk retspraksis i højere grad end før inkorporeringen influeres af en fælleseuropæisk retsudvikling, og det samlede resultat heraf udmønter sig

i rettigheder, der kan påberåbes direkte for domstolene, jf. *Lars Adam Rehof & Tyge Trier*: Menneskeret s. 103 ff, med note 118. Det er derfor en sandhed med modifikationer, at “balancen mellem domstole og lovgivningsmagt ikke forrykkes”. Ved inkorporeringen forventede man, at dommerne kun bruger EMRK som “korrektion” til dansk ret, når de er nogenlunde sikre på fortolkningen af EMRK. Denne oprindelige grundholdning, som lægger op til en forsigtig og indskrænkende fortolkning af EMRK, har danske domstole efter alt at dømme allerede distanceret sig fra. Præjudikater fra Strasbourg fortolkes ikke indskrænkende, men yderst loyalt af danske domstole, jf. *Jørgen Aall* i TfR 1998 s. 1 ff.

Et praktisk eksempel vil illustrere, at det er hele konventionen, således som den til enhver tid fortolkes af EMD, der er inkorporeret, jf. *Erik Werlauff* i J 1999 s. 73 ff (“Inkorporering af en konvention eller af en konventionstekst?”). Den 11. januar 2006 afsagde EMD dom i *Sørensen & Rasmussen mod Danmark*, dvs. i sagen om negativ foreningsfrihed i form af frihed fra eksklusivklausuler. I en ganske principielt formuleret dom, afsagt af et storkammer (dvs. inappellabel) og med dommerstemmerne 12-5, gav EMD de to sagsøgere medhold i, at eksklusivklausuler er i strid med EMRK art. 11, også selv om man har tiltrådt klausulen ved sin ansættelse. Det viste sig imidlertid, at der ikke umiddelbart kunne tilvejebringes politisk flertal i Danmark for at ændre loven om foreningsfrihed, og at der ville gå nogen tid, før lovændringen blev en realitet. Hvis nu en lønmodtager, der var omfattet af en eksklusivklausul, ønskede at melde sig ud af fagforeningen uden at frygte afskedigelse, kunne han da gøre det fra dommens dato, eller skulle han vente på lovændringen? Svaret er, at den nye fortolkning af art. 11 var gældende ret i Danmark fra dommens dato den 11. januar 2006. Gennem dommen blev EMRK art. 11 fortolket, og denne fortolkning var allerede lukket indenfor i dansk ret gennem inkorpo-

reringsloven fra 1992. En sag, der efter 11. januar 2006 kom for danske domstole om spørgsmålet, måtte derfor nødvendigvis afgøres ud fra de grundsætninger, der fremgår af EMD’s dom. Dette forhold fritager dog ikke Folketinget fra at ændre foreningsfrihedsloven. Dansk lov skal bringes i overensstemmelse med EMRK, og Danmark stod opført som synder på Europarådets særlige liste, indtil dette skete.

Ud fra alle disse betragtninger er det ikke tilfældigt, at både vore domstole og andre retsanvendende myndigheder, herunder Rigsadvokaten i dennes meddelelser, indgående beskæftiger sig med praksis fra konventionsorganerne. Dette sker ud fra en erkendelse af, at konventionstekst og -praksis udgør ét hele, og at dansk ret derfor også bevæger sig, når forståelsen af konventionen bevæger sig i kraft af ny konventionspraksis. Vi har inkorporeret en konvention, ikke en konventionstekst.

Man kan drage visse paralleller til andre tilfælde, hvor folkeretten lukkes indenfor i vort interne retssystem, uden at der herved er tillagt bestemte organers afgørelser en formaliseret “direkte virkning.” Dette gælder blot eksempelvis traktater til imødegåelse af dobbeltbeskatning, dobbelt socialbidrag m.v. Ved forståelsen af dansk ret vil kommentarer, rekommandationer m.v. herved spille ind og kunne få udslagsgivende betydning for forståelsen af dansk ret, jf. fx *TfS 1993.7 H*. Dette er ikke udtryk for, at der er tillagt de pågældende organer nogen kompetence til at træffe afgørelser m.v. med direkte virkning i national ret – men af denne negation følger det ikke, at man skal havne i den stik modsatte grøft og antage, at den pågældende praksis m.v. alene kommer til os i skikkelse af en rent folkeretlig forpligtelse. Dette er ikke tilfældet, jf. *Henrik Zahle* i “Grundlovens nutid og fremtid”, årsberetning 1998 fra Retvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet s. 233 ff (“Grundloven og europæiseringen”), særligt s. 238 med note 6.

4. Lex posterior eller lex superior?

I det eksterne forhold har Danmark tiltrådt EMRK som en folkeretligt bindende forpligtelse. I det interne forhold er den gennemført ved lov, vel at mærke: almindelig lov, ikke Grl.-bestemmelse. Det følger heraf, at EMRK-loven kan fraviges ved en senere lov, jf. *lex posterior* princippet, hvorefter den senere lov går forud for den tidligere (*lex posterior* går forud for *lex anterior*).

Det forekommer imidlertid reelt utænkeligt, at lovgivningsmagten bevidst skulle forsøge at lovgive imod EMRK, uanset at der fx efter Højesterets afgørelser i udvisningssager i relation til EMRK art. 8 er raslet med politiske sabler i henseende til at lovgive modsatrettet. Langt mere sandsynligt er det, at der utilsigtet lovgives i strid med EMRK-forpligtelser, fx fordi det ved udstedelsen af en lov overses, at elementer i loven strider mod praksis fra EMD i relation til én eller flere bestemmelser i EMRK. I så fald må vore dommere gennem fortolknings- og formodningsreglen gå så vidt som muligt i henseende til at fortolke den danske lovregel konformt med EMRK. Se om folkerettens virkninger i dansk ret Jonas Christoffersen i UfR 2001 B s. 143 ff.

Tænker man sig fx, at en ny lejelov indeholder ordensforskrifter om parabolantennor, som ved nærmere eftersyn viser sig at stride mod retten til at modtage information, jf. EMRK art. 10 om ytringsfriheden, ville det være helt utænkeligt at lade den senere lov: lejeloven, gå forud for den ældre lov: EMRK-inkorporeringsloven fra 1992. Lovgivningsmagten har tydeligvis ikke ønsket at lovgive i strid med EMRK, og den nye lov må derfor fortolkes i overensstemmelse hermed.

Kun hvis det klart fremgår, at lovgivningsmagten har tilsigtet et brud med EMRK, vil dommerne være forpligtede til at følge den senere lov, jf. Ole Spiermann i UfR 2002 B s. 412 ff. I *bet. nr. 1407/2001* om inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret, s. 308, er der da også gjort reservationer over for

lex posterior-princippets anvendelse i alle tilfælde, idet udvalget bemærker, at “inkorporeringsloven kun som udgangspunkt går forud for den ældre lov”.

Den her beskrevne konfliktrisiko kunne undgås, hvis EMRK havde karakter af en trindhøjere norm end de almindelige love, dvs. hvis inkorporeringen havde grundlovsrang, eftersom der gælder et *lex superior* princip, hvorefter den trindhøjere regel går forud for den trinlavere (*lex superior* går forud for *lex inferior*). De lande, der nævntes foran, har gennem forfatningsbestemmelser lukket dele af folkeretten indenfor i deres interne ret, og en almindelig lov vil i sådanne lande ikke kunne gøre indgreb heri. Følgelig har sådanne retssystemer sikret EMRK en trindhøjere rang efter *lex superior* princippet. Danmark har ikke sikret EMRK en sådan trindhøjere rang, men der ses dels argumenteret for, at vi ved en eventuel grundlovsrevision burde sikre noget sådant, dels for, at man måske allerede nu kan lægge til grund, at EMRK er udtryk for en trindhøjere norm. Sidstnævnte resultat skulle i givet fald opnås via en sådan respekt fra lovgivningsmagtens side for den inkorporerede EMRK, at denne reelt betragtes ud fra et *lex superior* synspunkt, jf. Ulf Østergaard-Nielsen i UfR 1992 B s. 58 ff, der finder, at “... *bet. nr. 1220/1991* tyder ... i retning af, at den inkorporerede EMRK ... reelt forventes at få en højere retskildestatus end almindelig lovgivning ...”, og at det er “... tænkeligt, at den politiske udvikling vil styrke formodningsreglen i en sådan grad, at den vil tendere mod at sætte *lex posterior* princippet ud af kraft ...”. Det kan ikke ganske afvises, at denne forudsigelse vil holde stik.

E. Indskrænkninger i menneskerettighederne: Modhensyn

Det springende punkt i mange sager for EMD er ikke, om en stats konkrete handlemåde har udgjort et indgreb i en rettighed efter EMRK. Ofte vil det relativt hurtigt stå klart, at der foreligger et sådant indgreb. Det afgørende for sagen bliver derefter, om indgrebet var berettiget som følge af nogle modsatrettede hensyn.

De materielle rettigheder i relation til privat- og familieliv, ytringsfrihed, forsamlings- og foreningsfrihed m.v. er i modsætning til den processuelle ret til retfærdig rettergang ikke absolutte, men i et vist omfang relative. Der kan gøres indgreb i dem, og de pågældende bestemmelsers stk. 2 indeholder derfor nogle kriterier for, i hvilket omfang det er berettiget at gøre indgreb i rettigheden. Disse kriterier har dels nogle individuelt opregnede elementer, som naturligvis skal iagttages konkret, dels nogle fælles træk, som det lønner sig at behandle i mere tværgående og abstrakt form.

Man kan udtrykke det således, at kunsten ofte ikke er at konstatere, om der foreligger et indgreb i en grundrettighed, men om dette indgreb er berettiget. De følgende bemærkninger tjener til at redegøre for de basale analytiske redskaber til at foretage denne konstatering.

1. Modhensyn “i et demokratisk samfund”, herunder afvejningen mellem konkret modsatrettede menneskerettigheder

Der findes et antal momenter i den enkelte EMRK-bestemmelse til uddybning af, hvilke hensyn det er, der kan nødvendiggøre indgrebet:

Indgreb i privat- eller familieliv, hjem eller korrespondance kan ske, hvis det “sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af

hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder eller friheder”, jf. art. 8(2).

Friheden til at udøve sin religion eller tro (men i sagens natur ikke retten til at tænke frit) kan “underkastes sådanne begrænsninger, som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til den offentlige tryghed, for at beskytte den offentlige orden, sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder”, jf. art. 9(2).

Også ytringsfriheden, dvs. retten til at modtage eller meddele oplysninger eller tanker uden indblanding fra offentlig myndighed og uden hensyn til landegrænser, kan underkastes begrænsninger, og her understreges det direkte i EMRK, at denne frihedsrettighed også medfører pligter og ansvar, jf. art. 10(2): “Da udøvelsen af disse frihedsrettigheder medfører pligter og ansvar, kan den underkastes sådanne formaliteter, betingelser, restriktioner eller straffebestemmelser, som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, territorial integritet eller offentlig tryghed, for at forebygge uorden eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden, for at beskytte andres gode navn og rygte eller rettigheder, for at forhindre udspreddelse af fortrolige oplysninger, eller for at sikre domsmagtens autoritet og upartiskhed”. Den afvejning, der i givet fald skal foretages over for grundretlige modhensyn, sås fx i sagen om “Aages Pizza”, *UfR 2003.2438 V*. På Fanø havde en pizzeria-ejer, som gik stærkt ind for krigen mod Irak, nægtet at servere for tyskere og franskmænd, fordi deres lande gik aktivt imod krigen. Da han tiltaltes efter race-diskriminationsloven, forsvarede han sig blandt andet ud fra ytringsfriheden, men forgæves. Landsrettens dom viser den konkrete afvejning, som kan tiltrædes.

Forsamlings- og foreningsfriheden kan underkastes begrænsninger, som er “foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed eller den offentlige tryghed, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder eller friheder”, jf. art. 11(2), der ydermere tilføjer: “Denne artikel skal ikke forhindre, at der pålægges medlemmer af de væbnede styrker, politiet eller statsadministrationen lovlige begrænsninger i udøvelsen af disse rettigheder”.

Også ejendomsretten kan der gøres indgreb i, idet staten kan “håndhæve sådanne love, som den anser for nødvendige for at overvåge, at ejendomsretten udøves i overensstemmelse med almenhedens interesse, eller for at sikre betaling af skatter, andre afgifter og bøder”, jf. P1 art. 1.

Friheden til inden for statens område at vælge sit opholdssted kan underkastes begrænsninger, forudsat de er “i overensstemmelse med loven” og “nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed eller den offentlige tryghed, for at opretholde den offentlige orden, for at forebygge forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder eller friheder”, jf. P4 art. 2.

Det vil ses, at i hvert fald to momenter går igen i alle indskrænkningssmulighederne: Kravet om én eller anden form for hjemmel (“loven”) samt “nødvendigheden” ud fra et antal elementer, som nærmere uddybes i den enkelte, citerede bestemmelse. Når hertil kommer et krav om, at indgrebet ikke må være dybere end nødvendigt, kan de fælles træk ved indskrænkningssmulighederne udmøntes i tre delmomenter: (a) Indskrænkningen skal ske “i overensstemmelse med loven” (eller tilsvarende udtryk). (b) Der er overladt staten en vis skønsmargin med hensyn til, hvad der er “nødvendigt” ud fra de i bestemmelsen opregnede elementer. (c) Indskrænkningen

må dog ikke gå væsentligt videre, end hvad der kræves til varetagelse af disse hensyn, dvs. en proportionalitetsbetingelse. Disse grundlæggende betingelser for indgreb i den enkelte materielle frihedsrettighed skal uddybes nærmere i det følgende.

Det vil allerede her ses, at den konkrete anvendelse af frihedsrettighederne ofte indebærer en afvejning mellem modsat rettede hensyn. Disse hensyn er ofte af mere abstrakt karakter, men kan fx i forbindelse med ytringsfriheden efter art. 10 få kød og blod. De modhensyn, der spiller en rolle ved alle de materielle frihedsrettigheder, får i særlig grad et ansigt her. I relation til injurieregler er modhensynene ikke udtryk for abstrakte hensyn til håndhævelse af strafferegler, præventive og repressive hensyn m.v., men derimod en person af kød og blod, hvis ære kan være oplevet som krænket gennem udtalelsen. Her bliver afvejningen i særlig grad følt som konkret og betydningsfuld af de involverede. Nu er der et “offer” for den stedfundne udøvelse af én af frihedsrettighederne. I det omfang frihedsretten får lov at slå igennem, får “offeret” ikke den æresoprejsning m.v., han regnede med, og som national injurielovgivning måske stillede ham i udsigt. Afvejningen sås fx meget klart i *UfR 2003.624 H*, hvor Ekstra-Bladets ansvarshavende redaktør blev dømt i en injuriersag, idet avisen om en drabssigtet plejehjemsassistent i den såkaldte “Plejebo”-sag (om en række dødsfald på en plejehjem) havde skrevet i en stort opsat forsideartikel: “POLITIET: HUN DRÆBTE 12”. Artiklen bragtes ét år efter, at plejehjemsassistenten var blevet løsladt af Højesteret, og umiddelbart før tiltaléspørgsmålet mod hende skulle afgøres. Den afvejning, der skulle foretages mellem ytringsfriheden efter EMRK art. 10 og uskyldsformodningen efter art. 6(2), faldt ud til fordel for sidstnævnte.

Også over for EMRK art. 8 kan der blive behov for at foretage en konkret afvejning i relation til ytrings-

friheden efter art. 10. En udstrakt – og meget systematiseret og formaliseret – beskyttelse af private data er fx sket gennem lovgivningen om databeskyttelse, jf. herhjemme persondataloven, der til dels bygger på EU-direktiv 95/46. I tilfælde, hvor fx en forening eller organisation eller et politisk parti nærer ønske om at lægge en række data ud på sin hjemmeside, reguleres forholdet ofte af persondataloven, som imidlertid her ved skal afvejes over for ytringsfriheden, jf. om denne afvejning *Peter Blume* i UfR 2003 B s. 215 ff, der illustrerer forholdet med en række afgørelser fra Data-tilsynet. I en sag fra 2002 havde Fælleslisten fx i sin agitation mod indvandring lagt en såkaldt “sort liste” ind på sin hjemmeside, og her var blandt andet medtaget en person med foto og med angivelse af navn og adresse. Afvejningen hos tilsynet blev konkret foretaget således, at billede og adresse ikke måtte medtages, men at navnet med tilknyttede kommentarer fra Fælleslisten kunne medtages. Herved henvistes der udtrykkeligt til hensynet til ytringsfriheden. Se om art. 8 som værn mod ærekrænkelser *Bjørnar Borvik* i TfR 2003 s. 246 ff.

Den vurdering, der skal foretages af, om et indgreb i en frihedsrettighed efter EMRK er berettiget, har lighedspunkter med den vurdering, der efter EU-retten skal foretages for at konstatere, om et indgreb i en af EF-traktatens frihedsrettigheder er berettiget, fx et indgreb i etableringsretten, retten til at præstere grænseoverskridende tjenesteydelser mv. Fællesskabsretten kræver følgende sammenhæng mellem mål og midler, jf. EFD’s faste praksis: Målet skal være udtryk for en varetagelse af tvingende almene hensyn (parallellen til de materielle EMRK-bestemmelseres “stk. 2” er klar). Midlet skal være egnet til at varetage disse og må ikke gå videre, end hvad målet kræver, dvs. et kombineret egnetheds- og proportionalitetskrav (tysk: kravet om *Erforderlichkeit*, nødvendighed; også her er parallellen til EMRK-praksis klar). Midlet skal bruges uden

forskelsbehandling mellem inden- og udenlandske selskaber m.v. (her må parallellen søges i diskriminationsforbuddet i EMRK art. 14, der rækker betydeligt videre end til kun at omfatte nationalitetsbegrundet diskrimination). Kun hvis disse strenge, kumulative betingelser i fællesskabsretten er opfyldt, kan et indgreb i en af de fællesskabsretlige frihedsrettigheder anerkendes. Der eksisterer således en form for iboende nødvendighed ved formuleringen af de modhensyn, der skal kunne begrunde indgreb i en frihedsrettighed, og denne nødvendighed har dermed givet sig udslag i relation til både fællesskabsrettens og EMRK’s grundrettigheder.

2. Legalitetsprincippet (the rule of law), tilgængelighed (accessibility) og forudsigelighed (foreseeability)

Herhjemme kender vi legalitetsprincippet i form af et princip om såkaldt “lovmæssig forvaltning”. Begrebet kan opdeles i et negativt og et positivt aspekt. Det negative aspekt er, at myndighedsafgørelsen ikke (indholdsmæssigt) må stride mod “loven”, dvs. mod gældende ret. Vi har som bekendt herved et retligt hierarki bestående af (1) Grl., (2) lov, (3) eventuel administrativ bekendtgørelse (“anordning”) og (4) den konkrete myndighedsafgørelse (forvaltningsakt), jf. bemærkningerne foran om *lex superior* princippet. Når vi anvender udtrykket “legalitetsprincippet”, dvs. princippet om lovmæssig forvaltning, mener vi normalt det positive aspekt, hvis traditionelle indhold er, at indgreb i borgernes frihed eller ejendom kræver hjemmel. Denne udformning er kritiseret i nyere teori, men danner dog stadig grundstammen i legalitetsprincippet, idet kritikerne har haft svært ved at sætte noget konkret i stedet for den kritiserede udformning af princippet.

Legalitetsprincippet er hverken en dansk eller en nyere opfindelse. Det påvistes allerede i den historiske

og ideologiske indledning, at *the rule of law* allerede tidligt fremsattes som et krav over for den ellers absolutte kongemagt, jf. allerede Magna Carta 1215. I denne mere kategoriske udformning er *the rule of law* udtryk for et krav om, at der administreres efter forud fastlagte regler (om end ikke nødvendigvis skrevne retsregler), så borgerne ikke bliver ofre for rent arbitrære myndighedshandlinger. Forholdet udtrykkes som nævnt allerede i Magna Cartas krav om, at også statsmagten selv (kongen) handler i overensstemmelse med *the law of the land*, i modsætning til absolutismens rent skønsmæssige og arbitrære fastlæggelse ad hoc af, hvad der skal gælde i den enkelte sag.

Tværs gennem EMRK kan det påvises, at dette legalitetsprincip giver sig udslag i krav til staten om, at de indgreb, den vil foretage i en bestemt frihedsrettighed, foretages “ved lov” eller gennem “den ved lov foreskrevne fremgangsmåde” eller “i overensstemmelse med loven”. Der kan gøres visse indgreb i den personlige frihed, men det skal ske “i overensstemmelse med den ved lov foreskrevne fremgangsmåde”, jf. art. 5(1). Der kan gøres indgreb i privat- og familielivet, men det skal ske “i overensstemmelse med loven”, jf. art. 8(2). Der kan gøres visse indgreb i retten til religionsudøvelse, men det skal ske “ved lov”, jf. art. 9(2). Der kan gøres indgreb i ytringsfriheden, men det skal ske gennem sådanne “formaliteter, betingelser, restriktioner eller straffebestemmelser, som er foreskrevet ved lov”, jf. art. 10(2). Der kan gøres indgreb i forsamlings- og foreningsfriheden, men det skal ske gennem “indskrænkninger ... , som er foreskrevet ved lov”, jf. art. 11(2).

Uanset den forskelligartede sammenhæng og de nuancerede formuleringer rummer dette krav den kerne, at der skal være tale om forudsigelige indgreb, dvs. et krav om *foreseeability*, så vilkårlighed og arbitrære myndighedsafgørelser undgås. Indgrebet skal – for nu at

fastholde Magna Cartas snart 800 år gamle terminologi – ske i overensstemmelse med *the law of the land*, så princippet om *the rule of law* respekteres i modsætning til *the rule of man*, dvs. et legalitetsprincip som modsætning til vilkårlighed.

Når EMD i en konkret sag konstaterer, at der er sket indgreb i en frihedsrettighed efter EMRK, og når det dernæst efterprøves, om én af undtagelserne i den relevante bestemmelse er opfyldt, efterprøves det samtidig, om indskrænkningen sker “i overensstemmelse med loven”, således at statsmagtens indgreb i frihedsrettigheden ikke sker på vilkårligt grundlag.

Det danske system med kollektive overenskomster kan udgøre tilstrækkeligt legalitetsgrundlag, således at indgrebet ikke nødvendigvis behøver at være hjemlet ved en formel lov, jf. *Hans Eigil Madsen mod Danmark*, dom af 7. november 2002, hvor en kollektiv aftale om, at de ansatte på DFDS’s skibe med mellemrum skulle aflevere urinprøver til alkohol- og narkotest, hvilket ansås for at forfølge et lovligt formål efter art. 8(2), idet de ansatte på skibene alle indgik i sikkerhedsberedskabet.

Som ét blandt mange eksempler på, at EMD efterprøver, om den nationale lovgivning, der gør indgreb i én eller flere frihedsrettigheder, har en sådan bestemtthed og forudsigelighed (*foreseeability*), at indgrebet kan siges at være sket “i overensstemmelse med loven”, kan nævnes dom af 25. februar 1993 i *Funke mod Frankrig*, der statuerede, at Frankrig havde overtrådt art. 6(1)-(2), ved at franske toldmyndigheder havde givet Jean-Gustave Funke, der var mistænkt for skatte- og afgiftsunddragelse, pålæg om at skaffe kontoudtog fra sine banker i udlandet for de foregående 3 år til brug som bevis i en eventuel straffesag mod ham (der i øvrigt senere blev opgivet). EMD bemærkede, at toldmyndighederne havde forsøgt at få Funke til at skaffe nogle dokumenter, som myndighederne mente fandtes, selv

om de ikke var sikre på det. Myndighederne var enten uvillige eller ude af stand til at fremskaffe dokumenterne selv, og de forsøgte i stedet at få Funke til selv at fremskaffe bevis for de lovbrud, han angiveligt havde begået. Dette indebar en krænkelse af den ret, som enhver har i forbindelse med en straffesag til at forholde sig tavs og til at undlade at bidrage til at underbygge mistanken. Følgelig var art. 6(1) krænket (dissens fra 1 ud af 9 dommere). Også art. 8 var krænket i forbindelse med ransagningen, for ganske vist måtte man tage i betragtning, at det er vanskeligt at efterforske mistanke om ulovlige kapitaltransaktioner og skatteflugt til udlandet, og at ransagning og beslaglæggelse derfor kan være legitime efterforskningsmidler. Men lovgivningen skal alligevel indeholde tilstrækkelig sikkerhed mod overgreb, og dette var ikke tilfældet i denne sag. Den franske lovgivning gav toldmyndighederne nærmest uindskrænket myndighed til at bestemme, hvorvidt og hvordan ransagningen skulle finde sted. Lovgivningen manglede bestemmelser, der kunne sikre proportionalitet mellem indgrebet i Funkes rettigheder og det formål, indgrebet forfulgte. Art. 8 var derfor overtrådt (dissens fra 1 ud af 9 dommere).

Ligeledes kan anføres dom af 24. april 1990 i *Kruslin mod Frankrig*. Efter ordre fra en fransk undersøgelsesdommer (*juges d'instruction*), der efterforskede drabet på en bankmand, blev der foranstaltet telefonaflytning, og da Jean Kruslin ringede op til den pågældende telefon, blev han af myndighederne sat i forbindelse med både denne og en anden drabssag. Under begge sager påstod han, at han var uskyldig, og at stemmen på båndene ikke var hans. Eksperters fastslog imidlertid med 80% sikkerhed, at stemmen på båndet måtte være hans. Selv om det var tredjemands telefon, der blev aflyttet, forelå der et indgreb fra offentlige myndighed med hensyn til Kruslins rettigheder vedrørende respekt for privatliv og korrespondance, jfr. art. 8(1). I relation til art. 8(2) er

det primært de nationale myndigheder, særligt domstolene, der skal fortolke og anvende national lovgivning, og i Frankrig forelå der en fast retspraksis om, at der var hjemmel til telefonaflytning udført af politiet efter fuldmagt fra en forhørsdommer. Udtrykket "loven" i art. 8(2) skal ikke kun forstås som "lov" i formel betydning, men omfatter også regler af lavere rang end en formel lov, også uskreven ret, herunder retspraksis. EMD fandt imidlertid, at det franske system ikke gav tilstrækkelig sikkerhed mod misbrug. Der var ingen regler om, hvilke typer straffbare handlinger der kunne medføre et sådant indgreb. Ej heller var der regler, der pålagde dommeren at fastsætte en tidsgrænse for telefonaflytningen, eller regler, som angav en procedure for rapportering af aflyttede samtaler, eller regler, som sikrede intakt og uforkortet oversendelse af optagelserne, eller som fastlagde regler om sletning af båndene. Vel var der en vis national praksis, men den manglede et retligt fundament, og art. 8 var derfor overtrådt.

Kernebudskabet i art. 5(1) er, at enhver anholdelse eller frihedsberøvelse skal have hjemmel i national ret, jf. de centrale ord: "... i overensstemmelse med den ved lov foreskrevne fremgangsmåde". Gennem dette hjemmelskrav beskyttes der mod vilkårlig frihedsberøvelse, jf. EMD's dom af 14. oktober 1999 i *Riera Blume m.fl. mod Spanien*, hvor spanske myndigheder efter anmodning fra familiemedlemmer havde hjulpet med til en 10 dage lang indespærring af nogle medlemmer af en sekt for at "afprogrammere" dem fra sektens indoktrinering. EMD understregede, at art. 5(1) primært henviser til national ret, og at bestemmelsen pålægger en forpligtelse til at overholde de materielle og processuelle krav, der følger af national ret. Indgrebet mod sektmedlemmerne havde imidlertid ikke haft nogen hjemmel i spansk lovgivning, og indgrebet var derfor i strid med art. 5. Da den spanske stat havde været aktivt involveret i sagen, fandtes den ansvarlig for frihedsberøvelsen.

I *Natoli mod Italien*, dom af 9. januar 2001, havde Natoli under afsoningen af en dom til livsvarigt fængsel været underkastet en særligt streng censur, idet al hans korrespondance blev gennemgået af fængselsmyndighederne og censureret. Dette var sket i to perioder. I den første periode var der slet ingen lovhjemmel til censuren, og allerede af denne årsag kendtes den i strid med art. 8. I den anden periode var der lovhjemmel, men den fandtes så uklar, at også denne del af censuren stred mod art. 8.

Vilkårligheden i myndighedsindgrebet spillede også en afgørende rolle i den allerede omtalte *Colas Est m.fl. mod Frankrig*, dom af 16. april 2002, hvor en husundersøgelse under en konkurrenceretlig sag mod nogle entreprenørselskaber som nævnt fandtes stridende mod art. 8, idet fransk lovgivning ikke indeholdt tilstrækkelige retssikkerhedsgarantier mod misbrug. Ransagningerne blev foretaget uden forudgående dommerkendelse og uden tilstedeværelse af en politibetjent, og der var overladt konkurrencemyndighederne et meget betydeligt skøn med hensyn til hensigtsmæssighed, antal, varighed og omfang af ransagningerne.

Også i Danmark iagttages det nøje, at fx straffeprocessuelle tvangsindgreb har fornøden hjemmel og således ikke foretages på vilkårligt grundlag. Ikke blot kræver tvangsindgrebene som udgangspunkt retskendelse. Afsigelse af en sådan kendelse forudsætter også, at der er hjemmel i lovgivningen til overhovedet at godkende indgrebet. Over for dette hjemmelskrav står imidlertid den betragtning, at rpl.s forskrifter om straffeprocessuelle tvangsindgreb så vidt muligt skal kunne anskues som udtømmende, jf. fx *bet. nr.1298/1995* om fotoforevisning, konfrontation, efterlysning og observation, s. 17 f. I *UfR 2000.2476 H* (der ændrer *UfR 2000.1631 V*) havde landsretten givet afslag på politiets anmodning om tilladelse til at anbringe pejleudstyr i en bil, så dennes færden kunne følges på en edb-skærm. Men

Højesteret lagde vægt på, at der i rpl. er søgt opstillet et så vidt muligt udtømmende katalog over de straffeprocessuelle tvangsindgreb. Højesteret rubricerede pejling, der foretages ved hjælp af et i en bil anbragt pejleudstyr under begrebet observation og gav sin tilladelse hertil efter § 791 a. Højesteret bemærkede endog, at anbringelse af pejleudstyr *uden på* bilen ikke kræver retskendelse. Denne sidste del af afgørelsen, som har nær sammenhæng med det i dette tilfælde manglende behov for indtrængning i bilen, er vanskeligere at følge, og det vil muligvis kunne bringe myndighederne på kollisionskurs med EMRK art. 8 om beskyttelse af privatlivet, såfremt der vilkårligt og uden domstolskontrol kan ske pejling af en persons (bilens) færden via pejleudstyr på bilen, idet det i denne forbindelse ikke kan være afgørende, om udstyret kræver indtrængning i bilen eller ej.

3. Indgrebs “nødvendighed”: Objektive kendetegn, skønsmargin og proportionalitet

Hvis det er konstateret, at en indskrænkning er sket “i overensstemmelse med loven”, og at den principielt kan begrundes i ét af de forhold, der er opregnet i undtagelsesbestemmelserne til den pågældende frihedsrettighed, falder det til gengæld inden for statens skønsmargin – dens *margin of appreciation* – hvorvidt kravet om nødvendighed er opfyldt, dvs. om indgrebet er nødvendigt ud fra ét eller flere af de opregnede hensyn. Det hedder i EMRK art. 18, at de indskrænkninger, der er tilladt efter konventionen i de her nævnte rettigheder og friheder, ikke må “anvendes i nogen anden hensigt end den, som de er foreskrevet for”. Det følger heraf, at der stedse skal foretages en motivefterprøvelse, når en stat påberåber sig én af undtagelserne. Hensigten helliger ganske vist ikke midlet, men den spiller ind ved bedømmelsen af, om midlet kan accepteres. Den

margin, der herved indrømmes staten, er et markant udslag af det forhold, at EMD ikke er en "4. instans", der skal sætte sit skøn over statens. Derimod kan og skal EMD efterprøve, om indgrebet i frihedsrettigheden er uforholdsmæssigt set i forhold til det tilsigtede mål.

Der kan være tale om at overlade staten og dens kompetente myndigheder en skønsmargin i hvert fald i to henseender, og skønt de principielt er forskellige, har de dog så stærke lighedstræk, at de bør behandles under ét:

Der er for det første tale om den skønsmargin, der indrømmes staten som regeludsteder, når den gennem udstedelse af generelle, fremadrettede forskrifter gør indgreb i en bestemt grundrettighed, det være sig indgreb i privat- og familielivet gennem regler om ransagning, aflytning m.v., indgreb i ytringsfriheden gennem injurieregler, tavshedsforskrifter m.v. eller indgreb i forenings- og forsamlingsfriheden gennem forskrifter om opløsning af foreninger med ulovligt formål eller opløsning af forsamlinger, der strider mod den offentlige orden, etc.

For det andet er der tale om den skønsmargin, som indrømmes staten som regelanvender, dvs. forvaltningsmyndigheder og domstole, når en konkret sag behandles, og der opstår spørgsmål om at foretage eller anerkende et indgreb i en frihedsrettighed. Det er her, de generelle regler skal stå deres konkrete prøve. Krænkelse af en frihedsrettighed i EMRK sker ikke gennem statens generelle regelsæt, men gennem dettes konkrete anvendelse.

Interessen samler sig derfor til syvende og sidst om den konkrete afvejning af modsatrettede hensyn, der skal foretages af de regelanvendende myndigheder i staten. Afvejningen sker mellem på den ene side en frihedsrettighed, på den anden side nogle modsatrettede hensyn, som enten kan være ét eller flere af de hensyn, som er opregnet i den relevante EMRK-bestemmelse,

eller som efter omstændighederne kan være en anden eller tilsvarende grundrettighed, der tilkommer andre.

En på denne måde modsatrettet grundlæggende rettighed kan udspringe af en demonstration for et politisk eller andet synspunkt. Gruppen A demonstrerer for sit synspunkt og har ret hertil, men gruppen B demonstrerer for et modsatrettet synspunkt og har også ret hertil, men deres udøvelse af forsamlingsfriheden må ikke ske på en sådan måde, at én af grupperne reelt fratager den anden gruppe dennes ret til udøvelse af sin forsamlingsfrihed.

Eller med et eksempel fra Grønjakkesagen (Jersild-sagen): FN's konvention fra 1969 om afskaffelse af enhver form for racemæssig diskrimination forlanger af staterne, at de kriminaliserer blandt andet racistiske ytringer, jf. herved den danske strfl. § 266 b om forhånende eller nedværdigende udtalelser pga. race, hudfarve m.v., men gennem denne kriminalisering gøres der jo indgreb i ytringsfriheden, og skønt der ikke i forhånende øjemed må fremsættes sådanne racistiske udtalelser, kan det meget vel tænkes, at en viderebringelse i rent nyhedsformidlingsøjemed – for at påvise, at sådanne afstumpede synspunkter trives i visse kredse – er retmæssig og dermed beskyttet af ytringsfriheden. Således ræsonnerede EMD med 12 stemmer mod 7 i Grønjakkesagen, hvorfor domfældelsen af tv-journalisten Jersild efter § 266 b havde været uberettiget efter EMRK art. 10 om ytringsfriheden.

Det spørgsmål, der var omtvistet, var, om domfældelsen var "nødvendig i et demokratisk samfund". EMD understregede, FN-konventionens formål (afskaffelse af alle former for racediskrimination) havde stor vægt, og at EMRK art. 10 så langt som muligt måtte fortolkes således, at modstrid mellem Danmarks forpligtelser under de to konventioner (henholdsvis FN-konventionen og EMRK) blev undgået. Det var klart, at Jersilds hensigt ikke var racistisk, og sagen måtte derfor vurderes

i lyset af de principper, som EMD har udviklet for så vidt angår pressens rolle. I den konkrete vurdering måtte EMD afgøre, om begrundelsen for indgrebet i ytringsfriheden var relevant, tilstrækkelig og proportional. Det fremhævedes, at programlederen introducerede programmet ved at henvise til den verserende debat om racisme, og EMD fandt indslaget objektivt, ligesom det havde modforestillinger, der kunne sikre en vis balance. EMD understregede, at nyhedsreportager baseret på interviews var blandt de vigtigste virkemidler, pressen har, for at kunne opfylde sin rolle som *public watchdog*. Straf for den journalist, der bidrager til spredning af udtalelser fremkommet i et interview, må derfor kun anvendes, hvis der er særligt stærke grunde dertil. EMD fandt herefter ikke, at indgrebet var “nødvendigt i et demokratisk samfund”.

Tre af de dissenterende syv dommere fandt ikke, at art. 10 på nogen måde var krænkert. De fandt, at det var urealistisk at tro, at indslaget ville fremprovokere sunde reaktioner hos seerne, og de fandt ikke, at journalisten gjorde noget reelt forsøg på at imødegå de racistiske synspunkter, som han videreformidlede. De fire øvrige dissenterende dommere pegede blandt andet på, at de danske domstole fuldt ud accepterede, at beskyttelsen mod racisme måtte afvejes mod hensynet til ytringsfriheden. De danske domstole havde nøje vurderet klagerens ansvar, og de grunde, som ansvaret byggede på, var relevante. Disse dommere fandt derfor ikke, at EMD burde efterprøve Højesterets egen afvejning af disse modstående hensyn. De danske domstole havde derfor efter disse dommers opfattelse handlet inden for den skønsmargin (margin of appreciation), som må overlades til staterne.

Også i relation til retten til privatliv efter EMRK art. 8 kan det blive fornødent at foretage en afvejning mellem konkret modsatrettede interesser. Denne afvejning tilkommer det staten at foretage inden for sin

skønsmargin. Når det kan ses, at afvejningen er foretaget på saglig måde, vil det normalt få sit forblivende herved. Der kan fx henvises til, at art. 8 ikke fører til, at et adoptivbarn har noget ubetinget krav på at kende identiteten på sine biologiske forældre, jf. dom af 13. februar 2003 i *Odièvre mod Frankrig*. Der skal her foretages en afvejning mellem den biologiske mors ret til at føde anonymt og adoptivbarnets interesse i at kende sine rødder. Denne afvejning er foretaget af fransk lovgivning, som giver mulighed for, at adoptivbarnet kan spore sine rødder, men at det tilkommer den biologiske mor at afgøre, om hendes identitet må gives videre til adoptivbarnet.

Når de hjemlige myndigheder er opmærksomme på afvejningen og foretager denne på nuanceret og kvalificeret måde, er det normalt ikke meningen med domstolskontrollen efter EMRK, at den samme afvejning skal foretages af EMD. Det er ikke meningen, at EMD skal sætte sit skøn vedrørende afvejningen over de hjemlige domstoles. Derimod skal EMD efterprøve, om afvejningen holder sig inden for visse rammer, en vis margin, og kun hvis disse er overskredet, statueres der en krænkelse. EMD's rolle er således en anden, end hvad der tilkommer en national eller føderal ankeinstans, fx *Supreme Court* i USA. En ankeinstans, der har fuld prøvelsesret, kan og skal i givet fald erstatte underinstansens skøn og afvejning med sine egne tilsvarende vurderinger.

Det vil ses af disse bemærkninger, at princippet om statens skønsmargin dels er noget mere komplekst, end det ved første øjekast kunne se ud, dels rummer væsentlige spørgsmål om modsatrettede rettigheder. Særligt når det som her drejer sig om rettigheder, der i EMD's praksis udvikler sig dynamisk, i modsætning til statiske rettigheder, vil en dynamisk og udvidende fortolkning af den ene rettighed kunne gøre et utilsigtet indhug i den anden, jf. herved *Thom Arne Hellerslia* i

Mennesker & Rettigheder 1993 s. 327 ff, der går så vidt som til at sætte spørgsmålstegn ved, om en dynamisk retspraksis fra EMD overhovedet er en fordel. Hvor to rettigheder kolliderer, vil en dynamisk/udvidende fortolkning af den ene rettighed nødvendigvis gøre indhug i den anden, fx hvor et diskriminationsforbud kolliderer med ytringsfrihed eller religionsfrihed. Også hensynet til demokratiet, som indebærer respekt for parlamenternes kompetence, maner efter Hellersliss opfattelse til forsigtighed med en dynamisk retsudvikling. Endelig risikerer man efter hans opfattelse, at begrebet menneskerettigheder udvandes, hvis alt for mange nationale afgørelser stemples som EMRK-stridige.

Også andre forfattere har med forskellige nuancer givet udtryk for betænkeligheder i denne retning, jf. fx *Isi Foighel* i *UfR* 1997 B s. 1 ff, der i relation til spørgsmålet om staternes skønsmargin spørger, om EMD skal være spydspids, eller om man snarere skal erkende, at de nationale myndigheder er de nærmeste til at vide, hvad der er bedst for borgerne. Spørgsmålet er ikke besvaret endegyldigt af EMD – og sådan må det ifølge forfatteren også være. EMRK er netop et “levende instrument”. Se i mere kritisk retning *Eva Smith* i *UfR* 1995 B s. 145 ff og i *J* 2001 s. 54 ff, der finder at det ville have været naturligt, om EMD havde holdt lav profil i Grønjakkesagen. Hun lægger vægt på, at to menneskerettighedsspørgsmål står over for hinanden: hensynet til mindretallet og hensynet til ytringsfriheden. De fornærmende bemærkninger er udtalt på dansk – et sprog, som det må antages at kun få af EMD’s dommere mestrer. Det er foregået i TV-avisen, hvis betydning for danskerne EMD næppe forstår, mener hun. Dette fremgår efter hendes opfattelse af dommen, hvor det antages, at TV-avisen er et program beregnet for og set af danskere med et højt informationsniveau. Hvem kan bedst vurdere, om et bestemt indslag har nyhedsværdi og offentlig interesse? EMD’s dommere i Strassbourg

eller den danske Højesteret? spørger hun. Hun fremhæver endelig, at dommen var med betydelig dissens: Syv af 19 dommere ville frikende Danmark. De fire af de syv henviste udtrykkeligt til *the margin of appreciation*, og de fandt, at EMD ikke burde sætte sit skøn over den danske Højesterets “in this sensitive area”. To andre af de dissenterende dommere var, fremhæver *Eva Smith*, endog så ophidsede over det i deres øjne forkerte resultat fra flertallet, at de end ikke ville give journalisten erstatning for hans advokatomkostninger.

Udtalelsen kan – uanset om den fremsættes i politisk sammenhæng – have en sådan grovhed, at afvejningen falder ud til diskriminationsbeskyttelsens fordel, så indgrebet i ytringsfriheden er berettiget, jf. *UfR* 2000.2234 H, hvor *Mogens Glistrup* blev straffet efter strfl. § 266 b – “således som denne bestemmelse må forstås i lyset af EMRK art. 10 ...” – for groft forhånende og nedværdigende udtalelser om muslimer, idet rammerne var overskredet for “den særligt vidtgående ytringsfrihed for politikere om kontroversielle samfundsanliggender”. Samme vending brugtes i *UfR* 2004.734 H, hvor en politiker på sin hjemmeside havde fremsat nedværdigende udtalelser rettet mod muhamedanere, og hvor der straffedes efter strfl. § 266 b, stk. 2, fordi udtalelserne var fremsat i et elektronisk medie, hvor alle, der i løbet af en periode på 2,5 måned søgte oplysninger om politikerens virke, ville blive gjort bekendt med udtalelserne. Også *UfR* 2004.1360 V slutter sig til denne linje med dens omhyggelige afbalancering af de to konkret modsatrettede frihedsrettigheder: ytringsfriheden og beskyttelse mod racediskrimination mv.

Det må ikke overses, at netop ytringsfriheden er én af de allerstærkest – hvis ikke den stærkest – beskyttede frihedsrettigheder efter EMRK, og at EMD har en lang og sikker erfaring med hensyn til beskyttelse af denne rettighed og afvejning i forhold til modsatrettede hensyn, jf. *Marianne Holdgaard Bukh & Jørgen*

Albæk Jensen i EU-ret og Menneskeret 1995 s. 185ff, der fremhæver, at ytringsfrihed er en rettighed, som EMD virkelig har forstand på og derfor kan prøve i dybden – i modsætning til fx retsområder, der berører familielivet og privatsfæren: “Hvis ikke EMD kan vurdere denne sag, så er der intet, den vil kunne have reelt indseende med”. Danmark vidste, da vi ratificerede og senere inkorporerede EMRK, at EMD måske ville se mere dynamisk og principielt på visse rettigheder, end vi gør i Danmark, og disse forfattere fremhæver, at EMD’s dommere er nogle af Europas førende eksperter på menneskeretsområdet. Se andre forfattere med overvejende tilslutning til den afvejning, EMD har foretaget i dommen, fx *Lars Adam Rehof* i UfR 1994 B s. 444 ff og *Asbjørn Jensen* (i en anmeldelse af EMRK-kommen-taren af Lorenzen, Rehof & Trier) i EU&M 1995 nr. 1 s. 1 ff, særligt s. 7f. Han fremhæver særligt betydningen af dommens præmis nr. 35, der ordret lyder således: “Nyhedsreportager baseret på interviews, redigeret eller ej, er et af de vigtigste midler, hvormed pressen er i stand til at varetage den vigtige rolle som ‘offentlig vagthund’. Straf af en journalist for at medvirke til spredning af udtalelser fra andre personer i et interview vil alvorligt hæmme pressens bidrag til diskussioner af emner af offentlig interesse, og bør derfor ikke kunne forudses, medmindre der er helt særlige tungtvejende grunde til det”. *Asbjørn Jensen* finder, at præmis 35 stiller et alvorligt spørgsmålstejn ved den grundlæggende tankegang, som den danske medieansvarslov bygger på, herunder det særlige ansvar, der pålægges redaktøren i en lang række sammenhænge. Han finder det interessant at se, hvordan danske domstole vil reagere fx i private injuriesøgsmål i anledning af interviews, der inddrager journalister og redaktører, som efter medieansvarsloven er hovedansvarlige, mens den interviewede efter lovens § 14 alene er medansvarlig for ytringens udbredelse i massemediet. *Asbjørn Jensen* finder præmisudtalelsen

fra EMD så klar, at danske domstoles valg ikke vil være så svært i denne situation.

Bedømmelsen af, om nødvendighedskriteriet er opfyldt, baseres på, om der kan henvises til rimelige og objektive kriterier, som kan understøtte “nødvendigheden”. Det er den indklagede stat, der har bevisbyrden for, at indgrebet må anses for “nødvendigt”. Skønsmarginen er således ikke udtryk for, at statens angivelse af, hvad den finder nødvendigt, udgør det sidste ord i sagen. EMD foretager selv en vurdering heraf, idet der som minimum må angives de momenter, der gør indgrebet “nødvendigt”. Dette kan der anføres adskillige eksempler på fra praksis, men kun enkelte afgørelser skal omtales her til illustration af bedømmelsen. Dommene citeres her relativt kort, idet vi senere vender uddybende tilbage til flere af dem i forbindelse med omtalen af de enkelte frihedsrettigheder.

I *Wiesinger mod Østrig*, dom af 30. oktober 1991, fandtes det ikke at have været i strid med P1 art. 1 om beskyttelse af ejendomsretten, at der ved en lovpligtig udskiftning af landbrugsjord blev tildelt ægteparret Wiesinger en noget mindre værdifuld landbrugsjord end den, de måtte give fra sig. EMD vurderede, om der var en rimelig balance mellem almenhedens interesser og beskyttelsen af individets fundamentale rettigheder. En midlertidig ulempe, der påføres et enkelt individ med hjemmel i lov, skal forsvares ud fra almenhedens interesser, forudsat ulempen ikke står i misforhold til det mål, der skal opnås (proportionalitetskravet). Der måtte indrømmes jordbrugsmyndighederne, som var tæt på de lokale forhold, en skønsmargin, og EMD kom med 8 stemmer mod 1 frem til, at indgrebet i Wiesingers ret til ejendom ikke kunne anses for at stå i misforhold til almenhedens interesser i udskiftning af jord. Derimod var det i strid med art. 6(1), at hele sagens behandling havde varet 9 år, blandt andet på grund af manglende koordinering mellem de forskellige myndigheder.

Ved dom af 20. september 1994 i *Otto-Preminger-Institut mod Østrig* godkendte EMD, at Østrig havde beslaglagt og senere konfiskeret en film, som kunne virke krænkende på medlemmer af den romersk-katolske kirke. Der var tale om filmen “Das Liebeskonzil”, som det østrigske Otto-Preminger-Institut ville vise i sin biograf, angiveligt omfattende syndefuld opførsel ved en renæssancepaves hof. EMD fandt, at det måtte tillægges betydning, at langt største delen af befolkningen i det pågældende område (Tyrol) var romersk-katolske, nemlig 87%. De østrigske domstole kunne “bedre end en international domstol vurdere”, hvad der var nødvendigt i Østrig, og de havde i deres afgørelse – som viste, at de havde taget tilstrækkelige hensyn til ytringsfriheden som beskyttet i EMRK art. 10 – fundet, at det var nødvendigt for at bevare den religiøse ro at beslaglægge og senere konfiskere filmen. EMD fandt efter en vurdering af sagens faktiske omstændigheder, at de østrigske myndigheder ikke havde overskredet den skønsmargin, som tilkom dem. Med 6 dommerstemmer mod 3 statuerede EMD derfor, at der ikke havde fundet nogen krænkelse af art. 10 sted.

Det vil ses af sagen om filmen “Das Liebeskonzil”, at det i et grænseområde kan veje tungt, hvis det af den nationale dom fremgår, at domstolene klart har været opmærksomme på EMRK og har medinddraget denne i deres overvejelser. Uanset at det er EMD, der har kompetencen til autoritativt at fortolke EMRK, viser en national domstols opmærksomhed på relevante EMRK-forskrifter, at disse har været inddraget i sagen og er blevet afvejet over for modstående hensyn.

Ved dom af 23. februar 1995 i *Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH mod Holland* statuerede EMD, at Holland ikke havde krænkert P1 art. 1 om beskyttelse af ejendomsretten ved at tillade skattemyndighederne at beslaglægge og sælge aktiver, som var behæftet med ejendomsforbehold. EMD udtalte, at art. 1(2) anerken-

der statens ret til at regulere udøvelsen af ejendomsretten i overensstemmelse med almene principper eller for at sikre betaling af skatter, afgifter m.v. Art. 1(2) skulle sikre en “rimelig balance” mellem den almene interesse og individets menneskerettigheder. EMD udtalte, at adgangen i hollandsk ret til at foretage udlæg i tredjemands aktiver under visse betingelser ikke i sig selv var udtryk for, at staten ikke havde ramt en “fair balance”. EMD fremhævede, at der var tale om erhvervsforhold og følgelig om en vis risiko. EMD fandt alt i alt, at indgrebet ikke havde været arbitrært, og der blev herved lagt vægt på, at et udlæg som det foreliggende kunne forlanges efterprøvet ved domstolene, således som det kræves i EMRK art. 6(1). Herefter fandt EMD med 6 stemmer mod 3, at der ikke var sket en krænkelse af EMRK.

Ved dom af 24. februar 1994 i *Cassado Coca mod Spanien* om en advokats professionelle annoncering, der dengang var forbudt efter spansk ret, fastslog EMD, at indgrebet havde et lovligt formål, og at de nationale advokatsamfund og de nationale domstole er i en bedre position end en international domstol til at vurdere, hvordan den rette balance mellem de modsatrettede interesser på et givet tidspunkt skal findes. På denne baggrund konkluderede EMD, at det på det relevante tidspunkt – 1982/83 (!) – ikke kunne anses for urimeligt eller uproportionalt at forbyde en sådan annoncering, og der blev herved også taget hensyn til, at sanktionen alene var en advarsel. Dommen blev afsagt med dommerstemmerne 7 mod 2.

En række afgørelser viser, at staten ikke i kraft af sin skønsmargin har det definitive ord at skulle have sagt vedrørende “nødvendigheden” af indgrebet. Det er staten, der har bevisbyrden for, at nogle objektive kendetegn er til stede som indicium for, at ét af de relevante modhensyn er til stede og har været bærende for indgrebet i frihedsrettigheden:

Ved dom af 25. maj 1993 i *Kokkinakis mod Grækenland* statuerede EMD, at Grækenland havde overtrådt art. 9 om blandt andet religionsfrihed ved at dømme Minos Kokkinakis for ulovlig omvendelsesvirksomhed (proselytisme), idet han havde opsøgt en kvinde på hendes bopæl og, da hun frivilligt lukkede ham ind, søgt at omvende hende til Jehovas vidner. EMD bemærkede, at religionsfriheden indbefatter retten til at forsøge at omvende sin næste, men det følger af art. 9(2), at friheden til at lægge sin religion eller overbevisning for dagen skal kunne underkastes sådanne begrænsninger, som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund af nærmere angivne grunde. EMD bemærkede, at regeringerne herved har en vis vurderingsmargin, og at der må skelnes mellem evangelisering, som sker på tilladelig måde, og evangelisering, som foregår på urimelig måde. I de græske domstoles afgørelser var Kokkinakis handlemåde kun beskrevet gennem en gengivelse af ordlyden af de aktuelle lovbestemmelser, og det var derfor ikke bevist, at han havde handlet således, at den begrænsning i religionsfriheden, som straffedommen repræsenterede, var nødvendig i et demokratisk samfund. Med 6 dommerstemmer mod 3 kom EMD derfor frem til, at Grækenland havde overtrådt art. 9.

Ved dom af 16. september 1996 i *Gaygusuz mod Østrig* blev Østrig dømt for overtrædelse af EMRK art. 14 om forskelsbehandling (her: på grundlag af nationalitet). Den østrigsk bosiddende, tyrkiske statsborger Gaygusuz søgte om socialhjælp i Østrig efter at være blevet arbejdsløs og syg, men fik afslag med den begrundelse, at han ikke var østriger. EMD fastslog, at staten har en vis skønsmargin med henblik på at vurdere, i hvilken udstrækning ellers ensartede situationer retfærdiggør forskelsbehandling, men der skal stærke grunde til, før EMD vil acceptere, at en forskelsbehandling baseret alene på nationalitet er i overensstemmelse med EMRK. Den tyrkiske statsborger havde betalt bidrag til

arbejdsløshedsforsikringen på samme måde som østrigske arbejdstagere. Det var erkendt af Østrig, at afslaget på social støtte alene var baseret på, at klageren ikke var østriger, og det var erkendt, at han opfyldte de øvrige betingelser for støtte. På denne baggrund fandt EMD, at forskelsbehandlingen ikke var baseret på rimelige, objektive hensyn.

Hvis der foreligger et indgreb i en frihedsrettighed, men det er konstateret af EMD, at indgrebet er sket “i overensstemmelse med loven”, og at indgrebet ud fra rimelige og objektive kriterier er fundet “nødvendigt” i et demokratisk samfund på grundlag af hensyn, der er hjemlet i “stk. 2” i den pågældende EMRK-bestemmelse, skal indgrebet passere en sidste forhindring, før EMD anerkender det og konstaterer, at der ikke foreligger en krænkelse af EMRK: Det skal konstateres, at indgrebet i frihedsrettigheden ikke er uproportionalt i forhold til de modsatrettede hensyn, indgrebet tilsigter at varetage.

Herved vil der blive set på, om indgrebet er meget rigoristisk og ufravigeligt, eller om det snarere er fleksibelt formuleret, så det kan tilpasses den konkrete situation og dermed undgå et dybere indgreb end nødvendigt. Der kan generelt siges at gælde et princip om det mindste indgreb, *the principle of the mildest means*, jf. *Julia Iliopoulos-Strangas* i Rabels 1999 s. 414 ff, der påpeger, at EMD’s proportionalitetsudredninger har påvirket udviklingen af proportionalitetsprincippet også i national ret, fx i østrigsk ret, hvor det oven i købet har fået forfatningsrang. Intensiteten i EMD’s kontrol med overholdelsen af proportionalitetsprincippet er dog mindre, end det er tilfældet i flere nationale retsordener. I nogle sager har EMD’s kontrol indskrænket sig til alene at omfatte kontrol med misbrug og vilkårlighed, og der overlades således fortsat også på dette område en betydelig skønsmargin til staterne. Hele EMRK gennemsyres af proportionalitetshensyn i alle tilfælde, hvor

der er tale om at gøre indskrænkninger i en rettighed eller frihed, jf. om proportionalitetsprincippet i tysk ret, EMRK og EU *Claes Lundblad & Mikael Wärnsby* i ERT 2000 s. 209 ff, der påpeger, at proportionalitets-hensyn er så grundlæggende i tysk ret, at de endog finder anvendelse inden for privatretten, om end med mindre styrke end inden for den offentlige ret. Proportionalitetsprincippet stammer fra tysk ret og menes at have sit udspring i en række afgørelser fra den øverste preussiske forvaltningsdomstol i 1880'erne, hvor der var tale om at bedømme, om politiets magtanvendelse holdt sig inden for det nødvendige. Herved udvikledes kimen til *Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, der imidlertid først for alvor udvikledes i tysk forvaltningsdomstolspraksis efter Anden Verdenskrig. Se endvidere *Jan Timmermann Pedersen*: Proportionalitetsprincippet.

Ved den allerede nævnte dom af 24. februar 1994 i *Cassado Coca mod Spanien* fastslog EMD, at vedrørende proportionalitetsvurderingen som nævnt, at reglerne for advokaters annoncering varierer meget fra land til land, og at de nationale advokatsamfund og de nationale domstole er i en bedre position end en international domstol til at vurdere, hvordan den rette balance mellem de modsatrettede interesser på et givet tidspunkt skal findes. På denne baggrund konkluderede EMD, at det på det ikke kunne anses for urimeligt eller uproportionalt at forbyde en sådan annoncering.

En række afgørelser viser, at EMD foretager en ganske indgående efterprøvelse af, om proportionalitetskravet er opfyldt, og flere indgreb er blevet forkastet som EMRK-stridige som følge af manglende proportionalitet:

Tidligere i fremstillingen er nævnt den irske abortsag, EMD's dom af 29. oktober 1992, *Case of open door and Dublin well woman mod Irland*, "Open Door". Den irske Højesteret havde nedlagt forbud mod at hjælpe gravide kvinder med at rejse til udlandet ved at henvise til

en udenlandsk abortklinik, give information om adresser på klinikker m.v. Efter dommen måtte foreningen *Open Door* ophøre med sine aktiviteter. Det irske forbud ansås for at være et indgreb i ytringsfriheden. Dette indgreb forfulgte et lovligt formål, nemlig beskyttelse af moral, og EMD skulle derfor vurdere, om indgrebet opfyldte kravet om at være nødvendigt i et demokratisk samfund, jf. art. 10(2). Dette indebar en afvejning mellem proportionalitet og statens skønsmargin. Selv om statens margin var relativt videre på det moralske område som det foreliggende, var skønsmarginen dog ikke ubegrænset, og skønnet overvåges af EMD. Den forbudte information vedrørte tjenesteydelser, som var tilladt i andre konventionsstater. Abort kunne være afgørende for en kvindes helbred, og irske kvinder blev ikke straffet for at få den udført. Forbuddet mod information var absolut formuleret, fx uden begrænsninger med hensyn til kvindens alder, helbredstilstand og årsagerne til, at rådgivning søges. Klagerne advokerede ikke for abort eller opfordrede til noget sådant, og informationen blev ikke gjort generelt tilgængelig. Med 15 dommerstemmer mod 8 kom EMD på dette grundlag frem til, at forbuddet var uproportionalt, og at art. 10 derfor var krænket.

Ved dom af 24. november 1993 i sagen *Lentia m.fl. mod Østrig* statuerede EMD énstemmigt, at den østrigske regulering af radio- og tv-spredning udgjorde et uproportionalt indgreb, der ikke var nødvendigt i et demokratisk samfund, og som derfor indebar en krænkelse af art. 10. Den østrigske regulering, som gav ORF et lovfæstet sendemonopol, var foreskrevet ved lov og forfulgte et legitimt formål, og der var således alene spørgsmål om indgrebenes nødvendighed i et demokratisk samfund. EMD henviste til sin praksis, hvorefter ytringsfriheden har betydning som en fundamental rettighed, hvori indgreb alene kan berettiges af presserende sociale behov. EMD fandt ikke, at det østrigske

sendemonopol var begrundet i en sådan nødvendighed. Det østrigske indgreb var unødvendigt restriktivt. Der fandtes alternativer til et monopol. En regulering af sendetilladelser gennemføres fx i en lang række lande i henhold til specifikke betingelser og krav.

I *Hentrich mod Frankrig* statuerede EMD ved dom af 22. september 1994, at Frankrig havde overtrådt P1 art. 1 om beskyttelse af ejendomsretten i forbindelse med håndhævelsen af nogle regler om kommunal forkøbsret til ejendomme, som det offentlige mente blev solgt for lavt i forhold til den virkelige værdi. EMD statuerede, at fremgangsmåden var i strid med P1 art. 1, og også at den efterfølgende, meget summariske domstolsprøvelse af deres sag havde været i strid med art. 6(1)-(2). Udnyttelsen af forkøbsretten var sket på en tilfældig og uforudsigelig måde, og ægteparret havde ikke haft mulighed for at få en begrundelse for skattemyndighedernes opfattelse af, at købsprisen var for lav. De havde derfor været ude af stand til at argumentere relevant under retssagen. Udnyttelsen af forkøbsretten var i den foreliggende situation ikke proportional i forhold til det mål, der ønskedes nået med reglerne, og den efterfølgende domstolsprøvelse havde været alt for summarisk, idet både byretten og appelretten havde afskåret ægtefællerne fra at føre bevis for, at den pris, som de havde betalt for ejendommen, svarede til markedsværdien.

Ved dom af 20. november 1995 i *Pressos Compagnia Naviera S.A. mod Belgien* fandt EMD, at Belgien havde krænket P1 art. 1 om ejendomsretten ved i 1988 at udstede en lov, der med tilbagevirkende kraft fritog den belgiske stat for dens erstatningspligt for fejl, der blev begået af lodser. Belgien hævdede, at indgrebet var nødvendigt af økonomiske grunde, og EMD vurderede derfor indgrebets proportionalitet. Den lagde herved vægt på, at 1988-loven ganske enkelt udslettede rettigheder, som havde eksisteret i 30 år. EMD fandt derfor, at

der ikke var proportionalitet mellem hensynet til staten og den belastning, det udgjorde for klagerne, at loven blev udstedt med tilbagevirkende kraft.

Også en sag fra Storbritannien om ytringsfrihed og abort illustrerer proportionalitetskriteriet. Ved dom af 19. februar 1998 i *Bowman mod Storbritannien* fastslog EMD, at art. 10 var krænket som følge af et britisk forbud mod, at organisationer m.v. i tiden op til et valg anvender mere end 5 £ på at udsprede information til vælgerne. Lovens formål var at forebygge, at man gennem agitation fremmer eller svækker et kandidatur. EMD efterprøvede, om begrænsningen var nødvendig i et demokratisk samfund, og dette fandt EMD efter nøje efterprøvelse ikke opfyldt. Staterne har ganske vist en skønsmargin med hensyn til at finde balancen mellem ytringsfriheden og retten til frie valg, men det afgørende var, om indgrebet i klagerens ytringsfrihed var proportionalt med det ønskede mål for lovgivningen, og dette fandt EMD – med 14 dommerstemmer mod 6 – ikke var tilfældet. Reglen i den britiske valglovgivning virkede i praksis som en hindring for, at klageren kunne publicere information i det øjemed at påvirke vælgere til at stemme på en antiabortkandidat, og det var ikke godtgjort af Storbritannien, at det var nødvendigt at begrænse hendes omkostninger til 5 £ for at sikre målet om lighed mellem kandidater, særligt på baggrund af, at hverken pressen eller politiske partier var underlagt tilsvarende restriktioner.

Ved dom af 29. april 1999 i *Chassagnou mfl. mod Frankrig* statuerede EMD, at både P1 art. 1 om ejendomsretten, art. 11 om foreningsfriheden og art. 14 om ligebehandling var krænket. I en lov fra 1964 foreskrev Frankrig, at ejendomme under en vis størrelse skulle stilles til rådighed for fælleskommunale jagtforeninger med henblik på at organisere en fælles jagt på jordene. Jordbesiddere, hvis ejendomme var under visse arealgrænser, var pligtige at være medlemmer af sådanne

foreninger. Den tvang, som klagerne i deres egenskab af små jordbesiddere underkastedes til at stille deres jorder til rådighed for tredjemands jagt i strid med deres egne moralske anskuelser (de var selv modstandere af jagt), udgjorde efter EMD's opfattelse en uproportional indskrænkning af deres ret som jordejere, og denne indskrænkning gik videre, end hvad der var tilladt efter P1 art. 1(2). Pligten til at indgå i jagtforeningerne udgjorde også et indgreb i den gennem art. 11 beskyttede negative foreningsfrihed. Indgrebet var hjemlet ved lov og kunne tillige anses for at tjene et legitimt formål som beskrevet i art. 11(2), men der var tale om en uproportional indskrænkning af foreningsfriheden, når personer på den nævnte måde blev tvunget ind i en forening og som følge heraf skulle stille deres jord til rådighed for en virksomhed, som stred mod deres personlige opfattelse. Se om dommen *Hans Danelius* i SvJT 1999 s. 762 f.

Ved dom af 20. maj 1999 i "*Bladet Tromsø och Stensaas*" mod Norge fastslog EMD med 13 stemmer mod 4, at art. 10 var krænket i en sag, hvor Norges Højesteret havde dømt et dagblad og en fiskeriinspektør for injurierende udtalelser. Inspektøren havde udarbejdet en rapport om sælfangsten og var herunder kommet med temmelig skarpe anklager vedrørende behandlingen af sælerne. I første omgang offentliggjorde fiskeriministeriet ikke rapporten, men kun dele af den, og senere blev hele rapporten offentliggjort af dagbladet. Herfor blev bladet og i et vist omfang også inspektøren dømt ved byret, stadfæstet ved Højesteret. EMD bemærkede først, at der var tale om et indgreb i klagerens ytringsfrihed. Indgrebet var hjemlet i lov og havde det efter art. 10(2) legitime formål at beskytte andres rygte og rettigheder. Spørgsmålet var herefter, om indgrebet var nødvendigt i et demokratisk samfund. Besætningsmedlemmernes interesse i at blive beskyttet mod krænkende udtalelser var ikke tilstrækkelig stærk til at opveje den almene

interesse i, at dagbladet kunne bidrage til en debat om et spørgsmål af stor almen interesse, og indgrebet mod dagbladet og dets udgiver var derfor uproportionalt.

Uproportionalitet kan foreligge ikke blot gennem selve det indgreb, der foretages i en frihedsrettighed, eller den måde, indgrebet foretages på, men også som en refleksvirkning af sanktioner til fordel for private, fx helt excessive erstatnings- eller godtgørelsesudmålinger i injuriersager, som refleksmæssigt gør et for stort indgreb i ytringsfriheden. Ved dom af 13. juli 1995 i *Miloslavsky mod lord Aldington* statuerede EMD således, at art. 10 om ytringsfriheden var krænket i en sag, hvor et britisk nævningeting tilkendte lord Aldington 1,5 mio £ i godtgørelse for nogle stærkt injurierende udtalelser fremsat af grev Miloslavsky. Den tilkendte erstatning var tre gange højere end nogen injurieerstatning, der nogensinde var pålagt ved en britisk domstol. EMD fandt, at der var tale om en uproportional erstatningsfastsættelse, som ikke var "nødvendig i et demokratisk samfund".

Det vil som tungtvejende udgangspunkt være i tilfælde af indgreb i de materielle frihedsrettigheder, der bliver behov for at efterprøve "nødvendighed", skønsmargin og proportionalitet. Dette følger direkte af "stk. 2" i de pågældende EMRK-bestemmelser. I et grænseområde kan proportionalitetskriteriet dog også få betydning ved retten til retfærdig rettergang. Ganske vist kan selve retten til en retfærdig rettergang ikke gradbøjes i det mere eller det mindre retfærdige (dog at EMRK's dynamiske udvikling vel i sig selv udgør en form for successiv "gradbøjning"), men i statens mulighed for i særlige tilfælde at afskære adgangen til domstolsprøvelse ligger der et sådant indgreb, at en vurdering på linie med det her skitserede kan blive aktuel, særligt i relation til proportionalitetskravet.

Som eksempel herpå kan anføres EMD's dom af 21. september 1994 i *Fayed mod Storbritannien*. Her

fastslog EMD, at en selskabsretlig granskning (appointment of inspectors) ikke var omfattet af EMRK art. 6(1). Det var de tre brødre Fayed, der havde klaget over en af den britiske regering iværksat granskning vedrørende deres overtagelse af *House of Fraser*, der blandt andet ejer *Harrods* i London. I britisk ret har sådanne granskningsprocedurer stedse været opfattet som administrative, ikke som judicielle, og grundlæggende var EMD enig heri. Inspektørernes opgaver fandtes hovedsagelig at have været af undersøgende art. Det var ikke en krænkelse af art. 6(1), at brødrene Fayed ikke havde haft adgang til at få inspektørernes konklusioner og vurderinger efterprøvet af en domstol. Der blev herved lagt vægt på, at der var tale om en undersøgelse af aktiviteter af stor samfundsmæssig betydning. Endvidere havde inspektørernes undersøgelse været forbundet med væsentlige retssikkerhedsgarantier. Endelig blev der taget hensyn til, at begrænsningerne i brødrene Fayed adgang til at få inspektørernes rapport domstolsprøvet havde et lovligt formål (nemlig at sikre, at inspektørerne kunne afgive deres rapport med alle de oplysninger, de var kommet i besiddelse af, uden at måtte lægge bånd på sig selv), og begrænsningen i adgangen til domstolsprøvelse fandtes under disse omstændigheder at have været proportional i forhold til det mål, der ønskedes nået hermed.

Endelig indgår der i reglerne om frihedsberøvelse efter EMRK art. 5 i sagens natur et proportionalitetskrav, som – eventuelt i kombination med diskriminationsforbuddet i EMRK art. 14 – kan tænkes at få betydning i sager om frihedsberøvelse af udlændinge, der skal udvises, men hvor udvisningen endnu ikke har kunnet effektueres. Den danske hjemmel til frihedsberøvelse indførtes i udlændingelovens §§ 35-36 og kan dels finde anvendelse, mens en asylsag verserer, dels når en udlænding efter endt afsoning af en straf skal udvises, men hvor udvisningssagen endnu ikke har kunnet gennem-

føres, jf. *Kim U. Kjær* i EU-ret og Menneskeret 1996 s. 173 ff, der i relation til proportionalitetskravet finder, at mindre indgribende foranstaltninger end frihedsberøvelse – herunder navnlig en form for “meldepligt” over for myndighederne, jf. herved *UfR 2000.1558 H* – ofte vil være fuldt tilstrækkelige til at nå det tilsligtede mål: At holde udlændingen klar til den praktiske udvisning af landet. Han finder, at der for automatisk sker frihedsberøvelse ved domstolene i disse sager, og han fremhæver den danske ordnings pønale præg.

Spørgsmålet om proportionalitetskravet og meldepligt som fængslingsalternativ forelå til prøvelse i *UfR 2001.26 H*, der i oktober 2000 opretholdt fængslingen af en udvist algiersk statsborger, der sad fængslet siden sin prøveløsladelse i juni 1999 efter afsoning af en røveridom. Han kunne ikke udsendes, fordi hans identitet ikke kendtes. Højesteret henviste til, at han ikke selv gav de fornødne oplysninger, at udsendelse af ham dog ikke var udsigtsløs, og at mindre indgribende foranstaltninger ikke var tilstrækkelige, hvorved der sikkert tænktes på en meldepligt.

F. Vertikal og horisontal virkning.

Menneskerettigheders virkning mellem private

EMRK og tillægsprotokollerne er konventioner mellem stater. De binder stater, men tilsigter samtidig at tillægge private rettigheder, som endog nu kan håndhæves gennem direkte søgsmål ved EMD. Det er derfor klart, at EMRK som tungtvejende udgangspunkt må siges at virke på det vertikale plan, dvs. i retsforholdet mellem stat og borger.

Uanset at udgangspunktet således er, at EMRK tillægger privatpersoner og virksomheder rettigheder, kan der i et vist omfang også blive tale om at pålægge dem

pligter, jf. om grundrettigheder som almene retsprincipper Jens Elo Rytter i J 2001 s. 121 ff og Erik Werlauff i UfR 2001 B s. 261 ff ("Frihedsrettigheders virkning mellem private"). Betydeligt mere tilbageholdende med hensyn til at tillægge grundrettigheder direkte virkning mellem private er Peter Mortensen i J 2002 s. 201 ff. Han finder, at der ikke er tilstrækkelige holdepunkter for at antage, at private kontraktpartners aftalefrihed er fraveget ved en direkte virkning for grundrettigheder. Se den udførlige fremstilling hos Marianne Nørregaard: Menneskerettighedskonventionens anvendelse mellem private.

Når det drejer sig om at pålægge privatpersoner og virksomheder pligter, kan dette for det første blive tilfældet, når der til visse af frihedsrettighederne er knyttet pligter, som uløseligt hænger sammen med rettigheden. Se således den noget bombastiske, men afgjort ikke retligt betydningsløse udtalelse i art. 10(2), hvorefter udøvelsen af retten til at give og modtage information (ytringsretten) "medfører pligter og ansvar". Denne pligt er imidlertid ikke en selvstændigt virkende pligt, men derimod en pligt knyttet til rettighederne efter art. 10(1). Man kunne tale om "en pligt i rettigheden". Pligtsubjektet er identisk med det rettighedssubjekt, der vil påberåbe sig art. 10(1), og art. 10(2) erindrer herved blot om, at rettighederne ikke er ubetingede, men knyttet til "pligter og ansvar". I denne relation har den pligt, som EMRK pålægger individet, nærmest blot karakter af en modifikation til eller egenskab ved rettigheden.

Mere juridisk interessant bliver spørgsmålet, når det drejer sig om at pålægge individet pligter, for at et andet individ kan nyde sine rettigheder efter EMRK. Rettigheder efter EMRK kan jo ikke altid blot udøves i det vertikale retsforhold mellem stat og privat, eftersom staten i flere tilfælde ikke kan indrømme individet dets ret, uden at dette sker gennem inddragelse af andre individer, som dermed nødvendigvis må pålægges

pligt. Staten må således sørge for, at hverken staten selv eller andre gør indgreb i frihedsrettighederne, og ved nærmere efterprøvelse viser det sig, at sådanne indgreb vil kunne ske på en række forskellige måder, som det derfor er statens opgave at dæmme op for, for at staten kan opfylde sine pligter efter EMRK.

I amerikansk forfatningsret diskuteres det, i hvilket omfang private kan handle forfatningsstridigt ved at krænke andres frihedsrettigheder, og dette besvares i et vist omfang bekræftende. Men det er *ikke* dette spørgsmål, der her er til prøvelse. Det er og bliver et spørgsmål om statens overholdelse af EMRK i forhold til det enkelte individ, og til denne overholdelse kan efter omstændighederne høre, at der gøres indgreb i andres rettigheder og således pålægges disse andre nogle pligter.

Det er heller *ikke* et spørgsmål om, hvorvidt EMRK direkte skaber pligter for disse andre individer. Det gør EMRK selvsagt ikke automatisk. EMRK er som nævnt en folkeretligt bindende konvention mellem stater, og den kan ikke automatisk få den virkning i et lands interne retsorden, at nogle individer pålægges pligter. Også i denne henseende må EMRK "lukkes indenfor" for at kunne få pligtvirkning for private. Dette følger af legalitetsprincippet. Hvordan den da "lukkes indenfor", afhænger af landets egen retsorden, jf. drøftelserne foran om en monistisk contra en dualistisk struktur.

Derimod er det et spørgsmål om, hvad EMRK kræver af den enkelte forpligtede stat, og dette spørgsmål er ikke vanskeligt at besvare. EMRK kræver, at staten sørger for, at individet kan nyde sine frihedsrettigheder efter EMRK, og at der herved om fornødent pålægges andre individer pligter, hvis dette er nødvendigt. Staten må da selv gennem sin interne retsorden sørge for at skabe fornøden hjemmel til at pålægge disse pligter. Hvis staten *ikke* sørger herfor, kan dens handlemåde over for de individer, der pålægges pligter, efter om-

stændighederne udgøre en krænkelse af (andre bestemmelser i) EMRK.

Den måde, hvorpå staten skaber hjemmel i sin interne retsorden til om fornødent at pålægge andre individer pligter, så EMRK kan overholdes i forhold til de berettigede, kan være en generel inkorporering af EMRK, således som Danmark som nævnt har gjort fra 1. juli 1992. Herved er EMRK og de heraf udspringende rettigheder for den enkelte – og om fornødent også de fornødne pligter for andre, særligt i form af indskrænkninger i andre af disse individers rettigheder – gjort til en bestanddel af dansk ret. Ældre dansk lov må herved vige, og også yngre dansk lov må i videst mulig udstrækning fortolkes, så EMRK kommer til at virke, jf. fortolknings-, formodnings- og instruktionsreglen, som der blev redegjort for foran.

Hvis retsforholdet mellem stat og privat kan siges at være vertikalt, kan retsforholdet mellem privat og privat siges at være horisontalt. Om fornødent må staten derfor sørge for, at der på det horisontale niveau skabes hjemmel til at pålægge personen A de pligter, der er nødvendige, for at B kan nyde sine rettigheder efter EMRK. Pålægget af pligterne må ske på en måde og i et omfang, der ikke i sig selv udgør en EMRK-krænkelse. Hvis både A og B har rettigheder at gøre gældende efter EMRK eller andre grundretlige retskilder, må der foretages den afvejning af modsatrettede hensyn, som der blev redegjort for foran. Der stilles herved nye krav til domstole og advokater, når EMRK's krav skal overholdes – i første række blot erkendes som korrigerende retskilde. Når afvejningen skal finde sted i retsforholdet mellem private, kan dommeren ikke lægge tyngdepunktet i en privat parts favør i forhold til staten ud fra en slags “just-in-case”-betragtning. Den ekstra margin, man kan være tilbøjelig til at indrømme en privat i retsforholdet til staten, kan ikke tilsvarende indrømmes ham i retsforholdet til en anden privat. Her skal afvejningen

finjusteres. Det er derfor en indlevelse i frihedsrettighedernes grundtanke og i deres hensyn og modhensyn, der kræves. Den hidtidige danske praksis synes i det store og hele at tyde på, at danske domstole er bevidst om dette krav, og at de har evnen til indlevelsen – samt overhovedet til at erkende problemet og herefter foretage afvejningen. Det er imidlertid indlysende, at brugerne i form af de procederende advokater herved skal være klar til at hjælpe domstolene på vej, jf. nærmere Erik Werlauff i UfR 2001 B s. 261 ff (“Frihedsrettigheders virkning mellem private”).

I det omfang EMRK får virkning som pligtskabende regelsæt over for private, siges der at foreligge *Drittwirkung* af EMRK. Dens umiddelbare pligtsubjekt er staten, og dens rettighedssubjekt er personen A, men for at få EMRK til at virke kan det være nødvendigt at give den en “tredjemandsvirkning”, hvorved den bliver pligtskabende for B. Selve kravet til staten om på én eller anden måde at sørge for, at EMRK får pligtvirkning for B, kan siges at være udtryk for en indirekte tredjemandsvirkning af EMRK. Hvis statens interne retsorden er indrettet således, at EMRK virker direkte som pligtskabende retskilde over for B, kan der siges at foreligge direkte tredjemandsvirkning af EMRK. Hermed kom de i retslitteraturen anvendte begreber direkte og indirekte *Drittwirkung* ind i billedet, og det vil ses, at de ikke er helt så sofistikerede og mystiske, som de umiddelbart kunne forekomme.

Der er intet overraskende ved, at en traktat som fx EMRK kræver af sine umiddelbare pligtsubjekter, staterne, at de i videst muligt omfang indretter deres interne retsorden, så traktaten får gennemslagskraft. For fællesskabsrettens virkning følger dette allerede af loyalitetsprincippet i art. 10 EF (ex 5), og EFD har i adskillige afgørelser fx understreget, at medlemsstaterne skal gøre alt, hvad de kan, for at fortolke national ret direktivkonformt, også hvis der herved pålægges

borgere eller virksomheder pligter på det horisontale plan, for at andre private kan nyde deres rettigheder, jf. fx EFD's dom af 13. november 1990 i sagen *Marleasing*, C-106/89. Her måtte man søge at indfortolke et forbud i et selskabsdirektiv (mod at erklære et selskab ugyldigt bortset fra ganske bestemt opregnede situationstyper) i nationale retsforskrifter af betydeligt bredere indhold, som overhovedet ikke tog sigte på en situation som den foreliggende. EFD pålagde den nationale dommer at fortolke de nationale retsforskrifter i lyset af direktivets ordlyd og formål og at undlade at erklære et selskab ugyldigt stiftet på grund af et andet forhold end de i direktivet opregnede. Herved fremstod en retstilstand, hvor én part (*in casu*: det nystiftede selskab og dets stifterkreds) kunne påberåbe sig visse rettigheder efter direktivet (nemlig retten til den juridiske persons opretholdelse trods visse retsmangler herved efter national ret), mens dette refleksmæssigt skabte visse pligter for andre parter: Ikke blot skal staten og dennes myndigheder afholde sig fra at erklære selskabet ugyldigt, hvis direktivet ikke giver hjemmel dertil; den skuffede særkreditor, som ville kunne påberåbe sig selskabets ugyldighed og kræve sig fyldestgjort gennem sin debitors i selskabet indskudte formuegoder, såfremt forholdet alene skulle være bedømt efter national ret uden hensyn til direktivet, mister nu denne ret, eftersom forholdets bedømmelse skal styres af direktivet, og kreditor må derfor i strid med national ret være henvist til at søge sin fyldestgørelse – ikke i de af hans debitor i selskabet indskudte bruttoaktiver, men i hans debitors forholdsmæssige nettoejendomsret til selskabsformuen (i.e.: aktierne eller anparterne).

EFD krævede af staten (her: Spanien), at national ret i videst muligt omfang fortolkes direktivkonformt. Det bemærkedes, at der ikke var tale om et retstomrum i spansk ret, men at forholdet – om end meget indirekte – reguleredes af nogle bestemmelser i den

spanske civillovbog, *Codigo civil*. Det påhvilede derfor de retsanvendende spanske myndigheder at anvende denne eksisterende retlige "materie", så den gennem fortolkning i videst muligt omfang kom til at afspejle direktivets krav til national ret. Resultatet var derfor, at et selskab kun kunne erklæres ugyldigt stiftet i de tilfælde, som det relevante selskabsdirektiv bestemte. I dommen siges det: "En national domstol, der behandler en sag, der henhører under anvendelsesområdet for Rådets direktiv 68/151 ... , skal fortolke de nationale retsforskrifter i lyset af direktivets ordlyd og formål; et aktieselskab kan således ikke erklæres ugyldigt stiftet på grund af et andet forhold end de i direktivets art. 11 nævnte." Se hertil *Erik Werlauff* i UfR 1991 B s. 164 ff.

Også EMRK kræver, at staterne så vidt muligt fortolker deres interne ret, så EMRK efterleves. Dette kan der anføres mange eksempler på fra EMD's praksis, men et enkelt eksempel vil illustrere forholdet. Ved en dom allerede i 1979 fastslog EMD, at art. 8 om familieliv i samvirke med art. 14 om forbud mod diskriminering indebærer, at der ikke i fx arveretlig henseende må diskrimineres mellem børn født i og uden for ægteskab. Belgisk arvelovgivning var ikke blevet rettet ind efter denne EMRK-retstilstand, og i 1980'erne opstod en situation, hvor en person nægtedes arveret efter sin biologiske familie med den begrundelse, at hun var født uden for ægteskab. EMD beskæftigede sig i sin dom udtrykkeligt med retstilstanden efter EMRK og gik meget dybt ind i spørgsmålet om, hvorvidt belgiske domstole kunne og burde have lagt denne retstilstand til grund, jf. dom af 29. november 1991 i *Vermeire mod Belgien*. EMD fastslog, at en lovændring ikke havde været nødvendig for at bringe retstilstanden i Belgien på linie med det diskriminationsforbud, der fremgår af art. 14 sammenholdt med art. 8. EMD henviste også til en afgørelse fra Belgiens Højesteret, hvor en tilsvarende

tvist blev løst med henvisning til, at den ældre belgiske retsregel om uægteskabelige børns manglende arveret stred mod det forfatningsmæssige princip om lighed for loven. Klagerens økonomiske tab skulle erstattes af Belgien, og det måtte svare til det arvebeløb, hun var blevet afskåret fra.

Se også *Camp & Bourimi mod Holland*, dom af 3. oktober 2000, hvor det udgjorde en krænkelse af art. 14 i forening med art. 8, at et barn født uden for ægteskab ganske vist kunne "legitimeres" som barn af afdøde gennem en domstolsafgørelse, men hvor denne afgørelse ikke havde tilbagevirkende kraft fra barnets fødsel. Det fik dermed ikke arveret efter sin far, hvis forældre dermed arvede ham, så barnet og moderen måtte flytte ud af afdødes hus. Denne flytning udgjorde ikke en krænkelse af art. 8, men som nævnt var art. 14 i forening med art. 8 krænket, fordi barnet ikke fik arveret i samme omfang, som hvis det havde været født i ægteskab.

Også i *Thlimennos mod Grækenland*, dom af 6. april 2000, holdt EMD staten ansvarlig for dens love og disses anvendelse på det horisontale plan mellem private. Thlimennos fik af den græske forening for statsautoriserede revisorer afslag på autorisation som revisor, fordi han 5 år tidligere havde afsonet en dom på 4½ års fængsel for at have nægtet at bære uniform under sin militærtjeneste. Han havde nægtet pga. sin religiøse opfattelse, idet han var medlem af Jehovas Vidner. Afslaget stred mod art. 14, sammenholdt med art. 9 om religionsfrihed, når der således efter national ret ikke blev skelnet mellem dem, der var blevet straffet for lovovertrædelser begået udelukkende af religiøs overbevisning, og dem, der var straffet for andre overtrædelser. EMD tillagde det ikke betydning, at der ifølge loven ikke var andet valg end afslaget, idet staten var ansvarlig for vedtagelsen af den lov, der udsatte klageren for diskrimination.

Det er stadig ikke hermed udtrykt, at den traktatmæssige forpligtelse for staten – for EMRK's vedkommende selve EMRK, for fællesskabsrettens vedkommende statens traktatmæssige pligt til at gennemføre direktivet – automatisk slår igennem på det horisontale plan mellem privat og privat. Pligten skal som nævnt "lukkes indenfor" i den interne retsorden. Den indirekte *Drittwirkung* skal omskabes til direkte *Drittwirkung*. Hvis der overhovedet er relevant lovstof mv. at indvirke på, i modsætning til det helt retstomme rum på det relevante retsområde, følger det af loyalitetsprincippet, at alle relevante nationale fortolknings- og formodningsprincipper skal anvendes for at fortolke den interne ret traktatkonformt.

Ser man på EMD's praksis, har EMD ved flere lejligheder udtalt, at staten skal indrette sin lovgivning og sin myndighedsudøvelse, så EMRK får virkning også i retsforholdet mellem private. Således tog EMD i sin dom af 21. juni 1988 i *Ärzte für das Leben mod Østrig*, stilling til, hvorvidt Østrig havde gjort nok for at beskytte foreningens demonstrationer og gudstjenester i tilstrækkeligt omfang mod forsøg fra aborttilhængernes side på at forhindre arrangementerne. Det var således et spørgsmål, om forenings- og forsamlingsfriheden i art. 11 var krænket gennem statens – efter foreningens opfattelse – for passive holdning. EMD understregede, at det efter art. 11 ikke altid er tilstrækkeligt, at staten selv undlader at krænke forsamlingsfriheden; for at opfylde statens forpligtelser efter art. 11 er det nu og da nødvendigt med aktive indgreb fra statens side for at sikre borgernes rettigheder, også når rettighederne kun trues af andre borgere. Ingen stat kunne imidlertid fuldt ud beskytte sine borgere mod andre borgere, og EMD's konkrete konklusion var, at statens skønsmargin ikke var overskredet og art. 11 derfor ikke krænket.

Se fx også den praksis, der i de senere år er vokset frem i relation til beskyttelse af privat- og familieliv

efter art. 8. Her er det fastslået af EMD, at alvorlig forurening kan udgøre et indgreb i denne frihedsrettighed. Hvis det er statslige eller kommunale anlæg, der forurener, er begrebet *Drittwirkung* ikke nødvendigt til sagens bedømmelse, men hvis forureningen kommer fra en privat virksomhed, og art. 8 fortolkes, så staten skal sørge for at bringe virksomheden til ophør, er der for alvor brug for begrebet, jf. dom af 19. februar 1998 i *Guerra m.fl. mod Italien*, hvor de italienske myndigheder gennem længere tid undlod at skride ind overfor en alvorligt forurenende kemisk fabrik i Manfredonia. Staten havde ikke selv grebet ind i klagerens privat- eller familieliv, idet det ikke var en handling, der klagedes over, men derimod mangel på handling fra statens side. EMD fremhævede, at den primære pligt for staten er at afstå fra indgreb i borgernes privat- og familieliv, men at der også kan være positive handlepligter for staten indbefattet i borgernes ret til respekt for privat- og familieliv. EMD's konklusion var, at Italien ikke havde opfyldt sin pligt til at sikre klageren ret til respekt for deres privat- og familieliv. I samme retning går *Hatton m.fl. mod Storbritannien*, dom af 2. oktober 2001, hvor art. 8 ansås krænkede, fordi myndighederne hverken før eller efter anlægget af den privatejede Heathrow lufthavn havde gjort, hvad der var muligt for at reducere ulemperne ved natteflyvning, og hvor myndighederne derfor trods sin skønsmargin ikke havde formået at finde en rimelig balance mellem statens økonomiske interesser og klagerens effektive udøvelse af deres ret til respekt for hjem og privat- og familieliv (dommerstemmerne 5-2). Det understreges i *Hatton* udtrykkeligt af EMD, at hverken lufthavnen eller flyene var ejet af det offentlige, og der forelå derfor ikke noget indgreb fra en offentlig myndighed i klagerens privat- eller familieliv. Deres klager skulle derfor vurderes i forhold til statens positive pligt til at træffe rimelige og passende foranstaltninger til sikring af klagerens rettigheder. Men,

tilføjede EMD, "de anvendelige principper vedrørende retfærdiggørelse var dog i det væsentlige identiske". Nationale domstole skal som følge af kravet på effektive retsmidler, jf. art. 13, være klar til at foretage den her nævnte efterprøvelse, også af beslutningsgrundlaget og af, om en rimelig balance som nævnt er opnået. Også art. 13 fandtes krænkede, idet de engelske domstole ikke havde efterprøvet, om stigningen i flyvningerne indebar en acceptabel begrænsning i klagerens privat- og familieliv, jf. *Jonas Christoffersen* i EU&M 2002 s. 88.

Dansk anerkendelse af *Drittwirkung* gennem skabelse af ret og pligt på det horisontale plan ses fx i *UfR 1997.259 H*, hvor en redaktør og en journalist frifandtes for ærekrænkende ytringer over for en advokat under direkte henvisning til, at injuriereglerne skal læses i lyset af EMRK art. 10. Dommen frifinder således – i modsætning til, hvad Vestre Landsret under dissens nåede frem til – chefredaktøren og en journalist fra en avis, som (i citatform og med bemærkninger fra de beskyldte) gengav en kvindes klageskrivelse til Advokatnævnet over nogle advokater, hvis sagsbehandling hun var stærkt utilfreds med. Landsrettens flertal fandt ikke, at gengivelsen af de fornærmende ord og sigtelser var led i en varetagelse af en åbenbar almen interesse. Derfor skulle der straffes. Mindretallet i landsretten fandt, at artiklen var en forlængelse af avisens tidligere dækning af sagen, og eftersom udtalelserne klart fremtrådte som citater, ligesom advokaten havde haft lejlighed til at imødegå beskyldningerne i avisen, ville denne dommer frifinde. Højesteret, der frifandt, henviste for det første til EMRK art. 10: Begrænsninger i ytringsfriheden må kun ske i det omfang, det er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til fx beskyttelse af andres gode navn og rygte. I afvejningen af varetagelsen af de to hensyn må det særligt indgå, at der ikke opstilles begrænsninger, som hindrer medierne i på rimelig måde at udfylde rollen som offentlighedens kontrol- og informationsorgan.

For det andet henviste Højesteret til den dissenterende dommers grund fra landsretten. Det ses ikke af referatet i UfR, at EMRK påberåbtes. Dommen er derfor muligvis et eksempel på en *ex officio* inddragelse.

Ligeledes i relation til privat- og familielivet efter art. 8 kan man som et hypotetisk eksempel nævne de forespørgsler, der i 2000 har været i Europa-Parlamentet vedrørende et påstået internationalt aflytningssystem under kodenavnet *Echelon*. Angiveligt skulle der være tale om, at en række stater stiller faciliteter til rådighed for – eller måske blot stiltiende tolererer – en omfattende aflytning af satellittransmitteret kommunikation i form af telefon, e-mails m.v., alt med henblik på, at en fremmed efterretningsstjeneste systematisk kan scanne den optagne kommunikation for “samfundsskadelige” ytringer, der kan lede til pågribelsen af terrorister m.v. Hvis disse påstande har deres rigtighed, er der næppe tvivl om, at den stat, der aktivt eller stiltiende medvirker til aflytning uden konkret mistanke, retskendelse m.v., gør sig skyldig i et brud på EMRK art. 8. Situationen er her alene nævnt for eksemplets skyld. Der er ikke hermed taget stilling til, om de refererede påstande har deres rigtighed, hvilket for øjeblikket er uopklaret.

Når boligretten i en lejeretlig sag – om ophævelse af lejemål pga. lejerens opsætning af egen parabolantenne i strid med ordensreglementet – omhyggeligt efterprøver, hvorvidt ordensreglementet er i strid med ytringsfriheden i EMRK art. 10, jf. UfR 1997.490 V, skyldes dette den vigtige refleksvirkning af EMRK, at statsmagten ikke må stille sine organer – her: domstolene – til rådighed for et EMRK-brud. Følgelig får de materielle EMRK-bestemmelser også herved virkning på det horisontale plan mellem private, ikke blot på det vertikale plan mellem stat og privat – og det følger atter af denne *Drittwirkung*, at også de materielle EMRK-bestemmelser får overordentlig stor betydning for danske domstoles arbejde. Om EMRK's *Drittwir-*

kung se Erik Werlauff i J 1997 s. 362 ff. Landsretten fandt i UfR 1997.490 V ikke, at reglementet stred mod EMRK art. 10, men fandt dog ikke, at misligholdelsen var hævebegrundende. Udlejerer måtte derfor bruge andre – mindre indgribende – midler til at håndhæve reglementet, udtalte landsretten. Denne proportionalitetsudtalelse viser, at EMRK-principperne trods alt har spøgt i landsdommernes bevidsthed. Derimod synes UfR 1997.1087 V om en tyrkisk ejerlejlighedsejers opsætning af parabol for at tage tyrkiske programmer at være procederet og afgjort uden inddragelse af EMRK. I UfR 1999.656 V afviste boligretten at tillægge EMRK virkning i retsforholdet mellem en privat udlejer og en lejer, men landsrettens fortolkning af lejeloven gjorde det uforholdsmæssigt for landsretten at forholde sig til dette spørgsmål om *Drittwirkung*.

Domstolene skal stedse overveje, om det resultat, en part gennem sine påstande søger at opnå ved processen, vil indebære en krænkelse af materielle EMRK-forskrifter, og hvor dette er tilfældet, må domstolene gribe ind og justere retssagens resultater, også selv om dette indebærer en refleksmæssig horisontal virkning – *Drittwirkung* – af materielle EMRK-forskrifter. En injurieerstatning på 1,5 mio £ var således uforholdsmæssigt stor og stred mod EMRK, jf. den allerede omtalte dom af 13. juli 1995 i *Miloslavsky mod lord Aldington*, hvor EMD statuerede, at art. 10 om ytringsfriheden var overtrådt i en sag, hvor et britisk nævningeting tilkendte lord Aldington 1,5 mio £ for stærkt injurierende udtalelser fremsat af grev Miloslavsky. Udtalelserne beskyldte lord Aldington for medvirken til folkedrab på flygtede kosakker og jugoslaver i maj-juni 1945. Sagen blev behandlet af et britisk nævningeting, hvis afgørelse dengang ikke kunne appelleres. Den tilkendte erstatning var 3 gange højere end nogen injurieerstatning, der nogensinde var pålagt ved en britisk domstol. EMD fandt, at der var tale om en uproportional erstatningsfastsættelse, som

ikke var “nødvendig i et demokratisk samfund”, idet der ikke som krævet i art. 10 forelå proportionalitet mellem erstatningens størrelse og det legitime, fulgte mål.

Der er her nævnt nogle eksempler på *Drittwirkung* af ytringsfriheden i art. 10: virkning for injuriersager, for lejesager, for forbudssager, men også fx på det ansættelsesretlige område må art. 10 antages at kunne få horisontal virkning, nemlig ved fastlæggelsen af grænserne for offentligt og privat ansattes tavshedspligt afvejet over for ytringsfriheden, jf. *Henrik Zahle* i UfR 1995 B s. 361 ff om privat ansattes ytringsfrihed, herunder den horisontale virkning af art. 10. Spørgsmålet er ifølge *Zahle* ikke, om menneskerettigheder har betydning for private retsforhold, men *hvordan* de har betydning for disse. Hans konklusion er, at en afskedigelse pga. en virksomhedsrelateret ytring, der fremsættes offentligt eller til en offentlig myndighed, vil være berettiget, hvis arbejdsgiveren kan påvise, at virksomheden har et for de ansatte betryggende system for behandling af intern kritik. Han anvender således ikke blot Grl. § 77, men også EMRK art. 10 direkte på retsforholdet, også i forholdet mellem en privat arbejdsgiver og en ansat. Denne synsvinkel kan i alt væsentligt tiltrædes.

Virkningen af EMRK også på det horisontale plan i retsforholdet privat/privat er klart antaget af EMD i *Fuentes Bobo mod Spanien*, dom af 29. februar 2000, hvor klageren var blevet afskediget af en tv-station for sine kritiske udtalelser om ledelsen. Udtalelserne var fremkommet i et tv-interview, hvor klageren havde bekræftet nogle kritiske bemærkninger, som interviewerens fremsatte. Arbejdsretten i Madrid ville have underkendt afskedigelsen pga. procedurefejl, men landsretten i Madrid godkendte opsigelsen, og både Spaniens højesteret og landets forfatningsdomstol afviste at realitetsbehandle sagen. EMD udtalte, at EMRK også omfatter et tilfælde, hvor forholdet mellem en arbejdsgiver og en ansat er undergivet en privatretlig regulering. Staten

har, udtalte EMD, en “positiv forpligtelse til i visse sager at beskytte retten til ytringsfrihed”. EMD fandt, at reaktionen: afskedigelse, var disproportional i forhold til det forfulgte formål: at “beskytte andres rygte eller rettigheder”.

This page intentionally left blank

II. SPECIEL DEL:

De enkelte menneskerettigheder

A. Forbud mod diskriminering

Uanset at retten til livet er så fundamental, at det er rimeligt at indlede fremstillingen af den specielle del med denne frihedsret, er der en enkelt rettighed, der kiler sig ind mellem de øvrige på en sådan måde, at vi har fundet det hensigtsmæssigt at indlede den specielle del hermed. Det drejer sig om retten til ligebehandling – eller negativt udtrykt: forbuddet mod diskriminering.

Det hedder i EMRK art. 14, at “[n]ydelsen af de i denne konvention anerkendte rettigheder og friheder skal sikres uden forskel på grund af køn, race, farve, sprog, religion, politisk eller anden overbevisning, national eller social oprindelse, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel eller ethvert andet forhold.” Et sådant generelt diskrimineringsforbud findes ikke i Grl. Der er alene nogle specielle og relativt begrænsede diskrimineringsforbud i Grl. §§ 67 og 70 om religionsfrihed og i § 74 om erhvervsfriheden (“den fri og lige adgang til erhverv”).

EMRK art. 14 er meget vidtrækkende – og dog på samme tid indskrænket i sit anvendelsesområde. Det følger nemlig af indledningsordene: “Nydelsen af de i denne konvention anerkendte rettigheder og friheder ...”, at art. 14 efter sin nuværende formulering ikke er en selvstændigt virkende frihedsrettighed, men en – om end yderst vigtig – supplerende rettighed, der kan påberåbes som et accessorium til de øvrige rettigheder.

Et forbud mod diskriminering er i sagens natur ikke udtryk for et absolut forbud mod forskelsbehandling. Det lige skal behandles lige, men samtidig skal det ulige behandles ulige. Diskrimineringsforbuddets kerne er

derfor at forbyde en forskelsbehandling, der er uretmæssig, og ved bedømmelsen heraf må tre elementer inddrages: (1) Sammenlignelighed, dvs. spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger relevant sammenlignelige situationer, som ikke nødvendigvis behøver være identiske, (2) saglighed, dvs. om der foreligger et legitimt formål med forskelsbehandlingen, og (3) proportionalitet, dvs. om forskellene i behandlingen ligger inden for rammerne af kravet om forholdsmæssighed mellem målet og midlet.

Da det ikke blot gælder, at det lige skal behandles lige, men også at det ulige skal behandles ulige, følger heraf en pligt for staten til at behandle personer forskelligt, når deres situation i væsentlig grad er forskellig, og der ikke foreligger en objektiv og rimelig begrundelse for alligevel at behandle dem ens. Dette har fx givet sig udslag i tilfælde, hvor en stat har nægtet “straffede personer” retten til stilling, autorisation e.l., og hvor der ikke er blevet skelnet mellem, *hvorfor* de pågældende var straffet. I *Thlimmennos mod Grækenland*, dom af 6. april 2000, var klageren, der var medlem af Jehovas Vidner, blevet straffet med 4½ års fængsel (!) for lydighedsnægtelse, fordi han ikke ville bære uniform under sin indkaldelse til militæret. Fem år senere bestod han revisoreksamen som nr. 2 i sin klasse på 60, men foreningen af statsautoriserede revisorer nægtede ham autorisation, fordi han var blevet straffet for en grov forbrydelse. Afslaget stred mod art. 14, sammenholdt med art. 9 om religionsfrihed, når der således efter national ret ikke blev skelnet mellem dem, der var blevet straffet for lovovertrædelser begået udelukkende af religiøs overbevisning, og dem, der var straffet for andre over-

trædelser. Dommen understreger pligten til at behandle det forskellige forskelligt, når der ikke er objektiv og rimelig begrundelse for andet. EMD tillagde det ikke betydning, at der ifølge loven ikke var andet valg end afslaget, idet staten var ansvarlig for vedtagelsen af den lov, der udsatte klageren for diskrimination.

Man kan gå hver enkelt af rettighederne igennem og afprøve art. 14 som supplerende element, fx i forbindelse med en udlænding, der opholder sig i landet. Det vil herved ses, at retten til frihed (art. 5), til retfærdig rettergang (art. 6), til iagttagelse af legalitetsprincippet i forbindelse med straf (art. 7), til respekten for privat- og familieliv samt hjem og korrespondance (art. 8), til tanke- og religionsfrihed (art. 9), til ytringsfrihed (art. 10), til forenings- og forsamlingsfrihed (art. 11), til indgåelse af ægteskab, (art. 12), til respekt for ejendomsretten (P1 art. 1) etc. har et supplement i art. 14, som kan være krænkert, hvis en person som følge af fx sin nationalitet stilles ringere på ét af de nævnte områder, uden at dette kan retfærdiggøres ud fra objektivt påviselige “nødvendige” modhensyn anvendt ud fra et proportionalitetsprincip og “i overensstemmelse med loven”, jf. i det hele udredningerne foran.

Allerede efter sin ordlyd er art. 14 ikke beregnet til at virke som selvstændigt bærende rettighed, dvs. uden at skulle bæres af en anden rettighed i EMRK, men dels har EMD anvendt art. 14 med stadigt større dristighed, som årene er gået (om end Danmark har anvendt den meget tilbageholdende, jf. nedenfor om *UfR 2002.1789 H*, taxidommen), og dels varer det næppe længe, før art. 14 bliver en selvstændigt bærende frihedsrettighed. P12 om ligebehandling er åben for signatur fra den 4. november 2000. Den træder i kraft, når 10 stater har ratificeret den. Den vil udgøre et vigtigt supplement til art. 14, idet protokollen vil indeholde et almindeligt, selvstændigt virkende diskriminationsforbud mod forskelsbehandling på grundlag af køn, race, religion

m.v.: “The enjoyment of *any right set forth by law* shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status”. De her fremhævede ord viser reglens generelle anvendelse, som frigør den fra “kun” at være et hjælperedskab til EMRK’s øvrige forskrifter. Således vil protokollen fx kunne finde anvendelse på retten til sociale ydelser, så det herefter vil være forbudt at gøre forskel på grundlag af fx nationalitet. Landets egne borgere kan dermed ikke gives bedre sociale ydelser, hvis de i øvrigt befinder sig i samme situation som udlændinge med lovligt ophold i landet. Danmark har endnu ikke ment at have et sådant overblik over dansk lovgivning, at landet har turdet ratificere protokollen.

Diskriminationsforbuddet i art. 14 finder anvendelse i forbindelse med spørgsmål om frihedsberøvelse, dvs. i kombination med EMRK art. 5. Det fremgår af art. 5(1)f, at frihedsberøvelse kan begrundes i, at der tages skridt til fx udvisning af den pågældende. Eftersom en stat ikke kan udvise egne borgere, jf. P4 art. 3, må der i den her beskrevne situation nødvendigvis være tale om en udlænding. Frihedsberøvelsen har derfor sammenhæng med det forhold, at der er tale om en udlænding, og at han ikke (længere) lovligt opholder sig i landet., men nu afventer udvisning. Denne forskel er imidlertid af mere iboende natur og kan derfor ikke i sig selv udgøre en krænkelse af art. 14, jf. fx *Moustaquin mod Belgien*, dom 18. februar 1991, hvor art. 14 ikke fandtes krænkert i en sag om udvisning til Marokko, idet Moustaquins situation ikke kunne sammenlignes med den situation, belgiske forbrydere var i, eftersom disse havde ret til ophold i Belgien og derfor ikke kunne udvises, jf. P4 art. 3. Derimod fandtes art. 8 om retten til privat- og familieliv krænkert, jf. nærmere nedenfor om respekten for denne bestemmelse i sager om udvisning.

Disse bemærkninger betyder imidlertid ikke, at der er frit slag til enhver frihedsberøvelse efter art. 5, eller at art. 14 herved helt har mistet sin betydning. Udover det helt basale krav om, at frihedsberøvelsen ikke må ske arbitrært, men skal ske i "overensstemmelse med den ved lov foreskrevne fremgangsmåde", jf. art. 5(1) i indledningen, dvs. efter et legalitetsprincip, skal der også iagttages et proportionalitetsprincip. Dette vil indebære, at der er grænser for varigheden af frihedsberøvelsen, og at der i visse tilfælde slet ikke meningsfyldt vil kunne gribes til frihedsberøvelse. Generelt skal det efterprøves, om "mindre kan gøre det", jf. den allerede omtalte dom af 25. juni 1996 i *Amuur mod Frankrig*, hvor der fandtes at være sket krænkelse af art. 5(1). Særligt dommens præmis 43 indeholder generelle bemærkninger om nødvendigheden af tilbageholdenhed med frihedsberøvelse over for asylansøgere, der i forvejen er præget af frygt, og som er flygtet fra deres land, jf. *Kim U. Kjær* i EU-ret og Menneskeret 1996 s. 173 ff med kritik af den danske praksis med frihedsberøvelse af udlændinge, der skal udvises. I relation til proportionalitetskravet i art. 14 finder han, at mindre indgribende foranstaltninger end frihedsberøvelse – herunder navnlig en form for "meldepligt" over for myndighederne, jf. herved *UfR 2000.1558 H* – vil være fuldt tilstrækkelige til at nå det tilsigtede mål: at holde udlændingen klar til den praktiske udvisning af landet.

Diskriminationsforbuddet kan tillige finde anvendelse i kombination med ejendomsretten, jf. fx den allerede omtalte dom af 16. september 1996 i *Gaygusuz mod Østrig*. Den tyrkiske statsborger Gaygusuz, der boede i Østrig fra 1973 til 1987 og var i arbejde fra 1973 til 1984, søgte om socialhjælp i Østrig efter at være blevet arbejdsløs og syg, men fik afslag med den begrundelse, at han ikke var østriger. EMD fastslog først, at retten til social støtte er en økonomisk rettighed i overensstemmelse med P1 art. 1, og at forskelsbehandling er

diskriminerende i relation til art. 14, hvis den ikke har nogen rimelig eller objektiv begrundelse. Staten har en vis skønsmargin med henblik på at vurdere, i hvilken udstrækning ellers ensartede situationer retfærdiggør forskelsbehandling, men der skal stærke grunde til, før EMD vil acceptere, at en forskelsbehandling baseret alene på nationalitet er i overensstemmelse med EMRK. Den tyrkiske statsborger havde betalt bidrag til arbejdsløshedsforsikringen på samme måde som østrigske arbejdstagere. Østrig anførte, at forskelsbehandlingen var baseret på ideen om, at staten har et specielt ansvar for egne borgere, men EMD lagde vægt på, at klageren havde opholdt sig lovligt i Østrig, arbejdet dér og betalt bidrag til arbejdsløshedsforsikringen på lige fod med østrigske borgere. Det var erkendt af Østrig, at afslaget på social støtte alene var baseret på, at klageren ikke var østriger, og det var erkendt, at han opfyldte de øvrige betingelser for støtte. På denne baggrund fandt EMD, at forskelsbehandlingen ikke var baseret på rimelige, objektive hensyn. Selv om Østrig ikke havde indgået nogen gensidig aftale med Tyrkiet om løsningen af sådanne sager, var Østrig forpligtet til inden for sin jurisdiktion at sikre de rettigheder, der følger af EMRK. Herefter nåede EMD enstemmigt frem til, at art. 14, sammenholdt med P1 art. 1 var overtrådt. Klageren fik tilkendt erstatning fra Østrig for økonomisk tab beregnet på baggrund af det tidsrum, hvori han havde fået afslag på social støtte.

I kombination med ejendomsretten kan diskriminationsforbuddet endvidere få betydning for pensionsrettigheder, såfremt disse fx gør usaglig forskel på mænd og kvinder. I *Wessels-Bergervoet mod Holland*, dom af 4. juni 2002, ansås det således at stride mod P1 art. 1, sammenholdt med art. 14, at en gift kvinde ikke kunne få de samme pensionsydelse, som en mand i en tilsvarende situation havde krav på. Se også *Willis mod Storbritannien*, dom af 11. juni 2002, hvor det udgjorde

en krænkelse af P1 art. 1, sammenholdt med art. 14, at en enkemand ikke havde krav på samme ydelser, som en enke i samme situation ville have krav på.

Som eksempel på diskriminationsforbuddets anvendelse i kombination med både ejendomsretten og foreningsfriheden kan henvises til den allerede omtalte dom af 29. april 1999 i *Chassagnou mfl. mod Frankrig*. Her statuerede EMD, at både P1 art. 1 om ejendomsretten og art. 11 om foreningsfriheden var krænkede. I en lov fra 1964 foreskrev Frankrig, at ejendomme under en vis størrelse skulle stilles til rådighed for fælleskommunale jagtforeninger med henblik på at organisere en fælles jagt på jordene. Jordbesiddere, hvis ejendomme var under visse arealgrænser, var pligtige at være medlemmer af sådanne foreninger, og som følge af foreningsmedlemsskabet skulle deres jorde indgå i fælleskommunale jagtområder, inden for hvilke alle foreningens medlemmer havde jagtret. Chassagnou og de andre sagsøgere protesterede mod at blive tvangstilsluttet disse jagtforeninger. De gjorde gældende, at pligten til at stille jord til rådighed for jagt stred mod deres ejendomsret efter P1 art. 1. De fremførte, at de ikke selv ønskede at gå på jagt, idet de af etiske grunde var modstandere af jagt, og at de derfor heller ikke ønskede, at andre skulle jage på deres jord. Hvad ejendomsretten angik, konstaterede EMD, at klagernes ret til at anvende deres ejendom var blevet indskrænket gennem de nævnte foranstaltninger, men at denne indskrænkning kunne anses for at tjene almenvellet, nemlig med henblik på at organisere jagtvirksomhed og pleje vildtbestanden. Imidlertid udgjorde den tvang, som klagerne i deres egenskab af små jordbesiddere underkastedes til at stille deres jorder til rådighed for tredjemands jagt i strid med deres egne moralske anskuelser, en uproportional indskrænkning af deres ret som jordejere, og denne indskrænkning gik videre, end hvad der var tilladt efter P1 art. 1(2). EMD fandt derfor med 12 stemmer mod 5, at der forelå en

krænkelse. EMD fandt samtidig, at der forelå krænkelse af art. 14 med forbuddet mod diskrimination. De jordbesiddere, der ejede større arealer, havde mulighed for at få deres ejendomme undtaget fra den fælles jagt, men de små markeejere havde ikke denne mulighed. På dette grundlag fandt EMD med 14 stemmer mod 3, at også art. 14 var krænkede. Endelig tog EMD stilling til art. 11 om foreningsfriheden. Selv om jagtforeningerne var oprettet ved lov og ikke ved privatretlige aftaler, omfattedes de af art. 11. Pligten til at indgå i disse foreninger udgjorde et indgreb i den gennem art. 11 beskyttede negative foreningsfrihed. Indgrebet var hjemlet ved lov og kunne tillige anses for at tjene et legitimt formål som beskrevet i art. 11(2), men der var tale om en uproportional indskrænkning af foreningsfriheden, når personer på den nævnte måde blev tvunget ind i en forening og som følge heraf skulle stille deres jord til rådighed for en virksomhed, som stred mod deres personlige opfattelse. Med 12 dommerstemmer mod 5 fandt EMD derfor, at også art. 11 var krænkede. Ydermere var indgrebet i foreningsfriheden diskriminerende og derfor tillige i strid med art. 14, idet sondringen mellem små og store jordbesiddere ikke havde nogen saglig grund. Med 16 stemmer mod 1 fandt EMD derfor også art. 14 krænkede i denne henseende. Se om dommen *Hans Danelius* i SvJT 1999 s. 762 f.

Art. 14 i kombination med ejendomsretten kom til prøvelse i den danske taxisag, *UfR 2002.1789 H*, hvor sagsøgeren bestred retmæssigheden af det krav om indfødsret som betingelse for taxibevilling, der indførtes i 1997. Her fandtes art. 14 ikke anvendelig på sager om forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, og en sådan kan da også efter omstændighederne være sagligt begrundet, om end alt for mange lovbestemte indfødsretskrav synes at være blevet opstillet pr. ren automatik. Imidlertid må en sådan forskelsbehandling også vurderes i relation til andre folkeretlige forskrif-

ter, særligt art. 26 i FN's pagt om civile og politiske rettigheder (International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR) og art. 5 i FN's konvention om racediskrimination (Convention on the Elimination of Racial Discrimination, CERD), og det er klart, at et indfødsretskrav for at blive betragtet som retmæssigt skal bestå sin eksamen efter alle disse konventioner. Alle de tre nævnte bestemmelser kom til prøvelse i taxisagen, men Højesteret fandt ikke med sikkerhed nogen af dem krænkede. Højesteret konstaterede, at kravet om indfødsret forfulgte et legitimt formål, men efterprøvede ikke dette saglighedsspørgsmål nærmere og foretog vel heller ikke nogen dybere materiel efterprøvelse af kravene i de tre påberåbte konventionsbestemmelser. Denne manglende reelle prøvelse kritiseres af *Jonas Christoffersen* i UfR 2002 B s. 407 ff og *Ole Spiermann* i UfR 2002 B s. 412 ff. Erkendes må det, at den saglige begrundelse for, at en taxivognmand skal have en bestemt indfødsret, langt fra er indlysende.

Art. 14 kan efter omstændighederne virke som en understøttende frihedsrettighed i stater, der ikke forfatningsretligt har etableret en mere generel ligebehandlingsgrundsætning. Herved kan EMRK's ligebehandlingsgrundsætning blive et supplement til mindre "udviklede" nationale forfatningsbestemmelser, jf. en islandske højesteretsdom, *ND 2000.28 H*, hvor art. 14 spiller en helt central og selvstændig rolle. En blind økonomistuderende ved Islands Universitet måtte opgive sit studium, fordi hun ikke fik den hjælp, hendes situation nødvendiggjorde. Islands Højesteret udtalte, at universitetet ikke blot havde haft pligt til at modtage hende som studerende, men også til at træffe de nødvendige foranstaltninger, for at hun kunne opnå de samme muligheder som andre studerende. Vel havde universitetet imødekommet flere af hendes ansøgninger om hjælp og dispensationer, men der var ikke udarbejdet et helhedsprogram med stillingtagen til spørgsmål

som mere generel hjælp, studiefremgang, eksamenshjælp, eksamenstid m.v. Ud fra en generel ligebehandlingsregel i § 65 i Islands grundlov samt EMRK art. 14 fandtes universitetet at have krænkede den studerendes rettigheder. Da hun imidlertid ikke fandtes at have lidt noget tab, frifandtes universitetet for det rejste erstatningskrav. Hun havde krævet 6,6 mio. kr. som tabt (mer)arbejdsfortjeneste og 1 mio. kr. i godtgørelse for tort.

Overfører man den islandske dom på situationen i et land, der ikke i sin grundlov har en generel ligebehandlingsgrundsætning, fx Danmark, og antages dommen at være udtryk for en rigtig opfattelse af rækkevidden af EMRK art. 14, indebærer dette nogle ganske vidtgående pligter for uddannelsesinstitutioners sikring af fx handicappedes reelle studiemuligheder.

Diskriminationsforbuddet virker også i forening med art. 8 om retten til familieliv, fx i forældremyndighedsager, jf. fx *Salgueiro Da Silva Mouta mod Portugal*, dom af 21. december 1999, hvor det ved en afgørelse om overførsel af forældremyndighed var tillagt betydning af den portugisiske appelret, at klageren levede i et homoseksuelt samliv. Det understregedes af EMD, at art. 14 ikke er udtømmende. Appelrettens bemærkninger om klagerens homoseksuelle samlivsforhold var efter EMD's opfattelse ikke udtryk for "klodsede og uheldige formuleringer eller obiter dicta", men havde haft afgørende betydning for beslutningen om at tildele moderen forældremyndigheden, og dette var i strid med EMRK art. 8 sammenholdt med art. 14. Også *Hoffmann mod Østrig*, dom af 23. juni 1993, er et eksempel på anvendelsen af art. 14 i familieretlige forhold i sammenhæng med art. 8. Efter skilsmissen havde faderen fået forældremyndigheden over to børn, fordi moderen, som børnene var tættest knyttet til, var medlem af Jehovas Vidner. Østrigsk Højesteret lagde afgørende vægt herpå og fandt, at der var risiko for en social isolering

af børnene, og at de kunne lide overlast ved en eventuel operation, hvis forældremyndighedens indehaver nægtede dem blodtransfusion. Der statueredes krænkelse med dommerstemmerne 5-4. Det hedder i præmis 36: "Notwithstanding any possible arguments to the contrary, a distinction based essentially on a difference in religion alone is not acceptable" [vor fremhævelse]. Langt klogere i sin udformning end den østrigske dom er fx *NRT 1996.421 H*, hvor det i en tilsvarende sag udtrykkeligt udtales, at der måtte ses bort fra moderens tilknytning til Jehovas Vidner, og at sagen skulle afgøres ud fra en totalvurdering af de faktorer, der normalt tillægges vægt ved vurderingen af, hvad der er bedst for barnet.

Også i adoptionssager kan art. 14 i forening med art. 8 få betydning, men spørgsmålet, om homoseksuelle kan adoptere, er så uensartet besvaret i de forskellige europæiske staters retsorden, at art. 8 og art. 14 i hvert fald ikke på nuværende tidspunkt kan føre til, at en nægtelse af adoptionsbevilling til en homoseksuel er EMRK-stridig, jf. *Fretté mod Frankrig*, dom af 26. februar 2002, med 4 dommerstemmer mod 3 på dette punkt.

Diskriminationsforbuddet kan nogle gange få overraskende konsekvenser på fx det familieretlige område, når det virker i forening med art. 8 om retten til familieliv, jf. fx den allerede omtalte dom af 29. november 1991 i *Vermeire mod Belgien*, hvor klageren var født uden for ægteskab. Faderen anerkendte faderskabet, før han døde ugift i 1939. Sagen drejede sig om arv efter faderens forældre. Denne arv gik efter belgisk ret alene til farmoderens livsarvinger (der var ikke fællesbørn i bedsteforældrenes ægteskab, bortset fra faderen selv). Byretten i Bruxelles gav klageren medhold under henvisning til EMD's ledende dom af 13. juni 1979 i *Marcks*, men appeldomstolene fulgte belgisk arvelovgivning uden vaklen. EMD fastslog, at en lovændring

ikke var nødvendig for at bringe retstilstanden i Belgien på linie med det diskriminationsforbud, der fremgår af art. 14 sammenholdt med art. 8, således som dette blev fortolket i *Marcks*. Der var heller ikke noget til hinder for, at appelretten kunne have lagt *Marcks* til grund i sin afgørelse, sådan som byretten gjorde det. Der fandtes intet upræcist eller tvetydigt ved *Marcks*, som kunne tilsige, at man uhindret kunne diskriminere klageren på grundlag af det forhold, at hun var født uden for ægteskab. EMD henviste også til en afgørelse fra Belgiens Højesteret, hvor en tilsvarende tvist blev løst med henvisning til, at den ældre belgiske retsregel om uægteskabelige børns manglende arveret stred mod det forfatningsmæssige princip om lighed for loven. At afskære klageren fra retten til sin arveretlige andel af bedstefaderens ejendom ville derfor indebære et brud på art. 14 sammenholdt med art. 8. Dommen var énstemmig. Hvad angår erstatningsspørgsmålet efter art. 41 (ex 50) fandt EMD, at klagerens økonomiske tab, der skulle erstattes af Belgien, måtte svare til det arvebeløb, som hun var blevet afskåret fra. Ved erstatningsudmålingen skulle der tages hensyn til rentetabet og til den arveafgift, der skulle være betalt.

Også på den gren af familieretten, der vedrører navneforhold, har ligebehandlingsgrundsætningen i art. 14 givet sig konkrete udslag, jf. dom af 22. februar 1994 i *Burghartz mod Schweiz*, hvor art. 14 fandtes krænkede i forbindelse med art. 8 i et tilfælde, hvor ægteparret Burghartz klagede over, at der i Schweiz var forskel på mænds og kvinders retsstilling med hensyn til ægtepars ret til at vælge efternavn efter indgåelse af ægteskab. Det blev derimod ikke vurderet, om art. 8 isoleret set var krænkede, og det ses heraf, at art. 14 ikke blot har en understøttende funktion, men kan blive den katalysator, der igangsætter anvendelsen af en anden frihedsrettighed.

Uanset at området for skatter og afgifter som ud-

gangspunkt ikke berøres af frihedsrettighederne, ej heller fx af ejendomsretten, jf. udtrykkeligt P1 art. 1(2), kan skatter eller afgifter være pålagt på en sådan måde, at dette udgør en diskrimination i strid med art. 14. Ved dom af 18. juli 1994 i *Karlheinz Schmidt mod Tyskland* statuerede EMD, at en forpligtelse, der udelukkende blev pålagt mænd, til at gøre tjeneste i brandvæsenet i en tysk delstat eller til i stedet at betale en kompenserende afgift, udgjorde en krænkelse af art. 14 i sammenhæng med art. 4(3)d om "slaveri og tvangsarbejde". Efter artikel 4(3)d gælder det, at forbuddet i art. 4 mod tvangs- eller pligtarbejde ikke omfatter arbejde eller tjeneste, der hører til de normale borgerpligter. Uafhængigt af, hvorvidt der i dag er nogen berettigelse i at behandle mænd og kvinder forskelligt hvad angår obligatorisk tjeneste i brandvæsenet, måtte det ifølge EMD være afgørende for vurderingen af sagen, at forpligtelsen til aktivt at udføre en sådan tjeneste udelukkende var af teoretisk karakter: Som følge af den stadige forekomst af et tilstrækkeligt antal frivillige var ikke en eneste mand i praksis blevet pålagt aktivt at gøre tjeneste i brandvæsenet. Afgiften havde derfor i praksis mistet sin kompensatoriske karakter, og selve afgiften var derved blevet den eneste reelle forpligtelse. Ved pålæggelsen af en sådan forpligtelse kunne forskelsbehandling på grundlag af køn ikke være berettiget. Afgørelsen blev truffet med 6 dommerstemmer mod 3.

Det vil i sagen om "frivilligt" arbejde i brandvæsenet ses, at art. 14 ikke kun er en løftestang til anvendelsen af en anden bestemmelse i EMRK. Den bestemmelse, sagen egentlig drejede sig om, var netop ikke overtrådt, og tilbage blev derfor at vurdere den afgift, som reelt var nettovirkningen af de tyske regler. Denne afgift var kønsdiskriminatorisk og dermed stridende mod art. 14, som herved reelt blev den frihedsrettighed, der afgjorde sagen. Det vil ses, at det i virkeligheden kun betegner en naturlig slutsten på en allerede stedfindende udvik-

ling, når art. 14 gennem P12 bliver til et selvstændigt virkende, uafhængigt diskriminationsforbud.

Ikke blot når det drejer sig om ydelser til det offentlige i form af skatter og afgifter, men også når det drejer sig om ydelser fra det offentlige i form af fx sociale ydelser, skal et ligebehandlingsprincip iagttages, og art. 14 kan derfor være krænket, hvis der forskelsbehandles eksempelvis ud fra nationalitet, jf. den allerede nævnte dom af 16. september 1996 i *Gaygusuz mod Østrig*, hvor den tyrkiske statsborger Gaygusuz uretmæssigt var blevet nægtet sociale ydelser pga. sin nationalitet, og hvor EMD som nævnt fandt, at forskelsbehandlingen ikke var baseret på rimelige, objektive hensyn.

Endog i relation til ytringsfriheden efter art. 10 kan art. 14 få supplerende – og efter omstændighederne afgørende – betydning. Indgreb i ytringsfriheden kan ske på mange forskellige måder, og fx kan også undladelsen af at anvende statslige faciliteter til viderebringelse af kritiske ytringer udgøre et indgreb. Hvis staten har faciliteter til at viderebringe nogles ytringer, skal disse faciliteter stå til rådighed efter et lighedsprincip. I modsat fald kan art. 10 i kombination med art. 14 være krænket, jf. fx dom af 19. december 1994 i *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs & Gubi mod Østrig*, der ikke medciterer art. 14, men hvor ligebehandlingen af forskellige ytringer dog spiller en helt central rolle. De østrigske militærmyndigheder kolporterede nogle magasiner til personellet, men ikke det kritiske tidsskrift "Der Igel", pindsvinet. Når myndighederne engagerede sig i distribution af magasiner til militærforlæggerne, havde dette betydning for informationstilgangen til det militære personel, og efter EMD's opfattelse indebar dette, at staten pådrog sig forpligtelser efter art. 10. "Der Igel" var det eneste militærmagasin, som ikke blev distribueret, og på denne baggrund fandt EMD, at forsvarsministerens *de facto* afslag på anmodningen om distribution var et indgreb i art. 10. Efter en konkret

vurdering fandt EMD ikke indgrebet “nødvendigt”, og art. 10 var derfor krænket. Hvis ikke man inddrog et – i denne forbindelse uudtrykt – lighedsprincip, ville det være svært at komme frem til dette resultat.

Et eksempel på en vurdering efter art. 14, om end denne ikke udtrykkeligt nævnes, i relation til religionsfriheden er *UfR 2001.83 H*, hvor det fandtes berettiget, at et AMU-center havde bortvist en muslim, der bad på centerets fællesarealer (gangarealet), uanset at det var indskærpet, at dette ikke måtte ske og kunne føre til bortvisning, og uanset at der af centeret var anvist andre steder, hvor den pågældende og andre, der deltog i fællesbøn, kunne udøve denne, fx i klasselokaler, værkstedslokaler eller garderober. På denne baggrund kunne bortvisningen ikke betragtes som en forskelsbehandling af muslimen pga. hans religiøse overbevisning, men alene som dispositioner, der blev truffet med henblik på opretholdelse af den ro og orden, der var nødvendig af hensyn til centerets funktion.

B. Liv og frihed

1. Generelt

Under overskriften “ret til liv og frihed” behandles i det følgende nogle helt grundlæggende frihedsrettigheder, hvis fælles træk er retten til at leve, leve i frihed og leve på det sted, hvor man ønsker det. Rettighederne er ikke samlet behandlet i EMRK, men fremgår af forskellige bestemmelser i selve konventionen samt nogle bestemmelser i tillægsprotokoller.

Sammenholdes der med Grl., vil det ses, at EMRK beskytter i en lang række henseender, hvor Grl. er tavs. Den personlige frihed beskyttes ved Grl. § 71, men ret til livet og afskaffelse af dødsstraf, forbud mod tortur, nedværdigende behandling m.v., forbud mod slaveri og tvangsarbejde, forbud mod frihedsberøvelse på grund

af gæld, frihed til valg af opholdssted, forbud mod udvisning af egne statsborgere eller forbud mod kollektiv udvisning af udlændinge er ikke sikret ved Grl.

2. Ret til livet og afskaffelse af dødsstraf

Det hedder indledningsvis i EMRK art. 2(1), at “[e]thvert menneskes ret til livet skal beskyttes ved lov”. Det signaleres allerede hermed, at retten til livet ikke er absolut, jf. straks nedenfor, men samtidig signaleres det, at beskyttelsen ikke blot gælder i det vertikale retsforhold mellem borger og stat, men at staten “ved lov” skal sørge for en beskyttelse, der også rækker ind i det horisontale retsforhold mellem borger og borger. Staten skal således ikke blot selv afholde sig fra at berøve nogen livet, men skal også sørge for, at andre ikke gør sig skyldige i noget sådant.

Det hedder herefter i art. 2(1): “Ingen må forsætligt berøves livet undtagen ved fuldbyrdelse af en dødsdom, afsagt af en domstol i tilfælde, hvor der ved lov er fastsat dødsstraf for den pågældende forbrydelse”. Som EMRK således er formuleret, overlader den det til hver enkelt stat, om dens lovgivning hjemler dødsstraf eller ej, dog at dødsstraffen ikke må pålægges arbitrært, men skal hjemles “ved lov” og pålægges af en domstol. Art. 2(1) skal dog siden 1983 læses i sammenhæng med P6, der som udgangspunkt afskaffer dødsstraf, jf. P6 art. 1: “Dødsstraffen skal afskaffes. Ingen må idømmes en sådan straf eller henrettes”. Det fremgår heraf, at et land heller ikke må eksekvere en dødsstraf, der er idømt i et andet land. Der er dog i art. 2 forbehold for dødsstraf for handlinger begået i krigstid eller under overhængende fare for krig, men dels af art. 2, dels af EMRK art. 7 med kravet om *nulla poena sine lege* fremgår det, at dødsstraf i krigstid skal pålægges efter regler fastsat i loven. Fra 1. juli 2003 gælder endvidere P13, som afskaffer dødsstraf også i krigstid, jf. herved

Öcalan mod Tyrkiet, dom af 12. marts 2003, hvor P13 blev tillagt betydning allerede før sin formelle ikrafttrædelse.

Der er nogle undtagelser i EMRK art. 2(2), men de har et yderst snævert anvendelsesområde. Således er det ikke i strid med art. 2, hvis nogen berøves livet (a) for at forsvare nogen mod ulovlig vold, (b) for at iværksætte en lovlig anholdelse eller forhindre flight fra lovlig frihedsberøvelse, eller (c) for lovligt at undertrykke op-tøjer eller opstand. Det er i alle tilfælde en betingelse, at den magtanvendelse, der sker, ikke går ud over det absolut nødvendige. Det følger af EMRK's anvendelse også på det horisontale plan, dvs. dens *Drittwirkung*, og af formuleringen af art. 2(1), at bestemmelsen ikke blot beskytter mod det, staten selv iværksætter, men at staten også skal beskytte mod det, andre iværksætter. Staten må således ikke indrette sin lovgivning, så den tillader nogen at berøve andre livet i videre omfang, end hvad art. 2(2) tillader. Staten skal også udfolde rimelige anstrengelser for at beskytte borgernes liv, jf. herved *Bromiley mod Storbritannien*, dom af 23. november 1999, hvor en strafafsoner udeblev efter endt orlov og herunder myrdede klagerens datter. Klagen afvist som åbenbart ugrundet, idet myndighederne hverken vidste eller burde have vidst, at fangen ville kunne begå alvorlige forbrydelser, hvis han fik orlov. I samme retning går *Mastromatteo mod Italien*, dom af 24. oktober 2002, hvor art. 2 ikke ansås krænkede i en sag, hvor to strafafsonere med udgangstilladelse havde skudt en forbipasserende under et røverforsøg, og hvor staten ikke gav offerets efterladte erstatning. Domfældelse af staten skete derimod i *Edwards mod Storbritannien*, dom af 14. marts 2002, hvor klagernes søn var blevet anbragt i varetægtsarrest sammen med en psykisk syg person, der slog klagernes søn ihjel med slag og spark, og hvor fængselsmyndighederne havde vidst, at drabsmanden udgjorde en fare for andre.

Vore regler om nødværge, jf. strfl. § 14, skal læses og anvendes i overensstemmelse hermed, og den magtanvendelse, der må ske ved anholdelse m.v., skal holdes inden for rammerne af art. 2(2) (og selvsagt også inden for rammerne af art. 3 med forbuddet mod tortur, jf. nedenfor). Se i relation til art. 2 EMD's dom af 27. september 1995 i *McCann m.fl. mod Storbritannien*, hvor tre IRA-mistænkte var blevet dræbt af britiske specialtropper i Gibraltar. Der var opstået mistanke om, at IRA planlagde et terrorangreb i Gibraltar, og de mistænkte var blevet observeret i Spanien få dage før det forventede attentat. Der var mistanke om, at de ville benytte sig af en fjernstyret bilbombe. To af de mistænkte blev skudt bagfra på kort afstand, fordi de efter at have set sig over skulderen gjorde bevægelser, der måske kunne have med detonation af en bombe at gøre. Da skuddene faldt, reagerede den tredje mistænkte, og da han gjorde en brat bevægelse, blev også han skudt på kort afstand. Soldaterne skød gentagne gange for at dræbe, også mens en af de mistænkte lå på jorden. EMD vurderede, om operationen som helhed var udført på en sådan måde, at art. 2 var krænkede. Selv om målet var at pågribe de mistænkte, havde man undladt at pågribe dem på et tidligere tidspunkt. Man kunne derved have undgået fare for liv, både for befolkningen og de mistænkte, og selv om der var bevistvivl, kunne bevisproblemet ikke opveje fordelene ved den tidlige pågribelse. EMD fandt, at man under operationen i for høj grad ensidigt var gået ud fra, at der var tale om en bilbombe, som kunne detoneres umiddelbart. Dette måtte ses i lyset af, at soldaterne var trænet til skyde for at dræbe. Det stod ikke klart, om soldaterne var trænet i at passivisere terroristmistænkte på andre måder end ved at dræbe dem.

Alt i alt fandt EMD det ikke bevist, at den magt, der var blevet benyttet, var absolut nødvendig for at beskytte personer mod ulovlig vold, og med 10 dom-

merstemmer mod 9 – et stemmetal, der viser, hvor vanskelig en sådan retrospektiv bedømmelse er – kom EMD derfor frem til, at art. 2 var krænket. Klagerne fik tillagt sagsomkostninger, men da der var tale om en berettiget mistanke om terrorangreb, var der ikke grundlag for noget erstatningskrav.

Retten til livet indebærer, at der skal iværksættes en effektiv efterforskning, hvis en person afgår ved døden i myndighedernes varetægt. I *Velikova mod Bulgarien*, dom af 18. maj 2000, gik EMD så vidt som til at udtale, at staten i nogle tilfælde har bevisbyrden for, at dødsfaldet ikke skyldes begivenheder, som har fundet sted under varetægten. I *Velikova* var en bulgarsk sigøjner, Slavtcho Tsonchev, død som følge af kvæstelser, samme nat som han blev indbragt på politistationen, sigtet for kvæglyveri. Han var blevet hårdt behandlet af kvægejerne på bagsædet af politibilen under indtransporten til stationen, men ifølge politifolkene fejlede han intet, da han blev indsat. Alligevel døde han samme nat, og myndighederne iværksatte ingen effektive undersøgelser af det nærmere begivenhedsforløb. Denne forsømmelse – ikke dødsfaldet som sådant – ansås for at udgøre en overtrædelse af EMRK art. 2 i sammenhæng med art. 1. Klageren, der var afdødes samlever gennem en årrække, tilkendtes 100.000 franc i erstatning for ikke-økonomisk tab og 8.000 bulgarske leva i erstatning for økonomisk tab. Derimod fandtes art. 2 ikke krænket i *Tanribilir mod Tyrkiet*, dom af 16. november 2000, hvor klagerens søn var anholdt, mistænkt for PKK-aktiviteter, men havde hængt sig i sin celle. EMD havde selv foretaget omfattende efterforskning, og den godtgjorde ikke klagerens formodning om, at de tyrkiske politibetjente skulle have dræbt den anholdte. Da også Tyrkiets egen efterforskning af dødsfaldet var i orden, fandtes art. 2 som nævnt ikke krænket. Omtrent tilsvarende sag og tilsvarende udfald ses i *Demiray mod Tyrkiet*, dom af 21. november 2000.

Retten til livet indebærer, at staten skal pålægge både offentlige og private sygehuse at beskytte patienternes liv. I *Calvelli & Ciglio mod Italien*, dom af 17. januar 2002, var Italien tæt på at blive dømt efter art. 2, fordi et strafferetligt lægeansvar for et spædbarns død på en privatklinik nåede at blive forældet, mens straffesagen verserede. Når barnets forældre alligevel ikke fik medhold i deres klage over den italienske stat, skyldtes det, at forældrene indgik forlig i en civilretlig sag om erstatning fra sygehuset. Havde de fortsat sagen og opnået dom over lægen, kunne der have været indledt disciplinærsag mod ham, og de havde således gennem forliget givet afkald på et retsmiddel, som under de konkrete omstændigheder ville have givet dem de bedste muligheder for at få lægens ansvar klarlagt, og som ville have været tilstrækkeligt til at opfylde kravene efter art. 2 til staten.

Den 23. april 1999 iværksatte en række Natolande under krigen mod ex-Jugoslavien et bombeangreb mod den serbiske tv-station Radio Television of Serbia, RTS. Ved angrebet gik 16 menneskeliv tabt, ligesom der skete betydelige materielle skader, og senderen blev sat ud af drift, hvilket var angrebets hovedformål. I en rapport fra juni 2000 betegnede Amnesty International bombeangrebet, der stedse har været meget omdiskuteret, som “en krigsforbrydelse”. På denne baggrund indgav et britisk advokatfirma i juli 2000 på vegne nogle af bombeangrebets ofre stævning til EMD mod 15 europæiske lande med påstand om dom for, at art. 2 om retten til livet og art. 10 om ytringsfriheden blev krænket ved angrebet, og med krav om erstatning til ofrenes efterladte. EMD (storkammeret) afviste imidlertid sagen pga. manglende kompetence, jf. EMRK art. 1, idet flyangrebet ikke kunne siges at være udøvet af de indklagede stater inden for deres jurisdiktion, men var udtryk for en eksterritorial handling, jf. dom af 15. december 2001 i *Bankovic m.fl. mod Belgien, Tjekkiet, Danmark,*

Frankrig, Tyskland, Grækenland, Ungarn, Island, Italien, Holland, Norge, Polen, Spanien, Tyrkiet og Storbritannien. Det bemærkes af *Nina Holst-Christensen & Jon Fridrik Kjølbro* i EU&M 2002 s. 58 i tilslutning til afgørelsen, at den er udtryk for en som overvejende hovedregel territorial afgrænsning af EMRK. Betænkelig ved afgørelsen og dens indskrænkning af EMRK's rækkevidde er *Andreas Laursen* i EU&M 2002 s. 113 ff, som finder tendenser til "Menneskerettighedernes Fæstning Europa".

Retten til liv indebærer også, at myndighederne skal træffe rimelige foranstaltninger til at beskytte borgernes liv mod farer, som myndighederne er bekendt med. I *Öneryildiz mod Tyrkiet*, dom af 18. juni 2002, havde myndighederne gennem en årrække tolereret, at folk boede i et område omkring en losseplads, skønt myndighederne vidste, at der kunne være risici forbundet hermed. Da metangas eksploderede i affaldsdyngerne, og 39 mennesker blev dræbt, ansås art. 2 krænket. Også P1 art. 1 om ejendomsretten var krænket, fordi en borger, der havde mistet sit hjem, ikke kunne få erstatning. Det var ikke afgørende, at beboelsen var ulovlig, når myndighederne faktisk havde tolereret den gennem en årrække.

Retten til livet er ikke anset for at udelukke abort, når der gennem national lovgivning er sikret en rimelig balance mellem på den ene side nødvendigheden af at beskytte fosteret og på den anden side den gravide kvindes interesser. I *Boso mod Italien*, dom af 5. september 2002, havde Boso klaget over, at hans hustru kunne få abort, uden at han skulle høres. EMD afviste en klage efter art. 2 om retten til livet og efter art. 8 om retten til familieliv som åbenbart grundløse. I relation til art. 2 fandtes det unødvendigt at tage stilling til, om fosteret er beskyttet af art. 2. Selv om fosteret eventuelt havde "visse rettigheder" efter art. 2, havde Boso ikke angivet, efter hvor mange ugers graviditet og på hvilken bag-

grund aborten var foretaget. EMD lagde derfor til grund, at aborten var foretaget i overensstemmelse med italiensk lov, som i de første 12 uger af graviditeten tillader abort, hvis der er fare for kvindens fysiske eller psykiske helbred, og som efter de 12 uger kun tillader abort, hvis der er tale om alvorlig fare for kvindens liv, eller hvis barnet lider af en alvorlig sygdom, der kan medføre fare for kvindens fysiske eller psykiske helbred. EMD fandt, at disse regler sikrer en rimelig balance mellem på den ene side nødvendigheden af at beskytte fosteret og på den anden side kvindens interesser. Hvad angik art. 8, måtte enhver forståelse af faderens rettigheder efter art. 8 "først og fremmest tage hensyn til moderens rettigheder, da det er hende, der er berørt af graviditeten, dens fortsættelse eller afbrydelse".

3. Forbud mod tortur, nedværdigende behandling m.v.

Både tortur og "umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf" er forbudt, jf. EMRK art. 3.

Efterhånden som nye lande tiltræder EMRK, kan torturforbuddet få øget praktisk betydning, men i øvrigt påkalder det noget bredere formulerede forbud mod "nedværdigende behandling eller straf" sig i sagens natur større praktisk opmærksomhed.

Forbuddet kan være relevant i relation til de væbnede styrker, hvor der ganske vist må tåles en barsk omgangstone også fra befalingsmænd m.v., men hvor grænserne dog må trækkes dér, hvor der gøres indgreb i den menneskelige værdighed.

Enkelte højtudviklede forfatninger sætter faktisk den menneskelige værdighed og dennes beskyttelse gennem statsmagten som ét af de vigtigste mål for de forfatningssikrede frihedsrettigheder, jf. således art. 1(1) GG: "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen

Gewalt”. Her og i de følgende stykker i art. 1 anvendes menneskeværdigheden som indgangsvinkel og grundlag for de frihedsrettigheder, der herefter sikres gennem de følgende bestemmelser i GG.

Forbuddet mod nedværdigende behandling kan fx være relevant i udlændingesager, jf. *Carl Henrik Ehrenkrona* i EU&M 1995 s. 57 ff med gennemgang af praksis fra EMD i en række sagstyper. Hvis hverken en særskilt konvention eller EMRK art. 8 om beskyttelse af privat- og familieliv er til hinder for udvisning, skal det tages i betragtning, om den pågældende i sit hjemland vil blive udsat for indgreb, der er i strid med art. 3, og i så fald må udvisning ikke finde sted, jf. *UfR 1999.275 H*, hvor en 45-årig irakisk statsborger, der havde boet i Danmark i 14 år, ikke blev udvist trods en narkodom på et års fængsel. Modsat byret og landsret afviste Højesteret en udvisning, idet der blev taget hensyn til, at han ved en tilbagevenden til Irak ville blive udsat for asylbegrundende overgreb. Der blev henvist til konkrete bestemmelser i udlændingeloven, sammenholdt med EMRK art. 3. I *Jabari mod Tyrkiet*, dom af 11. juli 2000, var art. 3 krænket, idet Tyrkiet havde udvist en iransk kvinde, der ved sin hjemkomst til Iran kunne risikere stening eller piskning for den “forbrydelse”, der var årsagen til, at hun var flygtet fra Iran: at hun havde stået i forhold til en gift mand. Udvisningen var sket alene med henvisning til overskridelse af en ansøgningsfrist på 5 dage, uden afvejning af fristoverskridelsen over for risikoen ved udvisningen.

I udvisningssager skal art. 3 særskilt inddrages, uanset hvilke konventioner staten i øvrigt er part i, og hvis udvisning sker til fx det første europæiske (konventions)land, flygtningen er ankommet til efter sin flugt, skal det inddrages i overvejelserne, om dette land kan tænkes at ville udvise flygtningen til et land, hvor han kan risikere tortur eller nedværdigende behandling, jf. fx *T.I. mod Storbritannien*, dom af 7. marts 2000, der

understreger, at Storbritannien ved udvisningen af en srilankansk statsborger til Tyskland ikke kunne nøjes med at henvise til Dublinkonventionen, men at art. 3 ville blive krænket, hvis klageren blev sendt tilbage til Sri Lanka med risiko for tortur dér. Konkret fandtes Storbritannien ikke at have krænket art. 3, eftersom der ikke var fare for, at Tyskland ville sende klageren tilbage til Sri Lanka.

Politiets brug af hunde som magtmiddel i forbindelse med anholdelse kan ikke i sig selv antages at stride mod art. 3, jf. *UfR 1999.1491 H*, men også her skal der iagttages et proportionalitetsprincip. Ved *Berlinski mod Polen*, dom af 20. juni 2002, godkendte EMD, at polsk politi havde anvendt en hel del fysisk magt og tilføjet nogle bodybuildere fysiske skader i forbindelse med anholdelse af dem, da de nægtede at forlade en atletikklub og satte sig til modværge ved anholdelsen.

Ej heller kan isolationsfængsling af unge under 18 år i sig selv antages at stride mod EMRK art. 3 (eller mod art. 37 c i FN’s konvention om barnets rettigheder), jf. *UfR 1999.1415 H*, der dog samtidig foreskriver, at fængsling i isolation kun bør bringes i anvendelse over for unge under 18 år, såfremt der foreligger “helt ekstraordinære omstændigheder”.

Selv langvarig og belastende isolationsfængsling vil normalt ikke stride mod EMRK art. 3, jf. *UfR 2000.2385 H* om erstatning til den kendte konkurrencesvømmer Peter Rohde, der udviklede en alvorlig psykisk lidelse under en langvarig isolationsfængsling i en narkosag, hvorunder han frifandtes. Både landsrettens og Højesterets begrundelse er temmelig ordknap på dette punkt, men begge instanser lægger vægt på, at den fængslede blev behandlet på forsvarlig måde, herunder med hensyn til det sundhedsmæssige tilsyn. En klage til EMD gav ikke medhold, jf. dom af 21. juli 2005, *Rohde mod Danmark*, idet EMD med dommerstemmerne 4-3 fandt, at der ikke havde været tale om tortur. Flertallet lagde

herved vægt på, at Rohde fik besøg af familie og venner, var i kontakt med præst, advokat, lærere og fysioterapeut og var under tilsyn af sygeplejerske, socialrådgiver og læger, uden at nogen af dem fandt hans psykiske tilstand alarmerende.

Selve det forhold, at man er i myndighedernes varetægt, vil imidlertid skærpe opmærksomheden over for fysiske skader, som påføres én. Når der opstår skader under en frihedsberøvelse, påhviler det staten at give en plausibel forklaring på, hvordan skaderne er opstået. Er staten ikke i stand til dette, kan art. 3 meget vel være overtrådt. Dette forhold vil blive forstærket, hvis staten ikke iværksætter rimelige undersøgelser med henblik på opklaring af, hvad der er sket, jf. fx *Satik m.fl. mod Tyrkiet*, dom af 10. oktober 2000, hvor 10 personer, der var i forvaring og skulle stilles for statssikkerhedsdomstolen, senere forklarede, at de var blevet angrebet af politifolk, da de modsatte sig kropsvisitering. De var blevet påført skader i form af brækkede ribben, leverbeskadigelse mv. Den forklaring, de tyrkiske myndigheder gav på begivenhedsforløbet, stemte dårligt med de objektive, lægelige fund, og Tyrkiet havde reelt ikke gjort noget for at opklare begivenhedsforløbet. Begge disse forhold ansås for at udgøre en krænkelse af art. 3.

Også den måde, man i øvrigt behandles på, mens man er i myndighedernes varetægt, kan efter en konkret bedømmelse være nedværdigende, selv om man ikke lider fysisk overlast, men "kun" nedgøres psykisk, jf. *Iwanczuk mod Polen*, dom af 15. november 2001, hvor klageren under varetægtsfængsling blev tvunget til at klæde sig af og derefter forhånet, da han fra fængslet ønskede at afgive stemme til parlamentsvalget.

Normalt kan art. 3 ikke anvendes til at anfægte længden af en fængselsstraf. Kun under helt ekstraordinære omstændigheder kan der rejses tvivl om, hvorvidt længden af en straf er i overensstemmelse med art. 3. I

Schimanek mod Østrig, dom af 1. februar 2000, udtaler EMD, at art. 3 ikke var krænket i en sag, hvor klageren fik 15 års fængsel for nynazistiske foreningsaktiviteter. Foreningen havde blandt andet til formål at undergrave Østrigs selvstændighed og uafhængighed samt nedbryde den offentlige orden ved at fremme nationalsocialistiske ideer. Henset til at den østrigske højesteret nøje havde overvejet længden af klagerens straf, fandt EMD ikke, at der forelå omstændigheder, der kunne så tvivl om foreneligheden af straffens længde med art. 3. Heller ikke art. 7 fandtes krænket, idet man af loven og retslitteraturen mv. kunne se, hvad gerningsindholdet var. Endelig var heller ikke art. 10 krænket.

Art. 3 kan efter omstændighederne føre til, at en fængselsstraf skal afkortes, såfremt en fortsat afsoning vil føre til umenneskelige eller nedværdigende forhold, fx pga. afsonerens alvorlige sygdom. I *Mouisel mod Frankrig*, dom af 14. november 2002, bemærkede EMD ganske vist, at der ikke af art. 3 kan udledes nogen generel pligt til at løslade en afsoner af helbredsmæssige årsager. Men konkret burde der være sket (prøve)løsladelse tidligere end i 2001, idet klageren, som i 1996 var idømt en 15-årig røveridom, havde fået leukæmi, og den fortsatte frihedsberøvelse efter 2000 udgjorde en krænkelse af hans værdighed. Den medførte en særlig alvorlig lidelse, der gik ud over, hvad en fængselsstraf og leukæmibehandling uundgåeligt indebærer.

I relation til medlidenhedsdrab (eutanasi) og hjælp til selvmord har det været efterprøvet, om art. 3 giver den uhelbredeligt syge borger en ret til at søge døden, og dermed også giver vedkommendes nærmeste slægtninge en ret til straffrit at kunne medvirke til den dødsmærkedes selvmord. Dette spørgsmål er besvaret benægtende i *Pretty mod Storbritannien*, dom af 29. april 2002. Britisk lovgivning har et forbud mod hjælp til selvmord, men der er praksis for, at man under

særlige omstændigheder kan få en forhåndsbesked fra anklagemyndigheden om, at den ikke vil rejse tiltale. I Prettysagen blev en sådan forhåndsbesked afslået, og dette stred ikke mod art. 3. Ej heller art. 2 om retten til livet, art. 8 om retten til privatliv og familieliv, art. 9 om retten til samvittigheds- og religionsfrihed eller 14 om diskrimination fandtes krænkede.

4. Forbud mod slaveri og tvangsarbejde

Ingen må holdes i slaveri eller trældom, jf. EMRK art. 4(1), ligesom ingen må pålægges at udføre tvangs- eller pligtarbejde, jf. art. 4(2).

Der gøres dog vedrørende tvangs- og pligtarbejde undtagelser for så vidt angår sædvanlig arbejdspligt under frihedsberøvelse, militærtjeneste og tjeneste som militærnægter, tjeneste ved samfundstruende nødstilstand eller ulykker samt “arbejde eller tjeneste, der hører til de normale borgerpligter”, jf. art. 4(3)a-d.

Hvad “slaveri” angår, er det i vore dage ikke stater, der optræder som “slaveejere”, men derimod private og visse kriminelle organisationer. Det er velkendt, at tusinder af unge kvinder hvert år bortføres i eller lokkes fra andre lande og ender som prostituerede i europæiske storbyer under forhold, der bedst kan betegnes som slaveri, eftersom der ofte venter kvinderne frygtelige sanktioner, herunder lemlæstelse eller drab, hvis de forsøger at undslippe. De lever således ofte under tvang og trusler og har dermed en position og tilværelse, der ikke adskiller sig væsentligt fra den klassiske slaves situation.

I relation til staternes opfyldelse af deres pligter efter EMRK er det i denne forbindelse ikke nok at kunne pege på, at statens lovgivning forbyder slaveri, frihedsberøvelse, trusler, tvang m.v. Staten skal foretage effektive foranstaltninger for at efterforske og retsforfølge frihedsberøvelse og gøre alt tænkeligt for at bringe

denne til ophør. En stat, der sætter kikkerten for det blinde øje over for frihedsberøvelse i større omfang inden for statens grænser, overtræder reelt EMRK, jf. dennes krav om virkning også på det horisontale plan, dvs. i form af *Drittwirkung*. Den, der i live måtte undslippe sin slavebundne prostitutionstilværelse, kan efter omstændighederne tænkes at have en god EMRK-sag mod en stat, der ikke virkelig har gjort noget effektivt for at komme denne moderne form for “slaveri” til livs på sit område.

Der kan blive behov for at vurdere undtagelserne i art. 4(3) i relation til området for skatter og afgifter, dvs. i relation til P1 art. 1, og i relation til kravet om ikke-diskriminering, dvs. art. 14, nemlig hvis de forpligtelser, der pålægges med hjemmel i art. 4(3), pålægges på en diskriminerende måde og/eller eventuelt kan afløses af særlige afgifter, jf. den allerede citerede dom af 18. juli 1994 i *Karlheinz Schmidt mod Tyskland*, der statuerede, at en forpligtelse, der udelukkende blev pålagt mænd, til at gøre tjeneste i brandvæsenet i en tysk delstat eller til i stedet at betale en kompenserende afgift, udgjorde en krænkelse af art. 14 i sammenhæng med art. 4(3)d. Som følge af den stadige forekomst af et tilstrækkeligt antal frivillige var som nævnt ikke en eneste mand i praksis blevet pålagt aktivt at gøre tjeneste i brandvæsenet. Afgiften havde derfor i praksis mistet sin kompensatoriske karakter, og selve afgiften var derved blevet den eneste reelle forpligtelse. Ved pålæggelsen af en sådan forpligtelse kunne forskelsbehandling på grundlag af køn ikke være berettiget. Afgørelsen blev truffet med 6 dommerstemmer mod 3.

Det kan ikke anses for at være “tvangs- eller pligtarbejde” i art. 4’s forstand, at der som alternativ til en ubetinget frihedsstraf idømmes såkaldt samfundstjeneste, jf. strfl. §§ 62-67. En sådan ordning som et alternativ til en frihedsstraf er ganske vist ikke umiddelbart dækket af ordlyden i undtagelsen i art. 4(3)a om arbejde

under frihedsberøvelse eller under betinget løsladelse fra sådan frihedsberøvelse, men som det mindre i det mere må en samfundstjeneste, der træder i stedet for en frihedsberøvelse, som ellers skulle være idømt i overensstemmelse med loven, være acceptabel efter art. 4.

5. Ret til frihed og sikkerhed

En af de helt klassiske frihedsrettigheder er retten til personlig frihed. Det var den, der allerede i 1215 spillede en helt central rolle i *habeas corpus* grundsætningen i Magna Carta, og også i de øvrige historiske dokumenter med frihedsrettigheder er rettigheden central, eftersom den betegner modstykket til kongemagtens arbitrære beføjelse til at berøve borgere friheden.

Hovedhjørnestenen i Magna Carta var som nævnt Section 39, som gav den enkelte (adelsmand m.v.) ret til, når kongen ønskede at retsforfølge ham, at blive underkastet en *due process of law*, forstået som en retshandling efter forud fastlagte regler, og at få sin sag pådømt efter *the law of the land*, hvilket udtryk betegnede en indskrænkning i kongens ellers uindskrænkede kompetence, idet også kongen måtte erkende sin bundethed af *the law of the land*. Samtidig udviklede Magna Carta som nævnt *habeas corpus* grundsætningen, forstået som en ret for den enkelte, der berøves sin frihed, til at rette en appel til dommeren om at prøve frihedsberøvelsens lovlighed.

EMRK præges ikke blot af kravet om *due process of law*, men også af et krav om domstolsprøvelse af frihedsberøvelsens lovlighed, jf. EMRK art. 5. Særligt i de processuelle regler i art. 5 om frihedsberøvelse og art. 6 om retfærdig rettergang er der – trods de ofte vage ord og begreber, som først efterhånden bliver udfyldt af EMD – et stort fond af rettigheder i civile og særligt kriminelle retssager. Det lønner sig derfor hyppigt også på disse områder at repetere EMRK og eventuelt påbe-

råbe den som retskilde direkte for de danske domstole, jf. *Lars Adam Rehof* i UfR 1992 B s. 73 ff, der dog påpeger ulempen ved, at EMD i stigende grad anlægger helhedsvurderinger i sine domme, og at de klare retningslinier, som bliver mere og mere nødvendige i takt med EMRK's øgede anvendelse i medlemsstaterne, derfor savnes.

Efter den yderst centrale art. 5 har enhver ret til frihed og personlig sikkerhed, og ingen må berøves friheden undtagen i nogle nærmere opregnede tilfælde og i overensstemmelse med den ved lov foreskrevne fremgangsmåde, jf. art. 5(1).

Kernebudskabet i art. 5(1) er, at enhver anholdelse eller frihedsberøvelse skal have hjemmel i national ret, jf. de nævnte ord: "... i overensstemmelse med den ved lov foreskrevne fremgangsmåde". Gennem dette hjemmelskrav beskyttes der mod vilkårlig frihedsberøvelse, jf. den foran nævnte dom af 14. oktober 1999 i *Riera Blume m.fl. mod Spanien*, hvor spanske myndigheder efter anmodning fra familiemedlemmer havde hjulpet med til en 10 dage lang indespærring af nogle medlemmer af en sekt for at "afprogrammere" dem fra sektens indoktrinering. EMD understregede, at art. 5(1) primært henviser til national ret, og at bestemmelsen pålægger en forpligtelse til at overholde de materielle og processuelle krav, der følger af national ret. Indgrebet mod sektmedlemmerne havde imidlertid ikke haft nogen hjemmel i spansk lovgivning, og indgrebet var derfor i strid med art. 5. Da den spanske stat havde været aktivt involveret i sagen, fandtes den ansvarlig for frihedsberøvelsen.

I UfR 1986.383 V fandtes det ulovligt at anholde 16 personer i en bus, der var på vej til en demonstration, som politiet frygtede ville udvikle sig til ulovligheder. Sådanne "præventive anholdelser" er yderst problematiske i relation til art. 5 (og i øvrigt også til forsamlingsfriheden efter art. 11). Danske demonstranter blev i forbindelse med demonstrationer i Amsterdam i an-

ledning af unionsafstemningen anholdt for at forebygge uro, og hollandske domstole kendte efterfølgende dette retsstridigt og tilkendte erstatning.

Den, der anholdes, skal snarest muligt – og på et sprog, som han forstår – underrettes om grundene til anholdelsen og om enhver sigtelse mod ham, jf. art. 5(2). I Danmark skal politiet gøre den anholdte bekendt med sigtelsen og tidspunktet for anholdelsen. Det skal af politirapporten fremgå, at denne regel er iagttaget, jf. rpl. § 758, stk. 2. Denne regel opfyldes unægtelig temmelig enkelt: “Klokken er 7.22, og De er anholdt”. Reglen er næppe helt uproblematisk i forhold til de lidt mere nuancerede krav i art. 5(2): “Enhver, der anholdes, skal ufortøvet på et sprog, som han forstår, underrettes om grundene til anholdelsen og om enhver mod ham rettet anklage”. Den blotte oplysning om tidspunkt og anholdelse siger ikke i sig selv noget om, hvorfor man anholdes.

Enhver, der berøves friheden, har ret til at indbringe sagen for en domstol, for at denne hurtigt kan træffe afgørelse om lovligheden af frihedsberøvelsen (“habeas corpus”!), og for at domstolen kan beordre ham løsladt, hvis frihedsberøvelsen ikke er lovlig, jf. art. 5(4).

Der kan i art. 5(4) indlæses et krav om en kontradiktorisk sagsbehandling og et krav om *equality of arms* mellem den frihedsberøvede og myndigheden, fx mellem en sigtet og anklagemyndigheden, jf. dom af 13. juli 1995 i *Kampanis mod Grækenland*, hvor det udgjorde en krænkelse af art. 5(4) – ligestilling af forsvaret og anklagemyndigheden – at en sigtet i forbindelse med anklagemyndighedens begæring om forlængelse af varetægtsfængslingen ikke havde haft adgang til at høre anklagemyndighedens mundtlige indlæg og heller ikke havde haft mulighed for mundtligt at fremkomme med sine bemærkninger vedrørende begæringen om forlængelse. Retten til for en varetægtsfængslet personligt at få foretræde for retten i visse tilfælde hører til blandt en tiltalts fundamentale rettigheder, udtalte EMD.

Blandt andet *Kampanis* viser, at hovedbudskabet bag de mere tekniske detaljer i art. 5 er et ønske om i videst muligt omfang at tilvejebringe lighed mellem anklagemyndighed og tiltalt/forsvar, *equality of arms*. Også art. 6 har, når den anvendes i straffesager, blandt andet det formål at etablere *equality of arms*. I en række henseender er der dog inden for strafferetsplejen lang vej igen, før *equality of arms* bliver en realitet og ikke blot en programerklæring, jf. *Thomas Rørdam* i J 1998 s. 277 ff, der blandt andet på baggrund af sine erfaringer som forsvarer i Plejebosagen, hvor en plejeassistent stod sigtet for en række drab på plejehjemspatienter, påpeger, hvad forsvareren blandt andet kan gøre for at søge at etablere en reel *equality of arms*. Blandt andet fremhæver han muligheden for sagkyndige erklæringer og egentligt syn og skøn som modvægt til officielt indhentede lægeerklæringer m.v. Han forholder sig i øvrigt kritisk til den udbredte praksis i nævningsager, hvor retsformanden i sin retsbelæring ved omtalen af bevisernes vægt jævnlige fremhæver, at tiltalte i modsætning til vidnerne ikke har sandhedspflicht og derfor kan lyve – uanset at der efter dansk ret ikke er mulighed for, at en sigtet kan underkaste sig sandhedspflicht, fx ved at afgive forklaring “under ed” eller tilsvarende.

EMD’s dom af 16. december 1999 i sagen “TV” & “VV” mod *Storbritannien* er en afgørelse, der “har det hele” i relation til frihedsberøvelse, om end på en yderst tragisk baggrund. To 10-årige drenge havde bortført en 2-årig fra hans mor i et butikscenter, hvorefter de dræbte ham og efterlod ham på jernbaneskinne, hvor han blev ramt af toget. De stilledes for retten under en “rigtig” retssag, og de dømtes til forvaring, hvis længde bestemtes af indenrigsministeren. Selve sagen og dens gennemførelse udgjorde ikke en krænkelse af art. 3 om umenneskelig og nedværdigende behandling. At de dømtes til forvaring uden individuel angivelse af

forvaringens længde, var ikke en krænkelse af art. 5(4). Men det udgjorde en krænkelse af art. 6(1), at sagen mod dem førtes i fuld offentlighed og på en meget belastende måde, hvor de reelt ikke kunne konsultere deres forsvarere (som sad i "hviskeafstand" fra dem), og at det ikke var domstolene, men ministeren, der fastlagde forvaringens længde. Endelig var det en krænkelse af art. 5(4), at de ikke havde mulighed for at få lovligheden af forvaringen vurderet jævnlige.

Den, der har været anholdt eller frihedsberøvet i strid med art. 5, har ret til erstatning, jf. art. 5(5).

De tilfælde, der efter art. 5 kan give lovlig anledning til frihedsberøvelse, forudsat dette sker "i overensstemmelse med den ved lov foreskrevne fremgangsmåde", er følgende:

Der kan ske lovlig frihedsberøvelse efter domfældelse ved en kompetent domstol, jf. art. 5(1)a. Kerneområder for denne undtagelse er idømmelse af straf, der efterfølgende skal afsones.

Der kan ske lovlig anholdelse eller anden frihedsberøvelse af en person for ikke at efterkomme en domstols lovlige påbud eller for at sikre opfyldelsen af en ved lov foreskrevet forpligtelse", jf. art. 5(1)b. Med hjemmel i denne bestemmelse kan der fx afsiges faldsmålskendelse, hvorved et modvilligt vidne berøves friheden, jf. rpl. § 178, stk. 1, nr. 5, men i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet skal der først være forsøgt mindre indgribende foranstaltninger, ligesom sagens betydning skal tages i betragtning, og der må forudsættes en betydelig bevisstyrke med hensyn til den formodede bevisværdi af det, vidnet skal afhøres om, jf. *UfR 1991.123 V*. Den forpligtelse, der efter sidste led i art. 5(1)b kan give anledning til frihedsberøvelse, kan ikke være en ren gældsforpligtelse, eftersom ingen må berøves sin frihed alene pga. manglende evne til at opfylde en kontraktlig forpligtelse, jf. P1 art. 1, der således forbyder gældsfængsel.

Der kan ske lovlig anholdelse eller anden frihedsberøvelse af en person "med det formål at stille ham for den kompetente retlige myndighed, når der er begrundet mistanke om, at han har begået en forbrydelse, eller rimelig grund til at anse det for nødvendigt at hindre ham i at begå en forbrydelse eller i at flygte efter at have begået en sådan", jf. EMRK art. 5(1)c. Her er således den EMRK-retlige baggrund for lovligheden af vore regler om varetægtsfængsling, jf. Grl. § 71 om "grundlovsforhøret" samt rpl. § 762. Det vil også ses, at tre af vore fængslingsgrunde antydes i EMRK-bestemmelsen: sikringsarrest (flugtrisiko) og uskadeliggørelsesarrest (gentagelsesrisiko), hvorimod bestemmelsen ikke direkte nævner vore to andre fængslingsgrunde: kollusionsarrest (påvirkningsrisiko) og retshåndhævelsesarrest (hensynet til "retsfølelsen" ved særligt bestyrket mistanke om alvorligere forbrydelser), jf. rpl. § 762, stk. 2. Dette betyder ikke, at de to sidstnævnte kategorier af varetægtsfængsling er i strid med EMRK. De er simpelthen dækket af det bredere første led af art. 5(1)c om frihedsberøvelse "med det formål at stille ham for den kompetente retlige myndighed, når der er begrundet mistanke om, at han har begået en forbrydelse".

Der skal ligesom i relation til EMRK i øvrigt iagttages et proportionalitetsprincip, og særligt i relation til retshåndhævelsesarrest, hvor "retsfølelsen" er medvirkende grund til frihedsberøvelsen, skal der udvises tilbageholdenhed, så der skal påvises helt konkrete grunde til det, hvis retshåndhævelsen skal kunne begrunde varetægtsfængsling. Denne form for varetægtsfængsling må således aldrig begrundes ud fra standardiserede hensyn til retsfølelsen m.v., jf. dom af 26. juni 1991 i *Letellier mod Frankrig*, hvor EMD anerkendte, at visse strafbare handlinger som følge af deres særlige grovhed samt offentlighedens reaktion kan give anledning til "social disturbance", som kan begrunde varetægtsfængsling for en tid. Men fængslingen skal være baseret på oplysninger,

der viser, at løsladelse i det konkrete tilfælde vil medføre forstyrrelse af den offentlige orden, og fortsat varetægtsfængsling er derfor kun tilladt, så længe den offentlige orden konkret fortsat må anses for truet. I *Letellier* var de franske myndigheders nægtelse af at løslade klageren baseret på fire synspunkter: (1) Fare for påvirkning af vidner (kollusion): Dette kunne have været en fare indledningsvis, men faren var mindsket og helt ophørt, efterhånden som tiden gik. (2) Faren for unddragelse (sikring): Denne skulle ikke blot vurderes ud fra længden af den straf, den mistænkte risikerede (sådan som de nationale domstole havde gjort), men også under hensyntagen til at lade andre faktorer, som enten forøgede eller reducerede undtagelsesfaren. I den foreliggende sag var der ikke i afgørelserne givet nogen begrundelse for, hvorfor undtagelsesfaren blev anset som afgørende. (3) Når den eneste begrundelse for fortsat varetægtsfængsling var undtagelsesfare, måtte man løslade, såfremt den fængslede kunne give tilstrækkelige garantier for, at hun ville møde frem ved domsforhandlingen. EMD fandt, at det i fængslingsafgørelserne ikke var bragt på det rene, om dette var tilfældet. (4) Opretholdelse af den almindelige ro og orden (retshåndhævelsesarrest): På grund af forbrydelsens særlige grovhed og almenhedens reaktion på den kunne visse lovovertrædelser være årsag til social uro med den følge, at de retfærdiggør varetægtsfængsling, i hvert fald for en tid. Sådanne forhold kunne imidlertid kun anses som relevante og tilstrækkelige begrundelser, hvis det faktisk forholdt sig sådan, at løsladelse ville forstyrre den almindelige ro og orden, og fortsat fængsling ville kun være berettiget, hvis den almindelige ro og orden fortsatte med at være truet. I den foreliggende sag var disse betingelser ikke opfyldt. De franske myndigheder havde vurderet behovet for fortsat fængsling ud fra generelle synspunkter, og de havde kun taget hensyn til forbrydelsens alvor. På denne baggrund var EMD énstemmig af den opfattelse, at art. 5 var krænket.

Kernen i kravet til retshåndhævelsesarrest efter EMD's praksis er, at sigtedes løsladelse i det konkrete tilfælde vil medføre forstyrrelse af den offentlige orden, og fortsat fængsling er kun tilladt, så længe den offentlige orden konkret fortsat må anses for truet. En abstrakt risiko eller andre generelle hensyn er ikke tilstrækkelig. Dog må kravet om påvisning af en konkret krænkelse af retsfølelsen også kunne opfyldes gennem henvisninger til almindelige erfaringer med, hvilke kriminalitetsformer der i almindelighed støder den danske befolkning i en sådan grad, at den ville reagere, hvis en mistænkt gerningsmand forblev på fri fod. Således har Rigsadvokaten i hvert fald udlagt forholdet i sin cirkulæreskrivelse af 12. februar 1992.

EMD's synspunkter fra *Letellier* blev gentaget og uddybet i *Kemmache mod Frankrig*, dom af 27. november 1991, ligesom EMD i *Toth mod Østrig*, dom af 12. december 1991, fandt, at en varetægtsfængsling på lidt over to år i en omfattende checkfalsknerisag, der endte med 4½ års fængsel, var trukket for længe ud, idet de østrigske domstole ud fra en samlet vurdering ikke havde handlet med den fornødne hurtighed. Ved høring af diverse myndigheder burde man have sikret en kortere samlet sagsbehandling, blandt andet ved anvendelse af fotokopierede sagsakter(!). I relation til art. 5(4) anføres det, at der ikke efter EMRK er krav om toinstansbehandling af varetægtsfængsling, men hvis den nationale retsorden har et toinstanssystem, skal den sigtede have de samme retsgarantier i appelinstansen som i første instans.

Danske domstole har direkte henvist til art. 5 i sager om længden af varetægtsfængsling m.v. Løsladelse i en spektakulær drabssag blev således blandt andet begrundet med EMRK, jf. *UfR 1992.877 H*: Efter godt 6 måneders varetægtsfængsling løslod landsretten en sigtet, der som 18-årig havde dræbt sin broder, som gennem de sidste år havde slået sigtede og deres mor. Vestre

Landsrets flertal løslod, og Højesteret stadfæstede med følgende bemærkning: “Under hensyn til de ganske særlige omstændigheder ved det påsigtede drab og sigtedes alder finder Højesteret ikke tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at hensynet til retshåndhævelsen kræver, at sigtede, der efter mere end 6 måneders varetægtsfængsel har været løsladt siden 16. juni 1992, varetægtsfængsles på ny. – Dette resultat findes bestyrket af EMD’s afgørelser af 26. juni 1991 og 27. november 1991 i sagerne *Letellier mod Frankrig* og *Kemmache mod Frankrig*.” Se også *UfR 2001.431 H*, der efter længere tids varetægtsfængsling løslader en sigtet i en større narkosag med bemærkning, at han ikke spillede en central rolle i sagskomplekset, og under hensyntagen til, at domsforhandling var berammet til januar-maj 2001, og den pågældende tiltalte havde siddet varetægtsfængslet siden januar 2000.

Til art. 5(1)c om anholdelse og varetægtsfængsling af mistænkte knytter sig art. 5(3) om den pågældendes ret til at blive stillet for en dommer, jf. for dansk rets vedkommende 24-timers reglen i Grl. § 71 som uddybet ved rpl. § 760. Den anholdte skal ifølge art. 5(3) “uførtøvet” stilles for en dommer. Dette krav om “uførtøvet” domstolsprøvelse af frihedsberøvelsen medfører, at fremstilling for en dommer skal ske så tidligt som muligt. Den pågældende har ret til at “få sin sag pådømt inden for en rimelig frist”, jf. atter art. 5(3), der herved på straffeprocessens område supplerer art. 6(1) om retfærdig rettergang (i både civile og kriminelle sager) inden en rimelig frist. Ved domme af 8. juni 1995 i sagerne *Yagci & Sargin mod Tyrkiet* og *Mansur mod Tyrkiet* statueredes det, at Tyrkiet havde krænket art. 5(3) om den frihedsberøvedes ret til at få sin sag prøvet inden for en rimelig frist ved at have opretholdt en varetægtsfængsling fra november 1987 til maj 1990. Da sagen endvidere først afsluttedes med endelig dom i juli 1992, var også art. 6(1) om retten til rettergang inden for en

rimelig frist blevet krænket. Tidsrummet er imidlertid ikke i sig selv nok. Der må ske en helt konkret vurdering. Således frifandtes Spanien ved dom af 13. juli 1995 i *van der Tang mod Spanien*, hvor en hollandsk statsborger havde været varetægtsfængslet i over 3 år i Spanien. EMD fandt énstemmigt, at der ikke forelå en krænkelse af art. 5(3). Der blev herved taget hensyn til alvoren af klagerens forbrydelse samt risikoen for, at han ville unddrage sig spansk strafforfølgning. Sagen var blevet behandlet med den fornødne hurtighed af de spanske domstole. I *Vaccaro mod Italien*, dom af 16. november 2000, fandtes art. 5(3) krænket i en mafiasag, hvor klageren sad varetægtsfængslet i næsten 5 år, mens han ventede på endelig dom. Han idømtes 11 års fængsel, men dommen ophævedes af forfatningsdomstolen. Selv om sagen var kompleks, havde efterforskningen taget alt for lang tid, og også sagens henvisning fra én domstol til en anden af kompetencegrunde havde været for længe.

Alternativt til pådømmelse af sagen har den pågældende ret til at blive løsladt i afventning af rettergangen, og “[l]øsladelsen kan gøres betinget af sikkerhed for, at den pågældende giver møde under rettergangen”, jf. art. 5(3) *i.f.* Herhjemme er man – i modsætning til de angelsaksiske lande – meget tilbageholdende med at acceptere kaution o.lign. som varetægtssurrogat. Uanset at hensynet til ligestilling mellem mer- og mindre-bemidlede sigtede synes at tale for tilbageholdenhed med at anvende kautionsinstituttet (selv om kautionens størrelse begribeligvis måtte afpasses efter den sigtedes formueforhold), stemmer tilbageholdenheden hermed formentlig mindre godt med Grl. § 71, stk. 3, som udtrykkeligt forudsætter muligheden for løsladelse mod sikkerhedsstillelse, og med EMRK art. 5(3), som giver den sigtede et retskrav på “rettergang inden for en rimelig frist, eller til at løslades i afventning af rettergang. Løsladelsen kan gøres betinget af sikkerhed for, at den pågældende giver møde under rettergangen”.

Præmisserne i *Letellier*, jf. ovenfor, tyder på, at kautionsmuligheden skal bringes på det rene, jf. bemærkningerne om, at når den eneste begrundelse for fortsat varetægtsfængsling i sagen var unddragelsesfare, måtte man løslade, såfremt den fængslede kunne give tilstrækkelige garantier for, at hun ville møde frem ved domsforhandlingen. I *Letellier* havde de franske myndigheder ikke bragt på det rene, om dette var tilfældet. I *S.B.C. mod Storbritannien*, dom af 19. juni 2001, er det i tråd hermed lagt til grund, at et generelt forbud i britisk ret mod løsladelse mod kaution i voldtægtssager er i strid med art. 5(3), idet dommeren konkret skal kunne efterprøve de forhold, der taler for hhv. imod frihedsberøvelse eller løsladelse mod kaution. Se vedrørende spørgsmålet om kaution m.v. som surrogat *Frans Thygesen* i UfR 1975 B s. 225 ff og 349 f, *Peter Rørdam* i UfR 1975 B s. 347 ff samt *UfR 1968.883 V* og *UfR 1982.241 Ø* (obligationer deponeret som fængslings-surrogat).

Der kan ske lovlig frihedsberøvelse af en mindreårig "ifølge lovlig afgørelse" med det formål at føre tilsyn med hans opdragelse, ligesom der kan ske lovlig frihedsberøvelse af den mindreårige for at stille ham for den kompetente retlige myndighed, jf. art. 5(1)d. I denne bestemmelse findes hjemmelen for forskellige sociale tiltag i henseende til tvangsanbringelse uden for hjemmet m.v., jf. nærmere §§ 42 og 62 i lov om social service (tidligere bistandsloven). Tvangsanbringelse kan kræves indbragt for Den sociale Ankestyrelse (§ 123) og for landsretten (§§ 124-127). Der skal ligesom efter EMRK i øvrigt iagttages et proportionalitetshensyn, så der alene gribes til indgreb i den personlige frihed, hvis mindre indgreb ikke ville kunne nå det tilsigtede mål.

Der kan endvidere ske lovlig frihedsberøvelse af personer "for at hindre spredning af smitsomme sygdomme, af personer, der er sindssyge, alkoholikere, narkomaner eller vagabonder", jf. EMRK art. 5(1)e.

Det siger sig selv, at denne – i vore dage lidt altmodisch klingende – hjemmel skal anvendes med allerstørste varsomhed og tilbageholdenhed. I dom af 4. april 2000, *Witold mod Polen*, fortolkede EMD alkoholikerbegrebet vidt, så det ikke blot omfatter dem, der medicinsk kan betegnes som alkoholikere, men alle, der er påvirket af alkohol i en sådan udstrækning, at de udgør en fare for samfundet eller sig selv. Men der skal også på dette område iagttages et proportionalitetsprincip med hensyn til indgrebets intensitet, og der kunne konkret være skredet blidere ind over for den næsten blinde hr. Witold, da han med sin førerhund og en bekendt fandt sin boks på postkontoret tom – og som svar på sin klage blev anmeldt for beruselse, anholdt og tilbageholdt hos politiet i 6½ time. Som følge af det uproportionale indgreb var art. 5 derfor krænket.

Også tvangsanbringelse efter fx psykiatrilovgivningen skal ske på et sikkert juridisk grundlag og med sikre og hurtige procedurer for domstolsprøvelse af frihedsberøvelsen, jf. fx dom af 2. september 1998 i *Erkalo mod Grækenland*, hvor 82 dages tvangsanbringelse på psykiatrisk institution indebar en EMRK-krænkelse, særligt fordi der var elementer af vilkårlighed i prøvelsen, som var trukket ud uden saglig grund. Se også *Varbanov mod Bulgarien*, dom af 5. oktober 2000, hvor art. 5 fandtes krænket, fordi beslutningen om indespærring i 25 dage af en formodet psykiatrisk patient var sket alene efter anklagemyndighedens beslutning, uden forudgående konsultation af lægelig sagkundskab, og fordi der ikke var mulighed for at begære indespærringen domstolsprøvet, men alene for at klage til en højere anklagemyndighed.

I den danske lovgivning om sindssyge har vi særegler om tvangsanbringelse. Det hedder i Grl. § 71, stk. 6, at "Uden for strafferetsplejen skal lovligheden af en frihedsberøvelse, der ikke er besluttet af en dømmende myndighed, og som ikke har hjemmel i lov-

givningen om udlændinge, på begæring af den, der er berøvet sin frihed, eller den, der handler på hans vegne, forelægges de almindelige domstole eller anden dømmende myndighed til prøvelse. Nærmere regler herom fastsættes ved lov”. Sager om domstolsprøvelse af administrativt bestemt frihedsberøvelse reguleres nærmere i rpl.s kap. 43 a (§§ 468-75), og tillige i lov om frihedsberøvelse og anden tvang i psykiatrien. Fra 1999 træffes afgørelse i 1. instans af amtets patientklagenævn, hvis afgørelse kan domstolsprøves (byretten med fri appelmulighed til landsretten). Den, der administrativt er berøvet sin frihed, eller den, som handler på hans vegne, kan således begære frihedsberøvelsens lovlighed prøvet af byretten, jf. rpl. § 469. Retten drager omsorg for sagens oplysning. Der beskikkes en advokat for den frihedsberøvede på statskassens regning. Der pålægges sædvanligvis ikke sagsomkostninger. Der kan under samme sag, hvorunder den administrative beslutning prøves, tillige tages stilling til krav om erstatning i anledning af ulovlig frihedsberøvelse. Disse regler finder også anvendelse på domstolsprøvelse af tilbageholdelse af stofmisbrugere, som har indgået behandlingskontrakt med en amtskommune (eller Københavns eller Frederiksberg kommuner), jf. lov om tilbageholdelse af stofmisbrugere i behandling.

Endelig kan der ske lovlig frihedsberøvelse af en person for at hindre ham i uretmæssigt at trænge ind i landet eller af en person, mod hvem der tages skridt til udvisning eller udlevering, jf. EMRK art. 5(1)f. Også her skal et proportionalitetsprincip iagttages, jf. *Kim U. Kjær* i EU&M 1996 s. 173 ff, der som nævnt finder, at mindre indgribende foranstaltninger end frihedsberøvelse – herunder navnlig en form for “meldepligt” over for myndighederne, jf. herved *UfR 2000.1558 H* – ofte vil være tilstrækkelige til at nå det tilsigtede mål: At holde udlændingen klar til den praktiske udvisning af

landet. Han finder, at der for automatisk sker frihedsberøvelse ved domstolene i disse sager, og han fremhæver den danske ordnings nærmest “pønale” præg. Se EMD’s dom af 25. juni 1996 i *Amuur mod Frankrig*, hvor der fandtes at være sket krænkelse af art. 5(1). Særligt dommens præmis 43 indeholder generelle bemærkninger om nødvendigheden af tilbageholdenhed med frihedsberøvelse over for asylansøgere, der i forvejen er præget af frygt, og som er flygtet fra deres land.

EMD har behandlet mange sager i relation til EMRK art. 5, og ét af de grundlæggende krav er en effektiv og hurtig domstolsbehandling. De sagsbehandlingsstider, man kan affinde sig med ved den almindelige bedømmelse efter EMRK art. 6 om retfærdig rettergang, kan ikke overføres på de hastende art. 5-situationer. Fx blev Norge i “*Arne-sagen*” – “E. mod Norge” – dømt for overtrædelse af art. 5(4), jf. dom af 29. august 1990. Der var tale om en frihedsberøvelse pga. mangelfuldt udviklede eller varigt svækkede sjælsevner. Byrettens behandling af klagerens sag til domstolsprøvelse af den administrativt bestemte frihedsberøvelse opfyldte ikke EMRK’s krav om hurtig behandling, idet der gik 8 uger fra stævningens indlevering til domsafsigelsen, jf. nærmere *Johs. Andenæs* i *Lov & Rett* 1991 s. 67 ff.

Også proportionalitetskravet er til stadighed blevet fremhævet i EMD’s praksis. Ligesom det gælder med alle indgreb i frihed og ejendom, gælder det også om frihedsberøvelse, at EMRK og praksis i tilknytning her til fordrer opfyldelsen af et proportionalitetshensyn: frihedsberøvelse må ikke anvendes, i det omfang mindre indgribende foranstaltninger kan nå det tilsigtede mål – og hvor frihedsberøvelse kan anvendes, må den ikke udstrækkes længere, end formålet tilsiger, jf. den ovenfor refererede praksis.

Det var proportionalitetskravet, der blev overtrådt i *Sofika Vasileva mod Danmark*, dom af 25. september 2003, hvor en 75-årig kvinde, der havde kørt med

bus uden gyldig billet, blev tilbageholdt af politiet i 13,5 timer, fordi hun nægtede at oplyse navn, adresse og fødselsdato, som enhver ellers skal i medfør af rpl. § 720, 2. pkt. Da hun omsider gav oplysningerne og blev løsladt, var hendes bloktryk steget, så hun måtte på hospitalet i tre dage. Hun søgte erstatning ved danske domstole og fik ved byretten i Århus tilkendt 2.200 kr., men landsretten frifandt det offentlige, og en ansøgning til Procesbevillingsnævnet om 3. instansbevilling blev afslået. EMD fandt art. 5 krænkede som følge af frihedsberøvelsens varighed, sammenholdt med forseelsens beskedne karakter, og hun tilkendtes en just satisfaction på EUR 500.

6. Forbud mod frihedsberøvelse på grund af gæld

Der kan som nævnt i det foregående afsnit ske lovlig anholdelse eller anden frihedsberøvelse af en person for ikke at efterkomme en domstols lovlige påbud eller for at sikre opfyldelsen af en ved lov foreskrevet forpligtelse”, jf. art. 5(1)b, men den forpligtelse, der efter sidste led i bestemmelsen kan give anledning til frihedsberøvelse, kan ikke være en ren gældsforpligtelse, eftersom ingen må berøves sin frihed alene pga. manglende evne til at opfylde en kontraktlig forpligtelse, jf. P1 art. 1, der således forbyder gældsfængsel.

Modsætningsvis kan frihedsberøvelse ske, hvis dette foreskrives i anledning af en bøde, der ikke betales, dvs. en “forvandlingsstraf”, jf. strfl. §§ 53-55, eftersom der her ikke er tale om en kontraktlig forpligtelse.

7. Frihed til valg af opholdssted

Mens EMRK art. 5 kun direkte giver retsgarantier mod og ved egentlig frihedsberøvelse, er der ved P4 art. 2 etableret en egentlig frihed til valg af opholdssted.

Det tungtvejende udgangspunkt er, at man for det første har ret til frit at vælge sit opholdssted inden for grænserne i det land, hvor man lovligt opholder sig, jf. art. 2(1), og for det andet at man har frihed til at forlade et hvilket som helst land, herunder sit eget, jf. art. 2(2).

Disse to hovedregler er undergivet nogle fælles undtagelser, jf. art. 2(3). Der skal være tale om begrænsninger, som er fastlagt i overensstemmelse med loven, og som er nødvendige i et demokratisk samfund – jf. i det hele bemærkningerne herom i fremstillingens almindelige del – af hensyn til den nationale sikkerhed eller den offentlige tryghed, for at opretholde den offentlige orden, for at forebygge forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder eller friheder.

Endvidere gælder det, jf. art. 2(4), at frihederne efter art. 2(1)-(2) inden for særlige områder kan underkastes restriktioner, som er indført ved lov, og som i et demokratisk samfund tjener almenvellet.

Der kan gives en del praktiske eksempler på lovlige fravigelser af rejse- og opholdsretten efter art. 2(1)-(2).

Nogle stater eksperimenterer fx med en form for “husarrest” som surrogat for strafafsoning, og hvis en sådan sanktion, som ofte vil være mildere og derfor at foretrække frem for afsoning i et fængsel, skal have nogen fornuftig mening, må den nødvendigvis håndhæves på en effektiv måde. Også her skal der dog iagttages et proportionalitetshensyn, og blot eksempelvis vil det være vanskeligt at forene en helt konstant overvågning af den pågældende med forbuddet i EMRK art. 3 mod nedværdigende behandling eller straf og med retten efter EMRK art. 8 til privat- og familieliv.

Også rejseretten kan det være retmæssigt at undergive begrænsninger. Den, der opfylder betingelserne for at kunne varetægtsfængsles, kan i stedet som fængs-

lingssurrogat pålægges at deponere sit pas eller andre legitimationspapirer hos politiet, jf. rpl. § 765, stk. 2, nr. 6, og formålet hermed er i sagens natur at forhindre den pågældende sigtede eller tiltalte i at forlade landet, jf. fx *UfR 1968.883 V*. Det stemmer faktisk ganske udmærket med proportionalitetskravet efter EMRK art. 5 om frihedsberøvelse, at der stedse skal overvejes mindre indgribende alternativer til frihedsberøvelsen, og pasdeponering og udrejseforbud kan efter omstændighederne udgøre en sådan mindre indgribende foranstaltning. Krav om pasdeponering kan i øvrigt også fremsættes i medfør af pasloven, selv om betingelserne for varetægtsfængsling ikke er opfyldt, jf. *UfR 1988.317 H* og *UfR 1988.700 H*, sammenholdt med *UfR 1970.618 H*, men også i denne forbindelse skal det påses, at betingelserne efter P4 art. 2 om betingelserne for indgreb i retten til frit valg af opholdssted er opfyldt, herunder at proportionalitetskravet er opfyldt.

Begrænsninger i friheden til valg af opholdssted inden for statens område kan i sagens natur være begrænset af militære hensyn, idet visse områder simpelthen er forbudt område, ligesom også den private ejendomsret til fast ejendom må medføre, at der ikke er fri adgang til enhver lokalitet, jf. herved strfl. § 264 om husfredskrænkelser.

8. Forbud mod udvisning af egne statsborgere

Man har altid ret til at forblive i den stat, hvori man er statsborger, jf. P4 art. 3(1): "Ingen kan hverken ved individuelle eller ved kollektive foranstaltninger udvises af et territorium tilhørende den stat, i hvilken han er statsborger".

Som naturligt modstykke hertil har man altid ret til at indrejse i den stat, hvori man er statsborger, jf. art. 3(2): "Ingen kan berøves retten til indrejse i den stat, i hvilken han er statsborger".

Disse rettigheder er absolutte. Der er ikke et "yderligere stykke" med en række indskrænkningssmuligheder for staten. Årsagen hertil er, at statsborgerskabet og den hertil knyttede opholdsret er en så fundamental rettighed, at der ikke kan gøres indgreb i den, eftersom vedkommende da kunne komme ud for ikke at kunne opholde sig noget sted. Staten har derfor altid pligt til at modtage egne statsborgere.

Dette medfører imidlertid i sig selv en form for forskelsbehandling mellem kriminelle indlændinge og kriminelle udlændinge. Sidstnævnte kan udvises, mens førstnævnte ikke kan udvises. Denne forskel er en følge af statsborgerskabet og den heraf følgende absolutte opholdsret, og den er derfor ikke i strid med ikke-diskrimineringsreglen i EMRK art. 14. Men dette forhold indebærer ikke, at forskellen mellem udvisningsmuligheden for hhv. indlændinge og udlændinge er retligt betydningsløs. Den skal tages i betragtning som et moment ved fx frihedsberøvelse, jf. EMRK art. 5. Det fremgår som nævnt af art. 5(1)f, at frihedsberøvelse kan begrundes i, at der tages skridt til fx udvisning af den pågældende. Eftersom en stat som nævnt ikke kan udvise egne borgere, må der i den her beskrevne situation nødvendigvis være tale om en udlænding. Frihedsberøvelsen har derfor sammenhæng med det forhold, at der er tale om en udlænding, og at han ikke (længere) lovligt opholder sig i landet, men nu afventer udvisning. Denne forskel er imidlertid af mere iboende natur og kan derfor ikke i sig selv udgøre en krænkelse af art. 14, jf. fx den tidligere nævnte *Moustaquin mod Belgien*, dom 18. februar 1991, hvor art. 14 ikke fandtes krænket i en sag om udvisning til Marokko, idet Moustaquins situation ikke kunne sammenlignes med den situation, belgiske forbrydere var i, eftersom disse havde ret til ophold i Belgien og derfor ikke kunne udvises, jf. P4 art. 3. Derimod fandtes art. 8 om retten til privat- og familieliv krænket.

9. Forbud mod kollektiv udvisning af udlændinge

Kollektiv udvisning af udlændinge er forbudt, jf. P4 art. 4. Heller ikke denne bestemmelse er der undtagelser til, og retten til som udlænding at være fritaget for kollektiv udvisning er således absolut.

Kollektiv udvisning er modsætningen til den individuelle udvisningsbeslutning, der tager hensyn til alle de momenter, der er relevante i netop denne persons sag. Den kollektive udvisning tvinger nogle personer, fx familiemedlemmer, til at gøre fælles sag med andre, fx en udvist kriminel udlænding, uden at de øvrige underkastes en individuel sagsbehandling.

Det vil heller ikke være muligt under krig eller krise at foretage kollektiv udvisning af fx alle statsborgere tilhørende et bestemt krigsførende land.

C. Privatliv og familieliv

1. Generelt

En række menneskerettigheder, som vedrører privat- og familiesfæren, er sikret ved EMRK, særligt ved den meget vidtrækkende art. 8, som har så mange implikationer, at man jævnligt opdager nye aspekter deraf. Herudover er der specialbestemmelser om retten til at indgå ægteskab og om ægtefællers lige ret.

Der er generelt tale om menneskerettigheder, som rækker betydeligt videre, end hvad der er nedfældet i Grl. Denne beskytter i § 72 bolig, korrespondance m.v., men har slet ikke en privat- eller familielivsbeskyttelse, der når op på siden af EMRK, ej heller for så vidt angår ægtefællers rettigheder.

2. Ret til respekt for privatliv og familieliv

Det udgangspunkt, der udtales i EMRK art. 8(1), er i sin formulering såre enkelt: "Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance". I én eneste sætning er der herved udtalt beskyttelse af (a) privatliv, (b) familieliv, (c) bolig m.v. og (d) korrespondance m.v. Det siger sig selv, at bestemmelsen har et særdeles vidt anvendelsesområde og derfor har meget stor praktisk betydning.

Eftersom der er tale om én af de materielle rettigheder, som ikke kan være absolut, men som det kan være nødvendigt at gøre indgreb i, er der et "stykke 2" med undtagelser. Indgreb i privat- eller familieliv, hjem eller korrespondance kan således kun ske, hvis det "sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder eller friheder", jf. art. 8(2). Der henvises herom til fremstillingens almindelige del med analysen af "nødvendighed", "i overensstemmelse med loven", statens skønsmargin og proportionalitetskravet.

Kravet om, at eventuelle indgreb skal ske "i overensstemmelse med loven", var som nævnt tilsidesat i *Funke mod Frankrig*, dom af 25. februar 1993, hvor ikke blot uskyldsformodningen i EMRK art. 6(1)-(2), men også art. 8 var krænkede i forbindelse med ransagningen hos Jean-Gustave Funke. Ganske vist måtte man tage i betragtning, at det er vanskeligt at efterforske mistanke om ulovlige kapitaltransaktioner og skatteflugt til udlandet, og at ransagning og beslaglæggelse derfor kan være legitime efterforskningsmidler. Men lovgivningen skal alligevel indeholde tilstrækkelig sikkerhed mod overgreb, og dette var ikke tilfældet i denne sag. Den franske lovgivning gav toldmyndighederne nærmest

uindskrænket myndighed til at bestemme, hvorvidt og hvordan ransagningen skulle finde sted. Lovgivningen manglede bestemmelser, der kunne sikre proportionalitet mellem indgrebet i Funkes rettigheder og det formål, indgrebet forfulgte. Art. 8 var derfor overtrådt (dissens fra 1 ud af 9 dommere).

Netop fordi art. 8 rummer så mange elementer i sig, er det hensigtsmæssigt at opdele behandlingen i det følgende i de fire momenter, der nævntes foran: (a) privatliv, (b) familieliv, (c) bolig m.v. og (d) korrespondance m.v. Opdelingen kan dog ikke i praksis holdes så skarp, som det herved antydes. Fx kan privat- og familieliv langt fra altid adskilles, og en krænkelse kan derfor statueres under ét for disse rettigheder.

a. Privatliv

Beskyttelsen af privatlivet har ét af sine kerneområder inden for straffeprocessen, hvor en lang række former for indgreb under efterforskning m.v. skal vurderes i relation til art. 8's beskyttelse af privatlivet (og ligeledes i relation til beskyttelsen af hjem, korrespondance m.v., jf. nedenfor). Tekniske beviser som fx blodprøvebestemmelser, bremsespor og fingeraftryk spiller i sagens natur en større rolle i straffeprocessen end i civilprocessen. Opbevaring af en frifundet persons fingeraftryk antages efter dansk retspraksis ikke at stride mod art. 8, jf. *UfR 1992.948 V*, der kritiseres af *Eva Smith* i *UfR 1994 B s. 99 ff*, men er fastholdt ved *UfR 2000.2101 V*. I *Hans Eigil Madsen mod Danmark*, dom af 7. november 2002, godkendte EMD, at de ansatte på DFDS's skibe med mellemrum skulle aflevere urinprøver til alkohol- og narkotest. Dette ansås for at være at forfølge et lovligt formål, idet de ansatte på skibene alle indgik i sikkerhedsberedskabet, og en kollektiv overenskomst opfyldte legalitetskravet i art. 8(2).

Herved flytter EMRK's proportionalitetskrav således direkte indenfor i straffeprocessen, også selv om

den relevante nationale lovbestemmelse eventuelt ikke måtte erindre om en proportionalitetsvurdering. Der gælder således generelt et EMRK-hjemlet proportionalitetsprincip, som rummer en begrænsning i relation til grundlaget for iværksættelsen af straffeprocessens efterforsknings-, oplysnings- og tvangsmidler. Et middel må ikke anvendes, såfremt det efter indgrebets formål, sagens betydning og den krænkelse og ulempe, som indgrebet må antages at forvolde den eller de personer, som det rammer, ville være et uforholdsmæssigt indgreb. Proportionaliteten gælder således både (a) selve valget af indgrebsmiddel og tillige (b) den måde, hvorpå det valgte middel bringes i anvendelse. Der skal foreligge et påviseligt, konkret begrundet behov, for at man kan anvende oplysnings- og tvangsmidler. Se fx rpl. § 781, stk. 1, nr. 2 ("afgørende betydning for efterforskningen") og § 802, stk. 2, nr. 2 ("beslaglæggelse anses for nødvendig").

Proportionalitetsbetragtninger er udtryk for en retspolitisk opfattelse, som selvsagt varierer over tid, og som i deres nuværende udformning er af nyere dato. Den skal nu fortolkes i overensstemmelse med EMRK's krav. Se fra tidligere ombudsmandspraksis *FOB 1968.51*, hvor en mand skulle anholdes til afsoning af tre bøder på tilsammen 400 kr. Han barrikaderede sig på sin fraskilte hustrus bopæl og forsvarede sig mod 4 politibetjente med jernrør, kogende vand, syre, tjære og ca. 25 tomme flasker. Han blev anholdt under anvendelse af skydevåben og med anrettelse af meget omfattende skader på den faste ejendom. Ombudsmanden fandt, at der ikke fra politiets side var anvendt mere vold, end mandens – og i et vist omfang hans tidligere hustrus – modstand nødvendiggjorde. Det er langt fra sikkert, at en tilsvarende sag i dag ville få det samme udfald.

Spørgsmål om anvendelse af politiagenter, herunder til overvågning under efterforskning, må vurderes i relation til art. 8 i efterforskningsfasen og dernæst i

relation til art. 6 om retfærdig rettergang i den eventuelt påfølgende pådømmelsesfase. I dom af 15. juni 1992, *Lüdi mod Schweiz*, fastslog EMD, at det ikke indebar en krænkelse af art. 8, at der blev brugt hemmelig politiagent – alene eller i sammenhæng med en iværksat telefonaflytning – af schweiziske myndigheder i forhold til en schweizisk statsborger, der var mistænkt for narkotikahandel. Den mistænkte, hr. Lüdi, måtte have været klar over, at han var involveret i forberedelser til straffbare handlinger, og at han derved løb risikoen for at blive opsporet af politietforskere, hvis opgave ville være at afsløre ham. I relation til art. 6(3)d om retten til vidneafhøring bemærkede EMD, at ingen af retsinstanterne havde været villige til at høre politiagenten (“Toni”) som vidne og herved gennemføre en kontradiktorisk afhøring, således at Tonis rapporter kunne sammenholdes med Lüdi’s påstande. Forsvareren havde heller ikke på noget tidspunkt under retsforhandlingerne fået mulighed for at stille spørgsmål til Toni eller rejse tvivl om hans troværdighed. EMD bemærkede, at dette antageligvis ville have været muligt at gennemføre på en måde, som tog hensyn til politiets legitime behov for at beskytte Tonis anonymitet, med henblik på at bruge ham i fremtiden. EMD kom derfor med 8 stemmer mod 1 til, at art. 6(3)d, sammenholdt med art. 6(1), var overtrådt.

Det må antages, at en persons færden i fx sin bil og politiets observation heraf også hører til privatlivets sfære, og at der derfor også i så henseende kræves faste regler, hjemmel og forudsigelighed. Helt ubetænkelig er derfor ikke den allerede omtalte *UfR 2000.2476 H* (der ændrer *UfR 2000.1631 V*), hvor landsretten havde givet afslag på politiets anmodning om tilladelse til at anbringe pejleudstyr i en bil, så dennes færden kunne følges på en edb-skærm. Højesteret lagde vægt på, at der i rpl. er søgt opstillet et så vidt muligt udtømmende katalog over de straffeprocessuelle tvangsindgreb. Højesteret

rubricerede pejling, der foretages ved hjælp af et i en bil anbragt pejleudstyr under begrebet observation og gav sin tilladelse hertil efter § 791 a. Højesteret bemærkede endog, at anbringelse af pejleudstyr *uden på bilen* ikke kræver retskendelse. Denne sidste del af afgørelsen, som har nær sammenhæng med det i dette tilfælde manglende behov for indtrængning i bilen, er vanskeligere at følge, og det vil muligvis kunne bringe myndighederne på kollisionskurs med EMRK art. 8 om beskyttelse af privatlivet, såfremt der vilkårligt og uden domstolskontrol kan ske pejling af en persons (bilens) færden via pejleudstyr på bilen, idet det i denne forbindelse ikke kan være afgørende, om udstyret kræver indtrængning i bilen eller ej.

I nyere praksis fra EMD har retten til familieliv fået et aspekt, som næppe ville have været sandsynligt for nogle år siden, men som i dag må tages alvorligt, nemlig retten til at nyde sit privat- og familieliv i fred for forskellige former for indgreb gennem alvorlig forurening m.v. Denne udvikling viser dels EMRK’s dynamiske karakter, dels dens horisontale virkning i form af *Dritt-wirkung*, idet staten ikke blot skal undlade egne indgreb i privat- og familiesfæren, men også i rimeligt omfang skal afholde andre fra at foretage sådanne indgreb, og endelig viser den grænserne for statens skønsmargin og den heri liggende afbalancering mellem individuelle og offentlige interesser.

Der kan herved henvises til dom af 9. december 1994 i *Lopez Ostra mod Spanien*, hvor kommunale myndigheder i byen Lorca på en kommunal grund og med kommunal støtte havde tilladt opførelsen af et rensningsanlæg, som gennem en periode slap forurenende gasser ud i området. Familien Ostra havde måttet flytte i 3 år. Den havde ganske vist fået tilskud til lejeomkostningerne, men alligevel statuerede EMD, at art. 8 var krænkede, idet alvorlig forurening kan påvirke en persons velvære og gribe ind i vedkommendes ret

til at nyde sit hjem i fred på en sådan måde, at det påvirker privat- og familielivet i negativ retning, også uden at forureningen nødvendigvis indebærer alvorlig fare for sundheden. Det væsentlige i denne vag var, at man måtte afbalancere hensynet til enkeltindividet over for samfundsmæssige hensyn. Ved denne vurdering har staten en vis skønsmargin. EMD lagde vægt på, at de spanske myndigheder havde forlænget forureningsproblemet ved at klage over afgørelser om at stoppe virksomheden. Til trods for, at myndighederne havde dækket udgifter til leje af lejlighed i en periode på et år, havde klagerne måttet leve med ulemperne i mere end 3 år, før de måtte flytte. De havde ikke fået tilstrækkelig kompensation for ulemperne. De blev derfor tillagt erstatning efter EMRK art. 41 (ex 50). EMD tog herved den værdiforringelse, som affaldsbehandlingsanlægget måtte have medført for familiens bolig, i betragtning, og EMD fandt også, at der var lidt en ikke økonomisk skade, der skulle erstattes.

Se også den allerede under begrebet *Drittwirkung* omtalte dom af 19. februar 1998 i *Guerra m.fl. mod Italien*, hvor de italienske myndigheder gennem længere tid undlod at skride ind over for en alvorligt forurenende kemisk fabrik i Manfredonia. Myndighederne var blevet advaret flere gange om udslip, eksplosioner m.v., men foretog sig alligevel ikke noget for at begrænse de miljøskadelige virkninger af fabrikkens kunstgødningsproduktion. EMD slog fast, at den direkte indvirkning, som de giftige udslip havde for klagerne ret til privatliv, medførte, at art. 8 var anvendelig. Staten havde ganske vist ikke selv grebet ind i klagerne privat- eller familieliv, idet det ikke var en handling, der klagedes over, men derimod mangel på handling fra statens side. EMD fremhævede, at den primære pligt er at afstå fra indgreb i borgernes privat- og familieliv, men at der også kan være positive handlepligter for staten indbefattet i borgernes ret til respekt for privat- og familieliv. En

alvorlig forgiftning af miljøet kan påvirke individers velbehag og således forhindre dem i at nyde deres hjem, så deres familie- og privatliv påvirkes negativt. I den foreliggende sag gik der en årrække helt frem til et produktionsstop i 1994, før der faktisk var tilgængelig information, som kunne have gjort det muligt for klagerne at vurdere risikoen ved fortsat at leve i området. EMD's konklusion var derfor, at Italien ikke havde opfyldt sin pligt til at sikre klageren ret til respekt for deres privat- og familieliv. Der var tale om en kemisk produktion omfattet af EU's såkaldte Sevesodirektiv, 72/50.

Ikke blot fysisk forurening, men også støjforurening kan, når staten ikke gør det fornødne for at begrænse ulemperne, være i strid med art. 8, jf. *Hatton m.fl. mod Storbritannien*, dom af 2. oktober 2001, hvor art. 8 ansås krænk, fordi myndighederne hverken før eller efter anlægget af den privatejede Heathrow lufthavn havde gjort, hvad der var muligt for at reducere ulemperne ved natteflyvning, og hvor myndighederne derfor trods sin skønsmargin ikke havde formået at finde en rimelig balance mellem statens økonomiske interesser og klagerne effektive udøvelse af deres ret til respekt for hjem og privat- og familieliv (dommerstemmerne 5-2). Også art. 13 om adgang til effektive retsmidler ansås krænk, idet klagerne havde ført deres sag ved engelske domstole, men disses prøvelse var begrænset til "klassiske engelske principper om offentlig ret, såsom usaglighed, retsstridighed og åbenbar urimelighed". Domstolene havde således ikke efterprøvet, om stigningen i flyvningerne indebar en acceptabel begrænsning i klagerne privat- og familieliv, jf. *Jonas Christoffersen* i EU&M 2002 s. 88.

Under privatlivets beskyttelse hører også et krav om, at meget sensitive personoplysninger ikke gøres offentligt tilgængelige eller på anden måde udspreddes til større kredse. Når der for øjeblikket pågår overve-

jelser om at indføre almindelig dokumentoffentlighed (aktindsigt for offentligheden) i sager ved domstolene i lighed med den dokumentoffentlighed, der efter lov om offentlighed i forvaltningen allerede eksisterer ved forvaltningsmyndighederne, skal der nødvendigvis tages højde for EMRK art. 8. Dette vil fx få betydning for vidneforklaringer, vidners identitet m.v. i sensitive spørgsmål, fx familie- og personretlige sager, og dokumentoffentligheden må derfor indrettes således, at art. 8 respekteres. Nogle forvaltningsmyndigheder følger efter det oplyste allerede i dag en praksis med at lægge dokumenter i forvaltningssager offentligt frem på forvaltningens hjemmeside på Internet. Også sådanne tiltag skal ske under respekt af art. 8. Når Folketinget vedtager indfødsretslove, skal dette ske ved navns nævnelse, jf. Grl. § 44, stk. 1. Der har været fulgt den praksis, at ændringsforslag, fx om at visse ansøgere ikke meddeles indfødsret pga. lovovertrædelser, gæld til det offentlige eller manglende danske sprogkundskaber, opdeltes efter kategorier, der tydeligt viste, at de ansøgere, der omfattedes af et ændringsforslag, hørte under fx rubrikken "kriminelle". Denne praksis kan ikke stå for en prøvelse efter art. 8 og påtænkes efter det oplyste ændret.

Sensitive personoplysninger må registreres af det offentlige, hvis dette er nødvendigt, men da der herved er tale om et indgreb i retten efter art. 8, stk. 1, skal betingelserne i stk. 2 være opfyldt. Dette indebærer, at de nationale regler på tydelig måde skal fastlægge rækkevidden af de offentlige myndigheders skønsmålinger. Reglerne skal også indeholde tilstrækkelige retssikkerhedsgarantier, blandt andet i form af kontrolmekanismer, enten ved iværksættelsen af en registrering eller senere, jf. EMD's udtalelse i *Rotaru mod Rumænien*, dom af 4. maj 2000, hvor art. 8 fandtes krænkede gennem efterretningstjenestens indsamling og behandling af oplysninger om klagerens studier, politiske aktiviteter og tidligere straffe. Nogle af oplysningerne var over 50

år gamle. Klageren fik efter kommunismens fald indsigt i oplysningerne, men samtlige instanser nægtede at foretage sletning af det registrerede eller nogen del af dette.

Det udgør en krænkelse at retten til privatliv, hvis det offentlige foretager nærgående udspørgen om seksuel orientering og eventuelt afskediger den pågældende som følge af homoseksualitet. I *Lustig-Prean & Beckett mod Storbritannien*, dom af 27. september 1999, fandt EMD, at art. 8 var krænkede, idet to medlemmer af de britiske væbnede styrker var blevet udsat for en efterforskning, der involverede en meget nærgående udspørgen om deres personlige forhold, også efter at de havde oplyst om deres seksuelle orientering. EMD fandt, at der måtte stilles krav om, at Storbritannien kunne anføre særdeles tungtvejende og overbevisende grunde for indgrebet, idet dette vedrørte de mest personlige dele af klagerens privatliv. Den britiske regerings begrundelse fandtes ikke tilstrækkeligt underbygget. Begrundelsen var, at det ville medføre "alvorlig skade på de væbnede styrkers moral og kampvilje" og dermed skade den nationale sikkerhed, såfremt homoseksuelle kunne deltage i de væbnede styrker. Med alle dommerstemmer undtagen én kom EMD endvidere frem til, at afskedigelsen af klagerne var i strid med art. 8.

Også manglende accept af en persons kønsskifte og manglende konsekvent juridisk opfølgning af et sådant udgør en krænkelse af art. 8, jf. *Christine Goodwin mod Storbritannien*, dom af 11. juli 2002, hvor der efter en kønsskifteoperation (mand til kvinde), som blev betalt af den offentlige sygesikring, ikke i juridisk henseende skete anerkendelse af klageren som kvinde, blandt andet med den følge, at klageren ikke efter kønsskiftet kunne gifte sig med en mand. Der henvises i dommen til behovet for at fortolke EMRK ud fra "present days' conditions" og til en "sammenhængende international tendens mod ikke blot samfundsmæssig accept af

transseksuelle, men også mod juridisk at anerkende opererede transseksuelles nye kønsidentitet”. Dommen er afsagt af et storkammer på 17 dommere, og den er enstemmig, jf. om transseksuelles rettigheder *Marianne Holdgaard* i EU&M 2003 s. 70 ff.

I de danske sager om “rockerborgene” og den særlige lovgivning, der gav politiet mulighed for at udstede forbud mod ophold m.v. i sådanne bygninger, når der herved kunne opstå fare for liv og helbred, blev det efterprøvet, om et sådant forbud kunne anses at stride mod EMRK art. 8 om retten til privatliv. Dette besvaredes benægtende ved *UfR 2001.1057 H*. Det var i forvejen blevet prøvet, om loven stred mod forsamlingsretten efter Grl. § 79, jf. den benægtende besvarelse heraf i *UfR 1999.1798 H* (= ND 2000.402 H) med tilføjelsen: “ ... jf. herved også EMRK art. 11”.

b. Familieliv

Retten til respekt for familielivet har spillet en central rolle i sager om udvisning af kriminelle udlændinge. Kun statens egne borgere er definitivt beskyttet mod udvisning fra deres egen stat, jf. P4 art. 3, og for udlændinge vil retten til ophold derfor være af mere relativ art, dvs. beroende på diverse konventioner inden for fx flygtningeområdet. Det er allerede nævnt ovenfor, at kollektiv udvisning af udlændinge er forbudt, jf. P4 art. 4.

Hvis det ikke følger af nogen konvention, at udlændingen har ret til (fortsat) ophold i den pågældende stat, bliver den indirekte beskyttelse, der følger af retten til familieliv efter EMRK art. 8, udlændingens sidste udvej. Højesteret har herved i en både dristig og nuanceret praksis anlagt proportionalitetsvurderinger, hvori indgår opholdets varighed, familiemæssig tilknytning, tilknytningen til hjemlandet, sproglige færdigheder m.v., jf. *UfR 1999.271 H*, hvor Højesteret, modsat byret og landsret, afviste at bringe nogle nyligt vedtagne lovbestemmelser med forøgede udvisningsmulighe-

der i anvendelse i forbindelse med en narkodoms på 14 dages hæfte for salg af 0,11 gram heroin. På baggrund af tiltaltes tilknytning til Danmark fandtes den kriminalitet, han havde gjort sig skyldig i, ikke at være af en sådan grovhed, at udvisning kunne anses for at være nødvendiggjort af samfundsmæssige hensyn, og da udvisning derfor ville være i strid med EMRK art. 8, ophævede Højesteret dommens bestemmelse herom. Tiltalte var 23 år gammel og havde boet i Danmark, siden han som 5-årig kom hertil fra Tyrkiet. Se også fx *UfR 1999.275 H*, *UfR 1999.1390 H*, *UfR 1999.1394 H*, *UfR 1999.1591 H*, *UfR 1999.1818 H*, *UfR 2000.545 H* og *UfR 2000.820 H*. Den proportionalitetsvurdering, der skal foretages i relation til EMRK art. 8 i sager om udvisning i forbindelse med straffedomme, faldt som nævnt ud til klagerens fordel i *Amrollahi mod Danmark*, dom af 11. juli 2002. Det fandtes stridende mod art. 8, at Danmark i forbindelse med en narkotikadoms på 3 års fængsel havde udvist en iraner, der i Danmark havde hustru og børn. Disse var uden nogen forbindelse med Iran, og familien ville derfor ikke kunne forenes noget andet sted end i Danmark.

At EMRK art. 8 om retten til familieliv også kan anvendes i fx sager om udvisning af udlændinge, indebærer dog ikke, at udlændingesager i enhver henseende er omfattet af EMRK. Fx gælder art. 6 om retfærdig rettergang ikke for sager om udlændinges indrejse, ophold og udvisning, jf. *Maaouia mod Frankrig*, dom af 5. oktober 2000, der med 15 dommerstemmer mod 2 tilslutter sig den tidligere Kommissions faste praksis, hvorefter disse sagstyper ikke omfattes af art. 6. Dette støttes også på det forhold, at staterne gennem P7 art. 1 har skabt en særlig regulering af udvisningssager, hvilket viser, at staterne ikke har anset udvisningssager for omfattet af art. 6. I den konkrete sag kunne der derfor ikke klages over sagsbehandlingstiden i udvisningssagen ved domstolene.

Tvangsfjernelse af børn må vurderes i relation til retten til familieliv efter art. 8 (suppleret med en vurdering efter art. 5, såfremt der tillige sker frihedsberøvelse). Se fx dom af 25. februar 1992 i *Margreta og Roger Andersson mod Sverige*, hvor art. 8 fandtes krænket ved en tvangsfjernelse, som nærmest fratog mor og søn muligheden for at have kontakt med hinanden igen nem ca. 18 måneder. EMD fandt ikke, at dispositionen stod i rimeligt forhold til formålet, og følgelig forelå der ikke et "nødvendigt" indgreb i retten til familieliv. Statens argumentation var "generel", og den påviste ikke i tilstrækkelig grad nødvendigheden af indgrebene. Der kunne citeres betydeligt flere svenske tvangsfjernelsessager, idet særligt disse "velmenende" sagstyper fra Sverige har været til prøvelse ved EMD, jf. *Carl Henrik Ehrenkrona* i EU&M 1995 s. 57 ff.

I sagen *T. P. & K. M. mod Storbritannien*, dom af 10. maj 2001, har EMD formuleret nogle ret præcise sagsbehandlingskrav vedrørende tvangsfjernelsessager, idet barnets forældre skal høres i sagen. Barnet var blevet tvangsfjernet, fordi de sociale myndigheder misforstod en videoafhøring af barnet, der fejlagtigt blev tolket således, at moderens samlever misbrugte barnet, som derfor blev tvangsfjernet. Et år senere opklaredes misforståelsen, og barnet blev straks hjemgivet igen. På dette grundlag understregede EMD vigtigheden af, at en national domstol (eller en anden uafhængig instans) tidligst muligt under sagen hører forældrene under iagttagelse af fornøden aktindsigt. EMD's afgørelse synes at forudsætte, at sagsbehandlingen står under løbende kontrol af en national domstol, men som det bemærkes af *Jonas Christoffersen* i EU&M 2002 s. 88 f, kan det næppe være afgørende, om det er nationale domstole, eller om det er andre uafhængige myndigheder, der har den endelige afgørelse i spørgsmålet om høring, når blot spørgsmålet afgøres straks ("promptly") af en uafhængig instans.

Det kan efter omstændighederne udgøre en krænkelse af art. 8, at en sag om gennemførelse af forældremyndighed ikke fremmes tilstrækkeligt. I *Ignacio-Zenide mod Rumænien*, dom af 25. januar 2000, fandtes art. 8 krænket i en sag, hvor de rumænske myndigheder ikke havde gjort noget effektivt for at håndhæve en californisk dom om forældremyndighed. Hustruen var fransk, og manden havde både fransk og rumænsk statsborgerskab. Efter deres skilsmisse afsagdes der domme af forskellige landes domstole, hvor snart manden, snart hustruen fik forældremyndigheden. Da omsider en domstol i Californien gav hustruen forældremyndigheden, flygtede manden til Rumænien med børnene, og da hustruen forlangte dem udleveret, trak sagen i langdrag ved de rumænske myndigheder. Myndighederne prøvede at håndhæve dommen, men anvendte ikke tvangsmidler. Herved havde Rumænien ikke efterlevet Haagerkonventionen af 1980 om de civilretlige virkninger af internationale børnebortførelser. Ved således ikke at sikre, at børnene blev genforenet med forældremyndighedens indehaver, havde Rumænien krænket EMRK art. 8.

Adoption skal efter omstændighederne vurderes i relation til retten til familieliv efter art. 8. Bortadopteret af et barn må således ikke ske, uden at der er gjort forsøg på at indhente den eller de biologiske forældres samtykke, jf. dom af 26. maj 1994 i *Keegan mod Irland*, hvor mr. Keegans datter var blevet overgivet til adoption uden hans viden eller samtykke. Dette indgreb i Keegans ret til familieliv fandtes ikke "nødvendigt" i et demokratisk samfund. Begrebet familie i art. 8 omfatter også ikke-ægteskabelige samlivsforhold, og forbindelserne mellem et barn og dets forældre er omfattet af retten til familieliv, også selv om forældrenes samliv er ophørt inden fødselen. Det påhviler staten at sikre, at båndene mellem forældre og børn udvikles og sikres ved juridiske garantier. Også art. 6 om retfærdig rettergang var i

øvrigt krænkede, idet Keegan hverken havde haft partsbeføjelser i adoptionssagen ved Adoptionsnævnet eller søgsmålskompetence ved domstolene i adoptionssagen eller på anden måde effektivt havde kunnet varetage sine interesser. Han fik en godtgørelse på 10.000 irske £ for ikke-økonomisk skade. Derimod kan art. 8 ikke føre til, at et adoptivbarn har noget ubetinget krav på at kende identiteten på sine biologiske forældre, jf. den allerede omtalte dom af 13. februar 2003 i *Odièvre mod Frankrig*. Der skal foretages en afvejning mellem den biologiske mors ret til at føde anonymt og adoptivbarnets interesse i at kende sine rødder. Denne afvejning er foretaget af fransk lovgivning, som giver mulighed for, at adoptivbarnet kan spore sine rødder, men at det tilkommer den biologiske mor at afgøre, om hendes identitet må gives videre til adoptivbarnet.

Også sager om samværsret skal bedømmes efter art. 8. På samme dato, den 11. oktober 2001, afgjordes tre tyske samværsager: *Sahin mod Tyskland*, *Sommerfeld mod Tyskland* samt *Hoffmann mod Tyskland*, og de er alle udtryk for en kvalitetsprøvelse af processuelle retligheder – snarere end for en realitetsprøvelse af selve samværsagen, hvilket EMD ikke har noget reelt grundlag for, jf. *Jonas Christoffersen* i EU&M 2002 s. 89 f. I *Sahin* understreges det, at barnet burde have været hørt, allerede da det var 5 år gammelt (!). I *Sommerfeld* fremhæves det, at høringen af barnet ikke altid er nok, men at en psykologudtalelse til vurdering af barnets ønsker kan være fornøden. I *Hoffmann* fremhæver EMD, at den ikke er appelinstans for den nationale domstols vurdering af sagen.

Muligheden for at adoptere skal ligeledes bedømmes efter art. 8, som i tilfælde af diskrimination skal sammenholdes med art. 14. Spørgsmålet, om homoseksuelle kan adoptere, er dog som nævnt så uensartet besvaret i de forskellige europæiske staters retsorden, at art. 8 og art. 14 i hvert fald ikke på nuværende tidspunkt kan

føre til, at en nægtelse af adoptionsbevilling til en homoseksuel er EMRK-stridig, jf. *Fretté mod Frankrig*, dom af 26. februar 2002, med 4 dommerstemmer mod 3 på dette punkt.

En faderskabssag kan blive omfattet af art. 8, idet det også må anses for omfattet af retten til familieliv, at den, der mener at være far til et barn, i givet fald får fastslået faderskabet, jf. *UfR 1995.249 V*, hvor en faderskabssag, der ellers var afsluttet, fordi moderen indgik ægteskab med en anden end den opgivne barnefar, blev tilladt genoptaget, for at den opgivne barnefar kunne få efterprøvet faderskabet og i givet fald få lejlighed til at blive hørt under en bortadoption af barnet. Retten fraveg herved fast dansk praksis vedrørende frister m.v. for genoptagelse.

Når retten til familieliv efter art. 8 sammenholdes med diskriminationsforbuddet efter art. 14, kan dette få ganske vidtrækkende konsekvenser for en række familieretlige spørgsmål, jf. fx den allerede omtalte dom af 29. november 1991 i *Vermeire mod Belgien*, hvor klageren var født uden for ægteskab. Faderen anerkendte faderskabet, før han døde ugift i 1939. Sagen drejede sig om arv efter faderens forældre. Denne arv gik efter belgisk ret alene til farmoderens livsarvinger (der var ikke fællesbørn i bedsteforældrenes ægteskab, bortset fra faderen selv). Byretten i Bruxelles gav klageren medhold under henvisning til EMD's ledende dom af 13. juni 1979 i *Marcks*, men appeldomstolene fulgte belgisk arvelovgivning uden vaklen. EMD fastslog, at en lovændring ikke var nødvendig for at bringe retstilstanden i Belgien på linie med det diskriminationsforbud, der fremgår af art. 14 sammenholdt med art. 8, således som dette blev fortolket i *Marcks*. Der var heller ikke noget til hinder for, at appelretten kunne have lagt *Marcks* til grund i sin afgørelse, sådan som byretten gjorde det. Der fandtes intet upræcist eller tvetydigt ved *Marcks*, som kunne tilsige, at man uhindret kunne diskriminere

klageren på grundlag af det forhold, at hun var født uden for ægteskab. EMD henviste også til en afgørelse fra Belgiens Højesteret, hvor en tilsvarende tvist blev løst med henvisning til, at den ældre belgiske retsregel om uægteskabelige børns manglende arveret stred mod det forfatningsmæssige princip om lighed for loven. At afskære klageren fra retten til sin arveretlige andel af bedstefaderens ejendom ville derfor indebære et brud på art. 14 sammenholdt med art. 8. Dommen var énstemmig. Hvad angår erstatningsspørgsmålet efter art. 41 (ex 50) fandt EMD, at klagerens økonomiske tab, der skulle erstattes af Belgien, måtte svare til det arvebeløb, som hun var blevet afskåret fra. Ved erstatningsudmålingen skulle der tages hensyn til rentetabet og til den arveafgift, der skulle være betalt.

I enkelte – utvivlsomt stadigt flere – sager er art. 8 blot understøttende i forhold til diskriminationsforbuddet i art. 14, indtil slutstenen på udviklingen er, at art. 14 selvstændigt kan bære en række af resultaterne, jf. fx den allerede nævnte dom af 22. februar 1994 i *Burghartz mod Schweiz*, hvor art. 14 fandtes krænket i forbindelse med art. 8 i et tilfælde, hvor ægteparret Burghartz klagede over, at der i Schweiz var forskel på mænds og kvinders retsstilling med hensyn til ægtepars ret til at vælge efternavn efter indgåelse af ægteskab. Det blev derimod ikke vurderet, om art. 8 isoleret set var krænket.

Også de beslutninger om personlige forhold, som en værgemål tager på vegne en person under værgemål, når værgemålet angår personlige forhold, skal efter omstændighederne helgarderes med en bedømmelse efter EMRK art. 8 om retten til familieliv. I *UfR 2001.464 V* var en svært senildement person sat under værgemål efter værgemålslovens § 5, stk. 1, men således, at værgemålet var begrænset til at angå personlige forhold, jf. § 5, stk. 3. Hver gang den demente persons døtre besøgte ham, blev han aggressiv og vredsladen, og på

dette grundlag udstedte værgen forbud mod besøg fra døtrene. Både byret og landsret godkendte forbuddet efter at have vurderet dette i forhold til art. 8. Særligt fordi forbuddet var i den dementes egen interesse, fandtes forbuddet ikke at stride mod EMRK (ej heller mod Grundlovens § 71 om den personlige frihed).

I de britiske “sigøjnersager” fandtes det hverken stridende mod art. 8 om retten til familieliv eller mod P1 art. 1 om ejendomsretten, at staten havde forbudt nogle sigøjnerfamilier at opstille beboelsesvogne på deres mark, idet miljøhensyn mv. fandtes tilstrækkelige som begrundelse for indgrebene, jf. *Chapman mod Storbritannien*, *Coster mod Storbritannien*, *Beard mod Storbritannien*, *Lee mod Storbritannien* og *Jane Smith mod Storbritannien*, alle domme af 18. januar 2001. I nogle af sagerne forelå også forholdet til art. 14 om diskrimination til prøvelse, men heller ikke den ansås krænket. Et mindretal af dommerne lagde vægt på, at den internationale retsudvikling går i retning af en bedre beskyttelse af minoriteter, og mindretallet fandt derfor, at de britiske myndigheder burde kunne skaffe steder at være for sigøjnerne. Flertallet var derimod tilbageholdende og henviste til, at spørgsmålet om bopladser til sigøjnerne i sidste ende er et politisk spørgsmål om allokering af økonomiske ressourcer, som det ikke tilkommer EMD at efterprøve. *Jonas Christoffersen* udtrykker i EU&M 2002 s. 90 med rette undren over, at flertallet stiller sig tilfreds med en formodning om, at der i Chapmansagen var alternativer til rådighed for klageren i form af campingpladser. Bevisbyrden for, om alternativerne var relevante, blev nærmest væltet over på klageren, hvorimod man i de fleste andre sager lader det være staten, der skal bevise, at alternative muligheder er undersøgt.

Retten til familieliv beskytter ikke en mand mod, at en kvinde, der er gravid med hans barn, søger og får abort, når de nationale regler herom sikrer en rimelig

balance mellem på den ene side nødvendigheden af at beskytte fosteret og på den anden side kvindens interesser. I den allerede omtalte *Boso mod Italien*, dom af 5. september 2002, havde Boso klaget over, at hans hustru kunne få abort, uden at han skulle høres. EMD afviste en klage efter art. 2 om retten til livet og efter art. 8 om retten til familieliv som åbenbart grundløse. I relation til art. 2 fandtes det unødvendigt at tage stilling til, om fosteret er beskyttet af art. 2. Selv om fosteret eventuelt havde "visse rettigheder" efter art. 2, havde Boso ikke angivet, efter hvor mange ugers graviditet og på hvilken baggrund aborten var foretaget. EMD lagde derfor til grund, at aborten var foretaget i overensstemmelse med italiensk lov, som i de første 12 uger af graviditeten tillader abort, hvis der er fare for kvindens fysiske eller psykiske helbred, og som efter de 12 uger kun tillader abort, hvis der er tale om alvorlig fare for kvindens liv, eller hvis barnet lider af en alvorlig sygdom, der kan medføre fare for kvindens fysiske eller psykiske helbred. EMD fandt, at disse regler sikrer en rimelig balance mellem på den ene side nødvendigheden af at beskytte fosteret og på den anden side kvindens interesser. Hvad angik art. 8, måtte enhver forståelse af faderens rettigheder efter art. 8 "først og fremmest tage hensyn til moderens rettigheder, da det er hende, der er berørt af graviditeten, dens fortsættelse eller afbrydelse".

c. Hjem

Det centrale område for begrebet "hjem" i art. 8 er i sagens natur den pågældendes bolig, her forstået i vid forstand.

De danske regler om ransagning findes i §§ 794-800, som affattet ved lov 411:1997 på grundlag af *bet. nr. 1159/1989* om ransagning under efterforskning. Se hertil *Hanne Schmidt* i J 1998 s. 71 ff. Grundlovens § 72 indeholder et krav om, at ransagning m.v. som

udgangspunkt kun må ske efter retskendelse, jf. *Henrik Zahle (red.)*: Grundloven med kommentarer s. 361 ff.

Også art. 8 beskytter mod vilkårlig ransagning. Art. 8(2) indeholder som nævnt betingelserne for at gøre indgreb i disse rettigheder. Én af betingelserne er, at indgrebet "sker i overensstemmelse med loven". Også proportionalitet skal iagttages.

Vore regler om indgreb i meddelelseshemmeligheden findes i §§ 780-791, der bygger på *bet. nr. 1023/1984* om politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden og anvendelse af agenter. Sådanne indgreb kan bestå i (1) telefonaflytning m.v., herunder også "aflytning" af e-mails, jf. *UfR 1999.178 V*, (2) rumaflytning, (3) teleoplysning om, hvilke telefoner eller andre tilsvarende kommunikationsapparater (fx en "personsøger", hvorpå det registreres, hvilke telefonnumre der har ringet til sigtede) der sættes i forbindelse med en bestemt telefon eller andet kommunikationsapparat (jf. fx *UfR 1993.1 H* om et telefonselskabs abonnakudskrifter); pålæg om teleoplysning kan gives med tilbagevirkende kraft (jf. *UfR 1992.638 V*), (4) brevåbning og (5) brevstandsning. Der kan kun foretages indgreb i meddelelseshemmeligheden i sager vedrørende meget alvorlig kriminalitet, jf. § 781.

Reglerne skal til enhver tid indrettes og praktiseres, så de stemmer med kravene i art. 8, herunder med betingelserne i art. 8(2) for at foretage indgreb i disse grundrettigheder.

Også erhvervslokaler vil normalt være omfattet af beskyttelsen efter art. 8. Dette spørgsmål kan fremhæves som eksempel på, at EFD trods alle bestræbelser i hvert fald har haft nogle problemer med den fulde gennemslagskraft af en tilfredsstillende grundrettighedspræget tankegang, jf. dens afgørelse af 21. september 1989 i sagerne 46/87 og 227/88, *Hoechst*, hvor det udtaltes, at der i fællesskabsretten ikke gælder nogen grundret-tighed om retskendelse som betingelse for husunder-

søgelse (ransagning), og at de nationale forfatninger er meget forskellige på dette område. Her var der ikke tale om en privat bolig, men om en virksomhed, og art. 8 beskyttede efter EFD's mening ikke erhvervslokaler. Kommissionens embedsmænd var derfor berettigede til at foretage kontrolundersøgelse uden retskendelse (men de kan ikke selv tvangsgennemføre den uden medvirken fra nationale myndigheder, og for *disses* vedkommende skal nationale regler respekteres, herunder eventuelle regler om dommerkendelse også for forretningslokaler). Denne afgørelse rimer ikke godt med EMD's senere udtalelser om, at også erhvervslokaler, fx en advokats kontor, kan være beskyttet af art. 8, jf. dom af 16. december 1992 i *Niemitz mod Tyskland* om ransagning af en advokats kontor som led i en straffesag mod tredjemand. Kontorerne var omfattet af art. 8, idet kommercielle lokaliteter efter omstændighederne kan være omfattet af ordet "hjem". EMD ville ikke udelukke professionelle aktiviteter fra beskyttelsen efter art. 8, idet de fleste mennesker har væsentlige muligheder for at udvikle relationer til andre personer i arbejdsmæssige sammenhænge. Hertil kom, at det ikke altid kan afgøres, hvilke aktiviteter der er af arbejdsmæssig karakter, og dette gælder i særlig grad for personer, der udøver et liberalt erhverv. Professionelle aktiviteter kan derfor principielt omfattes af art. 8, idet det modsatte resultat kunne føre til en forskelsbehandling til fordel for personer, hvis arbejde er tæt knyttet til aktiviteter uden for arbejdslivet. EMD henviste endvidere til, at begrebet "hjem" i art. 8 – fransk: *domicile* – også sprogligt kan omfatte forretningslokaler, jf. også bestemmelsens formål om at beskytte mod arbitrær indblanding fra statens side. Endelig fremhævede EMD, at sagen ligeledes angik beslaglæggelse af forretningsmæssige dokumenter, som i henhold til tidligere retspraksis beskyttes af art. 8. EMD fandt konkret, at der var sket et indgreb i privatlivet, idet det nævntes, at privatlivet rakte længere

end til *the inner circle* og således også i et vist omfang omfatter retten til at etablere og udvikle relationer til andre mennesker.

EMD's praksis om beskyttelse af erhvervslokaler er som nævnt uddybet gennem *Colas Est m.fl. mod Frankrig*, dom af 16. april 2002, hvor en husundersøgelse under en konkurrenceretlig sag mod nogle entreprenørselskaber fandtes stridende mod art. 8, idet fransk lovgivning ikke indeholdt tilstrækkelige retssikkerhedsgarantier mod misbrug. Ransagningerne blev foretaget uden forudgående dommerkendelse og uden tilstedeværelse af en politibetjent, og der var overladt konkurrencemyndighederne et meget betydeligt skøn med hensyn til hensigtsmæssighed, antal, varighed og omfang af ransagningerne.

Også *Roemen & Schmit mod Luxembourg*, dom af 25. februar 2003, beskytter som nævnt erhvervslokaler. En ransagning hos en advokat stred mod art. 8, sammenholdt med art. 10, idet formålet reelt havde været at bryde den kildebeskyttelse, der tilkom advokatens klient, en journalist, som havde skrevet en artikel om en minister, der var dømt for skatteunddragelse. Journalistens ret efter art. 10 var krænket, og advokatens ret efter art. 8 var krænket.

d. Korrespondance

"Korrespondance" omfatter ikke blot brevkorrespondance, men også anden form for kommunikation, fx pr. e-mail, telefon m.v.

Åbning af strafafsoneres korrespondance er som udgangspunkt ikke i strid med art. 8, men et sådant indgreb skal stedse vurderes i relation til art. 8(2), og visse former for indgreb er utilladelige, fx åbning af post fra og til strafafsonerens forsvarer, jf. fx dom af 25. marts 1992 i *Campbell mod Storbritannien* om skotske fængselsmyndigheder åbning af fortrolig korrespondance mellem afsoneren og hans advokat. Det udtaltes

af EMD, at en vis kontrol med fangers korrespondance som udgangspunkt ikke er i strid med art. 8, men at breve til og fra forsvareren indtager en speciel stilling i forhold til art. 8 som følge af hensynet til fortrolighed i advokat/klientforholdet. Et sådant hensyn måtte også gælde for planlagte klager eller retssager, særligt når de var tænkt rettet mod fængselsmyndighederne, således som det var tilfældet her. Fængselsmyndighederne måtte derfor kun åbne breve fra advokat til fange, når myndighederne havde rimelig grund til at ro, at brevet havde et ulovligt indhold, som de normale kontrolprocedurer ikke havde afsløret. I sagen blev der ikke fundet presserende behov for at åbne korrespondancen fra advokaten, og indgrebet var derfor i strid med art. 8. Hvad angik fangens korrespondance med den daværende Menne-skerettighedskommission, blev det ikke fundet bevist, at breve *til* Kommissionen var blevet åbnet. Hvad angår breve *fra* Kommissionen var risikoen for misbrug så ringe, at brevåbning ikke havde været nødvendig, og også her var art. 8 derfor overtrådt.

Tilsvarende ret til fortrolig korrespondance med advokat blev statueret i *Foxley mod Storbritannien*, dom af 20. juni 2000, hvor der efter britisk konkurslovgivning var anordnet postspærring vedrørende fallenten, Foxley, så al hans korrespondance gik til boets kurator, der åbnede den for at sikre sig, at aktiver ikke blev unddraget kreditorerne. Også breve fra Foxleys advokat blev åbnet og kopieret inden videresendelsen. Uanset at regler om postspærre som udgangspunkt anerkendes af EMD, hvis de har hjemmel i lov og er klare og forudberegnelige, fandtes åbningen af korrespondancen med advokaten at have været i strid med art. 8. Dette gjaldt også den øvrige postspærring, der blev foretaget efter den dato, hvor skifterettens beslutning derom var ophørt med at gælde.

Alle lande har forskrifter om telefonaflytning og andre indgreb i meddelelseshemmeligheden, men disse

må stedse vurderes i relation til kriterierne i art. 8(2), herunder kravet om “nødvendighed” og om, at indgrebet sker “i overensstemmelse med loven”. Der skal således eksistere faste nationale regler om procedure, retssikkerhed, rapportering, anvendelse som bevismiddel m.v., og svigter væsentlige af disse garantier, er indgrebet ikke retmæssigt, jf. fx den allerede omtalte dom af 24. april 1990 i *Kruslin mod Frankrig* om telefonaflytning. I Frankrig forelå der en fast retspraksis om, at der var hjemmel til telefonaflytning udført af politiet efter fuld-magt fra en forhørsdommer, og udtrykket “loven” i art. 8(2) skal som nævnt ikke kun forstås som “lov” i formel betydning, men omfatter også regler af lavere rang end en formel lov, også uskreven ret, herunder retspraksis. EMD fandt imidlertid som nævnt, at det franske system ikke gav tilstrækkelig sikkerhed mod misbrug. Der var ingen regler om, hvilke typer strafbare handlinger der kunne medføre et sådant indgreb. Ej heller var der regler, der pålagde dommeren at fastsætte en tidsgrænse for telefonaflytningen, eller regler, som angav en procedure for rapportering af aflyttede samtaler, eller regler, som sikrede intakt og uforkortet oversendelse af optagelserne, eller som fastlagde regler om sletning af båndene. Vel var der en vis national praksis, men den manglede “et retligt fundament”.

I den allerede nævnte *Natoli mod Italien*, dom af 9. januar 2001, havde Natoli under afsoningen af en dom til livsvarigt fængsel været underkastet en særligt streng censur, idet al hans korrespondance blev gennemgået af fængselsmyndighederne og censureret. Dette var sket i to perioder. I den første periode var der slet ingen lovhjemmel til censuren, og allerede af denne årsag kendtes den i strid med art. 8. I den anden periode var der lovhjemmel, men den fandtes så uklar, at også denne del af censuren stred mod art. 8.

3. Ret til at indgå ægteskab

“Giftefærdige mænd og kvinder” har ret til at indgå ægteskab og stifte familie i overensstemmelse med de nationale love om udøvelsen af denne ret, jf. EMRK art. 12.

Det defineres således af national ret, hvornår man er “giftefærdig”, og også spørgsmål om mindreårighed, videsprocedure, gyldighedsspørgsmål m.v. overlades herved til national ret, jf. EMRK-bestemmelsens ordlyd.

Uanset at en række forhold således overlades til national ret, betyder dette på ingen måde, at art. 12 er betydningsløs. Nationale forskrifter må for det første ikke gøres så restriktive, at art. 12 reelt udhules, og dernæst indebærer art. 12 i kombination med ikke-diskrimineringsforbuddet i art. 14, at der ikke må diskrimineres i henseende til muligheden for at indgå ægteskab, fx ud fra religiøse eller sproglige hensyn. Det må heller ikke gøres vanskeligere for udlændinge at indgå ægteskab end for indlændinge.

4. Ægtefællers lige rettigheder

Retten til at indgå ægteskab, jf. EMRK art. 12, samt den almindelige ligebehandlingsgrundsætning, jf. EMRK art. 14, er uddybet ved P5 art. 5, der fastslår princippet om ægtefællers lige rettigheder. Efter denne bestemmelse gælder det, at ægtefæller i privatretlig henseende skal have lige rettigheder og pligter. Dette gælder både i deres indbyrdes forhold og i forholdet til deres børn, og det gælder både med hensyn til (a) indgåelse af ægteskab, (b) under ægteskabet og (c) i tilfælde af ægteskabets opløsning.

Det følger dog af bestemmelsens 2. pkt., at den ikke forhindrer staterne i at tage sådanne forholdsregler, som er nødvendige af hensyn til børnenes interesser. Det er således ikke udtryk for en ubegrundet forskelsbehandling, at der efter en helt konkret vurdering kan være

forskel i parternes evne til fx at få forældremyndigheden over små børn.

D. Beskyttelse af tanke, samvittighed, religion, ytringer, forsamlinger og foreninger

1. Generelt

Helt centralt blandt de fælleseuropæiske menneskerettigheder står tankefriheden i alle dens aspekter, og med alle dens vidtrækkende retlige konsekvenser. Tankefriheden såvel som “samvittighedsfriheden” garanteres ved EMRK art. 9, der samtidig garanterer religionsfriheden. Retten til at meddele og modtage ytringer sikres ved art. 10, og retten til at forsamles frit og til at danne foreninger garanteres ved art. 11. Det er jævnlige understreget i EMD’s praksis, at fx foreningsfriheden og ytringsfriheden er nært forbundet, og at ytringsfriheden spiller ind ved vurdering af foreningsfrihedens udstrækning.

Der er også Grl.-bestemmelser, der beskytter flere af disse rettigheder, jf. § 67 om religionsfrihed, § 77 om ytringsfriheden og § 78 om foreningsfriheden, men generelt er beskyttelsen efter Grl. hverken så omfattende eller så intens som efter EMRK.

2. Ret til at tænke frit og til samvittigheds- og religionsfrihed

Enhver har ret til at tænke frit og til samvittigheds- og religionsfrihed, jf. EMRK art. 9. Bestemmelsen uddyber, hvad rettigheden omfatter: Den omfatter både frihed til at skifte religion eller tro og frihed til enten alene eller sammen med andre at udøve sin religion eller tro offentligt eller privat gennem gudstjeneste, undervisning, andagt og overholdelse af religiøse skikke.

Friheden til at udøve sin religion eller tro – men i sagens natur ikke retten til at tænke frit – kan “underkastes sådanne begrænsninger, som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til den offentlige tryghed, for at beskytte den offentlige orden, sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder”, jf. art. 9(2).

Af sammenhængen mellem art. 9 om samvittigheds- og religionsfriheden og art. 14 med dennes diskriminationsforbud fremgår det endvidere, at der ikke må ske diskriminering på grundlag af religion.

Selv om det ikke sprogligt kan ses af art. 9(1), omfatter religionsfriheden også retten til at søge at vinde proselytter for sin religiøse opfattelse. Denne frihedsret kan nogle gange komme på en hård prøve, når den opfattelse, der søges omvendt til, afviger meget fra den, der er gængs i den pågældende stat. Dette forhold har særligt manifesteret sig i relation til omvendelsesaktivitet, der udvises af Jehovas Vidner, jf. den allerede under omtalen af statens skønsmargin nævnte dom af 25. maj 1993 i *Kokkinakis mod Grækenland*, hvor Grækenland havde overtrådt art. 9 ved at dømme Minos Kokkinakis for ulovlig omvendelsesvirksomhed (proselytisme), idet han havde opsøgt en kvinde på hendes bopæl og, da hun frivilligt lukkede ham ind, søgt at omvende hende til Jehovas Vidner.

EMD bemærkede, at religionsfriheden indbefatter retten til at forsøge at omvende sin næste, men det følger af art. 9(2), at friheden til at lægge sin religion eller overbevisning for dagen skal kunne underkastes sådanne begrænsninger, som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund af nærmere angivne grunde. EMD bemærkede, at regeringerne herved har en vis vurderingsmargin, og at der må skelnes mellem evangelisering, som sker på tilladelig måde, og evangelisering, som foregår på urimelig måde. I de

græske domstoles afgørelser var Kokkinakis handle-måde kun beskrevet gennem en gengivelse af ordlyden af de aktuelle lovbestemmelser, og det var derfor ikke bevist, at han havde handlet således, at den begrænsning i religionsfriheden, som straffedommen repræsenterede, var nødvendig i et demokratisk samfund. Med 6 dommerstemmer mod 3 kom EMD derfor frem til, at Grækenland havde overtrådt art. 9.

Religionsfriheden indebærer også, at staten ikke vilkårligt griber ind i de religiøse samfunds organisation, jf. *Hasan & Chaush mod Bulgarien*, dom af 26. oktober 2000, hvor to muslimske ledere vilkårligt var blevet afsat af landets myndigheder og erstattet med nogle mere myndighedsvenlige religiøse ledere. Der var ingen lovregler i landet om, hvordan uoverensstemmelser, valghandlinger mv. skulle afgøres i sådanne situationer, og myndighedernes indgreb havde derfor en rent vilkårlig og uproportional karakter. Art. 9 ansås derfor krænk, og eftersom de afsatte religiøse ledere ikke havde effektive retsmidler til deres rådighed, ansås også art. 13 med dennes krav om effektive retsmidler for at være krænk. Ej heller må staten nægte at anerkende trossamfund, der fx anmelder sig til registrering som sådanne, jf. *Den metropolitanske kirke i Bessarabien mod Moldavien*, dom af 13. december 2001, hvor Moldavien havde nægtet at anerkende den pågældende kirke som et selvstændigt trossamfund, og hvor kirkens retssubjektivitet og dermed dens adgang til effektive retsmidler også var blevet afvist.

Religionsfriheden indebærer ikke en ubegrænset frihed for en forælder, der efter skilsmissen har samværsret til et barn, som den anden forælder har forældremyndigheden over, til at udsætte barnet for en stærk religiøs påvirkning i modsat retning af den, barnet udsættes for fra forældremyndighedens indehaver, jf. herved Civilretsdirektoratets afgørelse gengivet i *T:FA 2001.419*. Samværsforælderen var medlem af Hare

Krishna, mens forældremyndighedens indehaver var medlem af Folkekirken, og det blev stillet som vilkår for samværsretten, at barnet ikke måtte tages med hen til steder, hvor Hare Krishnas tilhængere dyrker deres religion. Det understregedes i direktoratets afgørelse, at den ikke var begrundet i, at samværsforælderen var medlem af Hare Krishna, men at forældremyndighedens indehaver var folkekirkemedlem, og det var bedst for barnet ikke at blive påvirket af forældrenes “meget forskellige religiøse opfattelser”. Heller ikke art. 8 eller 14 ansås krænket, hvilket også blev indgående behandlet af direktoratet i afgørelsen. Sagen indbragtes for Folкетинgets Ombudsmand, der ikke fandt anledning til at iværksætte en undersøgelse af sagen.

Religionsfriheden blev uden held påberåbt af en afskediget skolelærerinde i *Dahlab mod Schweiz*, dom af 15. februar 2001, hvor en lærerinde, som efter at være konverteret til islam havde båret muslimsk tørklæde i tre år, uden at nogen havde klaget over hendes undervisning, blev afskediget med henvisning til tørklædet. EMD mente ikke at kunne udelukke, at tørklædet havde én eller anden missionerende virkning på børn i en modtagelig alder (4-8 år). EMD lagde også vægt på, at det kun er kvinder, der bærer muslimsk tørklæde, hvilket EMD fandt vanskeligt foreneligt med ligestillingen mellem kønnene og ligeledes vanskeligt foreneligt med de budskaber om frihed, respekt for andre samt ikke-diskrimination, som det påhviler alle lærere i et demokratisk samfund at meddele skolebørnene. Af *Jonas Christoffersen* i EU&M 2002 s. 90 f tolkes dommen således, at islam er en religion, der ikke passer ind i EMD's demokratiopfattelse.

Når religionsfriheden sammenholdes med diskriminationsforbuddet, må det antages at følge heraf, at trossamfund uden for den danske folkekirke skal have en tilsvarende adgang som folkekirkepræster til at foretage vielser (vielsesbemyndigelse), jf. *Mogens*

Heide-Jørgensen i EU&M 2002 s. 125 ff, som finder, at diskriminationsforbuddet “stiller så betydelige krav til den retlige og faktiske begrundelse, som afslag på ansøgninger om vielsesbemyndigelse fra et trossamfund skal baseres på, at afstanden til et materielt retskrav på en imødekommelse af en ansøgning bliver mere formel end reel”. Det rådgivende udvalg, der er nedsat til hjælp for kirkeministeren i disse sagstyper, bør efter forfatterens opfattelse begrænse sig til at efterprøve, hvorvidt ansøgeren kan betegnes som et trossamfund eller ej.

Religionsfriheden efter EMRK art. 9 indebærer ikke nogen ubetinget ret til at bære religiøst betinget hovedbeklædning i form af tørklæde mv., hvis der er en saglig begrundelse fra arbejdsgiverens side for at modsætte sig noget sådant, jf. *UfR 2005.1265 H*, *Føtex A/S*, hvor *Føtex'* beklædningsreglement fandtes sagligt begrundet. Den danske lov mod forskelsbehandling havde foretaget en afvejning af hensynene til en arbejdsgiver, der kræver uniformering, og til en ansat, der af religiøse grunde ikke kan opfylde kravet.

3. Ytringsfrihed

Ytringsfriheden er én af de helt centrale – hvis ikke i virkeligheden i nyere tid *den* mest centrale – af frihedsrettighederne i EMRK. Efter at have fastslået, at “[e]nhver har ret til ytringsfrihed”, uddyber art. 10, hvad denne ret indebærer. Den omfatter meningsfrihed og frihed til at modtage eller meddele oplysninger eller tanker, uden indblanding fra offentlig myndighed og uden hensyn til landegrænser, jf. nærmere *Erik Werlauff* i J 2002 s. 1 ff (“Ytringsbegreb og ytringsindgreb – hensyn, modhensyn og proportionalitet”) og *samme* i ERT 2002 s. 683 ff (“Freedom of expression, and interference with the freedom – Interests, conflicting interests and proportionality under the ECHR”). En

dybtgående analyse af ytringsfriheden er på disputatsniveau foretaget af *Kyrre Eggen*: Ytringsfrihet: Vernet om ytringsfriheten i norsk rett.

Nedenfor under behandlingen af forsamlings- og foreningsfrihed vil det blive fremhævet, hvor nær en forbindelse der er mellem ytringsfriheden efter art. 10 og forsamlings- og foreningsfriheden efter art. 11. Ét af formålene med sidstnævnte er at beskytte førstnævnte. Dette er understreget flere gange af EMD, fx i sagerne om negativ foreningsfrihed, herunder *Sigurjónsson mod Island*, dom af 30. juni 1993, og *Sørensen & Rasmussen mod Danmark*, dom af 11. januar 2006, jf. *Erik Werlauff* i J 1997 s. 362 ff, *Caroline Heide-Jørgensen* i UfR 2001 B s. 266 ff og UfR 2002 B s. 160 ff samt *Jonas Christoffersen* i UfR 2001 B s. 446 ff og UfR 2002 B s. 276 ff.

a. Om begrebet “ytringer”

“Ytringer” i art. 10’s forstand behøver ikke nødvendigvis være verbale, men kan også være real-ytringer. I amerikansk praksis fra Supreme Court er det statueret, at det udgør en ytring, der er beskyttet af forfatningen, at afbrænde det amerikanske flag i protest mod USA’s politik på bestemte områder, og en modsatrettet lov med straf for flagafbrænding kendtes derfor forfatningsstridig, jf. *Texas v. Johnson* (1989) og *United States v. Eichmann* (1990). Et eksempel fra dansk retspraksis på, at medvirken til en “real-ytring”, der ellers ville være strafbar, kan være straffri under hensyn til ytringsfriheden i offentlige anliggender, sammenholdt med pressens rolle som *public watchdog*, er UfR 1994.988 H, TV-Stop, hvor en tv-journalist blev frifundet af Højesteret for krænkelse af privatlivets fred, efter at hun var blevet dømt ved byret og landsret. Sammen med en flok aktivister var hun gået ind i miljøminister Svend Aukens have, hvor aktivisterne med plastikskovle var begyndt at grave haven op med henblik på at “anlægge

en tilkørselsrampe til Øresundsbroen”. Højesteret frifandt blandt andet med henvisning til EMD’s afgørelse i grønjakkesagen (Jersild-sagen).

Dette forhold kritiseres af *Eva Smith* i UfR 1995 B s. 145 ff. Højesteret kunne ifølge hende have valgt en anden synsvinkel: I grønjakkesagen overtrådte journalisten ikke aktivt strfl., men var blot formidler af andres lovovertrædelser; i Svend Aukens-sagen overtrådte journalisten derimod selv strfl. En vis støtte for en sådan sonderings betydning findes faktisk i EMD’s dom i grønjakke-sagen, præmis 31.

Bent Unmack Larsen er i UfR 1995 B s. 250 ff uenig med *Eva Smith*, idet han anskuer både grønjakkesagen og sagen om Svend Aukens have som en anerkendelse af pressefriheden i henhold til art. 10, der indebærer en skrinlægnings af dansk rets hidtil mere begrænsede anerkendelse af denne frihed.

Marianne Holdgaard & Jørgen Albæk Jensen er i EU&M 1995 s. 185 ff ligeledes uenige med *Eva Smith*. Også de anskuer UfR 1994.988 H i sammenhæng med Jersild-sagen og konkluderer, at Højesteret handler samvittighedsfuldt og i overensstemmelse med Danmarks internationale forpligtelser. Højesteret har fulgt Jersild-dommens resultat, fordi der med denne er opstået en konflikt mellem gældende dansk ret og praksis fra Strasbourg.

Eva Smith replicerer i EU&M 1996 nr. 2 s. 89 ff. Vedrørende Jersild-dommen (grønjakkesagen) finder hun EMD’s afgørelse forkert: Højesteret i Danmark har afvist de to menneskerettigheder over for hindringen og har herved dømt til fordel for mindretalsbeskyttelsen. Når der som her er tale om et skøn, og Højesteret har vurderet de relevante hensyn, finder hun ikke, at EMD bør overcensurere.

Marianne Holdgaard & Jørgen Albæk Jensen dupliserer i samme nummer s. 92 ff. Afsluttende indlæg fra *Eva Smith* i samme nummer, s. 96 ff.

I samme retning som dommen om indtrængen i miljøministerens have går også UfR 1999.1675 H (= ND 2000.375 H), Peberholmsagen, hvor miljøaktivister

“besatte” Peberholmen, idet de ville skabe debat om Øresundsforbindelsen. Peberholmen var privat en byggeplads, og der var derfor teknisk set tale om en fredskrænkelse efter strfl. § 264. Demonstranterne ikendtes da også bøder, men de ledsagende tv-folk blev frifundet, idet der herved henvistes til art. 10, til at krænkelsen var relativt beskeden, og til at der viste sig at opstå betydelig debat om sagen. Se også EMD’s dom af 21. januar 1999 i *Fressoz & Roire mod Frankrig*, hvor to journalister gjorde brug af en erhvervsleders årsopgørelser, som de var kommet i besiddelse af gennem en embedsmands tavshedsbrud. De gjorde det for at afdekke nogle spørgsmål af betydelig offentlig interesse (industrilederes topgager i en tid, hvor der holdtes igen på arbejdernes lønninger), og domfældelsen af journalisterne for viderebringelsen var derfor en krænkelse af deres ret til at videregive information af almen interesse, jf. art. 10.

Flere af de afgørelser, der frifinder journalister for ytringer – her forstået i meget vid forstand – som i andre tilfælde ville kunne straffes, må ses som udslag af den særligt vidtgående ytringsfrihed, der tilkommer pressen. Man kan sige, at det er “atypisk motivation” eller “materiel atypicitet” (*Nichtzumutbarkeit*, “krænkelsens karakter”), der i disse tilfælde kan medføre, at borgeren A, der krænker et bestemt straffebud gennem en verbal- eller realhandling, skal straffes, mens journalisten B, der medvirker til ganske den samme handling, jævnligt skal frifindes. Den positive særbehandling, dette er udtryk for, er utvivlsomt en del af prisen for den vidtgående ytringsfrihed, der herved har udviklet sig til fordel for pressen, og dermed refleksmæssigt til fordel for samfundet.

Når der herved overhovedet kan opstå den situation, at man kan få tanken om “forskelsbehandling”, skyldes det, at ytringsfriheden tilsyneladende ikke skelner mellem, hvem der ytrer sig. Art. 10 udtaler,

at “enhver” har ret til at ytre sig, og herved gøres der tilsyneladende ikke nogen sondring mellem pressen og andre. At sondringen imidlertid er relevant, fremgår dels af EMD’s praksis, dels af det forhold, at det giver god mening at tale om “pressefriheden” som en særskilt frihedsrettighed under ytringsfriheden. Flere landes forfatninger beskytter således udtrykkeligt pressefriheden, fx Amendment I til USA’s forfatning, der beskytter “the freedom of speech” og særskilt tilføjer: “[the freedom] of the press”.

Det er påpeget i litteraturen, jf. *Eva Smith* i UfR 1995 B s. 145 ff, at en accept af pressens mere passive medvirken (eller “medfølgen”) ved ulovlige handlinger ikke nødvendigvis bør medføre en accept af en mere udfarende, aktiv handling fra pressens side. Denne sondring er ikke irrelevant, men bliver næppe i sig selv afgørende, hvis lovovertrædelsen trods alt er af relativt underordnet betydning i forhold til den offentlige interesse, der knytter sig til det behandlede emne.

Præcis hvor langt ytringsfriheden kan bære ved afvejning over for selvstændige lovovertrædelser, er næppe afklaret – og finder næppe nogensinde sin definitive afvejning. Da en journalist fra DR foretog et kirurgisk indgreb i sin straffeattest for at opnå ansættelse hos det kontroversielle forsikringsselskab Hamburg-Mannheimer med henblik på en udsendelse om selskabets forretningsmetoder (hvis han oplyste sit fulde navn, ville selskabet genkende ham og nægte ham ansættelse), blev der straffet for dokumentfalsk, jf. *UfR 2001.723 Ø*, hvor landsretten foretog en indgående afvejning af de modsatrettede hensyn, herunder art. 10, men altså til syvende og sidst lod den formelle – og i sig selv alvorlige – type af lovovertrædelse veje tungere. Det er i nærværende sammenhæng næsten vigtigst, at afvejningen *blev* foretaget. Resultatet heraf er dog næppe uomtvisteligt. Der var “kun” slettet to navne ud af et samlet personnavn på fire navne, og straffeattesten, der

var blank, var i øvrigt uforfalsket, herunder for så vidt angår personnummer og andre centrale data. Også i *UfR 2005.1145* Ø skete der domfældelse af en journalist, der selvstændigt overtrådte en strafferegulering (her: i politivedtægten). Mod politiets klare instruks søgte han gentagne gange at bryde en kæde af politifolk opstillet i forbindelse med demonstrationer ved en sportskamp, idet han søgte at komme igennem til nogle sportsfolk for at interviewe dem.

b. Hjemmel til indgreb i ytringsfriheden

Der er undtagelser i art. 10. Den første er en påmindelse om, at ytringsfriheden ikke er til hinder for lovgivning om, at radio-, fjernsyns- og filmforetagender kun må drives i henhold til bevilling. Et bevillingssystem indebærer dog ikke i øvrigt nogen ret til at fravige art. 10. Det eneste, tilføjes i art. 10(1) udtaler, er, at et bevillingssystem ikke i sig selv krænker art. 10, men et bevillingssystem skal indrettes, så det respekterer ytringsfriheden.

Spørgsmålet om muligheden for et egentligt monopol er dels afgjort af EFD efter fællesskabsretten, om end med en kortfattet supplerende inddragelse af EMRK art. 10, dels i relation til EMRK af EMD selv. I EFD's dom af 18. juni 1991 i C-260/89 udtales det, at fællesskabsretten ikke er til hinder for, at der tildeles et tv-monopol ud fra ikke-økonomiske almene hensyn, men at monopolen ikke må gribe ind i EF-traktatens bestemmelser om frie varebevægelser, fri udveksling af tjenesteydelser eller i konkurrencereglerne, og at monopolen skal udformes "i lyset af det almindelige princip om ytringsfrihed i EMRK art. 10".

Spørgsmålet om retmæssigheden af et egentligt monopol er efterprøvet mere nuanceret i relation til art. 10 ved EMD's dom af 24. november 1993 i *Lentia m.fl. mod Østrig*, som énstemmigt fastslog, at den østrigske regulering af radio- og tv-spredning udgjorde et upro-

portionalt indgreb, der ikke var nødvendigt i et demokratisk samfund, og som derfor indebar en krænkelse af art. 10. Den østrigske regulering, som gav ORF et lovfæstet sendemonopol, var foreskrevet ved lov og forfulgte et legitimt formål, og der var således alene spørgsmål om indgrebenes "nødvendighed i et demokratisk samfund", jf. art. 10(2). EMD henviste til sin praksis, hvorefter ytringsfriheden har betydning som en fundamental rettighed, hvori indgreb alene kan berettiges af presserende sociale behov. EMD fandt ikke, at det østrigske sendemonopol var begrundet i en sådan nødvendighed. For det første eksisterede der ikke længere nogen teknisk årsag til en restriktiv tildeling af sendetilladelser, idet den teknologiske udvikling havde betydet en mangedobling af antallet af mulige frekvenser og kanaler. Dernæst påpegede EMD, at et østrigsk monopol havde mistet en væsentlig del af sin betydning i kraft af det store antal udenlandske kanaler, der i dag uden problemer kan modtages af et østrigsk publikum. Som sin vigtigste begrundelse anførte EMD, at det østrigske indgreb var unødvendigt restriktivt. Der fandtes alternativer til et monopol. En regulering af sendetilladelser gennemføres fx i en lang række lande i henhold til specifikke betingelser og krav. Der var derfor tale om et uproportionalt indgreb, som ikke var nødvendigt i et demokratisk samfund, og art. 10 var derfor krænket.

Den anden undtagelse til art. 10(1) rummer en påmindelse om, at ytringsfriheden også medfører pligter og ansvar, jf. art. 10(2): "Da udøvelsen af disse frihedsrettigheder medfører pligter og ansvar, kan den underkastes sådanne formaliteter, betingelser, restriktioner eller straffebestemmelser, som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, territorial integritet eller offentlig tryghed, for at forebygge uorden eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædelig-

heden, for at beskytte andres gode navn og rygte eller rettigheder, for at forhindre udspredelse af fortrolige oplysninger, eller for at sikre domsmagtens autoritet og upartiskhed.”

c. Under hvilke former møder man indgrebene?

Spørgsmål om ytringsfriheden kan komme ind i en sag på mange forskellige måder. Der kan være tale om en straffesag vedrørende brud på tavshedspligt eller en injuriesag i den borgerlige retsplejes former, der kan være tale om en fængslet arrestants ønske om at udtale sig eller om erhvervslivets ønske om forbud mod en forskers publicering af nogle kontroversielle forskningsresultater, eller der kan være tale om en forbudssag vedrørende udgivelse af bestemte skrifter, bøger m.v., jf. fx dom 26. november 1991 i *Sunday Times, Observer & Guardian*, hvor et britisk fagedforbud efter regeringens anmodning mod bogen *Spycatcher* med afsløringer vedrørende efterretningstjenesten i hvert fald burde have været ophævet fra det tidspunkt, hvor bogen frit kunne købes i USA, og art. 10 var derfor overtrådt. Se også dom af 9. februar 1995 i *Bluff!*, hvor de hollandske myndigheder havde tilbagekaldt et nummer af tidsskriftet *Bluf!* fra omløb med den begrundelse, at bladet afslørede fortrolige oplysninger i form af gengivelse af dele af en rapport udarbejdet af efterretningstjenesten. Der var klage både ad art. 10(1) om selve den materielle ytringskrænkelser og ad art. 10(2) om proceduren. Vedrørende det første spørgsmål var det nemt for EMD at fastslå krænkelsen, idet denne ikke var bestridt af den hollandske stat. Vedrørende art. 10(2) gjorde klageren gældende, at beslaglæggelsen burde være sket i straffeprocessens former, men EMD var ikke enig heri.

Domstolene må således i det hele være parate til i en lang række sagstyper at inddrage art. 10 som en mulig korrektionsfaktor – eller rettere: som en ekstra retskilde, i forhold til hvilken resultatet skal afprøves, jf. fx *UfR*

1997.1406 V, hvor det i en udløber af Roumsagen om børnemishandling ikke ansås at stride mod art. 10, at en advokat blev straffet for i en bog at have refereret vidneforklaringer afgivet under referatforbud.

Indgreb i ytringsfriheden behøver ikke kun at ske ved forbud, straf m.v., men kan også ske gennem faktiske handlinger, efter omstændighederne også gennem undladelse. Der kan herved erindres om den sondring mellem formel, materiel og reel ytringsfrihed, som findes i nogle forfatningsretlige fremstillinger. Formel ytringsfrihed er fravær af censur. Materiel ytringsfrihed er, at ytringer heller ikke i øvrigt retsforfølges. Reel ytringsfrihed er, at alle får reel mulighed for at ytre sig, uanset social situation. EMRK art. 10 sikrer ikke i sig en reel ytringsfrihed i den her angivne forstand, men når ytringsfriheden kombineres med lighedsprincippet i art. 14, kan der påhvile staten en pligt til at sikre ligelige informations- og ytringsmuligheder på de områder, hvor staten har rådighed over en form for apparatur, det være sig tv, radio, distributionsmuligheder m.v. Man kan vel ikke ligefrem tale om en *must-carry* forpligtelse, men de faciliteter, staten har til disposition, skal anvendes ud fra et lighedsprincip, uanset om nogle af de ytringer, der ønskes kolporteret, er ubekvemme for staten.

Se til spørgsmålet dom af 19. december 1994 i *Ver-einigung Demokratischer Soldaten Österreichs & Gubi-mod Østrig*, hvor et militærkritisk organ (*Der Igel*, pindsvinet) var blevet nægtet distribueret til østrigske kaserne. “Der Igel” indeholdt ofte artikler af kritisk natur om militærlivet. De østrigske myndigheder modsatte sig ikke, at “Der Igel” blev sendt pr. post til abonnenter blandt soldaterne, men en systematisk omdeling blev afvist. To magasiner, som var militærvenlige og støttet af forsvarsministeriet, blev systematisk omdelt, og “Der Igel” havde bedt om at blive omdelt sammen med dem, men dette blev afslået (reelt fik man slet ikke svar

derpå). EMD fandt, at art. 10 var krænket ved nægtelsen af at medsende "Der Igel" sammen med de andre magasiner. Når myndighederne engagerede sig i distribution af magasiner til militærforlæggerne, havde dette betydning for informationstilgangen til det militære personel, og efter EMD's opfattelse indebar dette, at staten pådrog sig forpligtelser efter art. 10. "Der Igel" var det eneste militærmagasin, som ikke blev distribueret, og på denne baggrund fandt EMD, at forsvarsministerens *de facto* afslag på anmodningen om distribution var et indgreb i art. 10.

Spørgsmålet var nu, om indgrebet var nødvendigt i relation til artikel 10(2). EMD understregede, at ytringsfriheden også beskytter krænkende, chokerende og forstyrrende ytringer, og at dette princip også gælder for militærpersonel. Det var kun "Der Igel", der var blevet nægtet distribueret, og dette reducerede utvivlsomt magasinets muligheder for at blive læst af militært personel. Der skulle derfor stærke grunde til at forsvare indgrebet. EMD anerkendte, at en hær næppe kan fungere uden regler, der søger at forhindre undergravelse af den militære disciplin, men "Der Igel" opfordrede ikke til ulydighed, og magasinet stillede ikke spørgsmål ved hensigtsmæssigheden af at have et militærvæsen. På denne baggrund var nødvendighedskravet ikke opfyldt, og art. 10 var derfor overtrådt. Der blev ikke tilkendt erstatning eller godtgørelse, men der blev tillagt sagsomkostninger.

Også *VGT Verein gegen Tierfabriken mod Schweiz*, dom af 28. juni 2001, er et eksempel på retten til at komme til orde, dvs. en materiel ytringsfrihed. Efter nogle tv-reklamer fra kødindustrien krævede en dyreværnsforening, at der blev vist en video, foreningen havde optaget med et kritisk syn på opfostringen af smågrise og med en opfordring til at spise mindre kød. Tv-stationen afviste at sende videoen, eftersom schweizisk lov forbyder politiske tv-reklamer. EMD konstate-

rede, at der forelå et indgreb i foreningens ytringsfrihed, og det drejede sig derfor om en vurdering af indgrebets berettigelse efter art. 10(2). At der i anledning af tv-stationens afvisning af videoen kunne klages over den schweiziske stat, lå fast, idet afvisningen skyldtes lovgivningen. Forbuddet mod politiske tv-reklamer fandtes hjemlet ved lov og legitimeret i hensynet til beskyttelse af andres rettigheder, jf. art. 10(2). Tilbage stod herefter en proportionalitetsvurdering – og i relation til denne dumpede forbuddet. EMD lagde vægt på, at foreningen ikke havde andre muligheder for at komme til orde med sit budskab over for hele befolkningen, og at der var tale om et spørgsmål af almen interesse. I Danmark er det ifølge radio- og tv-lovgivningen forbudt at reklamere for "politiske anskuelser", men det påpeges med rette af *Jonas Christoffersen* i EU&M 2002 s. 92 f, at det efter Tierfabrikendommen kræver en konkret begrundelse at bringe forbuddet i anvendelse, at dommen giver indikationer med hensyn til elementerne i denne vurdering, men at forholdet bør reguleres nærmere ved lov, idet der efter denne forfatters opfattelse bør vises tilbageholdenhed med selvstændige fortolkninger af art. 10 på dette område.

Forekomme kan det, om end sjældent, at et indgreb i ytringsfriheden er så konkret, at der simpelthen sker ødelæggelse af det apparatur, der ellers skulle bruges til at viderebringe ytringen, fx ødelæggelse af en avis' trykkemaskiner eller af en radio- eller tv-stations sendemateriel, men udelukket er det ikke. Det nævntes under omtalen af EMRK art. 2 om retten til livet, at der i juli 2000 blev klaget til EMD over 17 natolandes, herunder Danmarks, bombeangreb i april 1999 mod den serbiske tv-station Radio Television of Serbia, RTS. Klagen omfattede både brud på art. 2 og art. 10. Sagen afvist ved dom af 15. december 2001.

d. Modhensyn, skønsmargin og proportionalitet

Som nævnt kan ytringsfriheden "... underkastes sådanne formaliteter, betingelser, restriktioner eller straffebestemmelser, som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, territorial integritet eller offentlig tryghed, for at forebygge uorden eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden, for at beskytte andres gode navn og rygte eller rettigheder, for at forhindre udspreddelse af fortrolige oplysninger, eller for at sikre domsmagtens autoritet og upartiskhed." Der bliver således behov for en afvejning af modsatrettede hensyn, og denne afvejning kan være ganske særligt vanskelig ved ytringsfriheden.

Udspreddelse i lande, der forbyder provokeret abort, af oplysninger om muligheden for at få abort i lande, hvor abort er lovlig, omfattes også af ytringsfriheden, jf. den allerede nævnte dom af 29. oktober 1992, *Case of open door and Dublin well woman mod Irland*, "Open Door", hvor den irske forfatning forbød at informere kvinder i Irland om mulighederne for at få foretaget abort, herunder om at rejse til England, hvor provokeret abort er tilladt. På tidspunktet for sagen anslog man, at 3.500 irske kvinder årligt fik foretaget abort i England. Det irske forbud ansås for at være et indgreb i ytringsfriheden. Det forfulgte et lovligt formål, nemlig beskyttelse af moral, og EMD skulle derfor vurdere, om indgrebet opfyldte kravet om at være nødvendigt i et demokratisk samfund, jf. art. 10(2). Dette indebar en afvejning mellem proportionalitet og statens skønsmargin. Selv om statens margin var relativt videre på et moralsk område som det foreliggende, var skønsmarginen dog ikke ubegrænset, og skønnet overvåges af EMD. Den forbudte information vedrørte tjenesteydelser, som var tilladt i andre konventionsstater. Abort kunne være afgørende for en kvindes helbred, og irske kvinder blev ikke straffet for at få den udført. Forbuddet mod information

var absolut formuleret, fx uden begrænsninger med hensyn til kvindens alder, helbredstilstand og årsagerne til, at rådgivning søges. Klagerne advokerede ikke for abort eller opfordrede til noget sådant, og informationen blev ikke gjort generelt tilgængelig. Med 15 dommerstemmer mod 8 kom EMD på dette grundlag frem til, at forbuddet var uproportionalt, og at art. 10 derfor var krænket. Den af de to foreninger, der havde nedlagt påstand om erstatning, fik tilkendt 25.000 irske £. EMD bemærkede herved, at også en ideel organisation kan lide økonomisk tab.

Det er ikke tilfældigt, at EMD i den irske abortsag lagde betydeligt vægt på statens skønsmargin i moralske spørgsmål. Også i andre sager har EMD indrømmet staten en betydelig margin i sådanne anliggender, jf. fx den allerede omtalte dom af 20. september 1994 i *Otto-Preminger-Institut mod Østrig*, hvor EMD godkendte, at Østrig havde beslaglagt og senere konfiskeret en film, som kunne virke krænkende på medlemmer af den romersk-katolske kirke. Der var tale om filmen "Das Liebeskonzil", som det østrigske Otto-Preminger-Institut ville vise i sin biograf, angiveligt omfattende syndefuld opførsel ved en renæssancepaves hof. EMD fandt, at det måtte tillægges betydning, at langt største delen af befolkningen i det pågældende område (Tyrol) var romersk-katolske, nemlig 87%. De østrigske domstole kunne "bedre end en international domstol vurdere", hvad der var nødvendigt i Østrig, og de havde i deres afgørelse – som viste, at de havde taget tilstrækkelige hensyn til ytringsfriheden som beskyttet i EMRK art. 10 – fundet, at det var nødvendigt for at bevare den religiøse ro at beslaglægge og senere konfiskere filmen. EMD fandt efter en vurdering af sagens faktiske omstændigheder, at de østrigske myndigheder ikke havde overskredet den skønsmargin, som tilkom dem. Med 6 dommerstemmer mod 3 statuerede EMD derfor, at der ikke havde fundet nogen krænkelse af art. 10 sted.

Den afvejning af modsatrettede hensyn, som flere gange er omtalt foran, og som finder udtryk i “stykke 2” til de materielle frihedsrettigheder, kan være vanskelig at foretage i relation til ytringsfriheden, ofte fordi de modsatrettede hensyn er principielt lige så beskyttelsesværdige som ytringsfriheden, ligesom disse modhensyn ofte selv er inkorporeret i frihedsrettigheder. Dette spørgsmål om afvejning af modsatrettede hensyn kom som tidligere nævnt for Danmarks vedkomne særligt frem i *Grønjakkesagen, Jens Olaf Jersild mod Danmark*, dom af 23. september 1994, jf. *Lars Adam Rehof* i UfR 1994 B s. 444 ff, der påpeger, at der var tale om en straffesag undergivet officialmaksimen. Parterne påberåbte sig for de danske domstole ikke art. 10, og Højesteret inddrog ikke af egen drift denne bestemmelse. På baggrund af denne dom må det ifølge Rehof tilrådes, at danske domstole i fremtiden i videre omfang ex officio inddrager relevante bestemmelser i konventionen. *Eva Smith* forholder sig i UfR 1995 B s. 145 ff kritisk til EMD’s dom i *Grønjakkesagen*. Hun kalder sagen et skoleeksempel på en sag, hvor det havde været naturligt, hvis EMD havde holdt lav profil, når der således er to menneskerettighedsspørgsmål over for hinanden: Hensynet til mindretallet og hensynet til ytringsfriheden. Hun fremhæver, at dommen var med betydelig dissens: 7 af 19 dommere ville frikende Danmark. De 4 af dem henviste udtrykkeligt til The Margin of Appreciation, og de fandt, at EMD ikke burde sætte sit skøn over den danske Højesteret “in this sensitive area”. 2 andre dissenterende dommere var, fremhæver *Eva Smith*, endog så ophidsede over det i deres øjne forkerte resultat fra flertallet, at de ikke ville give journalisten erstatning for hans advokatombudsninger. *Marianne Holdgaard & Jørgen Albæk Jensen* er i EU-ret og Menneskeret 1995 s. 185 ff (trods artiklens noget misvisende manchet) betydeligt mere positive over for EMD’s afgørelse i *Grønjakkesagen* end *Eva Smith* er i

sin kommentar. Disse forfattere fremhæver, at ytringsfrihed er en rettighed, som EMD virkelig har forstand på og derfor kan prøve i dybden – i modsætning til fx retsområder, der berører familielivet og privatsfæren. “Hvis ikke [EMD] kan vurdere denne sag, så er der intet den vil kunne have reel indseende med.” Danmark vidste, da vi ratificerede og senere inkorporerede EMRK, at EMD måske ville se mere dynamisk og principielt på visse rettigheder, end vi gør i Danmark. Disse forfattere fremhæver, at EMD’s dommere er nogle af Europas førende eksperter på menneskeretsområdet. Se tillige *Isi Foighel* i UfR 1997 B s. 1 ff, der i relation til spørgsmålet om staternes skønsmargin – *margin of appreciation* – spørger, om EMD skal være spydspids, eller om man snarere skal erkende, at de nationale myndigheder er de nærmeste til at vide, hvad der er bedst for borgerne. Spørgsmålet er ikke besvaret endegyldigt af EMD – og sådan må det ifølge forfatteren også være. EMRK er netop et “levende instrument”.

Afvejningen mellem ytringsfriheden og modsatrettede hensyn kan fx komme ind i billedet i forbindelse med en retssag, hvor også myndighederne ganske vist har en vis ytringsfrihed, men hvor denne ikke må udøves i et sådant omfang eller på en sådan måde, at kravet i art. 6 om retfærdig rettergang, herunder uskyldsformodningen, kommer i fare, jf. dom af 10. februar 1995 i *Allenet de Ribemont mod Frankrig*, hvor ledende politifolk og den franske indenrigsminister på en pressekonference havde fremsat udtalelser om klagerens medvirken i en drabssag. Der blev aldrig rejst tiltale mod klageren. Det var et medlem af parlamentet, en tidligere minister, der var blevet myrdet, og sagen havde derfor stor pressebevågenhed. Frankrig anførte, at uskyldsformodningen alene kunne krænkes af en judiciel myndighed, og at denne sag derfor ikke kunne være i strid med art. 6(2). EMD fastslog, at uskyldsformodningen også gjaldt i en situation som den foreliggende, hvor klageren ganske

vist ikke havde været sigtet for en forbrydelse på det tidspunkt, da de to politifolk og indenrigsministeren udtalte sig, men hvor han blev det nogle dage senere. Ytringsfriheden indebærer en frihed til at modtage og afgive information, og art. 6(2) kan derfor ikke afholde myndigheder fra at informere offentligheden om en igangværende efterforskning af kriminelle forhold. Men bestemmelsen kræver, at myndighederne gør dette med den betænksomhed og varsomhed, der er nødvendig af hensyn til uskyldsformodningen. EMD var enig med klageren i, at politifolkenes og indenrigsministerens udtalelser var uforenelige med uskyldsformodningen. Frankrig henviste til, at udtalelserne ikke bandt domstolene, og at de kunne modbevise ved den efterfølgende efterforskning, men EMD lagde vægt på, at udtalelserne for det første havde den virkning, at offentligheden gik ud fra, at klageren var skyldig, og for det andet, at den senere judicielle bedømmelse af fakta blev foregribet. Med 8 dommerstemmer mod 1 fandt EMD derfor, at art. 6(2) var krænket. Her måtte ytringsfriheden således begrænses, for at kravet om retfærdig rettergang kunne opfyldes fuldt ud. Lige på grænsen er formentlig *UfR 1999.1536 H* om opretholdelse af politiets forbud mod, at den varetægtsfængslede entreprenør Kurt Thorsen kunne give interview til Ritzau fra sin celle. Fra politiets side havde det ikke skortet på offentlige kommentarer til sagen, og entreprenøren ville derfor gerne have lejlighed til at udtale sig til sagen over for et anerkendt nyhedsbureau. Det indgreb i ytringsfriheden, som kendelsen er udtryk for, er næppe helt ubetænkeligt. I samme retning – men mere acceptabel end Thorsenaftagelsen – er *UfR 2004.976/1 H*, der ikke finder det stridende mod EMRK art. 10 at afskære en for dobbeltdrab dømt arrestant, der afventede Højesterets dom i ankesagen om strafudmålingen, at give interview til og lade sig fotografere af dagspressen i cellen. Der henvistes til fængslingens “retshåndhævelsesformål, og dermed retsfølelsen”.

I *Hogefeld mod Tyskland*, dom af 20. januar 2000, anerkender EMD et indgreb i en varetægtsarrestants ytringsfrihed. Birgit Hogefeld, som sad varetægtsfængslet mistænkt for deltagelse i terrorvirksomhed under Rote Armee Fraktion (RAF), fik af tyske domstole forbud mod at udtale sig til pressen. Indgrebet havde hjemmel i tysk lov, der rummer en bestemmelse svarende til dansk rpl. § 770, hvorefter en varetægtsfange alene er undergivet de indskrænkninger, der er nødvendige til sikring af varetægtsfængslingens øjemed eller opretholdelse af orden og sikkerhed i varetægtsfængslet. Birgit Hogefeldt havde udtalt sig tvetydigt og på en måde, som kunne opfattes som fortsat støtte til RAF's ideologi. I lyset af hendes egen terrorbaggrund kunne sympatisører tolke udtalelserne som en opfordring til terrorhandlinger. Begrænsningerne i hendes ret til ytringsfrihed var derfor rimeligt begrundet i et presserende socialt behov, og de begrundelser for indgrebet, som de tyske domstole havde anført, var relevante og tilstrækkelige. EMRK art. 10 var derfor ikke krænket.

Selv om en ytring i og for sig overskrider grænserne for ytringsfriheden, kan reaktionen derpå tænkes at være uproportional, så det samlede resultat alligevel er en krænkelse af ytringsfriheden, jf. den allerede under proportionalitetsprincippet nævnte dom af 13. juli 1995 i *Miloslavsky mod Storbritannien*, hvor et britisk nævningeting havde tilkendt lord Aldington det svimlende beløb af 1,5 mio £ som godtgørelse for nogle stærkt injurierende udtalelser, der var fremsat af grev Miloslavsky. Udtalelserne beskyldte lord Aldington for medvirken til folkedrab på flygtede kosakker og jugoslavere i maj-juni 1945. Sagen blev behandlet af et britisk nævningeting, hvis afgørelse dengang ikke kunne appelleres. Den tilkendte erstatning var tre gange højere end nogen injurieerstatning, der nogensinde var pålagt ved en britisk domstol. EMD fandt, at der var tale om en uproportional erstatningsfastsættelse, som ikke var

“nødvendig i et demokratisk samfund”, idet der ikke som krævet i art. 10 forelå proportionalitet mellem erstatningens størrelse og det legitime, fulgte mål. Derimod fandtes art. 6 ikke tilsidesat. Der blev ikke tildelt erstatning, men dog tilkendt sagsomkostninger.

e. Politiske og øvrige offentlige anliggender

Særligt i politiske anliggender er der en yderst vidtgående ytringsfrihed, og også fx dommere har ytringsfrihed i politiske anliggender, om end det accepteres af EMD, at de ikke må udtale sig på en måde, der kan drage domstolenes uafhængighed i tvivl, jf. dom af 28. oktober 1999 i *Wille mod Liechtenstein*, hvor Wille, som havde været minister, men nu var præsident for landets forvaltningsdomstol, i en universitetsforelæsning havde udtalt, at hvis der var tvist mellem fyrsten og parlamentet om fortolkning af landets forfatning, måtte forfatningsdomstolen have kompetencen til at afgøre tvisten. Herefter modtog Wille et brev fra fyrsten, der ikke blot erklærede sig uenig, men tilføjede, at udtalelsen havde skabt så megen tvivl om Willes dømmekraft, at han ikke ville kunne avancere til endnu højere stillinger. Art. 10 fandtes krænket.

Endnu et eksempel på, at der skal særdeles meget til, for at indskrænkninger i ytringsfriheden kan anerkendes i politiske anliggender, er den allerede nævnte dom af 19. februar 1998 i *Bowman mod Storbritannien*, hvor EMD fandt art. 10 krænket som følge af et britisk forbud mod, at organisationer m.v. i tiden op til et valg anvender mere end 5 £ på at udsprede information til vælgerne. Phyllis Bowman var leder af en britisk antiabortforening med 50.000 medlemmer, og op til et parlamentsvalg udsendte organisationen løbesedler med oplysning om, hvordan de enkelte parlamentskandidater stod i abortspørgsmålet. Der blev rejst tiltale mod fru Bowman for overtrædelse af den nævnte lovgivning, hvis formål er at forebygge, at man gennem agitation fremmer eller

svækker et kandidatur. Hun blev dog frikendt, fordi anklageskriftet ikke var indsendt rettidigt til retten, men sagen blev alligevel gengivet i pressen, og hun mente sine rettigheder efter EMRK krænket. Reglen i den britiske valglovgivning virkede i praksis som en hindring for, at klageren kunne publicere information i det øjemed at påvirke vælgere til at stemme på en antiabortkandidat, og det var ikke godtgjort af Storbritannien, at det var nødvendigt at begrænse hendes omkostninger til 5 £ for at sikre målet om lighed mellem kandidater, særligt på baggrund af, at hverken pressen eller politiske partier var underlagt tilsvarende restriktioner.

Også *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt mod Østrig*, dom af 26. februar 2002, er et eksempel på den meget vidtgående ytringsfrihed, der må anerkendes i den politiske debat, og på, at nationale domstole skal være meget varsomme med at foretage en faktuel bedømmelse af politisk relaterede ytringer, som snarere er udtryk for værdidomme. Klageren udgav som forening tidsskriftet “TATblatt” og kritiserede heri Jörg Haiders Østrigske Frihedsparti, FPÖ. I en pjeces opfordredes læserne til at fortælle partiet, hvad de mente om dets politik, og til at sende partiet små gaver “som svar på dets racistiske hetz”. De østrigske domstole nedlagde på begæring fra Jörg Haider forbud mod gentagelse af ytringerne, men dette indgreb i ytringsfriheden kendte EMD énstemmigt EMRK-stridigt. De østrigske domstole havde ikke i tilstrækkelig grad taget højde for, at udtalelsen var en værdidom, der ikke kunne eller skulle bevises, og som var udtryk for en rimelig kommentar til et emne af offentlig interesse. De østrigske domstole havde derfor overskredet deres skønsmargin.

I direkte fortsættelse af den østrigske sag ligger *UfR 2003.2044 H*, der modsat landsrettens dom frifinder Karen Sunds fra Folkebevægelsen mod EU for en udtalelse, hun kom med, da hun i Radioavisen skulle begrunde, hvorfor folkebevægelsen ikke ville deltage

i kampagnen mod euroen sammen med Dansk Folkeparti. Hun sagde: “... jeg vil nødtigt identificeres med Pia Kjærsgaards racistiske synspunkter ...”. Ifølge en udtalelse fra Dansk Sprognævn anvendes ordet racisme i tre betydninger: 1) relateret til nazismens racelære, 2) sigtende til en races overlegenhed og 3) “sigtende til forskelsbehandling og undertrykkelse af eller blot afstandtagen fra grupper af mennesker, som godt kan være af samme race som én selv”. Udtrykket var anvendt i den tredje betydning, og Højesteret fandt, at der var tale om en værdidom (value judgment) i en politisk debat om vigtige samfundsmæssige anliggender. En domfældelse ville derfor være i strid med EMRK art. 10, således som denne bestemmelse fortolkes af EMD.

Ytringsfrihedens rammer er så vide, at begge parter i en sag, der er genstand for offentlig bevågenhed, har en vidtgående ret til at fremsætte ytringer, hvis sandhed ikke nødvendigvis kan bevises. Et eksempel på, at begge “sider” således er beskyttet, er sagen om påstået politivold hos politiet i Bergen. En offentlig undersøgelse under ledelse af juraprofessor Anders Bratholm konkluderede i 1981, at der forekom talrige tilfælde af vold hos Bergenpolitiet, og Bratholm skrev i 1986 en uddybende bog om emnet. Senere fandt man dog, at en række vidner havde løjet, og flere af dem dømtes under en række såkaldte “boomerangsager” for injurier. To højtstående politifolk ved Bergen politi (Nilsen og Johnsen) fremsatte herefter flere udsagn i aviserne om Bratholm, og herfor blev de dømt for injurier. Ved EMD’s dom af 25. november 1999 i *Nilsen & Johnsen mod Norge* fandtes domfældelsen af de to politifolk at have været i strid med art. 10. Der blev lagt vægt på, at Bratholm selv havde fremsat påstande i sagen og derfor måtte tåle at blive udsat for hårde udsagn. Ligeledes lagdes der vægt på, at politifolkenes udtalelser var citeret til pressen, hvor den citerede ikke har mulighed for at “reformulere og raffinere” sine udsagn.

Nogle gange kan man unægtelig føle, at afvejningen mellem ytringsfriheden og beskyttelsen af enkeltpersoners interesser går meget langt i ytringsfrihedens favør. Hvis det fyger om ørerne med beskyldninger i en politisk debat, hvor langt kan man da gå i henseende til at fremføre ældre straffedomme, ikke blot over politiske modstandere, men også over deres medarbejdere? Herhjemme vil strfl. § 271, stk. 2, sætte grænser for, hvor længe det er rimeligt og retmæssigt at omtale en ældre straffedom. Bestemmelsen afskærer muligheden for sandhedsbevis – og medfører dermed reelt domfældelse af injurianten – når den fornærmede “havde rimeligt krav på”, at den tidligere pådømte straffbare handling ikke nu blev fremdraget. Også denne bestemmelse skal dog anvendes med varsomhed, jf. fx EMD’s dom af 28. august 1992 i *Schwabe mod Østrig*, hvor den østrigske ungdomspolitik Karl Schwabe var blevet dømt i en privat injuriersag, fordi han om en politisk modstanders medarbejder havde omtalt, at denne for 20 år siden havde fået en betinget dom for uagtsomt manddrab under spirituskørsel. Schwabe fremdrog den gamle straffesag i en pressemeddelelse, fordi Schwabes partifælle, som var byens borgmester, var blevet dømt for promillekørsel og for at undlade at komme et trafikoffer til hjælp. En politisk modstander havde på denne baggrund krævet borgmesterens afgang, men Schwabe fremførte nu i sin pressemeddelelse til forsvar for sin partifælle, borgmesteren, at den pågældende politiske modstander såmænd selv beskæftigede en medarbejder, der var blevet straffet for 20 år siden. Schwabe blev under en privat injuriersag straffet for pressemeddelelsen – ikke for overhovedet at have fremdraget en så gammel straffesag, men fordi han ikke kunne føre sandhedsbevis under sagen. EMD fandt med 7 stemmer mod 2 art. 10 krænket. Væsentligt var, at pressemeddelelsen kom som reaktion på den politiske modstanders krav om borgmesterens afgang. Schwabes mål var ikke at ramme

den tidligere dømte, men at pege på “dobbeltmoralen” i at beskæftige ham. Det blev lagt til grund, at pressemeddelelsen gav en korrekt fremstilling af de faktiske forhold. Indblandingen i Schwabes ytringsfrihed var på denne baggrund ikke tilstrækkeligt nødvendig i art. 10's forstand. De to dissenterende dommere lagde hovedvægten på behovet for beskyttelse af det personlige omdømme. De mente, at debatten i dette tilfælde var en triviell politisk stridighed, som ikke kunne legitimere det pågældende personangreb, specielt ikke i medierne, og som således heller ikke kvalificerede til beskyttelse under art. 10.

For publicering af forskningsresultater er der en vidtgående ytringsfrihed, også selv om der herved kan fremkomme ubehagelige synspunkter set fra et erhvervsmæssigt synspunkt, jf. dom af 25. august 1998 i *Hertel mod Schweiz*, hvor en schweizisk domstol på begæring af en forening af fabrikanter af husholdningsmaskiner havde nedlagt forbud mod, at en privatpraktiserende forsker udtalte, at mikrobølgemad indebar en sundhedsrisiko. Indgrebet i ytringsfriheden havde ikke været “nødvendigt i et demokratisk samfund”. Mange var uenige i Hertels videnskabelige opfattelse, men dette kunne ikke være afgørende på et område, hvor man trods alt ikke havde en sikker viden.

f. Injuriesager

På det horisontale plan mellem borger og borger kan ytringsfriheden spille ind ved fortolkningen og anvendelsen af national injurielovgivning. Det fremgår udtrykkeligt af art. 10(2), at der kan gøres indskrænkninger i ytringsfriheden “for at beskytte andres gode navn og rygte eller rettigheder”, og her er vi i hjertet af injurielovgivningen. Dette betyder imidlertid på ingen måde, at en hvilken som helst national injuriestemmelse har fripas i forhold til art. 10. Der skal foretages den vurdering af kravene om “nødvendighed”, “fore-

skrevet ved lov” samt proportionalitet, som fremgår af art. 10(2), og som bestemmelsen har fælles med de øvrige undtagelser til de materielle frihedsrettigheder, jf. fx *UfR 2001.1602 Ø*, hvor art. 10 ikke fandtes til hinder for at dømme en tv-journalist, der om en advokat havde udtalt, at det kun var hans grådighed, der lå bag et slankefirmas sagsanlæg mod tv-journalisten for en udsendelse om slankemidlet, og at advokaten fyldte sin klient med løgn.

Den nævnte afvejning er særlig væsentlig i forhold til pressen i dennes egenskab af *public watchdog*. Det er således ikke tilfældigt, at nogle forfatninger, herunder den amerikanske forfatning, behandler pressefriheden som et særskilt aspekt af frihedsrettighederne.

Også i forhold til andre injurianter end journalister skal afvejningen foretages, jf. fx *UfR 2000.2143 Ø* om nogle beskyldninger mod en forening for at være racistisk. Vurderet i lyset af art. 10(2) fandtes rammerne for ytringsfriheden overskredet. Der blev lagt vægt på, at det ved tidligere domme, som injurianten var bekendt med, var statueret, at foreningen ikke var racistisk, og at den tilsigtede kritik af foreningen kunne være fremsat lige så slagkraftigt med et mere afdæmpet ordvalg. Der er en nuance mellem byrettens og landsrettens anvendelse af EMRK, idet byretten kun anvendte EMRK ved strafudmålingen (frihedsstraf afvistes), men ikke i øvrigt. Det hedder i byrettens præmisser: “Ud over i det anførte omfang [dvs. ad udmålingen] ses den nævnte konventionsbestemmelse, der ikke er behandlet nærmere i sagsørgtes procedure, ikke at have betydning for sagens afgørelse”. Landsretten gik derimod anderledes dybtgående til værks ved afvejningen mellem injuriestemmelserne og EMRK art. 10(2).

De modhensyn, der spiller en rolle ved alle de materielle frihedsrettigheder, får – som det tidligere er fremhævet – i særlig grad et ansigt her. I relation til injurieregler er modhensynene ikke udtryk for abstrakte

hensyn til håndhævelse af strafferegler, præventive og repressive hensyn m.v., men derimod en person af kød og blod, hvis ære kan være oplevet som krænkelse gennem udtalelsen. Her bliver afvejningen i særlig grad følt som konkret og betydningsfuld af de involverede. Nu er der et "offer" for den stedfundne udøvelse af én af frihedsrettighederne. I det omfang frihedsretten får lov at slå igennem, får "offeret" ikke den æresoprejsning m.v., han regnede med, og som national injurielovgivning måske stillede ham i udsigt.

Fra dansk praksis, hvor art. 10 spiller ind i forhold til ytringsfriheden, og hvor en afvejning således har skullet foretages, kan nævnes *UfR 1997.259 H*, der – i modsætning til, hvad Vestre Landsret under dissens nåede frem til – frifinder chefredaktøren og en journalist fra en avis, som (i citatform og med bemærkninger fra de beskyldte) gengav en kvindes klageskrivelse til Advokatnævnet over nogle advokater, hvis sagsbehandling hun var stærkt utilfreds med. Landsrettens flertal fandt ikke, at gengivelsen af de fornærmende ord og sigtelser var led i en varetagelse af en åbenbar almen interesse. Derfor skulle der straffes. Mindretallet i landsretten fandt, at artiklen var en forlængelse af avisens tidligere dækning af sagen, og eftersom udtalelserne klart fremtrådte som citater, ligesom advokaten havde haft lejlighed til at imødegå beskyldningerne i avisen, ville denne domme frifinde. Højesteret, der frifandt, henviste for det første til art. 10: Begrænsninger i ytringsfriheden må kun ske i det omfang, det er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til fx beskyttelse af andres gode navn og rygte. I afvejningen af varetagelsen af de to hensyn må det særligt indgå, at der ikke opstilles begrænsninger, som hindrer medierne i på rimelig måde at udfylde rollen som offentlighedens kontrol- og informationsorgan. For det andet henviste Højesteret til den dissentierende landsdommers grunde.

Se også *UfR 2001.953 Ø*, hvor nogle fængselsbetjente i deres egenskab af tillidsfolk havde udtalt på forespørgsel fra journalister, at fængslede rockere havde organiseret heroinsalg i fængslerne. Under en injuriersag anlagt af Bandidos ("Foreningen af 14. maj 1997 for fængslede medlemmer af Bandidos MC i Nyborg Statsfængsel") kunne fængselsbetjentene ikke føre noget sandhedsbevis for deres udtalelser, men alligevel frifandt de. Der blev lagt vægt på, at de udtalte sig som tillidsrepræsentanter med særligt kendskab til "negative stærke fanger", og at det var journalisterne, der endeligt udformede udtalelserne. EMRK art. 10 blev udtrykkeligt medciteret, idet landsretten om den afvejning af modsatrettede hensyn, der skulle foretages, indledningsvis udtalte: "Spørgsmålet om strafbarhed må ... , også på grund af den offentlige interesse i området, afgøres efter strfl. § 269, stk. 1, således som denne bestemmelse i sammenhæng med § 267, stk. 1, må forstås i lyset af Menneskerettighedskonventionens art. 10".

Se også EMD's dom af 28. september 1999 i *Dalban mod Rumænien*, hvor en journalist var dømt for nogle meget stærke ytringer om bedrageri, embedsmisbrug m.v. mod en direktør og et bestyrelsesmedlem i et statsligt landbrugsselskab. Der var ikke ført fuldt sandhedsbevis for ytringerne, men særligt på grundlag af pressens stilling som "offentlig vagthund" (public watchdog) fandt EMD, at det ville være uacceptabelt, om en journalist ikke skulle kunne give udtryk for en kritisk værdidom (value judgments), hvis vedkommende ikke kunne føre sandhedsbevis. Domfældelsen af journalisten under injuriersagen var derfor en krænkelse af art. 10.

Når pressens beskyldninger faktisk er sande eller i det væsentlige sande, må der indrømmes pressen en betydelig frihed til den måde, sagen vinkles på i presdækningen, jf. *Bergens Tidende m.fl. mod Norge*, dom af 2. maj 2000, hvor en avis og dennes redaktør samt

en journalist var blevet dømt af Højesteret for nogle kritiske artikler om en kirurg, som efter flere tidligere patienters opfattelse havde skadet et antal patienter ved skønhedsoperationer. De dømte var blevet pålagt at betale erstatning og godtgørelse på ca. 4,7 mio. kr. til kirurgen, som havde måttet opgive sin praksis pga. presseomtalen. Højesteret havde fundet, at den journalistiske formidling havde været for ensidig, og at kirurgen ikke havde fået tilstrækkelig mulighed for at forsvare sig. EMD bemærkede hertil, at det ikke tilkom EMD at udtale sig om, hvilken teknik journalister skulle benytte, ligesom EMD ikke kunne tilslutte sig, at pressekritikken havde været for ensidig. EMD erkendte, at artiklerne havde haft alvorlige konsekvenser for kirurgen – men hans professionelle rygte ville under alle omstændigheder lide skade af den berettigede kritik af hans mangelfulde behandlinger. Hensynet til den offentlige interesse i, at pressen frit kunne viderefremme vigtige offentlige anliggender, var tungtvejende, bemærkede EMD.

Ytringsfriheden er imidlertid ikke noget fripas til enhver form for udtalelse, jf. påmindelsen i art. 10(2) om pligter og ansvar forbundet med ytringsfriheden, jf. fra dansk praksis *UfR 1999.122 H*, der straffer to tv-journalister for i udsendelsen "Politiets blinde øje" at have antydnet i spørgsmålsform, at en kriminalinspektør under efterforskningen af drabssagen mod "Pedal-Ove" skulle have undertrykt en politirapport med en helt central vidneforklaring. Straffrihed i forbindelse med "berettiget varetagelse af åbenbar almeninteresse" kunne ikke statueres, således som strfl. § 269, stk. 1, måtte forstås i lyset af EMRK art. 10 (dissens herom). Det ses af dommen, at Højesteret nøje iagttager praksis fra EMD ved fortolkningen af art. 10. Ved Domstolens dom af 19. juni 2003 (kammerafgørelse) i *Jørgen Pedersen & Sten Baadsgaard mod Danmark*, fandtes EMRK art. 10 ikke krænket. Domstolen lagde vægt

på, at journalisterne ikke havde belæg for udsagnet om, at kriminalinspektøren bevidst skulle have set bort fra vigtige fakta i drabssagen. Dommen blev med dommerstemmerne 9-8 stadfæstet af storkammeret den 17. december 2004. Storkammeret fandt, at Højesteret korrekt havde behandlet sagen som en afvejning mellem journalisternes ytringsfrihed og kriminalinspektørens ret til beskyttelse af sit gode navn og rygte. Domfældelsen af journalisterne kunne derfor anses for "nødvendig i et demokratisk samfund".

Afvejningen er imidlertid vanskelig, og pressen må have en margin til selv meget barske beskyldninger, selv om disses sandhedsværdi ikke kan bevises, jf. fx *De Haes & Gijssels mod Belgien*, dom af 24. februar 1997, hvor to journalister var tiltalt i en injuriersag for at have krænket nogle belgiske dommers ære, idet journalisterne havde skrevet, at en forældremyndighedsafgørelse, der gav en pædofil mistænkt far forældremyndigheden til de muligvis misbrugte børn, havde sammenhæng med dommernes politiske sympati for faderen. Art. 10 fandtes krænket, og det samme gjaldt art. 6, fordi journalisterne ikke under sagen mod dem fik medhold i deres ønske om fremlæggelse af læge- og psykologerklæringer fra forældremyndighedssagen, subsidiært bevisførelse om de samme spørgsmål.

At der ikke altid kan kræves ført sandhedsbevis under en injuriersag, og at der derfor må være en videgående ret for pressen til at referere udtalelser, rapporter m.v. i sager af almen interesse, ses blandt andet af den tidligere nævnte dom af 20. maj 1999 i *"Bladet Tromsø og Stensaas" mod Norge*, hvor Norges Højesteret havde dømt et dagblad og en fiskeriinspektør for injurierende udtalelser i anledning af inspektørens rapport om sælfangsten. EMD lagde vægt på, at offentliggørelsen havde været et led i en omfattende debat om sæljagten, og at denne udgjorde et spørgsmål af betydelig almen interesse. Dette måtte afvejes over for besæt-

ningsmedlemmernes interesse i beskyttelse af deres ære og rygte, og tillige deres ret til at blive behandlet som uskyldige, så længe en domstol ikke havde fundet dem skyldige. EMD lagde særlig vægt på, at der ikke var tale om anklager mod navngivne personer, og at dagbladet ikke havde behøvet efterprøve rapporten, når der var tale om en officiel rapport. Besætningsmedlemmernes interesse i at blive beskyttet mod krænkende udtalelser var ikke tilstrækkelig stærk til at opveje den almene interesse i, at dagbladet kunne bidrage til en debat om et spørgsmål af stor almen interesse. Indgrebet mod dagbladet og dets udgiver var derfor uproportionalt, og der forelå derfor en krænkelse af art. 10.

En verserende retssag må gerne omtales i pressen. Dette skal ske under behørig hensyntagen til sagens parter, men et totalforbud mod omtale, mens sagen verserer, er uproportionalt, jf. *Du Roy & Malaurie mod Frankrig*, dom af 3. oktober 2000, hvor to journalister havde bragt artikler om en anklage og privat straffesag, som bestyrelsen i et halvoffentligt selskab havde rejst mod selskabets tidligere direktør for misbrug af selskabets midler. Direktøren anlagde injurieresag mod journalisterne og fik medhold, om end straffen over dem blev ophævet gennem appel, men en symbolsk erstatning til direktøren på 1 franc blev opretholdt af appeldomstolen. De to journalister blev dømt i henhold til en fransk lov, som tillod omtale af en verserende straffesag anlagt af anklagemyndigheden, men forbød omtale af en straffesag anlagt af private (her: af selskabet, der mente sig bedraget af direktøren). EMD fandt ikke, at der var sagligt grundlag for denne sondring. Et forbud mod omtale af en verserende sag var uproportionalt, og art. 10 var derfor krænkert.

En procederende advokat, herunder særligt forsvareren under en straffesag, har en ganske vidtgående ytringsfrihed, som dog ikke er ubegrænset. Se hertil *Nikula mod Finland*, dom af 21. marts 2002, hvor en

forsvarsadvokat under en retssag om økonomisk kriminalitet var fremkommet med hårde angreb på anklagemyndigheden om "manipulation med beviser", "bevidst misbrug af beføjelser" mv. Under en efterfølgende privat straffesag anlagt af sagens anklager blev advokaten ganske vist ikke straffet, idet der fandtes at være tale om en mindre forseelse, men hun blev dømt til at betale erstatning og sagsomkostninger. EMD fandt EMRK krænkert og lagde vægt på en række omstændigheder, herunder at advokatens kritik var fremsat i retslokalet, ikke fx i udtalelser til pressen. EMD fandt det ønskeligt, at retsformænd udøver procesledelse under retssagerne for at sikre parternes korrekte opførsel og især sagens retfærdige gennemførelse, frem for at det under en efterfølgende retssag skal afgøres, om den ene af parternes udtalelser var passende. Ud fra en meget detaljeret afvejning fandt EMD herefter indgrebet mod advokatens ytringsfrihed disproportionalt. Med andre ord ville det næppe have krænkert hendes ytringsfrihed, hvis retsformanden havde grebet ind, men at pålægge hende erstatningsansvar under en efterfølgende injurieresag var ude af proportioner.

g. Ytringer og tavshedspligt i offentlig og privat ansættelse

Brud på tavshedspligt gennem offentlige udtalelser, henvendelse til offentlige myndigheder m.v. kan efter omstændighederne være berettiget efter art. 10. Dette betyder selvsagt ikke, at man skal opgive enhver form for håndhævelse af tavshedspligt, men også her skal en vurdering af indgrebets nødvendighed, proportionalitet m.v. foretages.

Det bør indgå i overvejelserne, i hvilket omfang det "system", medarbejderen fungerer i, er indrettet til at modtage medarbejderens kritik og reagere adækvat på den. Hvis kritikken reelt absorberes og forsvinder i "systemet", og hvis der er tale om sager af offentlig

interesse, taler dette stærkt for at tillægge ytringsfriheden hovedvægten ved afvejningen.

Disse bemærkninger om afvejning af tavshedspligt over for ytringsfrihed vedrører ikke blot offentligt, men i nogen grad også privat ansatte, herunder formentlig også bestyrelses- og direktionsmedlemmer. Også her må det tages i betragtning, om der er etableret kommandoveje til at lytte til kritikken, eller om medarbejderen reelt vil tale for døve øren i organisationen, jf. *Henrik Zahle* i UfR 1995 B s. 361 ff om privat ansattes ytringsfrihed, herunder den horisontale virkning (*Drittwirkung*) af EMRK art. 10. Spørgsmålet er ifølge Zahle ikke, om menneskerettigheder har betydning for private retsforhold, men *hvordan* de har betydning for disse. Hans konklusion er, at en afskedigelse pga. en virksomhedsrelateret ytring, der fremsættes offentligt eller til en offentlig myndighed, vil være berettiget, hvis arbejdsgiveren kan påvise, at virksomheden har et for de ansatte betryggende system for behandling af intern kritik. Den privat ansattes ytringsfrihed må afstemmes efter virksomhedens interesser, men også efter den individuelle – menneskeretlige – interesse i at ytre sig og den samfundsmæssige interesse for en kyndig og åben debat.

Virkningen af EMRK også på det horisontale plan i retsforholdet privat/privat er som nævnt klart antaget af EMD i *Fuentes Bobo mod Spanien*, dom af 29. februar 2000, hvor klageren var blevet afskediget af en tv-station for sine kritiske udtalelser om ledelsen. Udtalelserne var fremkommet i et tv-interview, hvor klageren havde bekræftet nogle kritiske bemærkninger, som interviewerens fremsatte. Arbejdsretten i Madrid ville have underkendt afskedigelsen pga. procedurefejl, men landsretten i Madrid godkendte opsigelsen, og både Spaniens højesteret og landets forfatningsdomstol afviste at realitetsbehandle sagen. EMD udtalte, at EMRK også omfatter et tilfælde, hvor forholdet mellem

en arbejdsgiver og en ansat er undergivet en privatretlig regulering. Staten har, udtalte EMD, en “positiv forpligtelse til i visse sager at beskytte retten til ytringsfrihed”. EMD fandt, at reaktionen: afskedigelse, var disproportional i forhold til det forfulgte formål: at “beskytte andres rygte eller rettigheder”.

Også EFD (i første række Retten i Første Instans) må være klar til at afveje ytringsfriheden for EU-ansatte over for hensynet til EU’s interesser. Den afvejning, Retten og EMD herved har foretaget, viser en udtalt præference for ytringsfriheden, jf. *Kommissionen mod Michael Cwik*, dom af 13. december 2001 i sag C-340/00 P, hvor Kommissionen i medfør af personalevedtægten havde givet afslag på en informationsmedarbejders anmodning om at måtte sende manuskriptet til et foredrag, han havde holdt i Spanien, til de spanske arrangører med henblik på offentliggørelse. Kommissionen begrundede afslaget med, at Cwiks synspunkter afveg fra Kommissionens, og at offentliggørelsen ville kunne skade EU’s interesser. Både Retten i Første instans og EFD underkendte Kommissionens opfattelse. Det udtaltes, at personalevedtægtens bestemmelser om samtykke til offentliggørelse skal fortolkes indskrænkende, fordi de udgør et indgreb i ytringsfriheden, og at der skal foretages en afvejning af ytringsfriheden over for alvoren i krænkelsen af EU’s interesser. Afslag på offentliggørelse kan kun gives, hvis offentliggørelsen indebærer en reel risiko for en alvorlig krænkelse af EU’s interesser. Risikoen må ikke være rent abstrakt, men skal kunne godtgøres på grundlag af konkrete og objektive omstændigheder, og Kommissionen havde ikke i Cwiksagen påvist en sådan reel risiko.

Det er vigtigt, at man af en national dom kan se, at domstolen har været bevidst om den afvejning, der skal foretages mellem ytringsfriheden og modstående hensyn. Hvis afvejningen er foretaget på nuanceret og afbalanceret måde, vil EMD derefter kunne lade det få

sit forblivende herved. I *Diego Nafria mod Spanien*, dom af 14. marts 2002, var en inspektør i den spanske nationalbank, Den Spanske Bank, blevet afskediget, fordi han havde skrevet et brev til sin afdelingschef med nogle beskyldninger om økonomiske uregelmæssigheder hos bankens øverste ledelse. EMD konstaterede, at de spanske domstole havde foretaget den påkrævede afvejning af de modstående hensyn, og EMD lagde også vægt på, at beskyldningerne pga. deres grovhed og tone indebar uberettigede personlige angreb. Klageren burde som ansat i den øverste finansielle institution i landet have udvist større forsigtighed i sit ordvalg.

h. Journalisters kildebeskyttelse

Hvis pressen skal kunne varetage sine ytringsprivilegier på effektiv måde, må der accepteres et vist mål af kildebeskyttelse. Uanset at regelværket herom grundlæggende beror på national ret, kan der udledes en vis beskyttelse af EMRK art. 10. Der skal i hvert fald iagttages proportionalitet, således at oplysninger, fx om forbrydelser, der kan fremskaffes på anden måde end gennem brud på kildebeskyttelsen, først skal søges fremskaffet på den nævnte måde.

Kravet herom fremgår blandt andet af *Roemen & Schmit mod Luxembourg*, dom af 25. februar 2003. I denne sag havde en journalist skrevet om domfældelsen af en minister for skatteunddragelse. Oplysningerne herom måtte stamme fra en embedsmand, der herved måtte have brudt sin tavshedspligt. Der blev derfor indledt strafferetlig efterforskning. Der blev foretaget ransagning, ikke blot hos journalisten, men også hos den advokat, der repræsenterede ham. EMD lagde til grund, at oplysninger om tavshedsbruddet kunne være fremskaffet på anden måde. Særligt vedrørende ransagningen hos advokaten fandt EMD, at formålet reelt havde været at afsløre journalistens kilde gennem hans advokat. Ransagningen af advokatkontoret var upropor-

tional i forhold til det forfulgte mål. Journalistens ret efter art. 10 var krænket, og advokatens ret efter art. 8 var krænket.

i. Kommercielle ytringer

Ytringsfriheden gælder også kommercielle ytringer, jf. fx dom af 24. februar 1994 i *Cassado Coca mod Spanien*, hvor EMD fastslog, at det er en ytring i art. 10's forstand, når en advokat annoncerer for sin virksomhed. En sådan annoncering er derfor principielt omfattet af ytringsfriheden i denne bestemmelse. Advokat Cassado Coca havde af de spanske advokatmyndigheder fået en advarsel i anledning af sin annoncering med navn, profession, adresse og telefonnummer, idet reglerne i Spanien på daværende tidspunkt ikke tillod en sådan annoncering. EMD fandt imidlertid, at indgrebet havde et lovligt formål. I relation til proportionalitetsspørgsmålet understregede EMD, at reglerne for advokaters annoncering varierer meget fra land til land, og at de nationale advokatsamfund og de nationale domstole er i en bedre position end en international domstol til at vurdere, hvordan den rette balance mellem de modsatrettede interesser på et givet tidspunkt skal findes. På denne baggrund konkluderede EMD, at det på det relevante tidspunkt – 1982/83 (!) – ikke kunne anses for urimeligt eller uproportionalt at forbyde en sådan annoncering, og der blev herved også taget hensyn til, at sanktionen alene var en advarsel. Dommen blev afsagt med dommerstemmerne 7 mod 2.

I modsætning til EMD's udtalelse om nationale myndigheders vide skønsmargin vedrørende indgreb i advokaters reklameringsmuligheder er der givet staterne en meget begrænset skønsmargin for så vidt angår indgreb i lægers ytringsfrihed, jf. *Stambuk mod Tyskland*, dom af 17. oktober 2003. Her havde en øjenlæge udtalt sig i et interview vedrørende sine resultater med laseroperationer for nærsynethed. Han fik en bøde på DM 2.000

for overtrædelse af tysk lovgivnings forbud mod lægers reklamering. Der var under EMRK-sagen enighed mellem Tyskland og ham om, at der herved forelå et indgreb i hans ytringsfrihed. Ved bedømmelsen af, om dette indgreb var berettiget, lagde EMD vægt på, at artiklen vedrørte et emne af generel lægelig interesse, at der blev givet en afbalanceret forklaring på laser-operationsteknikken, og at øjenlægens udtalelser ikke var ukorrekte eller vildledende. Selv om artiklen kunne have haft til følge at give øjenlægen og hans praksis reklame, fandtes dette at være sekundært i forhold til artiklens primære indhold og formål. Idømmelsen af en bøde var “en ikke ubetydelig sanktion”, henset til de mulige sanktioner og til, at der var tale om et liberalt erhverv. EMD fandt derfor, at indgrebet ikke havde afvejet de involverede interesser, herunder særligt beskyttelsen af sundhed, andre lægers interesser, øjenlægens ret til ytringsfrihed og pressens afgørende rolle. De 7 dommere var herefter enige om, at art. 10 var krænket.

Af nationale domme, der giver også den kommercielle ytringsfrihed en vidtstrakt beskyttelse, kan fremhæves ZIP 2001.39 BVerfG, der giver Benetton medhold i, at tyske myndigheder ikke efter markedsføringslovgivningen (*Gesetz über unlautere Werbung, UWG*, om annoncering i strid med *die guten Sitten*) kunne forbyde nogle stærkt provokerende, samfundskritiske annoncer med fotos af ænder svømmende på en oliepøl og af børnearbejdere i udviklingslande.

At ytringsfriheden også omfatter kommercielle ytringer, må nødvendigvis under fx forbudssager indgå i domstolenes overvejelser i adskillige tilfælde, hvor den begærede dom eller forbudsforretning ganske vist har hjemmel i bestemte lovregler, men hvor dét at følge påstanden reelt indskrænker en kommerciel ytringsfrihed, jf. *Camilla Collet* i Justitia 1996 nr. 5, der påpeger, at art. 10 nu uden tvivl også beskytter kommercielle ytringer, om end beskyttelsen er på et lavere niveau end fx

politiske ytringer. Hun vil ikke udelukke, at forbuddet mod politiske reklamer i dansk TV 2 er i strid med art. 10. Se om kommerciel ytringsfrihed endvidere *Georg Nolte* i Rabels 1999 s. 507 ff, der ved sammenligning mellem beskyttelsen af den kommercielle ytringsfrihed efter art. 10 og beskyttelsen hos BVerfG efter art. 12 GG finder, at der hos EMD er en noget bedre forståelse for den kommercielle ytringsfrihed. *Rainer Kulms* analyserer i det væsentlige det samme spørgsmål i Rabels 1999 s. 520 ff.

Om kommerciel ytringsfrihed se tillige *Neel Frederikke Cronemann* i Justitia 2001 nr. 5, der påpeger, at der på området for kommercielle ytringer er tillagt staterne en vidtgående skønsmargin, og at en række hensyn – så som beskyttelse af sundheden, sædeligheden, andres navn og rygte m.v. – kan begrunde indgreb i denne type ytringsfrihed. Hun finder derfor, at den væsentligste betydning af EMRK art. 10 på dette område er bestemmelsens præventive effekt.

j. Modtagelse af ytringer

Det er væsentligt, at art. 10 ikke blot hjemler retten til at give eller meddele ytringer, men også til at modtage dem. Det nytter jo ikke meget at tillade trykning af aviser, udsendelse af e-mails, radio- og tv-udsendelser, hvis det er forbudt borgerne at modtage dem. Da parabolantennener var et relativt nyt teknisk fænomen, bestemtes det ved lov i Danmark, at der skulle ansøges hos myndighederne om tilladelse til at opsætte parabol på sit hus. Inden denne lovgivning kunne nå at blive håndhævet (myndighederne modtog ansøgningerne, men realitetsbehandlede dem tilsyneladende ikke), ophævedes den igen – og godt det samme, for den kunne næppe have stået for en prøvelse efter art. 10(2).

Spørgsmålet kan komme frem i relation til lejeaftaler i forbindelse med ordensregler om lejerens mulighed for at opsætte parabol, jf. *UfR* 1997.490 V om en lejer, der

ville se tyrkisk tv via egen parabol, men som af sin udlejer blev nægtet ret til opsætning, jf. lejelovgivningens regler. Vestre Landsret fandt det i orden at nægte retten til at opsætte parabolen. Dette fandtes ikke at stride mod art. 10, men det er væsentligt, at udlejeren havde tilbudt adgang til disse programmer via ejendommens fælles parabol. Der blev således af landsretten taget fornøden højde for EMRK's betydning. Reglementet vedrørende ejendommen stred efter landsrettens opfattelse ikke mod art. 10, og udlejerens forbud mod opsætning af parabolen skulle derfor overholdes af lejeren, men landsretten fandt dog ikke, at misligholdelsen var hævebegrundende. Udlejeren måtte derfor bruge andre – mindre indgribende – midler til at håndhæve reglementet, udtalte landsretten. Derimod synes *UfR 1997.1087 V* om en tyrkisk ejerlejlighedsejers opsætning af parabol med henblik på at modtage tyrkiske programmer at være procederet og afgjort uden inddragelse af art. 10.

Også EU-retten har anset restriktioner vedrørende parabolantennor for at udgøre et indgreb i muligheden for at modtage tv, men her er forholdet blevet bedømt i relation til retten til at præstere og modtage tjenesteydelser, dvs. art. 49 EF (ex 59). I sagen *Francois de Coster mod Watermael-Boitsfort kommune*, dom af 29. november 2001, sag C-17/00, fandtes en kommunal afgift på parabolantennor således at være i strid med art. 49 EF. Det indgik i vurderingen, at *de Coster* boede i et område, hvor der kun var et begrænset udbud af kabel-tv. Afgift på parabolantennor ville dermed i væsentlig grad beskære mulighederne for at modtage udenlandsk tv, herunder satellit-kanaler. EMD anerkendte kommunens ønsker om at varetage miljømæssige hensyn i henseende til den skov af paraboler, der var skudt op. Men disse hensyn kunne ud fra et proportionalitetsprincip varetages med mindre indgribende midler, fx gennem forskrifter om antennernes størrelse, deres placering, opsætning på eller omkring bygningen eller brug af fællesantennor.

Nogle af disse proportionalitetsovervejelser synes at kunne give inspiration også til den EMRK-retlige proportionalitetsbedømmelse.

k. Sammenfatning og prøvelses-”opskrift”:

Hensyn, modhensyn og proportionalitet

Ytringsfriheden efter EMRK art. 10 har en sådan rækkevidde, at man jævnligt overraskes over, hvad der omfattes. Det gælder ikke blot verbal-, men også realytringer, herunder handlinger, der er et led i udøvelsen af ytringsfriheden, særligt den delmængde af ytringsfriheden, der udgøres af pressefriheden.

Følgen heraf er, at spørgsmål om ytringsfrihed optræder i talrige sagstyper, hvor man i hvert fald tidligere ville være tilbøjelig til alene at fokusere på den formelle lovovertrædelse uden herved at indse et grundretligt aspekt. Denne tilbøjelighed har i et vist omfang overlevet også til i dag.

Det første krav, der stilles til retsanvenderne, er derfor at indse, at der overhovedet foreligger et grundretligt problem, så det ikke får sit forblivende ved en ureflekteret konstatering af den formelle lovovertrædelse.

Når dette er indset, skal det spørgsmål besvares, om der foreligger et indgreb i ytringsfriheden i art. 10's forstand. Det kommer herved i betragtning, at ytringsbegrebet og dermed ytringsindgreb har et videregående indhold efter art. 10, end det er tilfældet efter mange nationale forfatningsbestemmelser, herunder også dansk grl.

Ytringsindgreb forekommer i talrige skikkelser: en straffesag eller afskedigelsessag pga. brud på tavshedspligt, en injuriersag i den borgerlige retsplejes former, en straffesag om husfredskrænkelser foretaget af et tv-hold, en journalists forfalskning af egen straffeattest for at opnå job hos et selskab med henblik på kritisk omtale af dette, nægtelse af en varetægtsfanges ønske om at udtale sig til pressen, en sag om fagedforbud mod bestemte

skrifter, en sag om forbud mod udtalelser i strid med markedsføringsregler, en ringere behandling af kritiske skrifter end af statens egne, etc. etc.

Når det således er konstateret, at der foreligger et indgreb (hvis forbud nedlægges, hvis tiltalte straffes etc.), skal det overvejes, om indgrebet opfylder de grundlæggende krav om hjemmel, tilgængelighed og forudsigelighed, dvs. om indgrebet falder på den rigtige side af den urgamle sontring mellem *the rule of law* og *the rule of man*, altså mellem regelbundethed og vilkårlighed.

Klarer indgrebet denne forhindring, skal der foretages en afvejning mellem modsatrettede hensyn: På den ene side betydningen af indgrebet i ytringsfriheden, på den anden side de retsgoder, der værnes gennem den overtrådte regel. Denne afvejning er reelt kernepunktet i hele efterprøvelsen (bortset selvsagt fra selve dét at erkende grundretsproblemet).

Det allerførste – og næsten også det vigtigste – krav, der stilles til retsanvendende myndigheder, er, at hensynafvejningen faktisk foretages, og at dette kan ses af afgørelsens præmisser. Svigter dette transparenskrav, vil indgrebet kunne falde allerede af denne årsag. Et glimrende eksempel på en synlig og utvivlsomt korrekt afvejning er *UfR 2002.2398 H*, der dømmer en journalist og redaktør fra Jyllands-Posten for nogle artikler om en persons påståede narkoforbindelser, skønt avisen måtte vide, at en politisag herom var opgivet flere år tidligere, uden at der var fremkommet nyt siden da. I præmisserne hedder det: “På denne baggrund finder Højesteret, at den vidtgående ytringsfrihed, som generelt må komme pressen til gode af hensyn til dennes mulighed for på rimelig måde at udfylde rollen som offentlighedens kontrol- og informationsorgan, ikke i det foreliggende tilfælde – afvejet over for hensynet til [den injurierede] – kan føre til, at fremsættelsen af sigtelserne anses for straffri i medfør af strfl. § 269, stk. 1, sammenholdt

med EMRK art. 10”. Disse præmisser har det hele i sig. Afvejningen ses også meget klart i *UfR 2003.624 H*, hvor Ekstra-Bladets ansvarshavende redaktør blev dømt i en injuriersag, idet avisen om en drabssigtet plejehjemsassistent i den såkaldte “Plejebo”-sag (om en række dødsfald på en plejehjem) havde skrevet i en stort opsat forsideartikel: “POLITIET: HUN DRÆBTE 12”. Artiklen bragtes ét år efter, at plejehjemsassistenten var blevet løsladt af Højesteret, og umiddelbart før tiltalespørgsmålet mod hende skulle afgøres. Den afvejning, der skulle foretages mellem ytringsfriheden efter EMRK art. 10 og uskyldsformodningen efter art. 6(2), faldt ud til fordel for sidstnævnte.

Afvejningen skal konkret foretages med en meget betydelig vægt på ytringsfriheden, herunder i særlig grad, hvis det ikke “kun” er ytringsfriheden, men dens vigtige delmængde: pressefriheden, der er involveret. Man kan – modsat flere andre frihedsrettigheder – ikke blot give borgeren medhold i forhold til staten ud fra en slags “just-in-case” betragtning, eftersom afvejningen vedrørende ytringsfriheden ofte ikke blot vil forekomme på det vertikale plan mellem stat og privat, men tillige på det horisontale plan mellem privat og privat, ligesom der jævnligt vil være selvstændige frihedsrettigheder involveret, som gør krav på beskyttelse og dermed trækker i modsat retning.

Den skønsmargin, som i relation til “stk. 2” i de materielle frihedsrettigheder efter EMRK overlades staten og dens organer, er mindre ved ytringsfriheden end ved andre frihedsrettigheder, men dog ikke helt ophævet. Hvor spørgsmål om “moral” og “sædelighed” står på spil, er marginen ikke ubetydelig, men hvor det “kun” er andre modhensyn, der står på spil, er marginen yderst smal – næsten så smal, at EMD på godt og ondt kan optræde som egentlig appelinstans med fuld prøvelse også af afvejningen. I længden, og med EMD’s eksplosivt stigende sagsmængde, er en sådan quasiappelfunktion

dog næppe holdbar, og udviklingen vil derfor måske bevæge sig i retning af en respekt for den nationale hensynafvejning – når blot det med al tydelighed kan ses, at afvejningen *er* foretaget, og at problemet ikke er forbigået i tavshed, så der ureflekteret sker gennemførelse af den modsatrettede nationale regel.

Den afsluttende bedømmelse hos de retsanvendende myndigheder er en efterprøvelse af proportionaliteten. Det efterprøves herved, at ytringsindgrebet ikke har været unødigt vidtgående i forhold til de modsatrettede hensyn. Enten kan selve dét at gøre indgreb i ytringsfriheden i sig selv være for vidtgående, eller det konkrete indgreb – et totalforbud i stedet for et delforbud, en excessiv injurieerstatning, en overreaktion i anledning af tavshedsbrud etc. – kan være for vidtgående og dermed uproportionalt. Om man vil, kan man slå kravet om indgrebets nødvendighed og kravet om, at det ikke må være for vidtgående, sammen i én grundsætning om *Erforderlichkeit* som et samlebegreb for nødvendighed/proportionalitet.

Med den fare for overforenkling, der altid vil ligge i en kort sammenfatning, voves det her at give følgende opskrift på prøvelsens faser, jf. *Erik Werlauff* i J 2002 s. 1 ff (“Ytringsbegreb og ytringsindgreb – hensyn, modhensyn og proportionalitet”):

Ytringsbegrebets rækkevidde erkendes. Det erkendes, at en håndhævelse af den relevante nationale regel vil medføre et indgreb i ytringsfriheden. Det efterprøves, om indgrebet har et solidt juridisk fundament i form af hjemmelsgrundlag, tilgængelighed og retsforudsigelighed, modsat vilkårlighed. Afvejningen mellem de modsatrettede hensyn foretages – og beskrives indgående i afgørelsens begrundelse. Ved afvejningen tillægges ytringsfriheden nogle ekstra lodder – og dertil et par lodder ekstra, hvis det er pressefriheden og/eller offentlige anliggender, der er på spil, men en just-in-case underkendelse af indgrebet må ikke ske, eftersom de

modsatrettede hensyn også har krav på beskyttelse, eventuelt endog i form af selvstændige grundrettigheder. Afvejningen helgarteres med en nødvendighedstest: Er *dette* indgreb absolut nødvendigt for at nå dette mål, eller kan mindre gøre det? Hvis ytringsindgrebet passerer alle disse forhindringer, lyder rådet til den regelanvendende myndighed til slut: Godkend da indgrebet og drag de nødvendige retlige konsekvenser heraf. Det er lige så forkert at vige tilbage for ethvert ytringsindgreb, som det er at overse indgrebet og kravet om hensynafvejningen. At den nationale domstol, der på denne måde foretager en nuanceret og afbalanceret afvejning af de modsatrettede hensyn, ofte vil få sit skøn anerkendt af EMD, ses blandt andet af den ovenfor omtalte *Diego Nafria mod Spanien*, dom af 14. marts 2002, om den afskedigede inspektør i den spanske nationalbank.

4. Forsamlings- og foreningsfrihed

Enhver har ret til frit at deltage i fredelige forsamlinger og til foreningsfrihed, herunder ret til at oprette og slutte sig til fagforeninger for at beskytte sine interesser, jf. EMRK art. 11(1).

Bestemmelsen rummer således under ét både forsamlings- og foreningsfriheden, som fx i dansk forfatningsret sikres ved særskilte bestemmelser, hhv. Grl. § 78 om foreningsretten og § 79 om forsamlingsretten. Uanset at der er forskelle mellem den mere ad hoc prægede forsamling, der beskyttes under forsamlingsretten, og den mere permanente form for forsamling, der beskyttes under foreningsretten, er der betydelige lighedstræk, som retfærdiggør, at bestemmelserne betragtes under ét. De vil dog for overblikkets skyld blive omtalt adskilt i det følgende.

Man kan ikke gå så vidt som til at sige, at forsamlings- og foreningsretten er udslag af ytringsfriheden, men de er meget nært forbundet, og forsamlinger og

foreninger kan være én – meget betydningsfuld – måde at manifestere ytringsretten på. Det er derfor ikke tilfældigt, at EMD jævnligt har understreget i forbindelse med foreningsfriheden, hvor nært knyttet den er til ytringsfriheden, jf. fx i sagerne om negativ foreningsfrihed, herunder *Sigurjónsson mod Island*, dom af 30. juni 1993, *Sørensen & Rasmussen mod Danmark*, dom af 11. januar 2006, jf. *Erik Werlauff* i J 1997 s. 362 ff, *Caroline Heide-Jørgensen* i UfR 2001 B s. 266 ff og UfR 2002 B s. 160 ff samt *Jonas Christoffersen* i UfR 2001 B s. 446 ff og UfR 2002 B s. 276 ff.

Også forsamlings- og foreningsfriheden kan underkastes begrænsninger, som er “foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed eller den offentlige tryghed, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder eller friheder”, jf. art. 11(2), der ydermere tilføjer: “Denne artikel skal ikke forhindre, at der pålægges medlemmer af de væbnede styrker, politiet eller statsadministrationen lovlige begrænsninger i udøvelsen af disse rettigheder”.

Som det vil fremgå af domspraksis citeret nedenfor, har EMD blandt andet i relation til foreningsfriheden for politiske partier understreget, at undtagelserne i art. 11(2) skal fortolkes indskrænkende. Kun tvingende grunde kan retfærdiggøre indskrænkninger i fx politiske partiers foreningsfrihed.

a. Forsamlingsfriheden

Det kan ikke undgås, at forsamlingsfriheden indtager en stilling, der står alle forfatningsfædres hjerter nær. Vistnok alle frie forfatninger er blevet til gennem mere eller mindre spontan dannelse af forsamlinger, der har formuleret én eller anden form for “folkevilje”, fx som et krav til en kongemagt eller en kolonimagt om skrevne frihedsrettigheder, jf. den dristige og udødelige indled-

ning til den amerikanske forfatning: “We the People of the United States ...” – en indledning, som i øvrigt valgte i mangel af viden om, hvilke stater der ville ratificere forfatningsudkastet.

Forsamlinger har stedse været den måde, hvorpå en gryende folkevilje søger at manifestere sig i sin utilfredshed med og sine krav til en statslig magt, og den er derfor en helt central frihedsrettighed, fordi statsmagten af indlysende grunde kan have interesse i at undgå en manifestation af folkeviljen.

Gennem understregningen i art. 11(1) af retten til “fredelige forsamlinger” fremhæves det, at forsamlingsfriheden beskytter de forsamlinger, der på ikke-voldelig måde manifesterer ytringsfriheden for forsamlingens deltagere, men at bestemmelsen selvsagt ikke beskytter optøjer, voldelige demonstrationer m.v.

Gennem art. 11(2) gives der mulighed for en vis form for regulering, jf. herved Grl. § 79 om, at politiet har ret til at overvære offentlige forsamlinger, kombineret med pligter i særlovgivningen til at anmelde visse forsamlinger forudgående til politiet. Sådanne formalia må dog hverken være så restriktive eller administreres på en så restriktiv måde, at der herved reelt gøres indgreb i forsamlingsfriheden, og forsamlingens forløb m.v. må heller ikke af myndighederne lægges i så stramme rammer, at forsamlingen reelt ikke kan få mulighed for at give udtryk for de ytringer, der grundlæggende er forsamlingsfrihedens kerne.

Når forsamlingsfriheden kombineres med EMRK’s virkning på det horisontale plan, dvs. dens *Drittwirkung*, fremgår det heraf, at statsmagten ikke blot selv skal afholde sig fra at gøre indgreb i forsamlingsfriheden, men også skal yde den “fredelige forsamling” efter art. 11(1) en sådan effektiv beskyttelse, at der heller ikke fra anden side gøres indgreb i forsamlingsfriheden.

Således tog EMD i sin dom af 21. juni 1988 i *Ärzte für das Leben mod Østrig* stilling til, hvorvidt Østrig

havde gjort nok for at beskytte foreningens demonstrationer og gudstjenester i tilstrækkeligt omfang mod forsøg fra aborttilhængernes side på at forhindre arrangementerne. Det var således et spørgsmål, om forenings- og forsamlingsfriheden i art. 11 var krænket gennem statens – efter foreningens opfattelse – for passive holdning. EMD understregede, at det efter art. 11 ikke altid er tilstrækkeligt, at staten selv undlader at krænke forsamlingsfriheden. For at opfylde statens forpligtelser efter art. 11 er det nu og da nødvendigt med aktive indgreb fra statens side for at sikre borgernes rettigheder, også når rettighederne kun trues af andre borgere. Ingen stat kunne imidlertid fuldt ud beskytte sine borgere mod andre borgere, og EMD's konklusion var, at statens skønsmargin ikke var overskredet, og at art. 11 derfor ikke konkret var krænket.

En demonstration kan være ubekvem for myndighederne, og den kan derfor føle sig fristet til at sikre sig mod de forventeligt værste "uromagere" gennem præventive anholdelser, tilbageholdelse m.v. Sådanne kan udgøre et indgreb både i retten til personlig frihed efter art. 5 og i forsamlingsretten efter art. 11. I *UfR 1986.383 V* fandtes det som tidligere nævnt ulovligt at anholde 16 personer i en bus, der var på vej til en demonstration, som politiet frygtede ville udvikle sig til ulovligheder. Danske demonstranter blev i forbindelse med demonstrationer i Amsterdam i anledning af unionsafstemningen anholdt for at forebygge uro, og hollandske domstole kendte efterfølgende dette retsstridigt og tilkendte erstatning.

Forsamlingsfriheden indebærer ikke, at statsmagten er afskåret fra ethvert indgreb mod demonstrationer, bygningsbesættelse mv. I *Cisse mod Frankrig*, dom af 9. april 2002, havde fransk politi med rette anholdt en gruppe udlændinge, som i 2 måneder havde besat en kirke i Paris i protest mod, at deres asylansøgninger var blevet afslået. En række af demonstranterne sul-

testrejkede, og myndighederne skønnede med rette, at besættelsen på grund af den tid, den havde varet, indbar fare for de demonstrerendes helbred, ligesom der var opstået problemer som følge af utilfredsstillende hygiejniske forhold. Afgørelsen bæres dog langt fra alene af disse sundhedsmæssige grunde: Præmisserne understreger dels statens vide skønsmargin på området, og dels henviser de til, at den symbolske værdi af demonstranternes tilstedeværelse i kirken som følge af det tidsrum, deres aktion allerede havde varet, havde været tilstrækkelig klar til, at indgrebet efter den lange periode ikke fandtes at fremstå som overdrevent i den konkrete sag. Det vil ses af disse elementer i præmisserne, at et omgående indgreb meget vel kunne have været disproportionalt. Demonstranternes budskab skal have en rimelig tid til at komme frem, men efter et vist tidsrum er det berettiget, at myndighederne skærer igennem. Under de i kirken herskende sanitære forhold kunne det vel endog på et tidspunkt komme i strid med EMRK art. 2 om retten til livet, hvis man ikke skar igennem.

Art. 11 om forsamlingsfriheden blev inddraget af Højesteret i sagen om "rockerborgene" og den særlige lovgivning, der gav politiet mulighed for at udstede forbud mod ophold m.v. i sådanne bygninger, når der herved kunne opstå fare for liv og helbred, jf. lov nr. 907 af 15. oktober 1996. Ved *UfR 1999.1798 H* (= ND 2000.402 H) fandt Højesteret ikke, at loven stred mod Grl. § 79 om forsamlingsretten. Det er muligt, at Højesteret herved fortolker § 79 i lyset af art. 11, men dommen kan også forstås således, at Højesteret simpelt hen ikke konstaterede nogen regelkonflikt, jf. ordene i præmisserne: "... jf. herved også EMRK art. 11" – et ordvalg, der kritiseres af *Jonas Christoffersen* i *UfR 2000 B s. 593 ff*, der finder, at det må forudsætte "mere generelle overvejelser, hvis grundloven skal fortolkes som EMRK", og fordi EMRK kan ophæves ved almin-

delig lov. Ved *UfR 2001.1057 H* efterprøvedes det, om forbud i henhold til rockerloven indebar ekspropriation efter Grl. § 73 og/eller EMRK P1 art. 1. Dette blev besvaret benægtende. Der blev lagt vægt på forbuddets generelle karakter og på, at de øvrige ejerbeføjelser, fx retten til at sælge eller udleje ejendommen, var i behold. Heller ikke EMRK art. 8 om retten til privat- og familieliv fandtes overtrådt.

b. Foreningsfriheden

Foreningsfriheden er ikke blot en ret til at danne foreninger, men også en ret til at tilslutte sig sådanne eller – som det har manifesteret sig i nyere praksis – at undlade at tilslutte sig sådanne.

Foreningsbegrebet i relation til art. 11 er et autonomt EMRK-retligt begreb. En stat kan således ikke gennem sin retlige klassifikation smyge sig udenom sine forpligtelser efter art. 11.

Foreninger har en betydelig rolle at spille, også i forhold til det offentlige. De kan i form af politiske foreninger spille en betydelig rolle i den politiske proces, uanset om staten i sin forfatning omtaler begrebet politiske partier eller ej. I den danske Grl. er de politiske partier uomtalt, bortset fra den indirekte betydning af foreningsfriheden i Grl. § 78, men adskillige lande har forfatningssikret nogle grundrettigheder (forenings- og ytringsfriheden) og pligter (til demokratisk opbygning m.v.) for de politiske partier, jf. fx tysk art. 21 GG: “Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. Ihre Gründung ist frei. Ihre innere Ordnung muss demokratischen Grundsätzen entsprechen. ...”

Også i øvrigt spiller foreninger en stor rolle i den politiske debat, herunder i form af miljøorganisationer. I erkendelse af disse foreningers reelle betydning og repræsentationsgrundlag er nogle af dem i dansk miljøret tillagt visse partsbeføjelser, jf. miljøbeskyttelseslovens § 99. Også i domstolspraksis er de tillagt

søgsmålsret, jf. *UfR 1994.780 Ø* om Greenpeace’s søgsmålsret efter VVM-direktivet i relation til byggeriet af Øresundsbroen. Inden for miljøområdet er der tillagt miljøorganisationer aktindsigt i procesretten, skønt denne ellers i Danmark præges af en udpræget mangel på dokumentoffentlighed. I 2000 er bestemmelsen i rpl. § 41 således justeret, så kravet om retlig interesse som betingelse for indsigt i retsbogen m.v. ikke gælder i visse miløsager, idet den såkaldte Århuskonvention her kræver en udvidet offentlig aktindsigt.

Beskyttelsen efter art. 11 omfatter både religiøse, ideologiske, økonomiske og politiske foreninger. Det er i sagens natur i ganske særlig grad politiske foreninger, dvs. politiske partier mv., der beskyttes, og det er herved fastslået af EMD, at undtagelserne i art. 11(2) skal fortolkes indskrænkende, særligt i relation til disse typer af foreninger, jf. dom af 30. januar 1997 i sagen *Tyrkiets kommunistparti mod Tyrkiet*, hvor EMD fandt art. 11 krænket som følge af den tyrkiske forfatningsdomstols beslutning i juli 1990 om, at det tyrkiske kommunistparti skulle opløses. EMD påpegede overordnet, at art. 11 må ses i sammenhæng med ytringsfriheden i art. 10, idet værnet om ytringsfriheden er et af formålene med at beskytte foreningsfriheden i art. 11. Undtagelserne i art. 11(2) må fortolkes indskrænkende. Kun tvingende grunde kan retfærdiggøre indskrænkninger i politiske partiers foreningsfrihed. For det første var partiet opløst, fordi det havde brugt ordet “kommunist” i partinavnet, men EMD fandt, at et politisk partis valg af navn ikke kan retfærdiggøre så drastiske forholdsregler. Den anden grund til opløsningen var, at partiet søgte at fremme separatisme og deling af den tyrkiske stat i en kurdisk og tyrkisk nation, men EMD påpegede her, at muligheden for at løse et lands problemer gennem dialog uden vold er et grundlæggende kendetegn ved et demokratisk samfund, og man kan ikke forbyde en politisk gruppering,

blot fordi den søger at skabe offentlig debat om situationen for en del af befolkningen. Ej heller hensynet til terroristbekæmpelse kunne danne grundlag for indgrebet. I mangel af politisk aktivitet kunne partiet ikke være ansvarlig for terroristproblemerne i Tyrkiet.

EMD's konklusion var derfor, at beslutningen om at opløse partiet og forbyde dets ledere at udøve andre politiske hverv var et uforholdsmæssigt indgreb, som ikke var nødvendigt i et demokratisk samfund, og EMD's plenum kom derfor enstemmigt frem til, at art. 11 var krænkert. Det var herefter ikke nødvendigt at tage stilling til et anbringende om, at også ejendomsretten var krænkert, jf. P1 art. 1, i forbindelse med den stedfundne konfiskation af partiets ejendele. Der var krævet erstatning og godtgørelse for ikke-økonomisk tab, jf. art. 41, men EMD fandt, at konstateringen af EMRK-krænkelsen udgjorde tilstrækkelig kompensation, men de to partiledere, der formelt stod som klager, fik tilkendt sagsomkostninger.

Spørgsmålet om, hvornår et politisk parti kan forbydes, er nærmere uddybet i *Yazar, Karatas, Aksoy & Folkets Arbejderparti mod Tyrkiet*, dom af 9. april 2002, der fandt art. 11 krænkert i forbindelse med, at den tyrkiske forfatningsdomstol havde opløst et politisk parti i Tyrkiet. Staten må finde sig i, at et politisk parti virker med henblik på at ændre samfundets lovgivning eller strukturer, forudsat at de anvendte midler er lovlige og demokratiske, og den foreslåede forandring (dvs. det, der ønskes ændret til) i sig selv er forenelig med de grundlæggende principper for et demokrati. Men partiets mål og/eller midler kan være i strid med EMRK, og i så fald kan partiet forbydes, hvilket dog ikke var tilfældet i den konkrete sag. Midlet kan være ulovligt, hvis de ansvarlige for partiet tilskynder til anvendelse af voldshandlinger. Målet kan være ulovligt, hvis partiet foreslår et politisk system, der ikke respekterer én eller flere af demokratiets regler, eller som tager sigte på at

ødelægge disse, fx fornægtelse af anerkendte rettigheder og friheder. I disse tilfælde kan partiet ikke gøre krav på beskyttelse under EMRK.

Også på området for fagforeninger har art. 11 et meget centralt beskyttelsesområde. Dette gælder både retten til at oprette og retten til at tilslutte sig fagforeninger, jf. den udtrykkelige påmindelse herom i art. 11(1). Det er således i flere domme påpeget, at fagforeningsfriheden er et aspekt af foreningsfriheden, men art. 11 omfatter ikke en udtrykkelig ret til at strejke, og heller ikke nogen pligt for en arbejdsgiver til at indgå kollektive overenskomster, jf. EMD's udtalelse i *UNISON mod Storbritannien*, dom af 10. januar 2002. I UNISON-sagen havde en fagforening varslet strejke mod universitetshospitalet i London pga. dets planer om udlicitering af en række opgaver til private firmaer. Efter anmodning fra hospitalet nedlagde High Court forbud mod strejken, og dette forbud fandtes ikke stridende mod EMRK art. 11. EMD fandt strejkeforbuddet proportionalt og henviste herved blandt andet til, at det enkelte fagforeningsmedlem kunne gå til domstolene i tilfælde af uberettiget afskedigelse. Hvis den klagende fagforenings medlemmer blev forflyttet som et led i udliciteringen, kunne klageren fortsat handle på deres vegne som en anerkendt fagforening og forhandle med den nye arbejdsgiver i det eksisterende kollektive forhandlingssystem. Staten havde ikke overskredet den skønsmargin, der var overladt til den ved fastsættelse af regler for fagforeningers handlinger. Forbuddet mod klagerens adgang til at strejke var en proportional foranstaltning, der var nødvendig i et demokratisk samfund for at beskytte andres rettigheder, nemlig hospitalets. Fagforeningens klage afvistes derfor af EMD som åbenbart grundløs.

National lovgivning må ikke tillade, at en arbejdsgiver gennem forskellige former for begunstigelse prøver at lokke sine ansatte bort fra fagforeningerne, jf. *Wil-*

son m.fl. mod Storbritannien, dom af 2. juli 2002, hvor det udgjorde en krænkelse af fagforeningers og deres medlemmers ret til foreningsfrihed i henhold til art. 11, at det efter britisk lovgivning var tilladt for arbejdsgiveren at tilbyde medarbejderne lønmæssige fordele med henblik på at overtale dem til at give afkald på en række væsentlige rettigheder, som medlemskabet af fagforeningen ellers skulle give dem, fx retten til at lade sig repræsentere af fagforeningen ved lønforhandling.

Det har vist sig, at art. 11 også beskytter retten til at undlade at være medlem af en (fag)forening, dvs. den negative foreningsfrihed, jf. dom af 13. august 1981 i *British Rail* om de tre britiske jernbanefunktionærer *Young, James og Webster*, der var ansat ved de britiske jernbaner. Efter at de tre var blevet ansat, indgik British Rail overenskomster med nogle fagforeninger, og i overenskomsterne hed det blandt andet, at medlemskab af en af disse fagforeninger var en betingelse for ansættelse ved jernbanerne. Der forelå således en eksklusivaftale. Da de tre ikke ville være medlemmer af nogen af de tre fagforeninger, blev de afskediget. EMD fandt, at der var handlet i strid med art. 11. Der blev herved lagt vægt på, at afskedigelse – med tab af funktionærens eksistensgrundlag til følge – var en særlig form for tvang, der ramte selve kernen af den frihed, som er garanteret i art. 11. EMD's flertal fandt, at i hvert fald sanktionen – afskedigelse – indebar en krænkelse af art. 11, men mindretallet ville gå endnu videre, idet de fandt, at selve kravet om indmeldelse i fagforening i en situation, hvor funktionærerne allerede var ansat, indebar en krænkelse af art. 11.

Dommen i *British Rail* er fulgt op i senere praksis fra EMD. Ved dom af 30. juni 1993 i *Sigurjónsson mod Island* statueredes det, at Island havde handlet i strid med art. 11 ved at foreskrive, at der var tvungent medlemskab af taxa-organisationen "Frami" som betingelse for at få hyrevognsbevilling. Sigurjónsson havde oprindelig

været medlem, men havde senere meldt sig ud, og han fik medhold ved Islands Højesteret i, at udmeldelsen var berettiget, men Altinget vedtog en ny lov, som gav tilstrækkelig hjemmel til pligtigt medlemskab. EMD var ikke enig med den islandske regering i, at art. 11 er uanvendelig på den type organisationer, Frami repræsenterer. Organisationen havde fuld autonomi med hensyn til formål og organisatoriske og processuelle spørgsmål, og Frami's formål var at varetage medlemmernes interesser i forskellige sammenhæng. Endvidere anførte EMD, at foreningsfriheden har fundet øget tilslutning på internationalt plan, og at EMRK er et "dynamisk regelværk", som må fortolkes i lyset af de til enhver tid gældende forhold. Den form for tvangsmedlemskab, som Sigurjónsson var udsat for, måtte derfor anses for at være et indgreb i hans rettigheder efter art. 11. EMD forkastede, at indgrebet var nødvendigt i et demokratisk samfund, jf. art. 11(2). Et sådant obligatorisk medlemskab som det omtalte var usædvanligt i EMRK-staterne, og de funktioner, der var tillagt Frami, kunne være varetaget på anden måde. Indgrebet var på den baggrund ikke tilstrækkeligt nødvendigt.

Det fremhæves specielt i præmis 36, at der ikke kunne lægges afgørende vægt på, at Sigurjónsson indvilgede i medlemskab af Frami som en betingelse for at opnå bevillingen. Han var under et sådant pres, at dette forhold ikke i sig selv var afgørende.

Endelig har dommen nær sammenhæng med beskyttelsen af ytringsfriheden, jf. art. 10. Forholdet var nemlig det, at Sigurjónsson ikke kunne forlige sig med den politik, som Frami førte, og derfor meldte sig ud, efter at der var øvet et vist tryk på ham i anledning af, at han udøvede sin ytringsfrihed (med hensyn til antallet af taxier m.v.). Der er det perspektiv i at fremhæve dette forhold om relationen til ytringsfriheden, at den person, der ikke ønsker medlemskab af fagforening eller af en bestemt fagforening, kan tænkes at være fundamentalt

uenig i dennes linje på en række punkter, og at opstilling af medlemskab som betingelse for at opnå arbejde derfor indirekte udgør et vist indgreb i menings- og ytringsfriheden, som må betegnes som nogle af de mest fundamentale grundrettigheder i EMRK.

At art. 11 også finder anvendelse i relationen til en privat arbejdsgiver, støttes af EMD's afgørelse af 25. april 1996 i *Gustafsson mod Sverige*, der nærmest må betegnes som en svensk pendant til den her i landet for nogle år siden meget omtalte sag om restaurant *la Cabana*, hvis ejer ikke ville indgå overenskomst med et fagforbund. Den svenske restaurationsejer Torgny Gustafsson ville hverken (1) indtræde i en arbejdsgiverforening og dermed de mellem forbundene indgåede kollektive overenskomster eller (2) indgå en "hængavtal" med det relevante fagforbund, hvorved hovedpunkterne af den gældende kollektive overenskomst blev gældende for ham med individuelle tilføjelser. Han blev herefter udsat for blokade gennem så lang tid, at han til sidst opgav og solgte restauranten. Han klagede til *Regeringsrätten* over, at de svenske myndigheder efter hans mening ikke havde gjort nok for at beskytte ham mod virkningerne af blokaden, men fik ikke medhold.

EMD fandt med 11 stemmer mod 8, at art. 11 var anvendelig i en situation som den foreliggende, men med 12 stemmer mod 7 fandt EMD, at art. 11 ikke konkret var krænket. Hvad spørgsmålet om artikel 11's anvendelighed angår, lagde EMD vægt på det pres, der blev lagt på Gustafsson, for at få ham til enten at indtræde i en arbejdsgiverforening eller underskrive en "hængavtal" med fagforbundet. I et vist omfang fandt EMD, at dette pres var egnet til at påvirke hans foreningsfrihed, og art. 11 var derfor anvendelig.

Hvad derimod angår spørgsmålet om, hvorvidt art. 11 konkret var krænket, lagde EMD vægt på, at Gustafsson havde to muligheder, hvoraf kun den ene indebar indtræden i en arbejdsgiverforening. Selv om den anden

mulighed, underskrivelse af en "hængavtal", medførte, at han grundlæggende måtte tage den kollektive overenskomst, således som den forelå, var der dog også den fordel herved, at der i en "hængavtal" kunne indføjedes individuelle bestemmelser, der var skræddersyet til hans situation. EMD – der herved tydeligvis var under et vist indtryk af den svenske regerings argumentation om, at systemet med kollektive overenskomster havde over 60 år bag sig i Sverige, og at det i nogen grad havde medvirket til udviklingen af det svenske velfærdssamfund – understregede herved, at art. 11 godt kan finde anvendelse i relation til et kollektivt forhandlingssystem, med kun hvor dette har sammenhæng med foreningsfriheden. Der blev herved konkret henvist i præmisserne til det forhold, at Gustafsson ikke havde dokumenteret sit anbringende om, at han gav sine medarbejdere bedre vilkår, end hvad der fulgte af den kollektive overenskomst, som forbundet ville have ham til at underskrive. Idet der endelig henvistes til statens skønsmargin, der som bekendt i en række henseender kan få stor betydning under EMRK, fandt EMD som nævnt ikke, at art. 11 konkret var krænket.

Om negativ foreningsfrihed, dvs. om foreneligheden med art. 11 af eksklusivklausuler, se nærmere *Erik Werlauff* i J 1997 s. 362 ff, *Caroline Heide-Jørgensen* i UfR 2001 B s. 266 ff og UfR 2002 B s. 160 ff samt *Jonas Christoffersen* i UfR 2001 B s. 446 ff og UfR 2002 B s. 276 ff. Herhjemme blev der taget stilling til spørgsmålet ved *UfR 1999.1316 H* (= ND 2000.288 H) og *UfR 1999.1496 H*, der med meget korte begrundelser finder, at art. 11 ikke kan være til hinder for eksklusivklausuler, som lønmodtageren kendte og underskrev ved sin ansættelse, jf. den udtrykkelige undtagelse herom i den danske lov om foreningsfrihed, som blev udstedt i konsekvens af British Rail. Højesteret gik således ud fra, at der gyldigt kan gives forhåndsafkald på beskyttelsen efter art. 11. Den ene af disse sager blev indbragt

for EMD, og den blev i april 2003 antaget til realitetsbehandling. Den 11. januar 2006 afsagde EMD så omsider dom i *Sørensen & Rasmussen mod Danmark*. I en ganske principielt formuleret dom, afsagt af et storkammer (dvs. inappellabel) og med dommerstemmerne 12-5, gav EMD de to sagsøgere medhold i, at eksklusivklausuler er i strid med EMRK art. 11, også selv om man har tiltrådt klausulen ved sin ansættelse. Der lagdes, ligesom i Sigurjónsson, vægt på art. 11's sammenhæng med ytringsfriheden, og specielt blev det tillagt vægt af flertallet, at Danmark og Island efterhånden stod alene med deres accept af eksklusivklausuler. Både dommen og væsentlige dele af dens præmisser faldt ud som forudsagt af *Erik Werlauff* i J 1997 s. 362 ff. Se i øvrigt til spørgsmålet fra dansk praksis *UfR 1986.898 H* (HT-sagen), *UfR 1992.469 H* (Max Blicher Hansen) og *UfR 1992.555 Ø* (hundeførere i et vagtselskab). Også *UfR 2000.1728 H* anerkender gyldigheden af en eksklusivklausul.

Negativ foreningsfrihed trives ikke blot i fag-, men også i brancheforeninger mv. Mens pligten for advokater i Danmark til medlemskab af Advokatsamfundet kan forsvares med de mange offentlige opgaver, er det mere problematisk med eksklusivklausulerne inden for sundhedssektoren, dvs. lægers og speciallægers brancheorganisationer, jf. *Caroline Heide-Jørgensen* i *UfR 2001 B* s. 266 ff. Spørgsmålet om grundrettighedernes betydning for det kollektive overenskomsts system i Danmark er nærmere analyseret af *Torben Rønsted* i *Justitia 2001* nr. 6, som generelt finder, at den individuelle beskyttelse på arbejdsmarkedsområdet i Danmark er blevet utilstrækkelig. *Bet. nr. 1419/2002* om eksklusivbestemmelser antager, at sådanne ikke er ulovlige efter EMRK, men anbefaler dog et lovmæssigt forbud mod dem.

Den negative foreningsfrihed er i nyere praksis fra EMD bekræftet også i anden sammenhæng end den

fagpolitiske, jf. dom af 29. april 1999 i *Chassagnou mfl. mod Frankrig*, hvor både P1 art. 1 om ejendomsretten, og art. 11 om foreningsfriheden fandtes krænkede. I en lov fra 1964 foreskrev Frankrig, at ejendomme under en vis størrelse skulle stilles til rådighed for fælleskommunale jagtforeninger med henblik på at organisere en fælles jagt på jordene. Jordbesiddere, hvis ejendomme var under visse arealgrænser, var pligtige at være medlemmer af sådanne foreninger, og som følge af foreningsmedlemsskabet skulle deres jorde indgå i fælleskommunale jagtområder, inden for hvilke alle foreningens medlemmer havde jagtret. Chassagnou og de andre sagsøgere protesterede mod at blive tvangstilsluttet disse jagtforeninger. De gjorde gældende, at pligten til at stille jord til rådighed for jagt stred mod deres ejendomsret efter P1 art. 1. De fremførte, at de ikke selv ønskede at gå på jagt, idet de af etiske grunde var modstandere af jagt, og at de derfor heller ikke ønskede, at andre skulle jage på deres jord.

Hvad ejendomsretten angik, konstaterede EMD, at klagerens ret til at anvende deres ejendom var blevet indskrænket gennem de nævnte foranstaltninger, men at denne indskrænkning kunne anses for at tjene almenvellet, nemlig med henblik på at organisere jagtvirksomhed og pleje vildtbestanden. Imidlertid udgjorde den tvang, som klagerne i deres egenskab af små jordbesiddere underkastedes til at stille deres jorder til rådighed for tredjemands jagt i strid med deres egne moralske anskuelser, en uproportional indskrænkning af deres ret som jordejere, og denne indskrænkning gik videre, end hvad der var tilladt efter P1 art. 1(2). EMD fandt derfor med 12 stemmer mod 5, at der forelå en krænkelse.

EMD fandt samtidig, at der forelå krænkelse af art. 14 med forbuddet mod diskrimination. De jordbesiddere, der ejede større arealer, havde mulighed for at få deres ejendomme undtaget fra den fælles jagt, men de små markejere havde ikke denne mulighed. På dette

grundlag fandt EMD med 14 stemmer mod 3, at også art. 14 var krænkede.

Endelig tog EMD stilling til art. 11 om foreningsfriheden. Selv om jagtforeningerne var oprettet ved lov og ikke ved privatretlige aftaler, omfattedes de af art. 11. Pligten til at indgå i disse foreninger udgjorde et indgreb i den gennem art. 11 beskyttede negative foreningsfrihed. Indgrebet var hjemlet ved lov og kunne tillige anses for at tjene et legitimt formål som beskrevet i art. 11(2), men der var tale om en uproportional indskrænkning af foreningsfriheden, når personer på den nævnte måde blev tvunget ind i en forening og som følge heraf skulle stille deres jord til rådighed for en virksomhed, som stred mod deres personlige opfattelse. Med 12 dommerstemmer mod 5 fandt EMD derfor, at også art. 11 var krænkede.

Ydermere var indgrebet i foreningsfriheden diskriminerende og derfor tillige i strid med art. 14, idet sondringen mellem små og store jordbesiddere ikke havde nogen saglig grund. Med 16 stemmer mod 1 fandt EMD derfor også art. 14 krænkede i denne henseende. Se om dommen *Hans Danelius* i SvJT 1999 s. 762 f.

Der er en stigende opmærksomhed om art. 11's betydning for foreningsfriheden også i erhvervsmæssig sammenhæng, og det er i nyere litteratur fremført, at den selskabsretlige type- og organisationsfrihed i vidt omfang kan støttes på art. 11, jf. *Thilo Marauhn* i Rabels 1999 s. 538 ff om foreningsfriheden i erhvervsmæssig sammenhæng, herunder betydningen af art. 11 for den kollektive arbejdsret og for selskabsretten. Han finder, at foreningsfriheden ("koalitionsfriheden"), således som den udspringer af art. 11, har større betydning for den selskabsretlige frihed til at danne sammenslutninger, end man hidtil har været opmærksom på, selv om der endnu savnes afgørelser herom fra EMD.

5. Ret til frie valg

I nær sammenhæng med menings-, ytrings-, forsamlings- og foreningsfriheden, som er behandlet foran, står retten til frie valg. Den er sikret ved P1 art. 3, hvorefter staterne forpligter sig til at lade afholde frie, hemmelige valg med passende mellemrum under forhold, som sikrer folkets frie meningstilkendegivelse ved valget af medlemmer til den lovgivende forsamling.

Bestemmelsen har ikke blot betydning for selve afholdelsen af valget, men – måske mere praktisk – også for den almindelige deltagelse i valget.

Bestemmelsen gælder ikke blot nationale, herunder delstatslige, parlamentsvalg, men også valg til supranationale forsamlinger, særligt Europa-Parlamentet, jf. *Gibraltardommen*, dvs. EMD's dom af 18. februar 1999 i *Denise Matthews mod Storbritannien*. Her fik klageren medhold i, at det stred mod bestemmelsen, at de britiske valgregler udelukkede Gibraltarborgere fra valgret til Europa-Parlamentet, uanset at de fleste fællesskabsregler også gælder dér. EMD bemærkede, at EU-retsakter som sådanne ikke kan anfægtes ved EMD, eftersom EU ikke er part i EMRK. Alligevel kunne spørgsmålet påkendes, idet EMRK-bestemmelsen ikke som hævdet af Storbritannien kun gjaldt valg til nationale, men også til supranationale forsamlinger.

Retslitteraturen har med rette konstateret, at EMD efter sin restrukturering pr. 1. november 1998 hermed har placeret sig centralt i grundrettighedsbeskyttelsen, og at denne beskyttelse (set fra tysk hold) ikke "længere forsvinder i Bermudatrekanten mellem Karlsruhe [*BVerfG*], Luxembourg og Strasbourg", men at denne beskyttelse i hvert fald "senest kommer til syne i Strasbourg", jf. *Christofer Lenz* i EuZW 1999 s. 311 ff. Den dristighed, EMD herved har udvist, er med rette i litteraturen blevet udlagt således, at mens der tidligere var en *de facto* horisontal relation mellem EFD og EMD, er denne dimension nu snarere blevet vertikal, med

sidstnævnte som den “overordnede”, jf. *Iris Canor* i ELR 2000 s. 1 ff, som peger på det ønskelige i at skabe hjemmel til, at EU som sådan tilslutter sig EMRK, således at EMD kan blive den ultimative vogter, ikke blot over iagttagelsen af grundrettighedsbeskyttelsen, men også mod grundretligt set “strukturelle svagheder” i EU-systemet.

E. Økonomiske menneskerettigheder

1. Generelt

Det er først og fremmest de helt klassiske frihedsrettigheder, der er beskyttet ved selve EMRK, dvs. retten til liv og frihed, ytringsfrihed, forsamlings- og foreningsfrihed samt ret til retfærdig rettergang. Mindre udstrakt er – i hvert fald tilsyneladende – beskyttelsen af økonomiske rettigheder. Helt grundlæggende er siden 1994 ejendomsretten beskyttet ved P1 art. 1, hvorimod erhvervsfriheden m.v. savner en direkte beskyttelse i EMRK.

Ejendomsrettens beskyttelse efter P1 art. 1 har været undervurderet i forhold til andre EMRK-frihedsrettigheder. Den har imidlertid i de senere år demonstreret sin dynamiske karakter, og den har på nogle områder overhalet nationale forfatningsbestemmelser. Den beskytter, som det vil ses af det følgende, mod uklare, vilkårlige eller retroaktive regler om skatter, afgifter og konfiskation og også i øvrigt mod sagligt ubegrundet økonomisk forskelsbehandling. Den bliver herved en kontrolbestemmelse vedrørende hjemmel, lighed og proportionalitet for regelsæt af økonomisk betydning for borgere og virksomheder. Den vil dermed kunne få betydning på økonomisk relaterede retsområder, hvor man næppe tidligere ville have forventet det, jf. *Erik Werlauff* i EU&M 2001 s. 208 ff (“Ejendomsbegreb og ejendomsindgreb – krav om hjemmel, forudsigelighed, lighed og proportionalitet efter EMRK”).

2. Ejendomsretten

Enhver fysisk eller juridisk person har ret til respekt for sin ejendom, siges det i programerklæringen i P1 art. 1, men ligesom det er tilfældet med Grl. § 73, der efter den indledende programerklæring om ejendomsrettens “ukrænkelighed”, koncentrerer sig om at definere, under hvilke betingelser man kan tilpligtes at “afstå” sin ejendom, gælder det også for EMRK-bestemmelsen, at dens kerneområde er at fastlægge, under hvilke omstændigheder man alligevel kan “berøves” sin ejendom.

Helt overordnet kan det siges, at EMRK ikke herved giver ejendomsretten nogen beskyttelse af større udstrækning end Grl. § 73. På enkelte punkter, fx i henseende til spørgsmålet om fuld erstatning, er dens beskyttelse måske mindre vidtgående. Men man må ikke undervurdere det forhold, at der gennem EMRK er sikret en “ekstern” håndhævelse af også denne frihedsrettighed. Dens betydning i national ret bliver derfor ikke nødvendigvis mindre af, at rettigheden ikke har en større intensitet end den nationale forfatningsbestemmelse.

Hertil kommer, at EMRK-bestemmelsen ikke blot lægger bånd på staterne, men også på EU, jf. art. 6 EU (ex F EU), hvorefter EU som nævnt respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved EMRK, og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten.

Endelig kommer det i betragtning, at EMRK-bestemmelsen på enkelte punkter yder en beskyttelse, som ikke genfindes i alle forfatningsretlige ordninger, heller ikke i Grl. § 73. For det første omfatter bestemmelsen ikke blot en beskyttelse mod ekspropriative indgreb, men også mod mindre indgreb i et formuegodt, fx i form af en lovbehaftet brugsret, jf. fx dom af 29. april 1999 i *Chassagnou m.fl. mod Frankrig*. For det andet yder bestemmelsen beskyttelse mod diskriminerende

administration af økonomiske regler, jf. fx dom af 16. september 1996 i *Gaygusuz mod Østrig*. For det tredje yder den beskyttelse mod uforudsigelige, vilkårlige og utilgængelige afgiftsregler m.v., jf. fx dom af 9. november 1999 i *Spacek s.r.o. mod Tjekkiet*. I hvert fald på disse punkter rækker EMRK-beskyttelsen videre end fx Grl. § 73, og den får herved – selv om der ikke er tale om et ekspropriativt indgreb, ja netop som betingelse for at anerkende indgrebet – snarere karakter af en form for kvalitets- og ikke-diskriminationskontrol af visse former for økonomisk lovgivning. De her nævnte domme omtales uddybende nedenfor.

a. Om begrebet ejendomsret

Af adskillige afgørelser fra EMD fremgår det, at ejendomsretsbegrebet i EMRK er et autonomt begreb. Begrebet ejendom – *possessions* – omfatter således mange forskellige former for rettigheder, ikke blot fast ejendom og løsøre, men også fx immaterielle rettigheder, retten til at oppebære en erstatning m.v. Dette blev endnu engang understreget i den nedenfor nævnte *Beyeler mod Italien*, dom af 5. januar 2000, om statens udøvelse af lovbestemt forkøbsret til et van Gogh-maleri. Også immaterielle rettigheder er omfattet af begrebet, jf. fx *UfR 1999.1621 SH*, hvor Sø- og Handelsretten inddrager EMRK ved vurderingen af, om en ny varemærkeregel fandt anvendelse på en verserende sag. Afgørelsen er således et eksempel på overvejelser om, hvorvidt der ville blive tale om et indgreb i en ret, der beskyttes af EMRK.

Ved den dom af 23. februar 1995 i *Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH mod Holland*, der omtales nærmere nedenfor, understregede EMD, at begrebet “ejendomsret” i art. 1 er et selvstændigt begreb, som ikke er begrænset til ejendomsretten til fysiske genstande. I sagen var der tale om det hollandske skattevæsens udlæg i erhvervsløsøre, som den hollandske

debitor havde købt under ejendomsforbehold af det tyske selskab Gasus, og dommen anerkender, at skattemyndighederne kunne foretage udlæg heri uden at respektere ejendomsforbeholdssælgerens tinglige ret, dvs. at en offentligretlig kreditor i modsætning til private kreditorer på rent objektivt grundlag kunne ekstingvere et ejendomsforbehold – men spørgsmålet afprøvedes altså efter EMRK, eftersom der var tale om et indgreb i “ejendomsretten”.

Som det omtales nedenfor, kan dommen tages som et eksempel på, at EMRK’s beskyttelse af ejendomsretten ikke er af stærk natur. Det spiller dog formentlig ind, at ejendomsforbeholdet i flere lande ikke har samme retlige styrke som en egentlig panteret. Tænker man sig således, at en panthavers ret kunne udslukkes på rent objektivt grundlag, er det næppe sikkert, at dommen var kommet til samme resultat. Man kan derfor sige, at ejendomsbegrebet efter EMRK ganske vist er af autonom beskaffenhed, men at det ikke nødvendigvis har samme retlige styrke i enhver sammenhæng. Statens skønsmargin tåles mere villigt, jo “svagere” en form for ejendomsret der er tale om.

Begrebet ejendom efter EMRK kan være et erstatningskrav, for hvilket den retsstiftende kendsgerning er indtrådt. Hvis der lovgives om erstatningsretlige spørgsmål med virkning for erstatningsudløsende begivenheder, der allerede er indtruffet, kan dette således indebære et indgreb i ejendomsretten, jf. dom af 20. november 1995 i *Pressos Compania Naviera S.A. mod Belgien* fandtes Belgien at have bestemmelsen ved i 1988 at udstede en lov, der med tilbagevirkende kraft fritog den belgiske stat for dens erstatningspligt for fejl, der blev begået af lodser. Der var tale om skade påført skibe som følge af lodsens uagtsomhed, og dagældende belgisk lov fra 1967 gjorde staten ansvarlig for lodsens uagtsomhed.

EMD fandt, at der forelå *possessions*, eftersom re-

derierne havde krav på erstatning i henhold til loven fra 1967 for allerede indtrådte skader. Belgien hævdede, at indgrebet var nødvendigt af økonomiske grunde, og EMD vurderede derfor indgrebets proportionalitet. Den lagde herved vægt på, at 1988-loven ganske enkelt udslettede rettigheder, som havde eksisteret i 30 år. EMD fandt derfor, at der ikke var proportionalitet mellem hensynet til staten og den belastning, det udgjorde for klagerne, at loven blev udstedt med tilbagevirkende kraft.

Den rettighed, der fremstår i kraft af en aftale, således som denne eventuelt skal fortolkes ved en voldgift, der er aftalt mellem parterne, udgør også *possessions* i EMRK's forstand, og et indgreb deri fx gennem lov vil derfor være udtryk for et konventionsstridigt indgreb i ejendomsretten, jf. dom af 9. december 1994 i *Stran Greek Refineries & Stratis Andreadis mod Grækenland*, hvor både ejendomsretten og retten til retfærdig rettergang efter art. 6 ansås krænket. Hr. Andreadis og hans selskab havde en aftale med den daværende militærregering i Grækenland om opførelse af et olieraffineri i nærheden af Athen, men da Grækenland blev et demokrati, ønskede staten at træde tilbage fra denne og andre af juntaens aftaler. Hr. Andreadis anlagde imidlertid voldgiftssag i henhold til kontrakten og fik faktisk voldgiftskendelse for, at staten skulle bære 70% af hans tab. Imidlertid indbragte staten sagen for domstolene, og mens sagen verserede her, vedtog det græske parlament en lov, som gjorde voldgiftsaftaler fra militærregeringens tid ugyldige. Herefter fastslog domstolene, at voldgiftskendelsen og ansvarsfordelingen deri var ugyldige. EMD fastslog, at krav om betaling som følge af en voldgiftskendelse er at anse som *civil rights* i art. 6's forstand, uafhængigt af hvad intern græsk ret foreskriver. Uanset at loven, der gjorde voldgiftsklausuler fra juntatiden ugyldige, var båret af demokratihensyn, var det i strid med retsstatsprincippet og kravet om retfær-

dig rettergang i art. 6 at gennemføre en sådan lov, mens sagen verserede ved domstolene. Også ejendomsretten var krænket, idet voldgiftskendelsen skulle have været opretholdt, og staten skulle have betalt i henhold til denne. Ved at bryde ind i dette gennem lov, mens sagen verserede for domstolene, og erklære voldgiftskendelsen ugyldig, blev balancen mellem offentlige interesser og hensynet til beskyttelse af ejendomsretten forrykket. Hr. Andreadis fik delvis erstatning for økonomisk tab samt tilkendt sagsomkostninger.

Retten til sociale ydelser kan udgøre ejendom i bestemmelsens forstand, jf. dom af 16. september 1996 i *Gaygusuz mod Østrig*, der omtales nærmere nedenfor under forbuddet mod diskriminering.

Også pensionsrettigheder og opfyldelsen af disse er udtryk for ejendom, jf. fx *Vasilopoulou mod Grækenland*, dom af 21. marts 2002, hvor både art. 6(1) og P1 art. 1 ansås krænket, fordi den græske stat gennem længere tid undlod at opfylde en dom, hvorved en dommerenke havde fået tilkendt ret til pension. Da dommen omsider blev opfyldt, skete det uden tillæg af renter, og der betaltes ikke kontant, men med statsobligationer. Endelig knyttede staten det uhjemlede vilkår til opfyldelsen af dommen, at enken skulle erklære, at hun ikke havde andre krav mod staten for den pågældende periode. I *Wessels-Bergervoet mod Holland*, dom af 4. juni 2002, ansås det at stride mod P1 art. 1, sammenholdt med diskriminationsbestemmelsen i EMRK art. 14, at en gift kvinde ikke kunne få de samme pensionsydelser, som en mand i en tilsvarende situation havde krav på. Se også *Willis mod Storbritannien*, dom af 11. juni 2002, hvor det udgjorde en krænkelse af P1 art. 1, sammenholdt med diskriminationsforbuddet i EMRK art. 14, at en enkemand ikke havde krav på samme ydelser, som en enke i samme situation ville have krav på.

Den, der kan påberåbe sig et indgreb i ejendomsretten, er den umiddelbart berettigede, dvs. den, som ejen-

domsretten tilkommer. Det følger heraf, at et selskabs aktionærer som hovedregel ikke kan påberåbe sig et indgreb i selskabets ejendomsret. Et sådant indgreb må i givet fald påberåbes af selskabet som sådant ved dettes kompetente organer, dvs. enten bestyrelsen, likvidator eller kurator, alt efter selskabets situation, jf. den tidligere nævnte dom af 24. oktober 1995 i *Agrotexim m.fl. mod Grækenland*, hvor EMD afviste en klage fra seks aktionærer i et selskab under likvidation. De mente, at deres ejendomsret var krænket gennem nogle ekspropriative skridt, der var foretaget over for selskabet, som var under insolvensbehandling. Når klagen ikke blev realitetsbehandlet af EMD, skyldtes det, at aktionærerne ikke klagede over en krænkelse af deres ret som aktionærer i selskabet, men over en krænkelse af selskabets ejendomsret. EMD fandt, at det var "hovedreglen, at selskabsmasken [!] ikke kunne løftes, og at fravigelse alene burde ske, når det var godtgjort, at selskabet ikke selv havde haft mulighed for at indgive klage over de påståede krænkelse". Uanset at selskabet var under insolvensbehandling, havde det – gennem likvidatorerne – haft mulighed for at indgive klage i relation til EMRK. Menneskerettighedskommissionen havde derimod lagt vægt på, at tvister om selskabets ejendomsret påvirker aktiernes værdi, og at dette måtte medføre, at aktionærerne var berettigede til at klage. Dansk ret ville i henseende til søgsmålsret som tidligere nævnt komme til et resultat svarende til EMD's vedrørende aktionærers afledede tab, jf. *UfR 1992.780 V*, hvor en aktionær ikke ansås at have søgsmålsret mod selskabets pengeinstitut for dettes uretmæssige disposition over selskabets bankkonto.

I *Konstantin m.fl. mod Grækenland*, dom af 23. november 2000, måtte EMD efterprøve, om kong Konstantins, hans søsters og hans fasters eksproprierede græske ejendomme var undergivet privat ejendomsret, eller om de alene besad ejendommene i deres egenskab

af medlemmer af kongehuset. EMD konstaterede, at i hvert fald en del af ejendommene var erhvervet af klagernes forfædre for private midler, og i relation til disse ejendomme var der derfor tale om ejendom, som beskyttes af P1 art. 1. Da der efter det endelige dekret ikke var ydet reel erstatning, var der ikke en rimelig balance mellem almene og private interesser, og P1 art. 1 var derfor krænket.

b. Erstatningsfri regulering contra ekspropriation

Efter programerklæringen i P1 art. 1(1) hedder det: "Ingen må berøves sin ejendom undtagen i samfundets interesse og i overensstemmelse med de betingelser, der er fastsat ved lov og følger af folkerettens almindelige principper". Heraf følger nogle overvejelser, der har mange lighedspunkter med dem, der kendes fra praksis og litteratur omkring Grl. § 73, dvs. i relation til spørgsmålene om, hvad der er "ejendom", og i særdeleshed hvornår man kan siges at "afstå" (EMRK: blive "berøvet") sin ejendom. Det er sondringen mellem ekspropriation og erstatningsfri regulering, der herved er i centrum, og mange af de kriterier, der herved kendes fra dansk forfatningsret, vil kunne genkendes i relation til EMRK-bestemmelsen.

Se fx fra dansk praksis *UfR 2001.1057 H* om "rockerborgene" og den særlige lovgivning, der gav politiet mulighed for at udstede forbud mod ophold m.v. i sådanne bygninger, når der herved kunne opstå fare for liv og helbred. Dommen efterprøver, om forbud i henhold til rockerloven indebar ekspropriation efter Grl. § 73 og/eller EMRK P1 art. 1. Dette blev besvaret benægtende. Der blev lagt vægt på forbuddets generelle karakter og på, at de øvrige ejerbeføjelser, fx retten til at sælge eller udleje ejendommen, var i behold. Heller ikke EMRK art. 8 om retten til privat- og familieliv fandtes overtrådt. Det var allerede ved *UfR 1999.1798 H* (= ND 2000.402 H) blevet lagt til grund, at loven ikke stred

mod GrL. § 79 om forsamlingsretten, idet Højesteret tilføjede: "... jf. herved også EMRK art. 11".

EMD har i flere afgørelser fremhævet kravet om en rimelig balance mellem ejerens og samfundets interesser, og i alle sager ved EMD om beskyttelse af ejendomsretten har det derfor drejet sig om at efterprøve, om denne balance har været til stede, og om indgrebet ydermere har været lovligt og ikke vilkårligt, jf. fx udtalelserne i *Beyeler mod Italien*, dom af 5. januar 2000, der omtales nærmere nedenfor.

At også EMRK – naturligvis – forudsætter, at der må reserveres et område for generel, erstatningsfri regulering, fremgår af art. 1(2), 1. pkt., der tillader staten at "håndhæve sådanne love, som den anser for nødvendige for at overvåge, at ejendomsretten udøves i overensstemmelse med almenhedens interesse ...".

I de britiske "sigøjnersager" fandtes det som nævnt hverken stridende mod art. 8 om retten til familieliv eller mod P1 art. 1 om ejendomsretten, at staten havde forbudt klagerne at opstille beboelsesvogne på deres mark, idet miljøhensyn mv. fandtes tilstrækkelige som begrundelse for indgrebene, jf. *Chapman mod Storbritannien*, *Coster mod Storbritannien*, *Beard mod Storbritannien*, *Lee mod Storbritannien* og *Jane Smith mod Storbritannien*, alle domme af 18. januar 2001. I nogle af sagerne forelå også forholdet til art. 14 om diskrimination til prøvelse, men heller ikke den ansås krænket.

Også en aktionærs ejendomsret til en forholdsmæssig andel af selskabsformuen er begribeligvis beskyttet af EMRK-bestemmelsen. I retslitteraturen har det været overvejet, hvorvidt det kan tænkes at være udtryk for en erstatningsudløsende ekspropriation, såfremt EU gennem en indførelse af udkastet til 5. selskabsdirektiv (strukturdirektivet) i dets nuværende skikkelse ændrer på forholdet mellem A- og B-aktier også med virkning for eksisterende selskaber (særligt således, at nogle A-aktier må ændres til B-aktier for at opfylde

direktivets forventede krav om, at højst 50% af den samlede selskabskapital er B-aktier med reduceret eller udelukket stemmevægt). *Bernhard Gomard* har i denne forbindelse i R&R 1993 nr. 1 side 8 ff, behandlet spørgsmålet, hvorvidt en direktivændring af den nævnte beskaffenhed vil indebære en sådan overflytning af værdier fra A- til B-aktionærer, at der er tale om et ekspropriativt indgreb, som nyder beskyttelse i medfør af EMRK-bestemmelsen. Han synes at have nogen sympati for en bekræftende besvarelse, idet han påpeger, at overførelse af værdier fra én borger til en anden, således som der her muligt kan blive tale om, er et indgreb af en anden og mere indgribende karakter end fx. pristop, huslejestop m.v. Gomard har uddybet det nævnte standpunkt i "Festskrift til Bertil Bengtsson" s. 141 ff, hvor han anfører, at ejendomsretten ganske vist ikke er beskyttet mod enhver forringelse, men at de mange domme fra EFD, der har udtalt dette, snarere angår almindelige begrænsninger i ejendomsrettens indhold af hensyn til offentlige eller almene interesser – ikke overførsel af værdier fra én gruppe borgere til en anden. Samtidig påpeger Gomard, at en overgangsregel, som begrænser virkningen af 5. direktiv til kun at angå nye selskaber eller nye aktieemissioner, ville kunne afparere spørgsmålet.

Den tyske lovgivningsmagt har fundet en rimelig løsning på problemet med vederlag for mistede privilegier ved omfordeling eller udjævning af aktieklassers stemmerettigheder. Der skal i alle tilfælde, hvor A-aktier mister deres stemmeprivilegier, ydes en rimelig godtgørelse. Denne kan i praksis tænkes at være 10-15% af værdien, svarende til den merværdi, markedet sætter på stemmetunge aktier, jf. *Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich*, omtalt af *Thomas Weincke & Christian Hassel* i R&R 1999 nr. 2 s. 33 ff. Gennem disse godtgørelsesregler har Tyskland utvivlsomt fundet en løsning, der ikke kan kritiseres

efter EMRK. Det oprindelige lovforslag opererede ikke med en godtgørelse, men retslitteraturen påpegede, at en omfordeling af stemmeretten kan være udtryk for et ekspropriativt indgreb i hvert fald i tilfælde, hvor der gennem den hidtidige kursdannelse har manifesteret sig klare værdiforskelle mellem A- og B-aktier, eller hvor kontrollen over et (unoteret) selskab har været opretholdt gennem A-aktier, der nu gennem lovindgrebet mister deres majoritetsposition, jf. *Winfried Kluth* i ZIP 1997 s. 1217 ff og *Ingo Saenger* i ZIP 1997 s. 1813 ff.

Den rolle, som ejendomsbeskyttelsen efter EMRK vil kunne spille, kan illustreres med endnu et eksempel fra erhvervsretten. Ved fusion mellem selskaber skal "særlige rettighedshavere" i det ophørende selskab have mindst samme rettigheder i det fortsættende selskab, som de havde i det ophørende, jf. art. 15 i fusionsdirektivet, 3. selskabsdirektiv. Denne direktivbestemmelse er ikke direkte gentaget i dansk selskabslovgivning, men kan meget tænkeligt indfortolkes i det almindelige princip om civilretlig universalsuccession ved fusion mellem selskaber. Da en kriseramte fynsk bank skulle indfusioneres i en større bank, opdagede ejerne af nogle gamle tegningsretter (warrants) i den ophørende bank, at pligten til at respektere disse "særlige rettigheder" ikke agtedes overtaget af den fortsættende bank, angiveligt fordi de reelt nok var værdiløse, uanset at aktionærerne i den ophørende bank faktisk fik et vederlag for deres aktier. En ejer af sådanne tegningsretter anlagde nu sag mod bankerne med påstand om en forholdsmæssig tegningsret i den fortsættende bank, svarende til den, han havde haft i den ophørende. Der kunne være stillet præjudicielle spørgsmål til EFD, først om direktivbestemmelsens fortolkning, dernæst om dens eventuelle direkte virkning (umiddelbare anvendelighed) på det horisontale plan mellem rettighedshaver og selskab, og endelig om statens eventuelle erstatningspligt i tilfælde af, at direkte virkning eventuelt ikke kunne statueres.

Tænker man sig, at tegningsrettighedernes ejer havde ret i, at den fortsættende bank ifølge direktivbestemmelsen skulle respektere tegningsretten, men at der ikke var danske lovbestemmelser mv., hvori direktivbestemmelsen kunne indfortolkes og dermed få virkning i det horisontale retsforhold mellem sagens parter, ville det spørgsmål naturligt opstå, om der var grundlag for erstatning fra den danske stat for forsømmelsen. Fællesskabsrettens kriterium for erstatningsansvar hos en stat er som bekendt, at der skal foreligge en "kvalificeret" overtrædelse af fællesskabsretten, og der er således ikke på objektivet grundlag et krav mod staten. Her ville EMRK P1 art. 1 imidlertid kunne komme ind i billedet som et supplerende retsgrundlag for erstatning til den krænkede rettighedshaver, idet hans værdier i kraft af det nævnte "hul" i lovgivningen reelt blev overført til selskabets ejere, når hans tegningsretter således faldt bort. Det krav, EMRK herved ville give den krænkede rettighedshaver, ville ikke forudsætte, at der kunne påvises en kvalificeret overtrædelse af fællesskabsretten, eftersom kravet på erstatning pga. en ejendomskrænkelser efter EMRK må afgøres på et objektivet grundlag. Sagen fik en lykkelig slutning for ejeren af tegningsretterne, idet den danske domstol klogeligt valgte at indfortolke hans ret i det almindelige princip om universalsuccession, jf. princippet i *Marleasingdommen*. Se *Rudkøbing rets dom af 9. juni 1993*, omtalt af *Erik Werlauff*: EU-selskabsret, kapitel 2.

Sagsforløbet er således et eksempel på, at en krænkelse af økonomiske rettigheder kan imødegås på flere retlige niveauer, der alle kan kombineres under samme sag – forudsat parterne, advokaterne og dommerne mestrer disse regelsæt og kombinationen af dem.

I den allerede omtalte *Konstantin m.fl. mod Grækenland*, dom af 23. november 2000, var der ikke en rimelig balance mellem almene og private interesser,

idet Konstantin og hans familie ikke havde modtaget nogen erstatning, og P1 art. 1 var derfor krænkert.

c. Legalitetsprincippet

Tilføjelsen om, at betingelserne skal være “fastsat ved lov”, er dog ikke som efter Grl. § 73 et krav om hjemmel i formel lov, men et krav om faste kriterier i national ret for afståelsen. Der kan herved henvises til de legalitetsbetragtninger, der anførtes i fremstillingens almindelige del.

Henvisningen til “folkerettens almindelige principper” skyldes den langvarige folkeretlige praksis og teori, der findes om betingelserne for en stats mulighed for at ekspropriere fx udlændinges ejendom i den pågældende stat mod erstatning, og det er i sagens natur kravet om fuld erstatning, der herved er i centrum – stadig under forudsætning af, at der foreligger et ekspropriativt indgreb i modsætning til en mere generel, erstatningsfri regulering af udøvelsen af ejendomsretten.

Kravet om, at indgrebet skal være “fastsat ved lov”, indebærer, at der skal være tale om forudsigelige og tilgængelige regler eller principper, og at ekspropriation m.v. således ikke må foregå på en tilfældig, uforudsigelig eller “utilgængelig” måde.

I *Hentrich mod Frankrig*, dom af 22. september 1994, statueredes det således, at Frankrig havde overtrådt bestemmelsen i forbindelse med håndhævelsen af nogle regler om kommunal forkøbsret til ejendomme, som det offentlige mente blev solgt for lavt i forhold til den virkelige værdi. Ved at udøve forkøbsretten eller true hermed skulle man kunne imødegå, at parterne i en ejendomshandel undgår at betale omsætningsskat ved at fastsætte en officiel pris, som er lavere end den reelle pris. I ægteparret Hentrichs sag besluttede skattemyndighederne at udøve deres forkøbsret til den mellem parterne aftalte købesum + 10%, men de ønskede dette domstolsprøvet. EMD statuerede, at fremgangsmåden

var i strid med P1 art. 1, og også at den efterfølgende, meget summariske domstolsprøvelse af deres sag havde været i strid med art. 6(1)-(2).

Udnyttelsen af forkøbsretten var sket på en tilfældig og uforudsigelig måde, og ægteparret havde ikke haft mulighed for at få en begrundelse for skattemyndighedernes opfattelse af, at købsprisen var for lav. De havde derfor været ude af stand til at argumentere relevant under retssagen. Udnyttelsen af forkøbsretten var i den foreliggende situation ikke proportional i forhold til det mål, der ønskedes nået med reglerne, og den efterfølgende domstolsprøvelse havde været alt for summarisk, idet både byretten og appelretten havde afskåret ægtefællerne fra at føre bevis for, at den pris, som de havde betalt for ejendommen, svarede til markedsværdien. Frankrig skulle betale erstatning for ægtefællernes økonomiske tab, men da opgørelsen heraf ikke kunne afklares på baggrund af de foreliggende oplysninger, skulle dette spørgsmål udskydes til senere.

Særligt spørgsmålet om reglernes “tilgængelighed” kom til prøvelse i dom af 9. november 1999 i *Spacek s.r.o. mod Tjekkiet*, hvor nogle supplerende skatteretlige forskrifter om selskabers regnskabsførelse og skattegrundlag ikke var vedtaget i form af en formel lov og derfor ej heller offentliggjort i den tjekkiske lovtidende, men hvor forskrifterne var administrativt fastlagt og offentliggjort i et finanstidsskrift, der lå til eftersyn sammen med lovtidende. EMD fremhævede, at kravet om hjemmel i lov i art. 1 ikke skal forstås formelt, men substantielt, og efter en konkret prøvelse fandt EMD, at indgrebet havde tilstrækkelig hjemmel i lov og opfyldte kravene om tilgængelighed og forudsigelighed. Klagerens egenskab af en juridisk person, der i givet fald kunne og burde have indhentet ekspertvejledning, fremhæves i dommens præmisser som modsætning til en privatpersons stilling.

Kravet om, at indgreb i ejendomsretten skal ske på

grundlag af regler, der er tilgængelige, præcise og forudberegnelige, blev understreget i *Beyeler mod Italien*, dom af 5. januar 2000, hvor den italienske stat havde holdt det svævende i 5 år fra 1983 til 1988, om den ville udøve sin lovbestemte forkøbsret til van Gogh-maleriet "Portræt af en ung bonde". EMD fandt den italienske lovgivning uklar for så vidt angår fristerne for udøvelse af forkøbsretten, og dette understregedes af den vilkårlige måde, loven blev praktiseret på af myndighederne. EMD fremhævede herved behovet for, at offentlige myndigheder reagerer i tide og på en passende og konsekvent måde, når det drejer sig om varetagelse af almenvellet. Dels på dette område – og dels ved den alt for lave erstatning til maleriets ejer, jf. herom nedenfor – havde Italien derfor overtrådt P1 art. 1. En dissenterende dommer fandt ikke bestemmelsen krænk. Han lagde vægt på, at maleriets ejer havde skjult købet for myndighederne i en periode. Han fandt også, at flertallets fortolkning af art. 1 ville udvide dennes anvendelsesområde i forhold til EMD's hidtidige praksis.

d. Hvad indebærer begrebet at "berøves sin ejendom"?

På et enkelt punkt er EMRK's beskyttelse af ejendomsretten måske stærkere, end hvad flere forfatningsretlige systemer vil føre til, eftersom EMRK-bestemmelsen ikke blot opererer med begrebet "afståelse", men med det tilsyneladende noget værdiladede, men reelt formentlig bredere begreb "berøves" sin ejendom.

Det er i EMD's praksis statueret, at "berøvelse" kan omfatte forskellige former for indgreb, som ikke overfører ejendomsretten til staten eller andre, men blot i begrænset omfang stiller formuegodet til statens eller andres disposition. Ved den flere gange omtalte dom af 29. april 1999 i *Chassagnou m.fl. mod Frankrig* statuerede EMD således, at både P1 art. 1 om ejendomsretten, og art. 11 om foreningsfriheden var krænk. gennem

en lov, der tilpligtede klagerne at stille deres jorder til disposition for jagt i en form for "puljeordning". Hvad ejendomsretten angik, konstaterede EMD, at klagernes ret til at anvende deres ejendom var blevet indskrænket gennem de nævnte foranstaltninger, men at denne indskrænkning kunne anses for at tjene almenvellet, nemlig med henblik på at organisere jagtvirksomhed og pleje vildtbestanden. Imidlertid udgjorde den tvang, som klagerne i deres egenskab af små jordbesiddere underkastedes til at stille deres jorder til rådighed for tredjemands jagt i strid med deres egne moralske anskuelser, en uproportional indskrænkning af deres ret som jordejere, og denne indskrænkning gik videre, end hvad der var tilladt efter P1 art. 1(2). EMD fandt derfor med 12 stemmer mod 5, at der forelå en krænkelse. Se om dommen *Hans Danelius* i SvJT 1999 s. 762 f.

"Berøvelse" af ejendom kan ske gennem bevis- og bevisbyrderegler, der i realiteten vil få som slutresultat at fratage ejeren dennes ejendom. Dette kan få betydning i forholdet mellem det private som ejer og det offentlige som residualejer i mange landes retssystemer, jf. herhjemme allerede Jyske Lovs udsagn om, at [d]et, som ingen ejer, det ejer kongen". Se hertil dom af 9. december 1994 i *The holy monasteries mod Grækenland*, hvor det ved græsk lov var blevet bestemt, at store dele af en række græske klostres ejendomme skulle betragtes som statens ejendom, medmindre klostrene gennem en bevisførelse (hvis tema m.v. udtømmende var angivet i loven, og som ikke omfattede alle relevante situationer) beviste, at de var de rette ejere af de pågældende faste ejendomme. Også art. 6 var krænk. idet retten til at anlægge sag mod staten vedrørende den nærmere administration af de faste ejendomme, som klostrene fortsat ejede, ved lov blev overført fra det enkelte kloster til den græske kirke som sådan.

"Berøvelse" kan i sagens natur også ske gennem udøvelse af fx en lovbestemt forkøbsret, som det sås

i *Beyeler mod Italien*, dom af 5. januar 2000, om for Købsretten til van Gogh-maleriet.

“Berøvelse” kan ske på mere indirekte måde, fx ved at staten forsømmer at stille de fornødne tvangsmidler til ejerens rådighed, hvis andre uretmæssigt råder over hans ejendom. I sagen *A.O. mod Italien*, dom af 30. maj 2000, havde ejeren af en ejendom fået dom for, at en lejer skulle fraflytte, fordi lejeperioden var udløbet. Men dommen kunne reelt ikke eksekveres, eftersom lejeren nægtede at flytte frivilligt, og politiet som følge af mere presserende opgaver afslog at assistere fogedretten med at gennemføre en udsættelsesforretning. Gennem 6 år var udlejeren dermed afskåret fra at disponere over lejligheden og genudleje den. Dette udgjorde en overtrædelse af P1 art. 1, og der tilkendtes udlejeren 50 mio. lire i erstatning for mistede lejeindtægter og 6 mio. lire i godtgørelse for ikke-økonomisk skade (samt fuld dækning af sagsomkostninger). Tilsvarende afgørelse, hvor både P1 art. 1 og EMRK art. 6 ansås krænket, ses i *Palumbo mod Italien*, dom af 30. november 2000. Tilsvarende afgørelser er *Lunari mod Italien*, *Tangarelli mod Italien* og *P. M. mod Italien*, alle af 11. januar 2001.

Berøvelse kan endvidere ske gennem den måde, en tvangsauktion over klagerens ejendom gennemføres, fx hvor klageren ikke behørigt underrettes om den forestående auktion og derfor ikke har mulighed for at varetage sine interesser, jf. *Tsironis mod Grækenland*, dom af 6. december 2001, hvor en bank som kreditor havde gennemført tvangssalg af klagerens gartneri og drivhus uden at orientere ham, skønt han relativt let kunne nås. Både art. 6 og P1 art. 1 var herved krænket.

e. Skatter, afgifter, bøder, konfiskation m.v.

Endelig fremgår det af art. 1(2), i.f., at den tillader staten at “håndhæve sådanne love, som den anser for nødvendige ... for at sikre betaling af skatter, andre afgifter og bøder”.

Statens ret udstrækkes herved også til opkrævnings- og eventuelt udlægsfasen, og der indrømmes staten en betydelig skønsmargin i henseende til, hvordan den vil håndhæve sine love om skatteinddrivelse. Eksempel på en afgørelse, der unægtelig går meget vidt i så henseende, er EMD’s dom af 23. februar 1995 i *Gasus Dossier und Fördertechnik GmbH mod Holland*, der omtaltes ovenfor under selve ejendomsretsbegrebet. Her statuerede EMD, at Holland ikke havde krænket bestemmelsen ved at tillade skattemyndighederne at beslaglægge og sælge aktiver, som var behæftet med ejendomsforbehold. Der var tale om aktiver, som det tyske selskab Gasus havde solgt under ejendomsforbehold til en hollandsk erhvervsdrivende, og for dennes skatterestance blev der foretaget udlæg i aktiverne. Udlægget blev ikke foretaget “med respekt af tredjemands bedre ret”, således som det fx ville være sket i Danmark. Skattevæsenet fik således gennem sit udlæg en bedre ret, end andre udlægssøgende kreditorer ville have fået, idet skattevæsenet ikke skulle respektere ejendomsforbeholdet.

EMD udtalte, at art. 1(2) anerkender statens ret til at regulere udøvelsen af ejendomsretten i overensstemmelse med almene principper eller for at sikre betaling af skatter, afgifter m.v. Det var skattemyndighedernes ret til at foretage udlæg i alt indlagt løssøre hos debitor med karakter af driftsmateriel, uanset hvem løssøret måtte tilhøre, der havde medført, at der var sket indgreb i Gasus’ ejendomsret. Art. 1(2) skal, udtalte EMD, sikre en “rimelig balance” mellem den almene interesse og individets menneskerettigheder. EMD udtalte, at adgangen i hollandsk ret til at foretage udlæg i tredjemands aktiver under visse betingelser ikke i sig selv var udtryk for, at staten ikke havde ramt en “fair balance”.

Sondringen mellem en fuld og reel ejendomsret og på den anden side en sikkerhedsret, dvs. ejendomsforbeholdssælgerens tingligt sikrede ret til købesummen,

er ikke fælles hos staterne. Da ejendomsforbeholds-sælgerens interesse består i betaling af købesummen frem for i salgsgenstanden, fandt EMD, at en forskellig behandling af de enkelte former for ejendomsret og sikkerhedsret ligger inden for den skønsmargin, som må indrømmes staterne. Om denne forskelsbehandling kom til udtryk i en materiel eller i en processuel regulering, var af mindre betydning. EMD fremhævede, at der var tale om erhvervsforhold og følgelig om en vis risiko. Ved at forbeholde sig ejendomsretten havde Gasus opnået en betydelig sikkerhed i forhold til andre kreditorer. Hvis selskabet tillige ville have opnået beskyttelse mod skattevæsenet, skulle det have nægtet køberen (Atlas) kredit ved at forlange forudbetaling, bankgaranti eller forsikring.

Det var for EMD uden betydning, at Gasus ikke var ansvarlig for skatterestancen og heller ikke havde muligheder for at skaffe sig oplysninger om den. EMD fandt alt i alt, at indgrebet ikke havde været arbitrært, og der blev herved lagt vægt på, at et udlæg som det foreliggende kunne forlanges efterprøvet ved domstolene, således som det kræves i EMRK art. 6(1). Herefter fandt EMD med 6 stemmer mod 3, at der ikke var sket en krænkelse af EMRK.

Den citerede afgørelse om skattevæsenets ekstinktion af ejendomsforbeholdet er ikke nødvendigvis udtryk for den definitive retstilstand på området. Det er unægtelig en meget vidtgående fordel at give en offentligretlig kreditor, at der således på rent objektivt grundlag gives en ekstinktionsmulighed, som ikke tilkommer andre kreditorer, og dommen kan derfor tages som ét blandt flere eksempler på, at beskyttelsen af ejendomsretten efter EMRK i hvert fald hidtil ikke har været stærk af natur.

EMRK-beskyttelsen af ejendomsretten har et ganske vigtigt område, når det drejer sig om skatter og afgifter. Nedenfor er nævnt kravet om ikke-diskriminering, jf.

EMRK art. 14, men også kravet om forudsigelighed, fasthed og tilgængelig spiller her en selvstændig rolle. Dette indebærer, at der gennem EMRK kan ske en næsten kvalitetsmæssig prøvelse af statens skatte- og afgiftsregler, hvorved tillægsprotokol nr. 1, art. 1, fungerer som indgangsvinkel for prøvelsen. Selv om der således ikke er tale om ekspropriation, standser prøvelsen ikke her, idet det efterprøves om afgiften er pålagt på en måde, der respekterer både ikke-diskriminationskravet, og tillige på en forudsigelig og tilgængelig måde. På dette væsentlige punkt rækker beskyttelsen efter EMRK derfor videre end efter mange forfatningsretlige ordninger, herunder Grl. § 73. Bestemmelsen i EMRK bliver herved udtryk for nogle betingelser, som skal være opfyldt, for at et økonomisk indgreb over for en borger eller et selskab er retmæssigt. Se fx den allerede omtalte dom af 9. november 1999 i *Spacek s.r.o. mod Tjekkiet*, hvor nogle supplerende skatteretlige forskrifter om selskabers regnskabsførelse og skattegrundlag ikke var vedtaget i form af en formel lov og derfor ej heller offentliggjort i den tjekkiske lovtidende, men hvor forskrifterne var administrativt fastlagt og offentliggjort i et finanstidsskrift, der lå til eftersyn sammen med lovtidende. EMD fandt som nævnt efter en konkret prøvelse, at indgrebet havde tilstrækkelig hjemmel i lov og opfyldte kravene om tilgængelighed og forudsigelighed.

Straffeprocessuelle indgreb i form af bøder, sagsomkostninger, konfiskation m.v. gør ganske vist indgreb i ejendomsretten, men er som tungtvejende udgangspunkt ikke i strid med EMRK. Bestemmelsen nævner kun "bøder", men der må ikke sluttet modsætningsvis herfra, jf. den bredere formulering af art. 1(2)'s første del. Se hertil fx *Air Canada mod Storbritannien*, dom af 5. maj 1995, hvor det britiske toldvæsen havde beslået en flyvemaskine tilhørende Air Canada, fordi flyet havde været anvendt til transport af smuglergods.

Det var heller ikke i strid med bestemmelsen, at toldmyndighederne stillede krav om betaling af et pengebeløb som betingelse for udlevering af flyvemaskinen til flyselskabet. Det efterprøvedes ligeledes, om art. 6 var krænket i forbindelse med proceduren vedrørende flyvemaskinens beslaglæggelse, men dette var konkret ikke tilfældet.

Der er dog grænser for, hvor vidtgående indgreb i ejendomsretten der kan gøres over for den, der er uden skyld i den forbrydelse, der begrunder konfiskationen. Blandt andet må et proportionalitetskrav herved iagttages. Den danske strfl. § 76 har utvivlsomt herved fundet en rigtig balance. Udbyttet ved en forbrydelse kan konfiskeres hos enhver, som det er tilfaldet, jf. § 76, stk. 1, men genstande, der har været brugt ved en strafbar handling (fx det fly, der blev smuglet med, jf. Air Canada ovenfor), kan kun konfiskeres hos den, der er ansvarlig for lovovertrædelsen, og hos den, på hvis vegne den ansvarlige har handlet, jf. § 76, stk. 2, og kun under disse betingelser kan særligt sikrede rettigheder, fx panteret, bortfalde ved konfiskationen, jf. § 76, stk. 3. En konfiskation, der i meget videre omfang end dette lader konfiskation ramme den, der er uden skyld i forbrydelsen, må antages at være betænkelig i relation til EMRK.

Den konfiskation, der skal kunne stå for en prøvelse efter EMRK, skal dog selv være resultat af en lovlig handling fra det offentliges side. Hvis en konfiskation fx står i forbindelse med et EMRK-stridigt forbud mod en (politisk) forening, der samtidig opløses med konfiskation af foreningsformuen til følge, falder både forbuddet og indgrebet i ejendomsretten som følge af EMRK-krænkelsen, jf. den allerede omtalte dom af 30. januar 1997 i sagen *Tyrkiets kommunistparti mod Tyrkiet*, hvor EMD fandt art. 11 om foreningsfriheden krænket som følge af den tyrkiske forfatningsdomstols beslutning i juli 1990 om, at det

tyrkiske kommunistparti skulle opløses. Det var ikke nødvendigt at tage stilling til et anbringende om, at også ejendomsretten var krænket i forbindelse med konfiskation af partiets ejendele. Konfiskationen var en konsekvens af den EMRK-stridige opløsning af partiet og "faldt" derfor sammen med opløsningsbeslutningen.

f. Erstatning for ekspropriation

Et af de områder, hvor EMRK-bestemmelsen i konkrete tilfælde kan tænkes at yde en mindre vidtstrakt beskyttelse end nationale forfatningsregler, herunder fx Grl. § 73, er i spørgsmålet om erstatning. Der er ikke nødvendigvis gennem EMRK-bestemmelsen sikret "fuld erstatning" på samme måde som efter nationale forfatningsbestemmelser. Dette betyder dog ikke, at enhver værdiforskel mellem markedsværdi og ydet erstatning er irrelevant i forhold til P1 art. 1. Det betyder heller ikke, at EMRK-beskyttelsen altid vil have en mindre udstrækning end national forfatningsret. Også det modsatte kan, som det vil ses af nogle af nedenstående eksempler, være tilfældet.

I *Wiesinger mod Østrig*, dom af 30. oktober 1991, fandtes det fx ikke at have været i strid med bestemmelsen, at der ved en lovpligtig udskiftning af landbrugsjord blev tildelt ægtepar Wiesinger en noget mindre værdifuld landbrugsjord end den, de måtte give fra sig. EMD vurderede, om der var en rimelig balance mellem almenhedens interesser og beskyttelsen af individets fundamentale rettigheder. En midlertidig ulempe, der påføres et enkelt individ med hjemmel i lov, skal forsvares ud fra almenhedens interesser, forudsat ulempen ikke står i misforhold til det mål, der skal opnås (proportionalitetskravet). Der måtte indrømmes jordbrugsmyndighederne, som var tæt på de lokale forhold, en skønsmargin, og EMD kom med 8 stemmer mod 1 frem til, at indgrebet i Wiesingers ret til ejendom ikke kunne

anses for at stå i misforhold til almenhedens interesser i udskiftning af jord. Derimod var det i strid med art. 6(1), at hele sagens behandling havde været 9 år, blandt andet på grund af manglende koordinering mellem de forskellige myndigheder.

I den allerede omtalte *Beyeler mod Italien*, dom af 5. januar 2000, om forkøbsretten til van Gogh-maleriet blev statens forkøbsret i 1988 udøvet på grundlag af det beløb på 6 mio. lire, som klageren i 1977 gav for maleriet, skønt der fra et anerkendt museum var budt et langt højere beløb, \$ 2,1 mio., i 1983. EMD fandt, at myndighederne ved at fastsætte erstatningssummen til langt under markedsværdien i 1988 havde opnået en ugrundet berigelse. Dels dette forhold, og dels myndighedernes vilkårlige udøvelse af forkøbsretten, jf. ovenfor, medførte, at der ikke var en rimelig balance mellem ejerens og samfundets interesser, og P1 art. 1 var derfor overtrådt.

P1 art. 1 synes at blive anvendt stadigt dristigere af EMD, så kravet om erstatning nærmer sig, hvad vi fx kender fra GrI. § 73. Se fx *Piron mod Frankrig*, dom af 14. november 2000, hvor bestemmelsen ansås for at være krænket, fordi der ved ekspropriation af klagerens landbrugsjord gennem tvungent mageskifte med en anden jordlod var tildelt dem en jord, der efter en nærmere bedømmelse var mindre værdifuld end den, der var eksproprieret. Også art. 6 var krænket, idet retsagen om erstatningen varede ikke mindre end 26 år. Også *Yasar m.fl. mod Tyrkiet*, dom af 14. november 2000, er udtryk for en efterprøvelse af, om erstatningen er rimelig. Der var tilkendt klagerne erstatning for ekspropriation af deres landbrugsjord, og erstatningsbeløbet skulle forrentes med 30% p.a. Men da erstatningen med renterne først udbetaltes i 1996, 8 år efter ekspropriationen, havde inflationen på op til 94% p.a. spist en stor del af erstatningen op. Herved ansås P1 art. 1 for at være krænket. Tilsvarende krænkelser på omtrent

samme grundlag forelå i *Aktas m.fl. mod Tyrkiet*, dom af 30. januar 2001.

Også *Motais de Narbonne mod Frankrig*, dom af 2. juli 2002, er et udslag af, at EMRK-beskyttelsen dels fortolkes udvidende af EMD, dels at den i visse tilfælde giver en større beskyttelse, end national forfatningsret må antages at ville kunne gøre. De 7 klagende familiemedlemmers faste ejendom var blevet eksproprieret med henblik på opførelse af socialt boligbyggeri, og de havde da også modtaget en erstatning på knapt 2 mio. FF herfor. Endnu 19 år senere var der imidlertid ikke påbegyndt noget socialt byggeri på ejendommen. EMD fandt P1 art. 1 krænket, men det er vigtigt at bemærke, at der ikke heri ligger nogen efterprøvelse af selve øjemedet med ekspropriationen og heller ikke nogen kritik af, at staten valgte at holde en "jordreserve" i beredskab. Men i de mellemliggende 19 år var der ifølge klagerens oplysninger indtruffet betydelige værdistigninger på ejendommen, og staten modsagde ikke disse oplysninger. På dette grundlag fandt EMD, at familien Motais de Narbonne uretmæssigt var blevet berøvet en værdistigning, og at de dermed var blevet pålagt en urimelig byrde som følge af ekspropriationen.

g. Ikke-diskriminering

Beskyttelsen af ejendomsretten efter EMRK har måske sit stærkeste anvendelsesområde i de tilfælde, hvor diskrimineringsforbuddet i EMRK art. 14 kommer ind i billedet.

Når bestemmelsen om ejendomsretten anvendes i kombination med art. 14, fremgår det, at skatter, afgifter m.v. ikke må opkræves på en diskriminerende måde.

Også på andre områder end det afgiftsretlige kan ikke-diskrimineringsreglen komme ind i billedet og herved tilføre ejendomsretsbeskyttelsen en styrke, som den isoleret set ikke ville have haft. Herved fungerer diskrimineringsforbuddet som løftestang til beskyttelsen af

ejendomsretten – eller omvendt, jf. fx dom af 16. september 1996 i *Gaygusuz mod Østrig*, hvor den tyrkiske statsborger Gaygusuz, der boede i Østrig fra 1973 til 1987 og var i arbejde fra 1973 til 1984, havde søgt om socialhjælp i Østrig efter at være blevet arbejdsløs og syg, men fik afslag med den begrundelse, at han ikke var østriger.

EMD fastslog, at retten til social støtte er en økonomisk rettighed i overensstemmelse med P1 art. 1, og at forskelsbehandling er diskriminerende i relation til art. 14, hvis den ikke har nogen rimelig eller objektiv begrundelse. Staten har en vis skønsmargin med henblik på at vurdere, i hvilken udstrækning ellers ensartede situationer retfærdiggør forskelsbehandling, men der skal stærke grunde til, før EMD vil acceptere, at en forskelsbehandling baseret alene på nationalitet er i overensstemmelse med EMRK.

Den tyrkiske statsborger havde betalt bidrag til arbejdsløshedsforsikringen på samme måde som østrigske arbejdstagere. Østrig anførte, at forskelsbehandlingen var baseret på ideen om, at staten har et specielt ansvar for egne borgere, men EMD lagde vægt på, at klageren havde opholdt sig lovligt i Østrig, arbejdet dér og betalt bidrag til arbejdsløshedsforsikringen på lige fod med østrigske borgere. Det var erkendt af Østrig, at afslaget på social støtte alene var baseret på, at klageren ikke var østriger, og det var erkendt, at han opfyldte de øvrige betingelser for støtte. På denne baggrund fandt EMD, at forskelsbehandlingen ikke var baseret på rimelige, objektive hensyn. Selv om Østrig ikke havde indgået nogen gensidig aftale med Tyrkiet om løsningen af sådanne sager, var Østrig forpligtet til inden for sin jurisdiktion at sikre de rettigheder, der følger af EMRK. Herefter nåede EMD enstemmigt frem til, at art. 14, sammenholdt med P1 art. 1 var overtrådt. Klageren fik tilkendt erstatning fra Østrig for økonomisk tab beregnet på baggrund af det tidsrum, hvori han havde fået afslag på social støtte.

Nogle gange er art. 14 ikke løftestang for at statuere krænkelse af ejendomsretten, men derimod udtryk for en supplerende, selvstændig EMRK-krænkelse. Her sætter EMD trumf på ejendomsretskrænkelsen ved så at sige at statuere en “krænkelse i krænkelsen”. Ved den flere gange omtalte dom af 29. april 1999 i *Chasagnou m.fl. mod Frankrig* statuerede EMD således ikke blot, at både P1 art. 1 om ejendomsretten og art. 11 om foreningsfriheden var krænkede gennem den lov, der tilpligtede klagerne at stille deres jorder til disposition for jagt i en form for “puljeordning”, men også at art. 14 var krænkede, idet indgrebet i ejendomsretten tilmed skete på en diskriminerende måde. De jordbesiddere, der ejede større arealer, havde mulighed for at få deres ejendomme undtaget fra den fælles jagt, men de små markerejere havde ikke denne mulighed. På dette grundlag fandt EMD med 14 stemmer mod 3, at også art. 14 var krænkede.

3. Erhvervsfrihed: EMRK som løftestang for Grl. § 74

I modsætning til flere forfatninger har EMRK ikke nogen direkte beskyttelse af erhvervsfriheden, jf. herved Grl. § 74: “Alle indskrænkninger i den fri og lige adgang til erhverv, som ikke er begrundede i det almene vel, skal hæves ved lov.” Når erhvervsfriheden alligevel skal omtales her, skyldes det, at det – om end begrænsede – materielle indhold, som § 74 må antages at have, i nogen grad må påvirkes af bestemmelser i EMRK, jf. nedenfor. Resultatet kan derfor blive, at skønt EMRK ikke selv direkte opstiller en materiel beskyttelse af erhvervsfriheden, får EMRK alligevel som en refleksvirkning af andre frihedsrettigheder betydning for fortolkningen af § 74.

§ 74 sætter, efter omstændighederne i kombination med legalitets- og proportionalitetsprincippet, græn-

ser for de mulige indgreb i erhvervsfriheden, som forvaltningsmyndigheder kan foretage, jf. herved *UfR 1979.253 Ø* med et krav om sikker lovhjemmel til et pålæg til en apoteker om at oprette filial til ekspedition af receptpligtig medicin, jf. *Bent Christensen* i *UfR 1982 B* s. 209 ff, særligt s. 215 f. Endvidere kan der med styrke argumenteres for, at også lovgivningsmagten ud fra grundtanken i § 74 er underlagt et krav om det mindst mulige indgreb i de tilfælde, hvor det er nødvendigt at foretage regulering af et erhverv.

I nyere tid ses der gennemført love, der gør betydelige indgreb i erhvervsfriheden over for erhvervsdrivende med særlig autorisation, i det øjemed at sanktionere sådanne erhvervsdrivendes gæld til det offentlige, og så vidtgående indgreb forekommer næppe altid ubetænkelige, jf. nærmere *Sten Bønsing* i *J 1997* s. 396 ff. Det kan næppe i sig selv kritiseres, at der ud fra hensyn til fiscus gøres indgreb i næringsfriheden i relation til særligt autoriserede erhverv, men indgrebene bør stedse ske under iagttagelse af et proportionalitetsprincip.

I modsætning til fx. tysk art. 12(1) *GG*, der rummer en vis materiel erhvervsfrihed ("Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden"), kan der kun i begrænset omfang udledes materielle grundrettigheder af grl. § 74, jf. dog ovenfor om proportionalitets-hensyn m.v. samt bemærkningerne nedenfor om udviklingen i synet på § 74's indhold.

Mens det klassiske standpunkt til § 74 har været, at der alene er tale om en programmerklæring uden reelt retligt indhold, jf. således *Alf Ross*: *Dansk statsforfatningsret* bd. 2, 3. udg. ved Ole Espersen, s. 781 ff, gøres det i nyere retslitteratur gældende, at der af bestemmelsen kan udledes visse materielle rettigheder i henseende til adgangen til erhverv og arbejde, jf. således *Henrik Zahle*: *Dansk forfatningsret* bd. 3, 2. udg., s. 197 ff,

om end konturerne af sådanne materielle rettigheder unægtelig er uskarpe, jf. nærmere *Sten Bønsing* i *J 1997* s. 396 ff. Det påpeges dog samtidig af *Henrik Zahle* bd. 3 s. 198, at en nærmere præcisering af, hvad påbudet om ophævelse af indskrænkningerne indebærer, ikke er af stor interesse, nemlig som følge af, at der kan foretages de indskrænkninger, som er begrundet i almenvellet. Skønnet herover må i lighed med skønnet i relation til grl. § 73, stk. 1, om indgreb i ejendomsretten bero på almindelige politiske overvejelser.

Til disse betragtninger kommer, at andre Grl.- og *EMRK*-bestemmelser og disses grundrettigheder må spille ind ved fortolkningen af begrebet "det almene vel" i § 74 med den følge, at indskrænkninger i erhvervsfriheden på grundlag af fx trosbekendelse, afstamning, ytringer, eller medlemskab af foreninger m.v. må være udelukkede, jf. *Anders K. Levy* i *Justitia 1998* nr. 1. Heraf følger en for så vidt interessant retstilstand, hvor selve rettigheden – næringsfriheden – ganske vist er et rent dansk anliggende (jf. dog nedenfor om refleksvirkninger af fællesskabsretten), men hvor den nærmere udfyldning af denne frihedsret foretages af et regelsæt, der håndhæves af EMD: *EMRK*. I det omfang *EMRK*-bestemmelser således påvirker fortolkningen af § 74, vil også de velkendte *EMRK*-principper om legalitets-, skøns- og proportionalitetsprincip flytte med. Selv på områder, hvor der ikke direkte kan påvises en *EMRK*-bestemmelse, som spiller ind, må det antages, at principper fra *EMRK*-regelsættet smitter af. Dette vil formentlig særligt gælde proportionalitetsprincippet, men af *UfR 1998.1664 H*, der godkender et indgreb i erhvervsfriheden for en advokat gennem rettighedsfrakendelse efter rpl. § 139 som følge af restancer til det offentlige, kan det desværre ikke ses af præmisserne, hvilken rolle egentlige proportionalitetsbetragtninger har spillet i sagen – eller bør spille i sådanne sager. I dommen hedder det blot, at § 74 ikke er til hinder for

gennemførelsen af en lov, der – som led i en række bestræbelser på at nedbringe restancerne til det offentlige – indeholder hjemmel til at frakende skyldnere adgang til at udøve erhverv. Det tilføjes i dommen, at 0,9 mio. kr. af restancen på 1,3 mio. kr. var opstået efter indførelsen i 1991 af den nævnte bestemmelse i rpl. Det kan vel ikke ganske udelukkes, at det ville have “løftet” dommens indhold og udførlighed, hvis der direkte havde været en EMRK-bestemmelse, som sikrede næringsfriheden, så spørgsmålet stod under kontrol af EMD.

Uanset i hvilket omfang der kan udledes materielle grundrettigheder af § 74, kan man næppe gå så vidt som *Ross* s. 781 ff, hvorefter bestemmelsen skulle være en politisk programudtalelse uden retlig relevans. Ganske vist giver bestemmelsen intet konkret løfte om tidspunkt eller udstrækning for afskaffelsen af indskrænkninger i erhvervsfriheden, men det vil ikke være i overensstemmelse med § 74 at skruetiden tilbage og genindføre i hvert fald betydelige dele af allerede afskaffede restriktioner. Bestemmelsen har for så vidt det moment til fælles med andre løfteparagraffer, fx Grl. § 55 om indførelse af ombudsmandsinstitutionen, at når først løftet er opfyldt, kan retstilstanden ikke vilkårligt skrues tilbage.

Sigtet med § 74 er – i lighed med andre frihedsrettigheder – at lægge bånd på statsmagtens indgreb i næringsfriheden, og i denne forstand virker bestemmelsen på det vertikale plan, dvs. i retsforholdet stat/borger. Bestemmelsen kan imidlertid tillige få betydning på det horisontale plan, dvs. i retsforholdet borger/borger, således at bestemmelsen refleksmæssigt tillægges *Drittwirkung* fx i relationen mellem en erhvervsdrivende og dennes brancheorganisation m.v. Med den stigende og af statsmagten jævnlige understøttede “selvregulering” inden for en række erhverv kan en sådan *Drittwirkung* efter omstændighederne få som konsekvens,

at branchebestemmelser, vedtægter m.v., der på usagligt grundlag indskrænker den enkeltes erhvervsfrihed, kan tilsidesættes helt eller delvis under henvisning til § 74, jf. *UfR 1944.1092 H* om en forlæggerforenings nægtelse af rabatberettigelse til en forlægger. Se om dommen *A. Drachmann Bentzon* i TfR 1946 s. 458 ff, der finder det rimeligt at “tage Dommen til Indtægt for den Opfattelse, at det ikke er foreneligt med Næringsfrihedens i Grundlovens § 81 [nu § 74] udtalte Princip, at en Forening af en saa monopolagtig Karakter som Forlæggerforeningen praktisk talt forhindrer en Mand fra en udøve en Næring, som han efter Næringsloven har Ret til, og som han efter Foreningens egen Erkendelse er saglig kvalificeret til at udøve”. Jf. endvidere *Sten Bønsing* i J 1997 s. 396 ff.

Der er endnu et samspil mellem § 74 og EMRK, som det er værd at bemærke. Efterhånden som EMRK har fået stadigt stigende betydning for forståelsen og indholdet af en række grundrettigheder, herunder foreningsfriheden, er den selvstændige betydning af § 74 på netop dette område reduceret i nogen grad. I det omfang fx EMRK art. 11 sikrer en forenings- og organisationsfrihed af tilstrækkeligt omfang (og en ytringsfrihed i sammenhæng hermed, jf. art. 10), bliver det ufornuddent at påberåbe § 74 som selvstændig retskilde i disse henseender. Skønt § 74 uden held har været søgt påberåbt som retsgrundlag for organisationsfrihed, jf. *UfR 1986.898 H*, påpeges det af *Henrik Zahle* bd. 3 s. 198 f, at bestemmelsen ikke kan være ganske uden betydning for en retlig vurdering af adgangen til erhverv og arbejde, uanset at bestemmelsen angår vilkårene for at etablere sig som selvstændig erhvervsdrivende, ikke vilkårene for at opnå ansættelse som lønmodtager eller for at organisere sig som lønmodtager.

Også fællesskabsretten beskytter næringsfriheden, jf. art. 43 og 48 EF (ex 52 og 58) om retten til grænseoverskridende etablering af selvstændig virksomhed og

art. 49 EF (ex 59) om retten til grænseoverskridende at præstere tjenesteydelser. Kernen i disse traktatfæstede fællesskabsretlige grundrettigheder er et krav om ligebehandling af andre fællesskabsborgere og -virksomheder med indenlandske borgere og virksomheder. Krav om indfødsret, hjemsted m.v. som betingelse for adgang til visse erhverv skal derfor anvendes nationalitetsneutralt over for borgere hhv. virksomheder fra andre EU- og EØS-lande, jf. art. 12 EF (ex. 6) om forbud mod nationalitetsbegrundet diskrimination.

Selv over for borgere fra stater uden for EU og EØS vil krav om indfødsret jævnligt ikke være sagligt begrundet, jf. EMRK art. 14. Ved egentlige myndighedsfunktioner vil indfødsretskrav dog være acceptable, jf. forudsætningen i art. 45 EF (ex. 55), men området herfor er snævert, jf. EFD's dom af 13. juli 1993 i sagen C-42/92, *Thijssen mod Controledienst voor de Verzekeringen* om belgisk lovgivning om statsudpegede repræsentanter i forsikringsselskabers bestyrelser.

Fællesskabsretten kan ikke længere blot anses for at kræve ligebehandling af inden- og udenlandske virksomheder. Praksis fra EFD i nyere tid viser, at fællesskabsrettens krav er videregående, idet de retter sig mod alle foranstaltninger, der kan udgøre hindringer for etablering.

Se dom af 30. november 1995 i sagen C-55/94, *Reinhard Gebhard*. Her udtales det, at begrebet etablering i Traktatens forstand er et meget vidt begreb, som for en EU-borger indebærer, at han på stabil og vedvarende måde kan deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og få fordel heraf. Nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved Traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, skal opfylde fire betingelser: De skal anvendes uden forskelsbehandling. De skal være begrundet i tvingende almene hensyn. De skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det

formål, de forfølger (egnethedskravet). De må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet (proportionalitetskravet). Se også dom af 3. oktober 2000 i sagen C-58/98, *Josef Corsten*, der tilsidesætter tyske regler med en række særlige betingelser for at kunne præstere håndværksydelser i Tyskland. Reglerne måtte ikke føre til, at leveringen af tjenesteydelser fra en person i en anden stat forsinkes eller vanskeliggøres. Hvis der stilles krav om optagelse i et håndværksregister i modtagerlandet, må dette ikke medføre yderligere administrative omkostninger eller udløse bidragspligt til håndværkerforeningen.

Refleksmæssigt vil fællesskabsretten dermed i nogen udstrækning kunne medvirke til at løfte indholdet i næringsfriheden op, og dermed fællesskabsretten indirekte kunne få betydning for forståelsen af § 74.

Sammenfattende fremstår der en frihedsrettighed efter Grl. § 74, som ikke direkte findes tilsvarende i EMRK, men hvor både (a) frihedsrettigheder i EMRK, fx art. 10, 11 og 14 og P1 art. 1, samt (b) generelle EMRK-principper, fx proportionalitetsprincippet, virker sammen med (c) rettigheder i fællesskabsretten, fx art. 43 og 49 EF, samt (d) generelle fællesskabsretlige principper, fx ligebehandlings- og proportionalitetsprincipperne, om at skabe en retstilstand, hvor kun en del af gældende ret kan læses af den danske Grl.-bestemmelse.

F. Processuelle menneskerettigheder

1. Generelt

Til de processuelle rettigheder, i modsætning til de materielle, må i hvert fald henregnes reglerne om retfærdig rettergang, adgangen til effektive retsmidler, forbuddet mod strafferegler med tilbagevirkende kraft (samt det strafferetlige legalitetsprincip), retten til appel i straf-

fesager, retten til ikke at blive retsforfulgt to gange for samme forbrydelse (*ne bis in idem* princippet), retten til erstatning ved uberettiget strafferetlig retsforfølgning og den proceduremæssige sikring i udvisningssager. I hvert fald dele af retten til frihed, dvs. EMRK art. 5, kan også henregnes til de processuelle rettigheder, men da der tillige er væsentlige materielle rettigheder i art. 5, har vi fundet det rigtigst at behandle denne regel foran under de materielle rettigheder.

2. Ret til retfærdig rettergang

På de områder, der omfattes af EMRK art. 6, opstiller denne bestemmelse et helt grundlæggende krav om *access to court* eller *access to justice*, dvs. en ret til overhovedet at bringe sin sag for en domstol og herved opnå en retfærdig rettergang, jf. Erik Werlauff i "Festskrift til Per Henrik Lindblom" (2004) s. 697 ff ("Fælleseuropæiske krav til en retfærdig rettergang").

Hvis en stats retsorden opstiller alvorlige barrierer for denne access to court, kan noget sådant være i strid med art. 6. Fx kan urimelige krav om sikkerhedsstillelse (fra udenlandske sagsøgere) efter omstændighederne stride mod art. 6, jf. herved problemstillingen i *NRT 1999.961 H* om en jugoslavisk statsborgers sagsanlæg fra hjemlandet med krav om erstatning for ulovlig frihedsberøvelse under opholdet i Norge. Norges Højesteret fritog for sikkerhedsstillelse.

Meget høje retsafgifter kan efter omstændighederne virke prohibitive for sagsanlæg, således at de herved kommer i strid med art. 6. Det danske niveau var i så henseende kommet betænkeligt højt op fra 2000. I Retsplejerådets *bet. nr. 1401/2001* om reform af den civile retspleje (I), bemærkes det s. 79, at "[r]etsafgifter af en størrelse, der reelt afskærer en person fra at få til domstolene, vil være i strid med [EMRK art. 6]". Rådets flertal bemærker herefter: "Flertallet finder, at de

gældende retsafgifter som altovervejende hovedregel ikke afskærer nogen fra at gå til domstolene. Det kan dog ikke udelukkes, at der kan være situationer, hvor dette er tilfældet, og hvor en konventionskrænkelse kun kan undgås ved, at der bevilges fri proces (eftersom retsafgiftsloven som sådan er indispensabel)". Som et eksempel på, hvordan en EMRK-krænkelse som følge af prohibitivt store retsafgifter kun med nød og næppe blev undgået, anfører rådet herefter *UfR 2000.412 H*, hvor Højesteret ved en "velvillig" fortolkning af retsafgiftsloven fik nedsat kravet om retsafgift af en stævning fra lejerne i en ejendom mod udlejeren vedrørende lejelovens regler om tilbudspligt fra det oprindeligt krævede afgiftsbeløb på 4,5 mio. kr. til – 400 kr. Om det oprindeligt krævede beløb bemærker rådet, at et afgiftsbeløb af en sådan størrelse "reelt er prohibitivt for tre almindelige beboelseslejere", og rådet tilføjer (s. 80): "Havde Højesteret stadfæstet landsrettens afgørelse, kunne en konventionskrænkelse formentlig kun være undgået ved en bevilling af fri proces". Hjemlen ville i givet fald have været § 5 i bkg. om fri proces. Efter denne regel kan der bevilges fri proces, selv om ansøgeren ikke opfylder de økonomiske betingelser herfor, hvis sagens omkostninger skønnes at blive ekstraordinært store. Ved *UfR 2003.2371 H* anfægtede en Tvindskole under en retssag tilbagekaldelsen af godkendelsen til friskoledrift, og retsafgiften for sagen blev uanset påstandens udformning opgjort til knap 0,5 mio. kr. på grundlag af 10 års mistede tilskud. Skolen gjorde gældende, at afgiften var i strid med EMRK art. 6(1) om retten til domstolsprøvelse, men fik ikke medhold. Efter de foreliggende oplysninger var der "ikke grundlag for at fastslå", at en retsafgift af den nævnte størrelse afskar [skolen] fra at få prøvet sagen ved Højesteret og dermed udgjorde en krænkelse af art. 6. Problematisk forekommer *UfR 2004.976/2 H*, der ikke finder EMRK art. 6 krænket i en sag, hvor en vognmand ønskede fratagel-

sen af hyrevognsbevillingen domstolsprøvet, og hvor retsafgiften beregnedes til godt 45.000 kr. på grundlag af en skønnet årsindtægt på 150.000 kr. multipliceret med 10 i medfør af reglen herom i retsafgiftsloven. Kendelsen har ikke nærmere begrundelse vedrørende EMRK-spørgsmålet.

Det kan være i strid med retten til access to justice, hvis landets regler om fri proces i civile sager er vilkårlige eller for restriktive, jf. *Del Sol mod Frankrig*, dom af 26. februar 2002, der efter en indgående prøvelse "godkender" de franske regler om fri proces og herved lægger vægt på, at det kontor under Cour de Cassation, som traf afgørelsen om fri proces, havde en bred og alsidig sammensætning, og at afgørelsen kunne indbringes for kassationsrettens præsident, ligesom EMD i den konkrete sag ikke fandt, at der var fremført tungtvæjende grunde til at antage, at betingelserne for kassation var opfyldt, dvs. en supplerende, summarisk materiel prøvelse. I *McVicar mod Storbritannien*, dom af 7. maj 2002, stred det ikke mod art. 6(1), at en tiltalt journalist i en injuriesag ikke kunne få fri proces. Der lagdes vægt på, at han allerede havde haft advokatbistand under en del af sagen, og at han som veluddannet journalist selv kunne have foretaget de processuelle handlinger, der var omtvistet under sagen (manglende indsendelse i rette tid af vidnelister mv., hvorefter den af ham ønskede vidneførsel blev afslået af den britiske domstol).

I sammentrængt form fastslår EMRK om både borgerlige sager og straffesager, jf. art. 6(1), at man har krav på en retfærdig og offentlig rettergang ved en domstol, at retssagen skal foregå inden en rimelig frist, at domstolen skal være uafhængig og upartisk, at dom skal afsiges i et offentligt retsmøde, jf. EMD's dom af 24. november 1997 i *Szűcs med Østrig*, hvor Østrig dømtes for i ikke-offentligt retsmøde at afsige dom i sager om erstatning for strafferetlig forfølgning, men at pressen dog kan udelukkes helt eller delvis

fra retsforhandlingerne af visse nærmere angivne grunde.

Specielt om domsforhandlingen m.v. i straffesager fastslår EMRK blandt andet, jf. art. 6(2)-(3), at enhver, der anklages for en lovovertrædelse, skal anses for uskyldig, indtil hans skyld er bevist i overensstemmelse med loven (bevisbyrden for et strafbart forhold er således hos anklagemyndigheden), at den anklagede har ret til ufortøvet at modtage udførlig underretning på et sprog, han forstår, om arten af og årsagen til den sigtelse, der er rejst mod ham, at han har ret til at få tilstrækkelig tid og lejlighed til at forberede sit forsvar, at han har ret til at forsvare sig personligt eller ved en sagfører, han har valgt, og – hvis han ikke har tilstrækkelige midler til at betale sagførerbistand – at modtage den uden betaling, når retfærdighedens interesse kræver det, at han har ret til at afhøre eller lade afhøre vidner, der føres imod ham, (politirapporter kan altså ikke bruges som hovedbevis, hvis den, der har forklaret til politirapporten, ikke kan afhøres i retten), at han har ret til at få vidner i hans interesse tilsagt og afhørt på samme betingelser som vidner, der føres imod ham, og at han har ret til at få vederlagsfri bistand af en tolk, hvis han ikke forstår eller taler det sprog, der anvendes i retten.

Ligesom der i art. 5 om frihedsberøvelse kunne indlæses et krav om *equality of arms* mellem det offentlige (fx anklagemyndigheden) og privatpersonen, gælder der generelt et sådant princip mellem sagens parter inden for hele procesretten. Dette princip, der ikke direkte kan læses af art. 6, har sit stærkeste anvendelsesområde inden for straffeprocessen, hvor der er behov for at kompensere for styrkeforskellen mellem det offentlige og tiltalte, men det finder i nogen grad også anvendelse inden for civilprocessen, jf. fx dom af 27. oktober 1993 i *Dombo Beheer B.V. mod Holland*, hvor selskabets eneanpartshaver og direktør var blevet nægtet at afgive vidneforklaring i en erstatningssag, som selskabet

havde anlagt mod sin bankforbindelse pga. bankens lukning af selskabets kreditter. Bankbestyreren fik lov at afgive vidneforklaring, men hovedanpartshaverens anmodning om noget tilsvarende blev afslået som følge af en dengang gældende regel i hollandsk ret, hvorefter en person, der formelt eller reelt optræder som part i et civilt søgsmål, ikke kan være vidne under søgsmålet.

EMD påpegede, at skønt staterne som udgangspunkt har et større spillerum vedrørende kravene til en retfærdig rettergang i civile sager end i straffesager, gælder blandt andet princippet om partslighed i civile sager lige såvel som i straffesager. Den enkelte part skal kunne fremlægge sin sag, herunder også sine beviser, under omstændigheder, der ikke er væsentligt ringere end dem, der bydes modparten. I denne sag havde hovedanpartshaveren og bankbestyreren forhandlet på lige fod, henholdsvis som repræsentant for selskabet og banken, og det var derfor vanskeligt at se, hvorfor kun bankens repræsentant skulle have adgang til at afgive vidneforklaring. Anpartsselskabet var derved blevet stillet afgørende ringere end banken, og art. 6 var derfor krænkede af Holland.

I den nævnte *McVicar mod Storbritannien*, dom af 7. maj 2002, stred det ikke mod art. 6(1), at en injurietiltalt journalist fik afvist sin begæring om vidneførsel, fordi han ikke rettidigt havde indsendt de i britisk procesret krævede oversigter over, hvad der agtedes bevist gennem hans vidner.

a. Hvilke sagstyper omfattes?

Art. 6 omfatter efter sin ordlyd sager, der indebærer en strid om borgerlige rettigheder og forpligtelser, og sager, der indebærer en strid om en mod den pågældende rettet anklage for en forbrydelse, jf. *Eva Smith* i NTFK 1993 s. 98 ff.

Den allerførste forudsætning for overhovedet at drøfte art. 6 og dennes eventuelle overtrædelse er såle-

des, at der er tale om en "rettergang" for en "domstol", hvor der skal træffes afgørelse enten vedrørende borgerlige rettigheder eller i en straffesag. Blot eksempelvis er en selskabsretlig granskning blevet anset for ikke at være omfattet af art. 6, jf. dom af 21. september 1994 i *Fayed mod Storbritannien*.

Det er ikke udtryk for en "afgørelse", at der skal træffes beslutning vedrørende fx et fagedforbud, jf. *APIS med Slovakiet*, dom af 10. januar 2000, hvor EMD lægger vægt på, at den slovakiske højesterets afgørelse i en sag om fagedforbud mod salg af nogle aktier i strid med andre aktionærers forkøbsret ikke afgjorde hovedsagen.

Heller ikke indtræden i en straffesag som civil part uden nedlæggelse af selvstændig erstatningspåstand (adhæsiionspåstand) omfattes, jf. dom af 7. august 1996 i *Hamer mod Frankrig*, jf. EU&M 1997 s. 370.

Derimod er en registreringsprocedure, hvor et selskab eller en forening begærer sig registreret ved en domstol som betingelse for opnåelse af retssubjektivitet, omfattet af art. 6, jf. EMD's afgørelse af 5. oktober 2000 i "*APEH Üldözötteinek Szövetsége*", *Iványi, Róth & Szerdahelyi mod Ungarn*, hvor art. 6 ansås krænkede i en sag om selskabsretlig registrering af en forening ("Foreningen af dem, der er forfulgt af skattevæsenet"), idet nogle indlæg imod foreningens registrering blev afgivet af anklagemyndigheden uden at blive forelagt foreningen, der begærede sig registreret som juridisk person. EMD fandt art. 6 anvendelig på registreringsproceduren, fordi denne var afgørende for, om foreningen ville opnå juridisk personlighed.

I nogle lande er registreringsfunktioner judicielle, i andre lande er de forvaltningsretlige. Nogle lande har begge modeller i deres system, ofte formentlig i nogen grad traditionsbestemt. Fx er tinglysningsfunktionen i Danmark som bekendt juridisk, jf. byretsdommerens funktion som tinglysningsdommer, mens fx selskabs-

retlig registrering er forvaltningsretlig, jf. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens funktion som selskabsretlig registreringsmyndighed. Hvis registreringen varetages af en forvaltningsmyndighed, der ikke konstitutionelt og funktionelt har domstolslignende træk, vil art. 6 ikke finde anvendelse, uanset at den samme funktion i andre lande måske varetages af en domstol. Men hvis funktionen varetages af en domstol, kan man ikke med rette ræsonnere, at eftersom den i andre lande varetages af en forvaltningsmyndighed, er domstolen i sin egenskab af registermyndighed ikke omfattet af art. 6. Således har EFD ræsonneret i relation til forelæggelsesretten efter art. 234 EF, jf. dom af 19. oktober 1995 i sagen C-111/94, *Job Center Coop.*, hvor EFD afviste at tage stilling til en forelæggelse fra en domstol i Milano, der fungerede som registreringsmyndighed, og som var i tvivl om nogle fællesskabsretlige spørgsmål i forbindelse med behandlingen af en ansøgning fra et andelsselskab under stiftelse om at blive registreret. EFD bemærkede, at selv om en forelæggelse for EMD i medfør af art. 234 ikke forudsætter, at den procedure, hvorunder den nationale ret formulerer præjudicielle spørgsmål, er kontradiktorisk, fremgår det af art. 234, at de nationale retsinstanser kun kan forelægge spørgsmål for EFD, hvis der verserer en *tvist* for dem, og hvis forelæggelsen sker med henblik på afgørelse af en *retssag*. Når den forelæggende italienske ret i overensstemmelse med gældende nationale bestemmelser træffer afgørelse inden for rammerne af den frivillige retspleje vedrørende en ansøgning om godkendelse af et selskabs vedtægter med henblik på dettes indførelse i registeret, udøver den, udtalte EFD, “en ikke-judiciel funktion, som i andre medlemsstater varetages af administrative myndigheder”. Den optræder nemlig som forvaltningsmyndighed uden samtidig at skulle afgøre en retstvist. Det hed derfor i domskonklusionen, at EFD ikke har kompetence til at besvare de spørgsmål, der

var forelagt af den italienske domstol. Det bemærkes, at generaladvokat *Michael B. Elmer* ville have realitetsbesvaret den italienske domstols spørgsmål. Kritisk til afvisningen er med rette *Roland Abele* i EuZW 1996 s. 48 f.

Uanset om den citerede afgørelse er et korrekt udtryk for retstilstanden efter fællesskabsretten, må det konstateres, at tvist- og retssagsbegrebet synes at være snævrere efter fællesskabsretten end efter EMRK.

Visse former for sanktionsanvendelse falder uden for art. 6. Særligt har der været problemer med at trække grænsen til disciplinærsager. EMD har herved lagt vægt på, at EMRK art. 6 ville kunne udhules, hvis medlemsstaterne suverænt kunne fastlægge, hvad der er at anse som strafferetlig forfølgning (omfattet af art. 6), og hvad der er en disciplinærsag (normalt ikke omfattet af art. 6).

Grænsen mellem offentligretlige krav (som falder uden for begrebet *civil rights and obligations* og dermed uden for EMRK art. 6) og privatretlige krav (som omfattes) forskydes successivt i sidstnævntes favør i takt med samfundsudviklingen. Også på dette punkt er EMRK-fortolkningen således dynamisk, ikke statisk, jf. *Erik Werlauff* i J 1999 s. 73 ff og *Henrik Zahle* i “Grundlovens nutid og fremtid”, årsberetning 1998 fra Retvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet s. 233 ff (“Grundloven og europæiseringen”), særligt s. 238 med note 6.

Hvis der er økonomiske spørgsmål af tilstrækkelig tyngde involveret i sagen, er det ikke afgørende, om den i sin kerne er af offentligretlig beskaffenhed. Følgelig kan både pensionssager og sager om det offentliges erstatningsansvar efter en konkret bedømmelse være omfattet af art. 6. Domspraksis tegnede tidligere – dvs. før *Pellegrin mod Frankrig*, dom af 8. december 1999, jf. straks nedenfor – langtfra nogen sikker eller éntydig linie, jf. *Peter Michael Hoop* i Justitia 1998 nr. 6. Måske kan man hente nogen vejledning i den sontring, som al-

lerede tidligt indførtes i blandt andet dansk forvaltningsretlig teori (*Poul Andersen*), mellem hhv. subjektivt og objektivt grundede offentlige rettigheder. De subjektivt grundede er undergivet borgerens individuelle råden og svarer dermed til formuerettigheder, hvorimod de objektivt grundede rettigheder skabes, ændres og i givet fald atter fjernes af det offentlige selv. De subjektivt grundede rettigheder må antages at ville falde ind under begrebet “economic rights” og “essentially economic rights”, så de omfattes af art. 6.

Denne sondring underbygges af *Mennitto mod Italien*, dom af 5. oktober 2000, hvor en invaliditetsydelse var blevet bragt til ophør af de sociale myndigheder efter at have været udbetalt gennem to måneder. Efter at en sag med krav om fortsættelse af ydelsen var blevet forligt ved den øverste forvaltningsdomstol, *Consiglio di Stato*, klagede Mennitto til EMD over den samlede sagsbehandlingstid. Der skulle derfor først tages stilling til, om EMRK art. 6 overhovedet fandt anvendelse. EMD sondrede, om der var tale om en personlig ret til den pågældende invaliditetsydelse, eller om italiensk lov ikke gik længere end til at bemyndige de sociale myndigheder til at udbetale bidrag. Herom herskede der uklarhed i italiensk retspraksis. Det kunne derfor ikke afvises, at der tilkom Mennitto en personlig ret til ydelsen, og han havde da også faktisk fået den udbetalt i to måneder, inden den blev standset. På dette grundlag fandt EMD med 15 stemmer mod 2, at sagen drejede sig om civile rettigheder, og med samme stemmetal fandt EMD, at art. 6 var krænket gennem godt 4½ års sagsbehandling.

Sager om ansættelse, forfremmelse og ophør af offentlig ansættelse faldt efter tidligere praksis som udgangspunkt uden for art. 6, men da bestemmelsen beskytter “economic rights” og “essentially economic rights”, kunne sager med ansættelsesretlige elementer alligevel efter en helt konkret bedømmelse falde ind

under art. 6, særligt når der var tale om pensionsrettigheder, jf. fx dom af 29. juli 1998 i *Le Calvez mod Frankrig* om sygedagpenge til en offentligt ansat landbrugstekniker, dom af 24. august 1998 i *Couez mod Frankrig* om tvangspensionering af en politimand efter dennes hjertetilfælde under et cross-country løb for politiet og dom af samme dato i *Benkessiouer mod Frankrig* om et postbuds sag om sygeløn m.v.

Med *Pellegrin mod Frankrig*, dom af 8. december 1999, ønskede EMD at fjerne den hidtidige usikkerhed. Der skal fremtidigt anlægges et funktionelt kriterium, så undtagelsen – der skal fortolkes snævert – alene omfatter “ansvar i almenhedens interesser” eller “deltagelse i udøvelse af offentlige beføjelser”, idet sådanne stillingsindehavere udøver “en del af statens suveræne beføjelser”. De eneste tvister, der er undtaget fra art. 6, er herefter tvister om offentligt ansatte, der er “blevet betroet offentlig myndighed og således er ansvarlige for at varetage statens eller andre offentlige myndigheders generelle interesser”. Som oplagte eksempler herpå nævner EMD militæret og politiet, og interessant er det, at EMD erklærer at ville hente vejledning i art. 39(4) EF (ex 48(4)), EFD’s praksis hertil og EU-Kommissionens meddelelse herom. Særligt om pensionsrettigheder gælder det efter dommen uændret, at disse altid vil være omfattet af art. 6, idet den ansatte ved at gå på pension “bryder det særlige bånd mellem den ansatte og myndigheden”, så sagen dermed svarer til en kontraktmæssig forpligtelse. Selv fik monsieur Pellegrin dog ikke glæde af EMD’s nye linje. Han fandtes underlagt særlige forpligtelser reguleret i lov, han havde et “betydeligt ansvar for statens midler”, han havde “offentlige beføjelser” og skulle beskytte “statens generelle interesser”, og sagen om hans sletning af listen over udstationeringsegne medarbejdere i udviklingsministeriet faldt derfor uden for art. 6. Kriteriet i *Pellegrin* er fulgt op i fx *R mod Belgien*, dom af 27. februar 2001,

hvor en af helbredsgrunde afskediget reserveofficers pensionsret fandtes at falde uden for art. 6, fordi klageren som reserveofficer havde til opgave at beskytte vigtige statsinteresser.

Rent forvaltningsretlige sager, fx ved forvaltningsdomstole, er ikke nødvendigvis omfattet af art. 6, men der må foretages en nærmere efterprøvelse af, om sagen vedrører *economic rights* eller *essentially economic rights*. Dette kan fx være tilfældet i sager om ekspropriation, autorisationer m.v. Hvis sager vedrører et strafspørgsmål, er den utvivlsomt omfattet af art. 6, jf. dennes ordlyd. Hvis således et strafspørgsmål behandles af en forvaltningsdomstol i en skattesag, omfattes dette af art. 6, jf. fx dom af 24. februar 1994 i *Bendenoun mod Frankrig* om forvaltningsdomstoles behandling af en klage over en skattebøde, som skattevæsenet administrativt havde pålagt den pågældende. På grundlag af bøderne karakter og størrelse (her 300.000 francs) var der tale om en anklage for et strafbart forhold i art. 6's forstand, men konkret var art. 6 ikke krænket.

Skattesager omfattes i deres egenskab af forvaltningsretlige sager som udgangspunkt ikke af den "civile" del af art. 6. Men sagens konsekvenser kan være så alvorlige, fx i form af skatte- og afgiftstillæg, at sagen uanset klassificeringen i det nationale retssystem må betragtes som en straffesag med den følge, at den alligevel falder ind under art. 6, jf. *Janosevic mod Sverige*, dom af 23. juli 2002. Til straffesagerne efter art. 6 må derfor også henregnes administrative skattesager om pålæg af skattetilæg som følge af forsætlig eller groft uagtsom skatteunddragelse, jf. *NRT 2000.996 H*, Bøhler, hvor EMRK art. 6's krav om afgørelse inden rimelig tid fandtes krænket, og *NRT 2002.509 H* (9-4).

I sager om rettergangsbøder (bøder for "foragt for retten") finder art. 6 som udgangspunkt ikke anvendelse, og sådanne kan derfor normalt pålægges uden mundtlig forhandling og uden kontradiktion, jf. dom af 23. marts

1994 i *Ravnsborg mod Sverige*. Ravensborg havde i sine processkrifter beskyldt retsformanden for en fascistisk holdning og for at gå myndighedernes ærinde, og han var herfor blevet pålagt en rettergangsbøde på 1.000 kr. Hvis en "rettergangsbøde" imidlertid antager karakter af en "rigtig" straf af en vis økonomisk tyngde, skal de almindelige straffeprocessuelle spilleregler i art. 6 anvendes, jf. *T mod Østrig*, dom af 14. november 2000, hvor *Bezirksgericht* uden forudgående advarsel og kontradiktion havde pålagt klageren, der ansøgte om fri proces, en bøde på 30.000 schilling for at have givet forkerte økonomiske oplysninger, og hvor *Landesgericht* stadfæstede bøden uden at tillade bevis ført for, at de afgivne oplysninger var rigtige. Art. 6 ansås anvendelig, og den ansås krænket.

At EMRK art. 8 om retten til familieliv også kan anvendes i fx sager om udvisning af udlændinge, indebærer som nævnt ikke, at udlændingesager i enhver henseende er omfattet af EMRK. Fx gælder art. 6 om retfærdig rettergang som nævnt ikke for sager om udlændinges indrejse, ophold og udvisning, jf. *Maaouia mod Frankrig*, dom af 5. oktober 2000, der med 15 dommerstemmer mod 2 tilslutter sig den tidligere Kommissions faste praksis, hvorefter disse sagstyper ikke omfattes af art. 6. Dette støttes også på det forhold, at staterne gennem P7 art. 1 har skabt en særlig regulering af udvisningssager, hvilket viser, at staterne ikke har anset udvisningssager for omfattet af art. 6. I den konkrete sag kunne der derfor ikke klages over sagsbehandlingstiden i udvisningssagen ved domstolene.

Under en sag om udlevering til strafforfølgning i udlandet skal det tages i betragtning, om tiltalte kan forventes at få en retfærdig rettergang i det land, der skal udleveres til, idet udlevering i benægtende fald ikke må ske, jf. den selvstændige prøvelse heraf i *U/R 2002.555 H* om udlevering til Brasilien i en drabs-sag.

b. Ret til domstolsprøvelse og kvalitetskrav til dommen

Det første – yderst væsentlige – budskab i art. 6 er selve det forhold, at der overhovedet er et retskrav på domstolsprøvelse af de sagstyper, der omfattes af art. 6. Der har således foreligget sager, hvor en stats lovgivning forsøgte at afskære muligheden for domstolsprøvelse og i stedet henskød fx minoritetsaktionærers prøvelse af indløsningsvederlag til en obligatorisk voldgift, men sådanne ordninger er kendt EMRK-stridige, jf. fx den tidligere nævnte dom af 9. december 1994 i *The holy monasteries mod Grækenland*, hvor det ved græsk lov var blevet bestemt, at store dele af en række græske klostres ejendomme skulle betragtes som statens ejendom, medmindre klostrene gennem en bevisførelse (hvis tema m.v. udtømmende var angivet i loven, og som ikke omfattede alle relevante situationer) beviste, at de var de rette ejere af de pågældende faste ejendomme. Også art. 6 var krænket, idet retten til at anlægge sag mod staten vedrørende den nærmere administration af de faste ejendomme, som klostrene fortsat ejede, ved lov blev overført fra det enkelte kloster til den græske kirke som sådan.

Hvor en national domstol afviser en sag, fordi sagsøgeren – fejlagtigt – antages at have givet afkald på domstolsprøvelse, foreligger der et brud på art. 6, jf. *Lagrange mod Frankrig*, dom af 10. oktober 2000, hvor en fransk domstol afviste et sagsanlæg fra de efterladte til en bløder, der havde fået HIV-inficeret blod. Afvisningen skete med henvisning til, at de efterladte ved at modtage delvis erstatning fra en særlig statslig fond skulle have givet afkald på yderligere krav. Faktisk havde de ved modtagelsen af pengene fra fonden tværtimod forbeholdt sig yderligere krav, og den franske domstols afvisning af sagen savnede derfor hjemmel, og afvisningen var dermed et indgreb i retten til domstolsprøvelse efter art. 6.

Hvis sagen afvises fra de nationale domstole, fordi de ikke mener at kunne efterprøve en forvaltningsakt, men denne prøvelse reelt burde og kunne have fundet sted, indebærer dette et brud på retten til domstolsprøvelse efter art. 6. Dette var tilfældet i *Kingsley mod Storbritannien*, dom af 7. november 2000, hvor mr. Kingsley blev frakendt retten til at drive casino. Beslutningen blev truffet af et statsligt nævn, *Gaming Board*, men dettes medlemmer havde inden høringen af Kingsley holdt et møde, hvor de reelt traf beslutningen. Da Kingsley indbragte sagen for domstolene, fandt disse, at nævnets medlemmer havde været inhabile. Alligevel opretholdtes nævnets afgørelse, idet domstolene anvendte *the doctrine of necessity*. Efter denne doktrin bortfalder inhabiliteten, hvis beslutningen ikke ville kunne delegeres til et andet organ. EMD bemærkede, at nævnsbehandlingen ikke i sig selv svarede til en domstolsprøvelse. Det var derfor den efterfølgende retssag, der udgjorde den domstolsprøvelse, som Kingsley havde ret til efter art. 6 – og denne domstolsprøvelse var reelt udeblevet, fordi domstole havde undladt at realitetsprøve sagen. Domstolene burde have haft mulighed for at ophæve den mangelfulde nævnsbeslutning og henvise til sagen til en ny prøvelse ved en upartisk domstol. Følgelig var art. 6 krænket.

I dansk retspraksis er kravet om adgang til domstolsprøvelse efterprøvet indgående i et antal sager, og i flere tilfælde har prøvelsen givet anledning til at fortolke danske regler, så de utvivlsomt ikke kom i konflikt med art. 6, jf. *UfR 1994.953 H* om afgrænsningen af Arbejdsrettens kompetence i forhold til individuelt søgsmål ved de almindelige domstole, *UfR 1997.889 H* om bortfortolkning af en endelighedsbestemmelse mellem sygesikringen og lægernes organisation, *UfR 1997.1062 H* om prøvelse af gyldigheden af en afgørelse fra Procesbevillingsnævnet og *UfR 1997.1157 H* om prøvelse af en endelighedsbestemmelse vedrørende Flygtningenævnets afgørelse.

Man kan i denne forbindelse nævne de i 1996 gennemførte lovregler vedrørende *skolesamvirket Tvind*. Disse nye lovregler var foranlediget af et angiveligt konstateret misbrug af de gældende regler om tilskud til skoler m.v., men skønt loven i formen havde et generelt og fremadrettet sigte, afskar lovgivningsmagten domstolsprøvelse af tilskudsspørgsmålet for et antal navngivne skoler, og herved traf lovgivningsmagten – som det siges i den skelsættende *UfR 1999.841 H (= ND 2000.92 H)* – “reelt en endelig afgørelse af en konkret retstvist”. Dette fandtes af Højesteret at være i strid med magtfordelingslæren i Grl. § 3, hvorefter den dømmende magt er hos domstolene, jf. § 3, 3. pkt. Havde Grl. ikke opfanget forholdet, ville det sikkert være blevet opfanget af EMRK art. 6 med retten til domstolsprøvelse, jf. *Claus Haagen Jensen* i Advokatsamfundets festskrift i anledning af grundlovens 150 års jubilæum s. 25 ff samt *Henrik V. Elmquist*: Singulær lovgivning og *samme* i J 2002 s. 338 ff. Dette standpunkt støttes af den allerede nævnte afgørelse af 28. oktober 1999 fra EMD i *Zielinski, Pradal, Gonzalez m.fl. mod Frankrig*, hvor en fransk lov, der greb ind i en tvist om fortolkningen af en kollektiv overenskomst, ansås at stride mod art. 6, idet lovindgrebet “i realiteten [havde] afgjort de pågældende tvister”.

Også i andre henseender kan retten til domstolsprøvelse få betydning for den måde, et land tilrettelægger sin procesret på. Hvis man fx lader erstatningskrav på dømmesom adhæsionskrav under en straffesag, må dette ikke ske på en måde, som fratager den erstatningsøgende rådigheden over processen, jf. *Line Ravlo* i *UfR 1999 B* s. 404 f. Der skal derfor som udgangspunkt opstilles forskellige beviskrav i relation til de to slags krav, og erstatningskravets behandling må ikke styres af tredjepart, her: politi og anklagemyndighed. Se hertil *Eva Smith* i *UfR 1999 B* s. 200 ff og *Peter Garde & Asbjørn Strandbakken* i *UfR 1999 B* s. 237 ff. Der indgår også

andre hensyn ved vurderingen af adhæsionskrav. En pådømmelse af dette må fx ikke krænke uskyldsformodningen i art. 6(2) jf. (1), men dette kan ikke indebære, at enhver frifindelse i strafspørgsmålet skal medføre frifindelse i erstatningskravet, jf. *NRT 1999.1363 H*, *Karmøy-sagen*, der med tre dommerstemmer mod to godkender lagmannsrettens erstatningsretlige domfældelse af den samtidigt strafferetligt frifundne tiltalte i en sag om drab på en pige.

Uanset at EMD ikke skal virke som en appelinstans (“4. instans”) for nationale domstoles afgørelser (hvilket blandt andet bør give sig udslag i en tilbageholdenhed fra EMD’s side, hvor der skal foretages skønsmæssig afvejning af indbyrdes modstridende hensyn m.v.), kan EMD prøve, hvorvidt *kvaliteten af dommen og af sagsbehandlingen* ved den nationale domstol har været tilfredsstillende – så at sige ud fra det nationale retssystems egne “præmisser”, som EMD således indirekte efterprøver. Der kan herved skrides ind i tilfælde af *meget* mangelfulde præmisser, fuldstændig manglende stillingtagen til en parts (centrale) anbringender m.v., jf. således EMD’s afgørelse af 9. december 1994 i *Torija mod Spanien*, hvor man ikke af dommens præmisser kunne se nogen stillingtagen til et helt centralt anbringende om forældelse, samt dens afgørelse af 29. maj 1997 i *Georgiadis mod Grækenland*, hvor en græsk militærdomstol, der tog stilling til et erstatningskrav mod staten efter ulovlig frihedsberøvelse af en militærnægter, alene gengav den relevante lovbestemmelses ordlyd i sine præmisser uden nærmere stillingtagen til de omstændigheder, der tilsammen medførte, at der efter rettens opfattelse ikke forelå grov uagtsomhed. Meget tæt på en prøvelse svarende til en national kassationsinstans går EMD i *Dulaurans mod Frankrig*, dom af 21. marts 2000, hvor den franske højesteret havde afvist et anbringende som for sent fremsat, dvs. forkastet det ud fra reglerne om nova samt koncentrations- og eventual-

maksimen, men hvor EMD påpegede, at anbringendet faktisk havde været fremført i både første og anden instans. Den franske højesterets afgørelse betegnedes derfor af EMD som åbenbart urigtig, og art. 6 fandtes krænket.

Se også EMD's afgørelse af 18. marts 1997 i *Mantovanelli mod Frankrig*, hvor franske procedureregler for udarbejdelse af sagkyndig erklæring i en sag om erstatningskrav mod et hospital var krænket, fordi den sagkyndige uden tilvarsling af parterne selv havde afhørt læger, indhentet dokumenter m.v. Den erstatningssøgendes begæring om udmeldelse af ny sagkyndig var blevet afslået, og hun tabte erstatningssagen. EMD understregede, at selve den omstændighed, at formelle regler var overtrådt, ikke indebar en krænkelse af EMRK art. 6, men når hensås til erklæringens afgørende betydning for sagen, forelå der efter en konkret bedømmelse et brud på art. 6.

Dommen *News Verlags GmbH & Co. KG mod Østrig*, dom af 11. januar 2000, drejer sig ganske vist om ytringsfriheden efter EMRK art. 10, men har reelt større interesse for så vidt angår EMD's efterprøvelse af den østrigske appelrets præmisser. Det var blevet forbudt et tidsskrift at offentliggøre billeder af en mistænkt i en brevbombesag. EMD anerkendte, at der kan være gode grunde til at forbyde offentliggørelsen af billeder af en mistænkt, afhængig af forbrydelsens karakter og sagens omstændigheder. Men EMD havde en række kritikpunkter mod appelrettens afgørelse: Der var ikke anført særlige grunde mv. som nævnt foran. Appelretten havde heller ikke foretaget en afvejning mellem den mistænktes interesse i beskyttelse af billedet og på den anden side offentlighedens interesse i offentliggørelsen, hvilket var påkrævet ifølge østrigsk lov. EMD fandt dette "endnu mere overraskende", fordi offentliggørelsen af billeder af en mistænkt ikke generelt er forbudt efter den østrigske medielov. Efter denne lov afhænger

spørgsmålet af en afvejning af de berørte parterers interesser, men denne afvejning var altså ikke foretaget af den østrigske appelret. EMD's præmisser lader derfor formode, at det ikke så meget er resultatet, dvs. selve opretholdelsen af forbuddet, der kritiseres efter EMRK, men snarere den manglende afvejning af de modsatrettede hensyn. Præmisserne lader også formode, at hvis disse hensyn på tilstrækkelig måde var blevet afvejet af de østrigske domstole selv, ville denne afvejning i et ikke ubetydeligt omfang være blevet respekteret af EMD. Dommen fremstår derfor reelt som en kritik af de mangelfulde præmisser i den østrigske appelrets afgørelse.

Som et led i EMD's stadigt udbyggede kvalitetskrav til sagsbehandlingen ved de nationale retter kan EMD også efterprøve, om de nationale domstole anvender fx deres egne appelregler på en måde, der er åbenbart urimelig, jf. *Leoni mod Italien*, dom af 26. oktober 2000, hvor Kassationsdomstolen havde afvist en appel som for sent indgivet, skønt klageren faktisk kunne bevise, at han rettidigt havde indgivet sin appel til den domstol, hvis afgørelse appelleredes: appeldomstolen. Denne havde blot ikke rettidigt videresendt klagen med sine bemærkninger til Kassationsdomstolen. Art. 6 med retten til domstolsprøvelse ansås for at være krænket.

Også *Di Gussola samt Debordes & Omer mod Frankrig*, dom af 14. november 2000, er et eksempel på EMD's "kvalitetskontrol" med nationale domstole. Klagerne havde appelleret en afgørelse, der pålagde dem sagsomkostninger. Men appellen heraf blev afvist af den franske kassationsdomstol pga. af en regel om, at man ikke kan appellere en sådan afgørelse, hvis man ikke har opfyldt den. EMD bemærkede, at en sådan appelafskæring kan være begrundet i hensynet til at aflaste kassationsdomstolen. Men reglen må ikke bruges "stereotyp". Den kræver en nærmere analyse af appel-lanternes situation, og en sådan var forsømt i denne sag,

hvor der ikke var taget hensyn til deres manglende evne til at betale de pådømte beløb. Følgelig var art. 6 om retten til en retfærdig rettergang krænknet.

Endnu et eksempel på kvalitetsprøvelsen er *Sommerfeld mod Tyskland*, dom af 11. oktober 2001, hvor EMD skulle vurdere, om EMRK art. 8 var krænknet pga. nægtelse af klagerens ret til samvær med et barn født uden for ægteskab. EMD gik særdeles tæt ind på de nationale domstoles sagsbehandling og fandt, at de tyske domstole ikke burde have ladet sig nøje med en 2 år gammel og temmelig overfladisk psykologerklæring. De burde heller ikke have stillet sig tilfredse med at høre barnets ønsker, men burde have fået en ekspertpsykolog til at evaluere ønskerne fra barnet samt til at vurdere muligheden for at etablere kontakt mellem barnet og klageren. EMD fandt derfor, at der i det hele var tale om en "utilstrækkelig involvering af klageren i beslutningsprocessen", og at art. 8 følgelig var krænknet (dommerstemmerne 5-2).

På samme dato, den 11. oktober 2001, afgjordes tre tyske samværssager: *Sahin mod Tyskland*, den nævnte *Sommerfeld mod Tyskland* samt *Hoffmann mod Tyskland*, og de er alle udtryk for en kvalitetsprøvelse af processuelle rettigheder – snarere end for en realitetsprøvelse af selve samværssagen, hvilket EMD ikke har noget reelt grundlag for, jf. *Jonas Christoffersen* i EU&M 2002 s. 89 f. I *Sahin* understreges det, at barnet burde have været hørt, allerede da det var 5 år gammelt (!). I *Sommerfeld* fremhæves det, at høringen af barnet ikke altid er nok, men at en psykologudtalelse til vurdering af barnets ønsker kan være fornøden. I *Hoffmann* fremhæver EMD, at den ikke er appelinstans for den nationale domstols vurdering af sagen.

Kvalitetsprøvelsen af nationale domstoles sagsbehandling går meget vidt i *G. B. mod Frankrig*, dom af 2. oktober 2001, hvor klageren efter en 3-dages nævningesag blev idømt 18 års fængsel for grove seksu-

elle overgreb på familiemedlemmer. En ekspert, der var indkaldt til at afgive forklaring for nævningetinget, fik efter sin forklaring forelagt nogle fremlagte rapporter om begivenheder, der havde fundet sted, da tiltalte var mindreårig, og efter at have læst disse ændrede eksper-ten forklaring og indtog en tydeligt fjendtlig holdning til tiltalte. EMD fandt, at der i overensstemmelse med forsvarerens ønske burde være indhentet en supplerende ekspertudtalelse, idet den indkaldte eksperts pludselige holdningsændring højst sandsynligt havde bevirket, at der blev lagt særlig vægt på ekspertens udsagn. Art. 6 var derfor krænknet, og "G. B." fik tilkendt FF 90.000 som kompensation efter art. 41.

Kvalitetskravet er opfyldt, også selv om der i første omgang kun udfærdiges en mere summarisk dom, og således at en udførlig dom kun skrives, hvis der appelleres, jf. *Zoon mod Holland*, dom af 7. december 2000, der ikke fandt det stridende mod art. 6, at straffedommen afsiges på grundlag af en summarisk dom, som kun uddybes, hvis der ankes. Klageren havde haft tilstrækkeligt grundlag for at beslutte sig i ankespørgsmålet.

c. Offentlig rettergang

Når art. 6 finder anvendelse, jf. ovenstående, er den pågældende berettiget til "en retfærdig og offentlig rettergang". Egentlig er det uheldigt, at disse to forhold er sammenkædet rent sprogligt, for offentlighedskravet er kun ét blandt de – talrige – elementer, der efter art. 6 tilsammen indgår i bedømmelsen af, hvorvidt der har været tale om en retfærdig rettergang, *fair trial*.

Som hovedregel indebærer kravet om en "offentlig rettergang", at i hvert fald det eller de væsentligste retsmøde(r), herunder domsforhandlingen, skal være offentlige og mundtlige; offentligheds- og mundtlighedsprincippet har i sagens natur en meget nøje sammenhæng. Undtagelsesfri er reglen dog ikke, idet det af rent ressourcemæssige grunde må accepteres, at visse

sagstyper behandles uden offentlige retsmøder, eventuelt helt på skriftligt grundlag. Er der tale om første og eneste instans, vil der som tungtvejende udgangspunkt være krav på mundtlig, offentlig høring, men særlige forhold kan begrunde undtagelse herfra, jf. dom af 19. februar 1998 i *Allan Jacobsson mod Sverige*, hvor hr. Jacobsson havde fået en byggesag forkastet alene på grundlag af skriftlig behandling hos Regeringsrätten, men skønt den var første og eneste instans, godkendte EMD dog fremgangsmåden, fordi Regeringsrättens kompetence i sagen var begrænset; den skulle alene tage stilling til juridiske anbringender og kunne ikke afgøre byggesagen i realiteten.

Sagen viser, at det er en meget konkret bedømmelse, hvis klare udgangspunkt er offentlighed og dermed mundtlighed. Den viser dog samtidig, at der som udgangspunkt ikke kan indvendes noget mod, at forvaltningsdomstoles sagsbehandling i overvejende grad er skriftlig – hvilket reelt er en forudsætning for, at et system med disse specialdomstole kan fungere i praksis. Det ses dog samtidig, at appelsager også uden for det forvaltningsretlige område kan afgøres på skriftligt grundlag, hvis dette konkret findes forsvarligt, og sagen har været forhandlet mundtligt i første instans, jf. *Hoppe mod Tyskland*, dom af 5. december 2002, der godkender skriftlig behandling af en appelsag om forældremyndighed.

Se også *Scarth mod Storbritannien*, dom af 22. juli 1999, hvor det stred mod EMRK, at en britisk sag om tvangsindløsning af minoritetsaktionærer i et selskab foregik ved voldgift for lukkede døre.

Kravet om offentlighed skal ikke blot opfyldes formelt, men også reelt. I *Riepan mod Østrig*, dom af 14. november 2000, var en ny straffesag for *Landesgericht* mod en strafafsoner blevet holdt i et lokale i fængslet, uden at der gennem opslag på retsliste eller på anden måde var bekendtgjort noget herom. Retshandlingen

blev holdt på et atypisk tidspunkt, tidligt om morgenen. Lokalet var ikke specielt indrettet som en traditionel retssal. Rettergangen ansås ikke for at have været “offentlig”, og art. 6 var derfor krænket.

I relation til kravet om mundtlighed opstår også spørgsmålet om partens ret til at være til stede i retten. Enkelte sager vil kunne behandles uden partens tilstedeværelse, men der må foretages en konkret bedømmelse heraf. En række tekniske spørgsmål, procedurespørgsmål mv. vil kunne behandles på rent skriftligt grundlag. I visse sager om domstolsprøvelse af forvaltningsakter, fx ved egentlige forvaltningsdomstole, vil en skriftlig behandlingsmåde kunne accepteres, men bestemt ikke undtagelsesfrit. Efter begæring eller af egen drift må retten være indstillet på at holde retsmøde, hvis dette er påkrævet af hensyn til en forsvarlig behandling af sagen.

I en i Norge meget omtalt sag – *oberstløjtnant Botten mod Norge* – statuerede EMD i en dom af 19. februar 1996, at Norge havde overtrådt EMRK art. 6(1) ved at domfælde oberstløjtnant Botton i Højesteret i en militær straffesag uden forinden at høre hans forklaring under ankesagen, uanset at der alene var tale om en udmålingsanke. I sig selv var det ikke i strid med art. 6, at Højesteret havde kompetence til at omgøre en frifindende dom uden at indkalde oberstløjtnanten eller høre forklaring direkte fra ham. Spørgsmålet var derfor, om de særlige omstændigheder i denne sag indebar en EMRK-krænkelse. For så vidt angår skyldsspørgsmålet var EMD ikke overbevist om, at ankesagen kun rejste spørgsmål om jus. Selv om Højesteret var bundet af faktum, således som det var beskrevet i byrettens dom, måtte Højesteret alligevel i et vist omfang foretage sin egen vurdering for at fastslå, om dette faktum dannede tilstrækkeligt grundlag for domfældelse. På baggrund af det, der stod på spil for oberstløjtnanten, fandt EMD, at de spørgsmål, der skulle afgøres af Højesteret, ikke

kunne gives en ordentlig vurdering, uden at han forklarede sig direkte for Højesteret. EMD fandt ikke, at der forelå specielle forhold i sagen, som kunne retfærdiggøre, at Højesteret ikke havde indkaldt oberstløjtnanten og således ikke havde hørt en forklaring direkte fra ham, før Højesteret afsagde sin dom, jf. *Erik Werlauff* i J 1997 s. 50 ff.

I *Pobornikoff mod Østrig*, dom af 3. oktober 2000, udgjorde det en krænkelse af art. 6, at en appel til *Oberster Gerichtshof* var behandlet, uden at klageren, som var idømt livsvarigt fængsel for mord, havde ret til at være til stede. Han var repræsenteret af sin forsvarer. Under appellen påberåbte han sig rettergangsfejl i underinstansen, ligesom han anfægtede strafudmålingen. Hvad prøvelsen af rettergangsfejl angik, fandt EMD, at disse kunne behandles uden hans tilstedeværelse. Men strafudmålingen kunne ikke prøves af appelretten, uden at denne havde mulighed for at danne sig et personligt indtryk af ham. Se i samme retning *Eisenstecken mod Østrig*, dom af 3. oktober 2000, hvor det udgjorde en krænkelse af art. 6, at der ikke var holdt mundtlig forhandling i en domstolslignende kommission, der behandlede spørgsmålet om godkendelse af klageren til erhvervelse af en landbrugsejendom. Eftersom sagen ikke havde drejet sig om et sådant rent teknisk spørgsmål, som bedst kunne behandles skriftligt, havde klageren haft ret til mundtlig forhandling.

d. Dom inden for en rimelig frist

Rettergangen skal efter art. 6 ikke blot være "retfærdig og offentlig" – den skal også finde sted "inden en rimelig frist". Dette konventionskrav, der i lighed med de foran omtalte krav om foreløbige retsmidler udspringer af princippet *late justice is injustice*, har givet anledning til talrige sager, og også Danmark er herved blevet domfældt og har måttet indgå en del forlig for EMD.

Særligt har de tragiske blødersager været genstand

for opmærksomhed, og i denne forbindelse er både Frankrig og Danmark blevet dømt, jf. dom af 26. april 1994 i *Vallée mod Frankrig*. Danmark blev ved dom af 8. februar 1996 i *blødersagen* dømt for langsommelig sagsbehandling i sagen mellem på den ene side staten og et medicinalfirma og på den anden side de danske blødere, henholdsvis deres efterladte. Sagen var kompleks, men dette alene kunne ikke begrunde den lange varighed. Klagerne havde selv et vist medansvar for, at sagens behandling var blevet så langvarig. EMD var opmærksom på, at retssagen var reguleret af forhandlingsmaksimen, hvorefter det er sagens parter, der har hovedansvaret for, hvordan sagen skrider frem. Men det, der stod på spil for klagerne under retssagen, var af afgørende betydning for dem, og de kompetente administrative og judicielle myndigheder havde haft en positiv forpligtelse til at handle med ekstraordinær omhu (exceptional diligence). Landsretten imødekom alle parternes anmodninger om udsættelse, idet den sjældent anvendte sin kompetence til fx at tvinge parterne til at redegøre for deres påstande og anbringender eller til at bestemme, hvem der skulle udmeldes som sagkyndig. Selv når den forsinkelse, som klagerne havde været skyld i, blev taget i betragtning, havde myndighederne ikke handlet med den ekstraordinære omhu, som art. 6 nødvendiggjorde i den foreliggende sag. Der var krævet beløb på 325.000-425.000 kr., men der blev kun givet 100.000 kr., henset til, at den danske stat havde udbetalt en godtgørelse, og at klagerne selv havde bidraget væsentligt til forsinkelsen. Se om den danske blødersag *Bertil A. Frosell* i EU&M 1996 nr. 3, s. 121 ff.

Også efter blødersagerne er Danmark blevet domfældt for overskridelse af kravet om rimelig frist i art. 6(1), jf. EMD's dom af 15. februar 2000 i sagen *Kurt Nielsen mod Danmark*. Her varede en sag mod to forsikringsselskaber med krav om invaliditetserstatning efter en bilulykke i alt 8½ år ved by- og landsret. Der

var i fire omgange rettet forespørgsel til Arbejdsskadsstyrelsen vedrørende erhvervsevnetabsprocenten, og EMD understregede, at staten er ansvarlig også for tidsforbruget ved et sådant offentligt organ. Også de udsættelser og forsinkelser, der kunne henføres til de to sagsøgte forsikringsselskaber, var domstolene og dermed Danmark ansvarlig for. Der lagdes endvidere vægt på, at den samlede periode, hvor sagen lå stille i én eller anden instans, var 5 år og 9 måneder ud af den samlede sagsbehandlingstid. Kurt Nielsen fik 75.000 kr. i godtgørelse (*just satisfaction*) efter EMRK art. 41.

Danmark skønnede, efter at være blevet domfældt for langsommelig sagsbehandling i både blødersagen og i Kurt Nielsen mod Danmark, at det ikke var hensigtsmæssigt med endnu en domfældelse af Danmark efter denne regel, og i konsekvens heraf blev der med en klager, *vognmand Hardy Hansen*, i juni 2000 indgået forlig, hvorved vognmanden hævdede sin klage mod Danmark ved EMD mod at få en erstatning på 45.000 kr. og refusion af sine sagsomkostninger. Hans sag om objektivt individualansvar efter køre-hviletidsreglerne havde verseret i næsten 10 år, nemlig fra hans chauffør i 1985 blev noteret for overtrædelse af reglerne, til der ved *UfR 1995.9 H* faldt endelig dom. Selv når man tager i betragtning, at sagen i mellemtiden havde måttet forelægges for EFD, jf. dennes dom af 10. juli 1990, C-326/88, *Hansen & Søn I/S*, og at danske myndigheder i relation til "rimelig frist" i EMRK art. 6(1) ikke er ansvarlig for sagsbehandlingstiden ved EFD, jf. EMD's dom af 26. februar 1998, *Pafitis m.fl. mod Grækenland*, var et tidsspand på næsten 10 år om en mindre bødesag for meget, og det er derfor forståeligt, at den danske stat valgte forligsvejen. Det samlede tidsforløb kan i øvrigt nok give stof til eftertanke. Gerningstidspunktet i denne bødesag var 1985. EFD udtalte sig i 1990. Den danske højesteretsdom faldt i 1994. Forlig for EMD blev indgået i 2000. I alt 15 år var "systemet" – alle kompetence

myndigheder i ind- og udland herved iberegnet – om at behandle og afslutte denne sag.

I erkendelse af, at sagsbehandlingstiden ved danske domstole i civile sager er betænkelig i forhold til kravet i art. 6(1), er der ved lov nr. 414 af 10. juni 1997 med virkning fra 1. juli 1997 gennemført stramninger i rpl.s forskrifter om sagsforberedelse, domsafsigelse m.v. Det fremgår udtrykkeligt af motiverne, at én af hovedårsagerne til lovforslaget er et ønske om at sikre overholdelsen af EMRK's krav om "rimelig frist". Generelt er tanken med lovændringerne, at den formelle procesledelse skal styrkes betydeligt. Dette opnås blandt andet gennem følgende tiltag: (1) Anmodning om udsættelse samt om fremsættelse af nye påstande (nova) afskæres i videre omfang end hidtil, nemlig således at retten kan afslå trods modpartens indforståelse, jf. rpl. § 357, stk. 3 (og § 383, stk. 3, om anke). Det er indlysende, at der herved er tale om at afveje modstridende retssikkerhedshensyn over for hinanden, for ønsket om en vis adgang til nova er begribeligvis af betydning for retssikkerheden. (2) De frister, retten sætter med hensyn til indlevering af processkrifter, skal kunne sanktioneres med udeblivelsesvirkning, dvs. med afvisningsdom i forhold til sagsøgeren hhv. udeblivelsesdom i forhold til sagsøgte, jf. rpl. § 378, stk. 2. Også her er der tale om afvejning af modstridende retssikkerhedshensyn. (3) Der skal tidligst muligt, under et udvidet forberedende møde (ny rpl. § 355, stk. 4, jf. stk. 1, der gør § 355-møder til hovedreglen), opstilles en køreplan for retssagen, herunder med fastlæggelse af tidsfrister for de enkelte processkridt. Der er i 2000 iværksat et pilotprojekt til nærmere udmøntning af disse intentioner. (4) Retten kan forlange indlevering af påstandsdokument med anbringender, bevisfortegnelse m.v., jf. rpl. § 356 a. (5) Ved sagens optagelse til dom skal retten oplyse tidspunktet for domsafsigelsen, og denne skal som hovedregel ske senest 6 uger senere for byretssagers vedkommende

og senest 3 måneder senere for landsretssager, jf. rpl. § 219, stk. 1. De nævnte lovændringer var motiveret i et ualmindelig velgennemarbejdet lovforslag med særdeles detaljerede motiver, herunder med grundige henvisninger til EMRK og EMD's praksis.

Det ligger fast i relation til art. 6(1), at en stat er ansvarlig for myndighedsbehandlingstidens varighed set under ét, og herved tæller også en forudgående behandlingstid hos administrative myndigheder med, ikke kun sagsbehandlingen hos domstolene, jf. dom af 9. december 1994, *Schouten & Meldrum mod Holland*. Derimod har det været omtvistet, om staten også er ansvarlig for den tid, der medgår til en præjudiciel forelæggelse for EFD efter art. 234 EF (ex 177). Dette spørgsmål er afgjort – ganske pragmatisk og håndfast – af EMD ved dennes dom af 26. februar 1998, *Pafitis m.fl. mod Grækenland*. I dommen udtales det, at sagsbehandlingstiden ved EFD ikke skal medregnes, idet en medinddragelse af denne periode ville modvirke det formål, der forfølges med art. 234 EF (ex 177). I retslitteraturen er det med rette påpeget, at denne løsning vel er praktisk, men ikke specielt egnet til at fremme menneskerettighedernes gennemslagskraft, jf. *Nina Holst-Christensen & Jon Fridrik Kjølbro* i EU&M 1998 s. 153 ff, særligt s. 159 f. EMD kunne enten (a) have udtalt, at de konventionsstater, der gennem EU har oprettet en særlig domstol, i relation til EMRK er ansvarlige også for dennes sagsbehandlingstid, eller i det mindste (b) at staterne ganske vist ikke er ansvarlige efter EMRK for EFD's sagsbehandlingstid, men at en præjudiciel forelæggelse bør medføre skærpede krav til de nationale domstoles efterfølgende behandling af sagen.

Uanset at EU ikke har tiltrådt EMRK, er EFD fuldt bevidst om ansvaret for blandt andet en sagsbehandling inden for en rimelig frist, jf. fx dom af 17. december 1998 i sag C-185/95 P, *Baustahlgevebe GmbH mod*

Kommissionen, hvor en kartelsag havde verseret for længe, og hvor der blev givet en vis kompensation herfor i form af et mindre afslag i en stor kartelbøde.

Hvis det under en sag konstateres, at art. 6 om rimelig tid er krænket, er det ikke nok at give rabat ved strafudmålingen. EMRK-krænkelsen skal også konstateres. I modsat fald har tiltalte fortsat offerstatus, jf. fx *Lie & Berntsen mod Norge*, dom af 16. december 1999 om en økonomisk straffesag, hvis varighed overskred grænserne efter art. 6, men hvor norske domstole havde erkendt den for lange sagsbehandlingstid (og kompenseret herfor ved strafudmålingen ved at give betingede fængselsstraffe). Det understreges som nævnt af *Jonas Christoffersen* i EU&M 2002 s. 94 f, at der skal gives en præcis begrundelse for strafreduktionen, og at denne bør henføres specifikt til sagsbehandlingstiden, så EMD kan efterprøve, at sagsbehandlingstiden har haft en reel indflydelse på strafudmålingen. Et eksempel på, at offerstatus fjernes, idet EMRK-krænkelsen klart erkendes, er den allerede omtalte *UfR 2003.2031 H*, hvor der i en selskabstømmersag, der havde været 10 år under vejs og heraf ligget stille i 2 år, blev konstateret krænkelse og derfor udmålt en straf på kun 1,5 års fængsel, “væsentligt lavere end den straf, der normalt skulle udmåles for den begåede kriminalitet”.

e. Uafhængig og upartisk domstol

Den domstol, der afgør sagen, skal være “en ved lov oprettet uafhængig og upartisk domstol”, jf. art. 6(1). Begreberne uafhængighed og upartiskhed er stærkt relaterede, men har alligevel hver deres selvstændige aspekter.

Det var på grundlag af denne bestemmelse, at Danmark første gang blev dømt efter EMRK, nemlig ved dommen af 24. maj 1989 i *Mogens Hauschildt mod Danmark*. Dommen gav anledning til, at de danske regler om dommeres habilitet måtte revideres. Se om

habilitetspraksis efter EMRK art. 6 *Michael Ellehauge* i UfR 2002 B s. 123 ff.

Den test, der anlægges i relation til uafhængighedskravet er en dobbelt test: Dommeren skal både (1) være upartisk (en subjektiv test), og han skal også (2) for parterne fremstå som upartisk (en objektiv test); der er en formodning for subjektiv upartiskhed, jf. dom af 10. juni 1996 i *Pullar mod Storbritannien*, hvor en nævning havde været ansat hos et vidne i sagen, men hvor dette ikke indebar krænkelse af art. 6(1). Mens det næsten er umuligt at argumentere ad (1), koncentrerer den enkelte sag sig derfor oftest om (2) den objektive test: "Justice not only must *be* done; justice must also *be seen to be done*", siger man efter fornem gammel britisk retstradition.

Upartiskhedskravet var krænket i *Rojas Morales mod Italien*, dom af 16. november 2000, hvor Morales i en narkosag blev dømt af samme retsformand (og også en meddommer), som i en forudgående særskilt sag mod en medgerningsmand havde peget på Morales som sagens hovedmand. Eftersom disse to dommere dermed havde udtalt sig om Morales' og medgerningsmandens rolle i sagen, havde Morales haft objektive grunde til at mene, at domstolen havde en forudfattet mening i sagen mod ham, og art. 6 var derfor krænket.

Den dobbelte test – Justice not only must be done; justice must also be seen to be done – er samtidig udtryk for, at retten selv konkret kan gøre ganske meget for at sikre, at "justice is seen to be done", og *Gregory mod Storbritannien*, dom af 25. februar 1998, er et udmærket eksempel på, at retten efter omstændighederne kan genoprette den objektive upartiskhed og dermed afviske det, der ellers kunne udmønte sig i et brud på EMRK. I en nævningsag, hvor en sort britisk statsborger stod tiltalt for røveri, sendte én af nævningene under voteringen en notits ud til retsformanden, hvori han skrev: "Jury showing racial overtones. One member

to be excused." Havde det fået sit forblivende herved, kunne EMRK art. 6 meget vel være overtrådt, men retsformanden reagerede prompte og kaldte juryen tilbage i retssalen, hvor han grundigt instruerede nævningene om, at de alene måtte dømme ud fra den stedfundne bevisførelse. Denne instruktion førte til, at EMRK ikke ansås overtrådt.

Genopretningen af den objektive upartiskhed lykkedes ikke i *Sander mod Storbritannien*, dom af 9. maj 2000, hvor retsformanden i en nævningsag mod en tiltalt af asiatisk herkomst modtog en seddel fra en nævning om, at én eller to nævninge i voteringslokalet var fremkommet med racistiske kommentarer og vittigheder. I lighed med *Gregorysagen* indkaldte retsformanden nævningene og gav dem en grundig formaning. Han bad dem overveje natten over, om de var i stand til at dømme upartisk i sagen. Næste morgen fik han en erklæring fra samtlige nævninge om, at de godt kunne dømme i sagen, og et særskilt brev fra én nævning, som erkendte at have fremsat de nævnte påstande, men som undskyldte disse. Herefter fortsatte sagen, og den tiltalte blev kendt skyldig. EMD fandt med et snævert flertal på 4-3, at art. 6 var krænket. Retsformandens formaning kunne efter flertallets mening ikke opveje indtrykket af og frygten for manglende upartiskhed, og retsformanden burde have reageret mere håndfast.

Hvis en appeldomstol ophæver en dom og hjemviser sagen til fornyet behandling i underinstansen, behøver det efter EMD's praksis ikke nødvendigvis være nye dommere i underinstansen, der behandler sagen i anden runde, jf. EMD's dom af 16. juli 1971 i *Ring-eisen mod Østrig*. Dette gælder dog selvsagt ikke, hvis ophævelsen af den indankede dom skyldes inhabilitet i underinstansen. Også hvis en instans selv genoptager en sag, fx fordi domfældelse i første runde skete som følge af udeblivelse, er der efter EMD's praksis som udgangspunkt ikke noget til hinder for, at de samme

dommere på ny pådømmer sagen, jf. EMD's afgørelse af 10. juni 1996 i *Thomann mod Schweiz*.

Herhjemme har Arbejdsretten været i søgelyset i henseende til spørgsmålet om upartiskhedskravet, særligt som følge af de hidtidige regler om organisationsudpegne dommere, hvis upartiskhed principielt måtte kunne betvivles i relation til en part, der ikke har udpeget dommer(e), jf. *Lars Adam Rehof* argumenterede i UfR 1995 B s. 49 ff. Der gennemførtes i 1997 nogle ændringer i loven om arbejdsretten til sikring af rettens uafhængige *appearance*. Efter den tidligere § 1 valgtes Arbejdsrettens ordinære medlemmer og suppleanter af en række forskellige arbejdsgiver- og lønmodtagerorganisationer samt offentlige instanser. Nu gælder i stedet, at de ordinære dommere og suppleanter for fremtiden beskikkes af arbejdsministeren efter indstilling fra organisationerne for en periode af 5 år. Herved har man ønsket at sikre opfyldelsen af kravet om uafhængige dommere i art. 6(1). Reglerne for Arbejdsretten er et godt eksempel på respekten for art. 6, jf. *Merete Preisler* i UfR 1997 B s. 384 ff.

Upartiskheds- og uafhængighedskraverne er to sider af samme sag, men den retsinstans, der bedømmes i relation til art.6, skal passere begge tests. Organet er ikke uafhængigt, hvis fx en minister kan omstøde dets afgørelser, jf. dom af 18. april 1994 i *Van de Hurk mod Holland*, hvor en hollandsk landmands klage vedrørende tildelte mælkekvoter skulle behandles i et erhvervstribunal, hvis afgørelse kunne tilsidesættes af den hollandske regering. Kompetencen til at træffe bindende afgørelser, som ikke kan ændres til skade for enkeltpersoner af andre end overordnede tribunaler eller domstole, er et karaktertræk, som er en uadskillelig del af det, der karakteriserer domstole og tribunaler. Selv om regeringens kompetence til at suspendere en afgørelse fra tribunalet aldrig havde været anvendt, gav loven regeringen mulighed for at suspendere en afgørelse fra tribunalet, og

tribunalet manglede derfor et af de grundlæggende træk, som efter art. 6(1) kræves af domstole og tribunaler: uafhængigheden.

Spørgsmålet om, i hvilket omfang den i Danmark udstrakte brug af konstituerede dommere kan være i strid med EMRK, er ikke besvaret generelt, men vor praksis har næppe været hævet over kritik, jf. *UfR 1994.536 H*, hvor Højesteret gennemgik den foreliggende praksis fra EMD og EMK og ikke fandt tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at det *generelt* vil blive anset for stridende mod art. 6(1) at anvende konstituerede dommere, men Højesteret tilføjede herom: "Omfanget og karakteren af den bestående konstitutionspraksis sammenholdt med det meget brede ansættelsesområde for ansatte i Justitsministeriet med tilhørende institutioner og den manglende retlige beskyttelse mod fjernelse fra stillingen gør det imidlertid tvivlsomt, om ordningen som helhed kan anses for forenelig med konventionen. Da der ikke er noget sikkert grundlag for at fastslå konventionens rækkevidde i denne henseende, og da en fortolkning, der i væsentlig grad afskærer anvendelse af konstituerede dommere, vil have meget indgribende følger for domstolsorganisationen, finder Højesteret, at en generel afklaring af spørgsmålet bør ske gennem lovgivning ...". Med virkning fra 1. juli 1999 gennemførtes lov om Domstolsstyrelsen, og i denne forbindelse har man i tilslutning til *UfR 1994.536 H* været indstillet på at bringe vor konstitueringspraksis uden for risikoen for berettiget EMRK-kritik. Dette er sket ved at gøre Domstolsstyrelsen til ansættelsesmyndighed for dommerfuldmægtige og retsassessorer, ligesom kompetencen til at afskedige og uansøgt forflytte er henlagt til Den Særlige Klageret efter indbringelse fra Domstolsstyrelsen, jf. rpl. §§ 1 a, 49, 49 a, 50 og 55. Erkendes må det, at der herved er udfoldet omfattende og oprigtige bestræbelser på at holde os inden for rammerne af EMRK.

f. *Uskyldsformodning og selvinkrimineringsforbud*
Med amerikansk forfatningsret som forbillede hedder det i EMRK art. 6(2), at “[e]nhver, der anklages for en lovovertrædelse, skal anses for uskyldig, indtil hans skyld er bevist i overensstemmelse med loven”, dvs. princippet *in dubio pro reo*.

Heri ligger ikke blot et bevisbyrdekrav, men også et krav om, at det grundlæggende er anklagemyndigheden, der skal fremskaffe beviserne mod tiltalte. Denne kan ikke pålægges at inkriminere sig selv. Se om spørgsmålet *Asbjørn Strandbakken*: Uskyldspresumptionsjonen “*In dubio pro reo*” (anmeldt af Gorm Toftegaard Nielsen i UfR 2003 B s. 356 ff), særligt bogens s. 247 ff om uskyldspræsumptionens saglige område, og *Karol Nowak*: Oskyldighedspræsumptionen (anmeldt af Gorm Toftegaard Nielsen i UfR 2003 B s. 379 f).

Pligtmæssige forklaringer til særlovsmyndigheder

Uskyldsformodningen har en nær sammenhæng med det almindelige forbud mod selvinkriminering (dvs. mod pligten til at vidne mod sig selv), som man kan udlede af den mere generelle bestemmelse i art. 6(1). Dette forbud blev krænkede i *Saunders mod Storbritannien*, dom af 17. december 1996, jf. *Erik Werlauff* i FM 1999 s. 28 f.

Direktør Saunders fra bryggeriet Guinness var af de britiske kartelmyndigheder mistænkt for at have deltaget i kursmanipulation med Guinness-aktier forud for Guinness’ overtagelse af konkurrenten Distillers, og Saunders blev afkrævet detaljerede forklaringer herom af kartelmyndighederne (hvor han havde pligt til at besvare spørgsmålene). Derefter rejstes der straffesag mod ham for kursmanipulation, og under denne straffesag oplæste anklagemyndigheden yderst detaljeret – over flere dage – Saunders’ forklaringer fra kartelsagen for nævningene, og i væsentlig grad på grundlag heraf idømtes han 5 års fængsel, senere nedsat gennem

appel til 2½ års fængsel. EMD bemærkede, at der skal findes en balance mellem (a) forklaringspligter (som jo findes inden for en lang række områder, fx børs-, regnskabs-, selskab- og konkurrenceretten) og (b) selvinkrimineringsforbuddet i EMRK. Se *Alan Riley* i ELR 2000 s. 264 ff i relation til de krav, der i tilslutning til *Saunders* må stilles til fællesskabsretlige og nationale kartelmyndigheder, hvis der gives dem kompetence til at pålægge forklaringspligt mv.

Se også en dom fra Retten i første instans under EFD, dom af 20. februar 2001, *Mannesmannröhrenwerke AG mod Kommissionen*, sag T-112/98, hvor Retten anerkendte, at virksomhedens oplysningspligter efter kartelreglerne viger i tilfælde, hvor svaret ville indebære tilståelse af en retsstridig adfærd, som Kommissionen bærer bevisbyrden for eksistensen af. Kommissionen kunne derfor forlange, at virksomheden besvarede spørgsmål af rent faktisk karakter, og at den udlevere beviser og dokumenter, der allerede eksisterede, men ikke at den udtalte sig om fx formålet med møder eller foretog en vurdering af karakteren af en beslutning. Dommen hviler således på en afgørende sondring mellem på den ene side faktiske oplysninger og eksisterende dokumenter, på den anden side vurderinger og kvalifikationer heraf, jf. *Lars Kjølbye* i EU&M 2002 s. 18 f. Se også Domstolens dom af 18. oktober 1989 i sag 374/87, *Orkem*, Rettens dom af 20. april 1999 i sagerne T-305/94 m.fl. og Domstolens dom af 15. oktober 2002 i sagerne C-238/99 P m.fl.

Højesteret har ved *UfR 2003.1328 H* taget stilling til selvinkrimineringsforbuddets betydning under et dawn-raid, og kendelsen rummer en række principielle betragtninger til brug for afvejningen af modsatrettede hensyn i disse sager. Begge de foregående instanser havde i deres præmisser koncentreret sig om en gengivelse af, hvad Kommissionen forlangte af virksomheden, dvs. en gengivelse af de vidtgående

krav om udlevering af materiale, besvarelse af spørgsmål mv., der fremgår af den for disse undersøgelser helt centrale forordning nr. 17 af 6. februar 1962. For Højesteret gjorde virksomheden gældende, at der ikke af byretten ved afsigelsen af kendelsen om kontrolundersøgelsen var foretaget en nærmere efterprøvelse af, om tvangsindgrebet var for vidtgående, og at virksomheden burde være tillagt en sigtets retsstilling med den følge, at den ikke havde pligt til at medvirke aktivt til kontrolundersøgelsens gennemførelse. Særligt blev det gjort gældende, at virksomheden herved kunne påberåbe sig selvinkrimineringsforbuddet i EMRK art. 6.

Højesteret sammenfattede Domstolens og Rettens afvejning af de modsatrettede hensyn således, at "en virksomhed ikke kan undslå sig fra at give rent faktiske oplysninger, selv om disse vil kunne anvendes som bevis for en overtrædelse, men at Kommissionen dog ikke kan pålægge en virksomhed pligt til at besvare spørgsmål, såfremt virksomheden derved tvinges til at afgive tilståelse om at have begået retsstridige handlinger, som det påhviler Kommissionen at føre bevis for". Højesteret tilføjede: "Højesteret har ikke grundlag for at antage, at den beskrevne afvejning mellem Kommissionens beføjelser og retten til ikke at bidrage til selvinkriminering – som de pågældende embedsmænd under tvangsindgrebets udførelse har pligt til at respektere – skulle stride mod nationale bestemmelser med grundlovsrang", og konkret godkendte Højesteret indgrebet.

Ved *UfR 2002.2729 V* blev der draget den konsekvens af forbuddet mod selvinkriminering, at den strafbelagte regel i færdselslovens § 65 om en bilejers pligt til at oplyse, hvem der har benyttet bilen, ikke kan anvendes, når den pågældende selv kan have været fører af bilen. Hvis det derimod ligger fast, at bilejeren ikke selv kan have været føreren (idet dette fx klart

fremgår af optagelserne fra politiets fotofælde), kan EMRK ikke fritage bilejeren fra oplysningspligten, jf. *UfR 2003.1029 H*, hvor art. 10 forgæves påberåbtes.

Disse principper kan få stor praktisk betydning i sager, hvor en tilsynsmyndighed, konkurrencemyndighed, skifteret etc. skal opklare et begivenhedsforløb. Man kan blot tage et konkursramt selskab som illustrerende eksempel:

Selv hvor bestyrelses- og direktionsmedlemmer måske kunne befrygte at ville blive sigtet/tiltalt for særlovsovertrædelser (bogføringsloven, årsregnskabsloven, selskabslovgivningen) eller for straffelovsovertrædelser (mandatsvig, skyldnersvig), har det i hidtidig praksis været antaget, at de alligevel har møde- og forklaringspligt over for skifteretten i forbindelse med oprydningen i det konkursramte selskab, jf. *UfR 1990.314 V*, men ved *UfR 2000.1201 H* er det fastslået, at når de pågældende er sigtet for strafbart forhold, eller der er grundlag for at rejse sigtelse, har de ikke pligt til at besvare spørgsmål, der kan have betydning ved bedømmelsen af det strafbare forhold, jf. rpl. § 752, stk. 1, og EMRK's uskyldsformodning, jf. *Lars Henriksen & Troels Lind Pedersen* i *UfR 2000 B* s. 382 ff, der efter afgørelsen finder, at selvinkrimineringsforbuddet helt generelt bør øve indskrænkende indflydelse på oplysningspligter i dansk ret.

Det påpeges af *Jonas Christoffersen* i *UfR 2000 B* s. 593 ff, at det efter EMD's praksis ville have været i orden at pålægge de pågældende at afgive forklaring, når blot denne ikke efterfølgende kunne tjene som eneste eller afgørende bevis mod dem. Årsagen til, at Højesteret således lægger et højere beskyttelsesniveau på efterforskningstidspunktet, end hvad EMRK strengt taget kræver, er efter denne forfatters opfattelse, at en regel om beskyttelse mod efterfølgende anvendelse af forklaringen er vanskelig at håndtere og harmonerer mindre godt med det danske retssystem.

I tilslutning til UfR 2000.1201 H bemærker *Gert Holst Matthiesen* i FM 2001 s. 24 f, at der herefter formentlig må opereres på tre niveauer: (1) Er der rejst sigtelse, skal afhøring normalt undlades. (2) Er der ikke rejst sigtelse, men kan det ses, at dette kunne blive aktuelt, må afhøring undlades, og der må eventuelt indgives anmeldelse. (3) Angår sigtelsen kun en begrænset disposition, må der foretages en konkret vurdering for hvert enkelt spørgsmål.

Ved UfR 2003.2341 H fritoges en sigtet fallent for at afgive forklaring om, hvad nogle pengebeløb, der omfattedes af sigtelserne, var anvendt til.

I bet. nr. 1428/2003 fra Retssikkerhedskommissionen foresloges det lovfæstet gennem en dansk retssikkerhedslov, at hvis der i forbindelse med en særlovsmyndigheds kontrol opdages noget, der formentlig er strafbart, skal kontrollen standse, så myndigheden ikke kommer til at overtage politiets efterforskningsmæssige rolle, og der ikke bliver gjort vold på forbuddet mod selvinkriminering, jf. nu retssikkerhedslovens § 10, stk. 1. Dog kan kontrollen fortsætte, hvis den pågældende samtykker skriftligt i det, eller hvis kontrollen alene fortsættes med henblik på andre spørgsmål. Det foreslås også, at hvis der er indsamlet oplysninger i strid med de foreslåede regler, og der efterfølgende rejses tiltale mod den pågældende, skal retten efter en konkret bedømmelse kunne bestemme, at det indsamlede materiale ikke kan bruges som bevis. Det afgørende skal herved være, om retten finder det retssikkerhedsmæssigt betænkeligt at bruge materialet. Det er særligt om denne del af forslaget, den offentlige debat har drejet sig. Fra blandt andet dommer-, politi- og anklagerside er der blevet advaret mod "amerikanske tilstande", hvor den, der klart er skyldig, vil skulle frikendes af "proces tekniske" grunde: ulovlig tilvejebringelse af beviset. Der er herved henvist til frifindelsen af O. J. Simpson på grundlag af rene "technicalities". Kritisk til blandt andet denne del

af Retssikkerhedskommissionens forslag er *Erik Werlauff* i L&R 2003 nr. 5 s. 8 ff. Ligeledes kritisk, særligt ud fra hensynet til håndhævelse af miljølovgivningen, er *Annette Møller-Sørensen* i UfR 2004 B s. 59 ff.

Særligt om skattesager

Selvinkriminering kan, som det sås i de foregående eksempler, forekomme, hvis der sker afhøring af en mistænkt under sådanne omstændigheder, at han herved gennem sin forklaring kommer til at levere afgørende beviser mod sig selv. Dette kan navnlig være et problem under efterforskning af skattestraffesager, jf. *Michael Juul Eriksen* i J 1999 s. 14 ff.

Det er derfor vigtigt, at en sigtelse formuleres og meddeles den mistænkte, når det står klart, at efterforskningen i betydeligt omfang koncentrerer sig om den pågældende. Meget muligt må man formulere konsekvenserne af selvinkrimineringsforbuddet således, at hvis en forvaltningsmyndighed har begrundet mistanke om noget strafbart, skal den undlade at anvende sine beføjelser til at kræve dokumenter og forklaringer, og hvis den i strid med denne grundsætning alligevel kræver og modtager dem, må de normalt ikke bruges under en straffesag, jf. *Jon Fridrik Kjølbro* i EU&M 1999 s. 131 ff. Se endvidere *Jonas Christoffersen* i J 2000 s. 45 ff.

På en række områder kan samfundets love imidlertid kun fungere, hvis der indgives relevante oplysninger fra borgerne. Dette gælder fx skattesystemet, som er stærkt afhængig af, at skatteyderne selvangiver indkomst mv. Det er derfor vigtigt, at der i relation til uskyldsformodningen i EMRK sondres mellem de oplysninger, som er nødvendige til den almindelige skatteansættelse, og oplysninger, som indhentes med henblik på strafforfølgning.

I *J. B. mod Schweiz*, dom af 3. maj 2001, var EMRK krænkede som følge af en schweizisk skatteproces, som i

én og samme sag afgjorde spørgsmål om ligning, skattetillæg og straf for skatteunddragelse.

Dommen understreger imidlertid, at den ikke tager stilling til, i hvilket omfang en stat kan forpligte en skatteyder til at give oplysninger med det ene formål at sikre en korrekt ligning, og det er derfor en rigtig slutning fra dommen, når *Jonas Christoffersen* i EU&M 2002 s. 86 f lægger til grund, at grundsætningerne i *Saunders* fortsat er afgørende for, i hvilket omfang oplysninger, der indhentes fx under den almindelige skatteligning eller ved en konkurrenceretlig undersøgelse, kan anvendes som bevismiddel i en efterfølgende strafferetlig proces.

I nogen grad betænkelig er på dette grundlag *UfR 1999.1901 V*, der – alene på grundlag af rpl. § 742, stk. 2 – anerkender beviser, der fremskaffedes af en told- og skatteregion på et tidspunkt, hvor regionen havde anmeldt skatteyderen til politiet for skattesvig.

I *Allen mod Storbritannien*, dom af 10. september 2002, fik EMD lejlighed til den stillingtagen til de almindelige ligningsmæssige oplysninger, som EMD lod svæve efter *J. B. mod Schweiz*. I Allensagen havde skattemyndighederne indkrævet en formueforklaring fra Brian Roger Allen i form af en oversigt over hans aktiver og passiver, og der blev afgivet advarsel om det strafbare i at undlade at svare og i at svare usandt, en såkaldt *Hansard warning*. EMD understregede, at pligten til at redegøre for indkomst og formue i forbindelse med skatteligningen er et fællestræk ved de kontraherende staters skattesystemer, og at det ville være svært at forestille sig, at disse systemer kunne fungere uden.

Det, Allen blev tiltalt og dømt for, var at have givet usande oplysninger om aktiver og passiver. Den usande erklæring herom var i sig selv strafbar, og forbuddet mod selvinkriminering blev ikke krænket ved, at dette kunne straffes. EMD understreger således, at de oplysninger, Allen afgav om sine aktiver og passiver, ikke

blev brugt imod ham til at inkriminere ham for et strafbart forhold begået før dette tidspunkt. Der var heller ikke tale om, at Allen blev tiltalt for at have undladt at give oplysninger, der kunne inkriminere ham i en *verserende eller påtænkt* straffesag. Skattemyndighederne forlangte simpelthen en formueoversigt *til brug for skatteligningen* af ham, og manglende eller urigtig angivelse heraf var i sig selv strafbar. Art. 6 var derfor ikke krænket.

Det kan heller ikke antages at være i strid med selvinkrimineringsforbuddet, hvis en civil skattesag, dvs. skattemyndighedernes beslutning om ændring i det selv-angivne, fremmes forud for en eventuel skattestraffesag om det samme forhold. Det har i nogle danske sager været gjort gældende, at man ved at fremme sagen om skatteansættelsen, og ved at skatteyderen i givet fald må indgive klage (til skatteankenævn, Landsskatteretten mv.) og herved afgive nærmere oplysninger om det forhold, der senere kan komme til pådømmelse under en skattestraffesag, skulle komme i konflikt med uskyldsfornodningen, men dette kan ikke antages at være korrekt, jf. *Nils Hansen* i TfS 2003, 688.

Skattesager omfattes som udgangspunkt ikke af den "civile" del af EMRK art. 6, men sagens konsekvenser kan være så alvorlige, fx i form af skattetillæg og afgiftstillæg, at sagen uanset klassificeringen i det nationale retssystem må betragtes som en straffesag med den følge, at den alligevel falder ind under art. 6, jf. *Janosevic mod Sverige*, dom af 23. juli 2002, og *NRT 2002.509 H* (9-4).

Pålæg om at fremlægge kontoudtog mv.

Ved dom af 25. februar 1993 i *Funke mod Frankrig*, statuerede EMD, at Frankrig havde overtrådt art. 6(1)-(2), ved at franske toldmyndigheder havde givet Jean-Gustave Funke, der var mistænkt for skatte- og afgiftsunddragelse, pålæg om at skaffe kontoudtog fra

sine banker i udlandet for de foregående 3 år til brug som bevis i en eventuel straffesag mod ham (der i øvrigt blev opgivet).

EMD bemærkede, at toldmyndighederne havde forsøgt at få Funke til at skaffe dokumenter, de mente fandtes, selv om de ikke var sikre på det. Myndighederne var enten uvillige eller ude af stand til at fremskaffe dokumenterne selv, og de forsøgte i stedet at få Funke til selv at fremskaffe bevis for de lovbrud, han angiveligt havde begået. Dette indebærer en krænkelse af den ret, som enhver har i forbindelse med en straffesag til at forholde sig tavs og til at undlade at bidrage til at underbygge mistanken.

Nedenfor under omtalen af retten til tavshed behandles atter spørgsmålet om tiltaltes ret til at undlade at fremlægge beviser, som kun han har rådigheden over, fx i form af kontoudtog. I den nævnte sammenhæng er der specielt tale om bevisvurderingen, dvs. om undladelsen af at efterkomme opfordringen til fremlæggelse kan tillægges bevismæssig betydning, forudsat at anklagemyndigheden i øvrigt har sandsynliggjort skyldforholdet, jf. *UfR 1990.866 Ø*.

Tilståelse fremskaffet gennem informant, cellekammerat mv.

Selvinkrimineringsforbuddet ansås krænkede i *Allen mod Storbritannien*, dom af 5. november 2002, hvor myndighederne anvendte en cellekammerat til en indsat, der var mistænkt for et drab på en butiksbestyrer, til at skaffe en tilståelse, som derefter anvendtes i retten.

Tiltaltes ret til tavshed og konsekvenserne heraf, fx i relation til retsbelæringen i en nævningesag

Indirekte kan forbuddet mod selvinkriminering krænkes, hvis det ikke indskræpes nævningene i retsformandens belæring, at tiltaltes tavshed ikke må komme ham til skade.

I *Condron mod Storbritannien*, dom af 2. maj 2000, overlod retsformanden det i en narkosag til nævningene at vurdere, hvilken betydning de tiltaltes tavshed under de indledende afhøringer hos politiet skulle have. Appelretten opretholdt domfældelsen, men udtalte dog, at det havde været "ønskeligt", om retsformandens belæring var mere vejledende. EMD fandt det "mere end 'ønskeligt'", at det fremgik af retsbelæringen, at de tiltaltes tavshed under afhøringerne ikke måtte tillægges betydning til skade for dem. Retsformandens undladelse af at give tilstrækkelig vejledning herom var i strid med de tiltaltes ret til ikke at udtale sig, og denne fejl blev ikke afhjulpet af appelretten, der ikke kunne vide, hvilken rolle de tiltaltes tavshed havde spillet for nævningenes afgørelse.

I samme retning går *Beckles mod Storbritannien*, dom af 8. oktober 2002, hvor retsformanden i en nævningesag om drabsforsøg overlod det til nævningene at afgøre, om det skulle tillægges bevismæssig betydning til skade for tiltalte, at han efter råd fra sin forsvarer havde valgt at undlade at udtale sig under afhøringer hos politiet.

Forbuddet mod selvinkriminering og den hermed sammenhængende ret til tavshed er ikke absolutte størrelser. Ganske vist må en domfældelse ikke udelukkende eller i det væsentlige baseres på tiltaltes tavshed, men i hvert fald hvis tiltalte på forhånd er advaret om virkningerne af sin tavshed, og hvis sagens øvrige beviser har en sådan styrke, at de ville kunne lede til domfældelse, og hvis disse beviser nærmest "kalder" på en forklaring fra tiltalte, er det i overensstemmelse med EMRK at inddrage tiltaltes tavshed som ét blandt flere momenter som grundlag for domfældelse, jf. dom af 8. februar 1996 i *Murray mod Storbritannien*, jf. *Mennesker & Rettigheter 1998 s. 96 ff*, der i kommentaren bemærker, at dommen for så vidt er retsskabende, eftersom internationale standarder på området hidtil har

været tavse i spørgsmålet om, hvorvidt retten til tavshed er absolut.

Tilsvarende sås i *Averill mod Storbritannien*, dom af 6. juni 2000, hvor en række tekniske beviser forbandt Averill med et drab, men hvor han valgte at forholde sig tavs under afhøringen hos politiet. Da han under den efterfølgende retssag afgav forklaring, forkastede retten denne, blandt andet under henvisning til hans tidligere tavshed, og der blev i stedet lagt vægt på tekniske beviser, hvorefter han dømtes. Dette var ikke i strid med EMRK, men denne var dog krænkede, fordi Averill først fik adgang til at tale med sin forsvarer 24 timer efter anholdelsen.

I *Telfner mod Østrig*, dom af 20. marts 2001, var EMRK krænkede, idet Telfner blev dømt som flugtbilist i det væsentlige på grundlag af sin tavshed. Bevisbyrden var flyttet fra anklagemyndigheden til forsvaret, uanset at der ikke var etableret nogen oplagt (*prima facie*) sag mod ham. *Jonas Christoffersen* bemærker i EU&M 2002 s. 85 f til Telfnerdommen, at den ikke kan tages til indtægt for, at EMD vil foretage en selvstændig prøvelse af, om nationale bevisstandards er i overensstemmelse med princippet *in dubio pro reo*. Men EMD er klar til at gribe ind, såfremt en konkret domfældelse er udtryk for fravigelse af en forsvarlig bevisstandard i kombination med et EMRK-stridigt element i bevisvurderingen.

Der kan, jf. også grundsætningerne i *Murray* og *Averill*, være kategorier af beviser, som i den grad er undergivet tiltaltes egen rådighed, at en sandsynliggørelse fra anklagemyndighedens side vil være tilstrækkelig. Det strider i så fald ikke mod uskyldsformodningen at kræve, at tiltalte fremlægger beviser, der kan afsvække sandsynliggørelsen. Den objektive bevisbyrde er herved fortsat anklagemyndighedens, men når sandsynliggørelse har fundet sted, påhviler der tiltalte en subjektiv bevisbyrde. Se fx *UfR 1990.866 Ø*, hvor der var tiltalt

for skattesvig af særlig grov beskaffenhed, idet tiltaltes formue og indtægt i Schweiz var undladt selvangivet. Fastlæggelse af det nøjagtige omfang krævede kontoudtog mv. fra schweiziske banker, og da tiltalte trods sin adgang hertil ikke fremskaffede dette materiale, som i givet fald kunne modbevise anklagemyndighedens sandsynliggjorte formodninger, blev disse lagt til grund.

Objektivt strafansvar: I hvilken udstrækning er det foreneligt med uskyldsformodningen?

Det er næppe fuldt ud afklaret, i hvilken udstrækning uskyldsformodningen tillader et objektivet strafansvar – som forekommer mere byrdefuldt for tiltalte, end fx et strafansvar med omvendt bevisbyrde ville være.

EFD har i en dom af 10. juli 1990 i C-326/88, *Hansen & Søn I/S*, lagt til grund ved sin fortolkning af generelle fællesskabsprincipper, at disse *ikke* er til hinder for et objektivet individualansvar (om end EFD tilføjede, at Danmark var det eneste medlemsland, der havde objektivet ansvar for overtrædelse af køre- og hviletidsbestemmelserne).

Højesteret har godkendt et objektivet ansvar, men under visse strenge betingelser, jf. *UfR 1995.9 H*. Dommen statuerer, at et objektivet bødeansvar for vognmandsforretningens indehaver vedrørende overtrædelse af køre- og hviletidsbestemmelserne i forordning nr. 543/69 ikke er i strid med EMRK art. 6(2). Højesteret stadfæstede landsrettens dom i henhold til grundene, og om EMRK-spørgsmålet hedder det hos landsretten blandt andet, at det “ved EF-domstolens dom af 10. juli 1990 [refereret ovenfor] er statueret, at et sådant ansvar ikke er i strid med EF-retten. ... Der foreligger ikke efter det oplyste afgørelser fra konventionsorganerne efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, der udtrykkeligt har statueret eller dog må antages at forudsætte, at pålæg af bødeansvar på objektivet grundlag

er uforeneligt med konventionens art. 6(2). Tværtimod synes det i Menneskerettighedsdomstolens dom af 7. oktober 1988 (Salabiaku Case) forudsat, at sådant ansvar – i hvert fald under visse betingelser – må anses for konventionsmæssigt. ... Landsretten har på denne baggrund ikke grundlag for at statuere, at anvendelse af objektivt bødeansvar i sig selv skulle være i strid med den nævnte konventionsbestemmelse eller andre bestemmelser i konventionen. Når henses til formålet med at pålægge objektivt ansvar i et tilfælde som det foreliggende, til at der alene er tale om bødeansvar af begrænset størrelse, og til at objektivt bødeansvar ikke ubetinget skal pålægges ved overtrædelse af køre- og hviletidsreglerne, finder landsretten heller ikke, at der i øvrigt foreligger omstændigheder, der kan føre til, at pålæg af objektivt ansvar efter bekendtgørelsen skulle være i strid med den nævnte konventionsbestemmelse, således som denne er blevet fortolket af Menneskerettighedsdomstolen ved dommen af 7. oktober 1988.”

EMD har – om end under strenge betingelser – ligeledes godkendt et objektivt ansvar. Den dom, Højesteret refererede til fra EMD, er dommen 141-A, *Salabiaku mod Frankrig*, dom af 7. oktober 1988. Ved franske domstole blev Salabiaku domfældt for den blotte besiddelse af narkotika i tolden, idet fransk lov opstillede en formodning (præsumption) om, at den, der havde narkotikaen i sin besiddelse, opfyldte vilkårene for straf. EMD fandt ikke dette stridende mod uskyldsfornodningen i EMRK art. 6(2). EMD bemærkede i sine præmisser, at staterne har ret til at kriminalisere objektive forhold uafhængigt af skyld, så længe dette ikke griber ind i rettighederne efter EMRK. Ej heller et præsumptionsansvar som det nævnte franske stred i sig selv mod EMRK. Men grundlæggende krav til retssikkerhed skulle herved opfyldes. Den franske regel førte ikke nødvendigvis til straf for den, der blev taget med narkotikaen i sin besiddelse. Efter fast retspraksis

havde de franske domstole fuld kompetence til at vurdere de beviser, der fremlagdes i en sådan sag, og de kunne herved lade tvivl komme tiltalte til gode. Blandt andet kunne der ske frifindelse, hvis tiltalte beviste tilstedeværelsen af “force majeure”, dvs. forhold, som han var uden indflydelse på, og som det var absolut umuligt for ham at vide noget om. Ved vurderingen af den konkrete sag lagde EMD vægt på, at de franske domstole ikke blot havde dømt Salabiaku på grundlag af præsumptionsreglen, *men havde foretaget en konkret bevisvurdering.*

Det vil ses, at man gennem disse modifikationer bevæger sig ganske langt bort fra udgangspunktet, som kunne synes at være en automatisk domfældelse. I sammenfatningen nedenfor søges der opstillet 10 grundsatninger for, hvilke betingelser der skal være opfyldt, for at der kan pålægges “objektivt strafansvar” – og erkendes må det, at det “objektive” element herved er blevet i væsentlig grad reduceret. Det rendyrkede objektive strafansvar eksisterer ganske enkelt ikke.

Konfiskation: Uafklarede ejendomsforhold, sandsynliggørelsesbyrde mv.

Forbuddet mod selvinkriminering kan ikke anses krænketh gennem lovbestemmelser om konfiskation, der pålægger en domfældt en vis sandsynliggørelsesbyrde med hensyn til, at store forefundne pengesummer mv. er lovligt tilvejebragt og således ikke hidrører fra den forbrydelse, der dømmes for.

Siden 1997 har Danmark udvidet forskrifterne i strfl. § 75 om udbyttekonfiskation med en særlig bestemmelse i § 76 a. Bestemmelsen forudsætter, at der er dømt for en forbrydelse med en strafferamme på mindst 6 års fængsel, og at handlingen er af en sådan karakter, at den kan give betydeligt udbytte. Konfiskation kan ikke ske, hvis den pågældende sandsynliggør, at formuegodet er erhvervet på lovlig måde eller for lovligt

erhvervede midler, jf. § 76 a, stk. 4. Den, der fx dømmes for alvorlig narkokriminalitet, og som er i besiddelse af store beløb på sin bankkonto eller af et antal dyre Rolexure, må efter lovbestemmelsen tåle konfiskation af disse formuegoder, hvis han ikke kan sandsynliggøre, at de er lovligt erhvervet.

En sådan retstilstand vender ikke bevisbyrden for selve skyldspørgsmålet om, men udstrækker alene konfiskationens rækkevidde i forbindelse med en domfældelse, hvortil de sædvanlige bevis- og bevisstyrkekrav kræves opfyldt. Der kræves ydermere ikke løftelse af en egentlig bevisbyrde, men blot en sandsynliggørelse af lovligheden.

Anklagemyndighedens offentlige udtalelser samt dagbladenes artikler om en (verserende) straffesag

Uskyldsformodningen kan krænkes ikke blot gennem generelle bevisbyrdereregler og bevisstyrkeregler, men også gennem myndighedernes konkrete behandling af en straffesag, herunder gennem myndighedernes offentlige udtalelser om sagen, om skyldspørgsmålet mv.

Se hertil fx dom af 10. februar 1995 i *Allenet de Ribemont mod Frankrig*, hvor uskyldsformodningen i art. 6(2) var krænket i en situation, hvor ledende politfolk og den franske indenrigsminister havde fremsat udtalelser om klagerens andel i en drabssag.

Også private, fx pressen, kan krænke uskyldsformodningen, og i forholdet mellem ytringsfriheden efter art. 10 og uskyldsformodningen efter art. 6(2) må der derfor foretages en afvejning, som tager behørigt hensyn til en sigtets eller tiltalts interesser. Afvejningen sås som nævnt meget klart i *UfR 2003.624 H*, hvor Ekstra-Bladets ansvarshavende redaktør blev dømt i en injuriersag, idet avisen om en drabssigtet plejehjemsassistent i den såkaldte "Plejebø"-sag (om en række dødsfald på en plejehjem) havde skrevet i en stort opsat forsideartikel: "POLITIET: HUN DRÆBTE 12". Artiklen bragtes ét

år efter, at plejehjemsassistenten var blevet løsladt af Højesteret, og umiddelbart før tiltalespørgsmålet mod hende skulle afgøres. Den afvejning, der skulle foretages mellem ytringsfriheden efter EMRK art. 10 og uskyldsformodningen efter art. 6(2), faldt ud til fordel for sidstnævnte.

Frifindelse i en straffesag skal normalt føre til erstatning

I uskyldsformodningen ligger også, at en frifindelse som tungtvejende hovedregel skal føre til erstatning, idet der ellers opretholdes en skyldformodning.

Se hertil dom af 25. august 1993 i *Sekanina mod Østrig*, hvor Karl Sekanina var blevet nægtet erstatning af de østrigske domstole, efter at han var blevet frikendt for en tiltale for drab på sin hustru. EMD udtalte, at der forud for en afgørelse i straffesagen kunne gives udtryk for tvivl om tiltaltes uskyld, men ikke efter en endelig frifindelse. De østrigske domstoles afgørelse i erstatningssagen var derfor uforenelig med præsumptionen om uskyld.

Et eklatant eksempel på, at uskyldsformodningen brydes gennem afskæringen af efterfølgende erstatning, er *Weixelbraun mod Østrig*, dom af 20. december 2001, hvor erstatning blev nægtet med den begrundelse, at frifindelsen i straffesagen ikke skyldtes, at klagerens uskyld var blevet bevist, men at der ikke forelå tilstrækkeligt bevis (!) for hans skyld.

Kan den frifundne dømmes under en civil erstatningssag om samme handling?

Hvis der er nær sammenhæng mellem den straffesag, hvorunder tiltalte blev frifundet, og en erstatningssag, hvorunder et offer kræver erstatning for den samme handling, for hvilken der er frifundet, vil en domfældelse under erstatningssagen være i strid med uskyldsformodningen i art. 6(2). Dette fremgår af EMD's praksis, som imidlertid hverken er klar eller éntydig, jf. *Y mod Norge*,

dom af 11. februar 2003, og *Ringvold mod Norge*, dom af samme dato. Praksis må formentlig forstås sådan, at der ikke må opereres med lavere beviskrav i den civile sag. Det er heller ikke nok, at retten under den civile sag "udviser forsigtighed" og fremhæver forskellen mellem en straffesag og en civil sag, jf. *Jonas Christoffersen* i J 2004 s. 16 ff og *Eva Smith* i J 2004 s. 22 ff.

Sammenfatning: Nogle grundsætninger om uskyldsformodningen og selvinkrimineringsforbuddet

Der kan på grundlag af den citerede praksis mv. fremhæves følgende grundsætninger af betydning for selvinkrimineringsforbuddets praktiske anvendelse i et antal situationstyper:

I uskyldsformodningen ligger der ikke blot et bevisbyrdekrav, men også et krav om, at det grundlæggende er anklagemyndigheden, der skal fremskaffe beviserne mod tiltalte. Denne kan ikke pålægges at inkriminere sig selv.

I efterforskningsfasen skal der udvises særlig tilbageholdenhed med at afkræve og senere anvende en pligtmæssig forklaring afgivet til en særlovsmyndighed, dvs. afgivet uden de retssikkerhedsmæssige garantier, som finder anvendelse under efterforskning ved politiet og anklagemyndigheden. *Saunders* viser, at en ukritisk håndhævelse af forklaringspligten, kombineret med en lige så ukritisk efterfølgende strafferetlig anvendelse af forklaringerne, strider mod selvinkrimineringsforbuddet. Hvis der sker efterforskning i en kartelsag, skal der sondres mellem på den ene side faktiske oplysninger og eksisterende dokumenter, på den anden side vurderinger og kvalifikationer heraf, jf. *Mannesmannröhrenwerke*. Førstnævnte kategori kan kræves, sidstnævnte ikke. Når bestyrelses- og direktionsmedlemmer er sigtet for strafbart forhold, eller der er grundlag for at rejse sigtelse, har de under en konkurssag mv. ikke pligt til at besvare spørgsmål, der kan have betydning ved bedømmelsen

af det strafbare forhold, jf. *UfR 2000.1201 H*. Det vil dog være i orden at pålægge de pågældende at afgive forklaringen, når blot denne ikke efterfølgende kan tjene som det eneste eller afgørende bevis mod dem, men en håndhævelse af denne sondring kan være vanskelig, og ex tuto må man derfor jævnligt falde tilbage på den sikre løsning, Højesteret anviser. Angår sigtelsen kun en begrænset disposition, må der foretages en konkret vurdering for hvert enkelt spørgsmål.

Hvis en forvaltningsmyndighed har begrundet mistanke om noget strafbart, skal den undlade at anvende sine beføjelser til at kræve dokumenter og forklaringer, og hvis den i strid med denne grundsætning alligevel kræver og modtager dem, må de normalt ikke bruges under en straffesag. På en række områder kan samfundets love imidlertid kun fungere, hvis der afgives relevante oplysninger fra borgerne. Dette gælder fx skattesystemet, som er stærkt afhængig af, at skatteyderne selvangiver indkomst mv. Det er derfor vigtigt, at der i relation til uskyldsformodningen i EMRK sondres mellem de oplysninger, som er nødvendige til den almindelige skatteansættelse, og oplysninger, som indhentes med henblik på strafforfølgning, jf. *Allen*.

At pålægge en tiltalt at fremskaffe bevis for de lovbrud, han angiveligt har begået, vil indebære en krænkelse af retten til at forholde sig tavs, jf. *Funke*.

Anvendelse af cellekammerater eller andre "nærstående" informanter til at skaffe en tilståelse og anvende denne under straffesagen krænker selvinkrimineringsforbuddet, jf. *Allan*.

Om bevisbedømmelse og dom gælder det, at forbuddet mod selvinkriminering krænkes, hvis det ikke indskræpes nævningene i retsformandens belæring, at tiltaltes tavshed ikke må komme ham til skade, jf. *Condron*. Det samme gælder, hvis det "overlades til nævningene at afgøre", om det skal tillægges bevismæssig betydning til skade for tiltalte, at han efter

råd fra sin forsvarer har valgt at undlade at udtale sig under afhøringer hos politiet, jf. *Beckles*. Men tavshedsretten er ikke absolut, og i hvert fald hvis tiltalte på forhånd er advaret om virkningerne af sin tavshed, og sagens øvrige beviser har en sådan styrke, at de ville kunne lede til domfældelse, er det trods alt i overensstemmelse med EMRK at inddrage tiltaltes tavshed som ét blandt flere momenter som grundlag for domfældelse, jf. *Murray*, ligeledes *Averill*. Der kan endvidere være beviser, som i den grad er undergivet tiltaltes egen rådighed, at en sandsynliggørelse fra anklagemyndighedens side vil være tilstrækkelig, og det strider i så fald ikke mod uskyldsformodningen at kræve, at tiltalte fremlægger beviser, fx kontoudtog, der kan afsvække sandsynliggørelsen, jf. den formentlig korrekte *UfR 1990.866 Ø*.

Det er næppe fuldt ud afklaret, i hvilken udstrækning uskyldsformodningen tillader et objektivt strafansvar – som forekommer mere byrdefuldt for tiltalte, end det ville være tilfældet med et strafansvar med omvendt bevisbyrde. Man kan forsøge at opsummere de betingelser, som EFD, Højesteret og EMD har opstillet vedrørende objektivt ansvar, skyldpræsumption mv. i disse og tilsvarende sagstyper: 1) Den sanktion, det objektive ansvar i givet fald udløser, må ikke være mere indgribende end de sanktioner, der i øvrigt gælder for overtrædelser af samme art og grovhed, jf. EFD i *Hansen & Søn*. 2) Der skal være et rimeligt forhold mellem sanktionen og overtrædelserne, jf. atter EFD i *Hansen & Søn*. 3) Der skal tages hensyn til formålet med at pålægge objektivt ansvar, jf. Højesteret i *UfR 1995.9 H*. 4) Der skal tages hensyn til, om der alene er tale om bødeansvar af begrænset størrelse, jf. samme sag. 5) Objektivt bødeansvar må ikke ubetinget kunne pålægges (her: ved overtrædelse af køre- og hviletidsreglerne), jf. samme sag. 6) Grundlæggende krav til retssikkerhed skal opfyldes, selv om der er regler om objektivt ansvar,

jf. EMD i *Salabiaku*. 7) Reglen må ikke nødvendigvis (altid) føre til straf for den, der opfylder de objektive kriterier i lovbestemmelsen, jf. samme sag. 8) Domstolene skal have mulighed for at vurdere de beviser, der fremlægges også i en sag med objektivt ansvar, og de skal herved kunne lade tvivl komme tiltalte til gode, jf. samme sag. 9) Der skal kunne ske frifindelse, hvis der foreligger forhold, som tiltalte var uden indflydelse på, og som det var absolut umuligt for ham at vide noget om, jf. samme sag. 10) I en konkret sag skal der kunne lægges vægt på, at domstolene ikke blot dømmer på grundlag af lovbestemmelsen, men foretager en konkret bevisvurdering, jf. samme sag.

Erkendes må det, at det “objektive” element herved er blevet i væsentlig grad reduceret. Det rendyrkede objektive strafansvar eksisterer ganske enkelt ikke.

Myndighedernes stempling af en tiltalt eller frifundet kan være i strid med uskyldsformodningen. En sådan stempling kan ske gennem myndighedernes offentlige udtalelser om sagen, om skyldspørgsmålet mv., jf. *Allenet de Ribemont*. I uskyldsformodningen ligger også, at en frifindelse som tungtvejende hovedregel skal føre til erstatning, idet der ellers opretholdes en skyldformodning, jf. *Sekanina*, ligeledes *Weixelbraun*.

g. Effektivt forsvar

Særlige regler om den tiltaltes rettigheder fremgår af art. 6(3)a-e. Disse regler er ikke udtømmende, jf. indledningsordene “... er i særdeleshed berettiget til”.

De heri opregnede, mere specifikke rettigheder – der ligesom andre dele er inspireret delvis af amerikansk forfatningsret – er følgende: (a) at få underretning om anklagen, (b) at få lejlighed til at forberede sit forsvar, (c) at få gratis advokat, hvis hans økonomi nødvendiggør det, (d) at afhøre anklagerens vidner og tilsige egne vidner på lige fod med anklagerens og (e) om nødvendigt at få gratis tolk, jf. fx *Cuscani mod Storbritannien*,

dom af 24. september 2002, hvor art. 6(1) sammenholdt med art. 6(3)e var krænket, fordi en britisk domstol, der behandlede en alvorlig straffesag mod en italiener for skatte- og afgiftsunddragelse, ikke havde sikret sig, at han fik tolkebistand, da hans engelsk var dårligt.

Sikringen af et effektivt forsvar er ifølge EFD's praksis helt central. Hvor der er spørgsmål om anvendeligheden af ulovligt tilvejebragte beviser, skal der foretages en konkret vurdering af karakteren og grovheden af den manglende overholdelse af national lovgivning eller EMRK, og herved har det stor betydning, om forsvarrets rettigheder er blevet krænket, jf. *Jon Fridrik Kjølbro* i EU&M 2003 s. 61 ff. Hvis forsvarrets rettigheder er blevet respekteret, og tiltalte har haft mulighed for at anfægte bevisets ægthed og dets anvendelse, herunder ved at fremføre andre beviser, afhøre vidner etc., vil selv et ulovligt tilvejebragt bevis normalt blive tilladt anvendt.

I retten til at forberede sit forsvar ligger naturligt nok også retten til aktindsigt. I sagen *Foucher mod Frankrig*, dom af 18. marts 1997, udgjorde det således en krænkelse af art. 6(1) og (3), at den tiltalte i en mindre straffesag ikke fik adgang til straffesagens akter, da han som selvmøder ønskede at forberede sig til domsforhandlingen. Denne afgørelse kan godt give stof til eftertanke i fx Danmark, hvor vi er ganske restriktive med hensyn til en sigtets ret til at få udleveret sagens materiale. Hvis han selv ønsker at føre sit forsvar, skal han i hvert fald have udleveret det samme, som hans forsvarer i givet fald ville have fået.

Litra b indebærer, sammenholdt med (1), at forsvareren skal have reelle beføjelser, fx retten til at argumentere ("procedurebeføjelse"), også ad sagens jus, jf fx dom af 21. januar 1999 i *van Geyseghem mod Belgien*, hvor forsvareren for en tiltalt i en narkosag blev nægtet retten til at argumentere på nogle vigtige juridiske spørgsmål, herunder forældelse af strafansvaret.

Litra b indebærer også, at der skal skrides ind, hvis forsvaret ikke er effektivt, jf. dom af 21. april 1998, *Daud mod Portugal*, hvor det understreges, at selv om staten ikke er ansvarlig for enhver fejl, der begås af en forsvarsadvokat, har den pligt til at gribe ind, hvor forsvaret er mangelfuldt. Klageren havde gjort myndighederne opmærksomme på, at han aldrig var blevet kontaktet af sin oprindelige forsvarer, og en ny forsvarer blev først beskikket umiddelbart før domsforhandlingen.

Litra d med dettes krav om vidneførsel og vidneafhøring som hovedregel i retten har medført et nyt og mere kritisk syn på muligheden for at anvende politirapporter som bevismateriale. Domstolenes syn herpå var i forvejen blevet stadigt mere kritisk med årene, men i lyset af art. 6(3)d er prøvelsen af den konkrete berettigelse blevet endnu mere intens end før. Dette er således endnu et eksempel på, at allerede eksisterende danske forskrifter har opnået ny dynamik i lyset af EMRK, jf. særligt *Marianne Holdgaard*: Modafhøring af vidner; menneskeretlige krav til straffeprocessen.

Dansk retspraksis afspejler en betydelig respekt for kravet i litra d, idet det omhyggeligt efterprøves, om en dokumentation af forklaringer kan komme i konflikt med litra d, jf. fx om dokumentation af medsigtedes indenretlige forklaringer *UfR 1992.879 H*, *UfR 1996.1065 H* og *UfR 1999.2041 H*, dokumentation af en afdød forurettets forklaring til politirapport *UfR 1993.512 V*, dokumentation af et vidnes tidligere afgivne indenretlige forklaring *UfR 1993.198 H* og *UfR 1996.365 Ø* samt dokumentation af forklaring til udenlandsk anklagemyndighed *UfR 1996.25 Ø*.

Kravet om, at vidner skal føres direkte for dommerne, er dog ikke absolut. Der er en særdeles omfattende EMRK-praksis om de tilladelige undtagelser herfra, og disse synes at kunne sammenfattes således, jf. *Marianne Holdgaard* i EU&M 1997 s. 257 ff: Ud-

gangspunktet er, at vidnebeviset skal fremføres direkte for retten under domsforhandlingen. Herfra gøres fire undtagelser: (1) Når tiltalte eller forsvareren har haft mulighed for at afhøre vidnet forud for domsforhandlingen om samtlige tiltalepunkter. (2) Når vidnet har været umuligt at afhøre, fx fordi vidnet var afgået ved døden eller forsvundet, og vidnebeviset ikke er afgørende for en domfældelse. (3) Når vidnebeviset er mere underordnet for domfældelse, og retten nøje har afvejet for og imod dokumentationen. (4) Når tiltalte eller forsvareren klart samtykker.

De modstående hensyn, der skal tages i betragtning, fremgår blandt andet af *Verdam mod Holland*, dom af 31. august 1999, hvor domfældelse i en sag om flere tilfælde af voldtægt skete på grundlag af ofrenes forklaringer til politirapporter. I EMD's enstemmige godkendelse af domfældelsen indgik det med betydelig vægt, at de nationale domstole havde gjort en stor indsats for at søge at få vidnerne til at møde op i retten, at vidnernes forklaringer til politirapport var understøttet af andre beviser, og at forsvareren havde været til stede ved politiets afhøring af det ene offer.

Afhøring af børn, navnlig i sædelighedssager, giver anledning til særlige problemer. Det forekommer, at politiets afhøringer af mindre børn i sædelighedssager – under medvirken af forsvareren, der ved afhøringens slutning kan få formidlet supplerende spørgsmål ind til afhøringslokalet – optages på video i et særligt afhøringslokale. Sigtede/tiltalte har, eftersom videooptagelsen skal anvendes som bevis under domsforhandlingen og således skal træde i stedet for en afhøring af barnet i retten, ret til at være til stede i det tilstødende monitorlokale, idet videoafhøringer i videst muligt omfang skal ske under iagttagelse af retssikkerhedsmæssige garantier svarende til dem, der gælder ved indenretlige afhøringer, jf. *UfR 2000.1326 H*, der samtidig fastholder den praksis, hvorefter forsvareren skal stille sine

spørgsmål via den afhørende kriminalassistent, ikke direkte til barnet. Afgørelsen er udtryk for en skærpelse af praksis og kan ikke tillægges betydning ved afgørelsen af, om en afhøring, der gennemførtes forud for kendelsen (16. marts 2000), bør tillades anvendt under domsforhandlingen, jf. udtalelsen i *UfR 2000.1751 H*. At barnets mor er til stede i afhøringslokalet, gør ikke i sig selv videoafhøringen uanvendelig som bevismiddel, jf. *UfR 2002.551 H*.

I *P. S. mod Tyskland*, dom af 20. december 2001, var EMRK art. 6(3)d krænket, fordi tiltalte i en sag om påstået seksuelt misbrug af en 8-årig pige ikke havde haft adgang til at "observere hendes fremtoning under direkte afhøring og derved stille spørgsmålstejn ved hendes troværdighed". Domfældelsen var baseret på pigens mors og en politimands gengivelse af, hvad pigen havde forklaret, og denne forklaring udgjorde det eneste direkte bevis for klagerens skyld. Dommeren havde ikke afhørt pigen, og først i 2. instans indhentede appelretten en psykologudtalelse, hvilket imidlertid skete halvandet år efter den påståede misbrug. EMD fandt art. 6(3)d krænket, eftersom tiltalte ikke havde haft mulighed for at bestride pigens forklaring, som blev gengivet i retten, og som udgjorde det eneste direkte bevis for domfældelsen. *Jonas Christoffersen* bemærker i *EU&M 2002 s. 87 f*, at man i retssystemer med fri bevisbedømmelse – som det danske – vil være mindre tilbøjelig til at lægge vægt på overtrædelsen af processuelle rettigheder angående bevis, fordi man mener, at der kan tages højde for overtrædelsen ved bevisvurderingen, men at dette ikke er ubetinget korrekt. Det fremhæves af EMD i *S. N. mod Sverige*, dom af 2. juli 2002, at art. 6 ikke nødvendigvis stiller krav om, at det skal være muligt direkte og i retten at stille spørgsmål til barnet. Domfældelsen var reelt alene sket på grundlag af en videooptagelse og en båndoptagelse af en 10-årig dreng, hvor hverken tiltalte eller hans forsvarer havde været til stede under afhørin-

gerne (og hvor forsvareren kun havde givet afkald på at være til stede ved den ene af afhøringerne). EMD lagde vægt på, at klageren havde haft tilstrækkelig mulighed for at imødegå forklaringen i forbindelse med dennes afspilning for retten, og at de svenske domstole havde udvist "den nødvendige forsigtighed" ved anvendelsen af forklaringerne som bevis. I henvisningen til "den fornødne forsigtighed" lå, at den svenske ankeinstans havde taget hensyn til, at nogle af barnets udtalelser var vage og savnede detaljer, og at nogle af spørgsmålene havde været ledende.

Det strider ikke nødvendigvis mod litra d om retten til vidneførsel m.v. at anvende anonyme vidner, men domfældelsen må ikke i sin helhed eller blot i overvejende grad bygge herpå, jf. *Visser mod Holland*, dom af 14. februar 2002, hvor dette var tilfældet, hvorfor EMRK var krænket. Det anonyme vidneudsagn skal bestyrkes af andre bevisligheder i sagen, jf. nærmere *Marianne Holdgaard* i J 1996 s. 293 ff. Desuden skal vidnets interesse i anonymitet afbalanceres over for forsvarrets interesse i en sædvanlig afhøring, jf. dom af 20. september 1993 i *Saïdi mod Frankrig*, hvor art. 6(1) og art. 6(3)d var krænket i et tilfælde, hvor Fahrat Saïdi var blevet idømt 8 års fængsel og udvisning fra Frankrig i en narkosag, hvorunder hverken Saïdi eller hans advokat trods anmodninger derom fik mulighed for at blive konfronteret med vidnerne. EMD fastslog, at udgangspunktet er, at alt bevismateriale skal fremlægges i tiltaltes nærvær under en mundtlig retsforhandling. Som hovedregel skal tiltalte have mulighed for at stille spørgsmål til vidner, der føres imod ham. Denne regel måtte anses krænket i den foreliggende sag, eftersom tiltalte ikke på noget punkt var blevet konfronteret med vidnerne, og eftersom vidneudsagnene var det eneste bevismateriale, domfældelsen byggede på.

I dom af 26. marts 1996, *Doorson mod Holland*, fastslog EMD, at art. 6 ikke var krænket i et tilfælde, hvor der under en narkosag i Holland blev gjort brug af anonyme vidner, men hvor domfældelsen også skete ud fra andre beviser. Vidners interesser – her: frygt for repressalier – er hverken generelt eller specielt nævnt i art. 6, men vidners liv, helbred og sikkerhed er som alle andres beskyttet af andre artikler under EMRK. Staten må i sin procesret også inddrage disse hensyn. Dette indebærer, at man i den enkelte sag må afveje forsvarrets interesser i forhold til vidnernes eller ofrenes interesser. Der vil normalt ikke foreligge brud på art. 6(1) og på art. 6(3)d, betragtet under ét, såfremt man sørger for en tilstrækkelig modvægt til at afbalancere forsvarrets handicap. I den foreliggende sag var de anonyme vidner blevet afhørt af retten som forberedelse af sagen i 2. instans. Det blev derfor ikke anset som et aktuelt problem, at vidnerne ikke var blevet afhørt i nærvær af tiltaltes advokat i 1. instans. Afhøringen blev ledet af en dommer, som kendte vidnernes identitet, og i nærvær af tiltaltes advokat. Det fremgik af retsbogen, at dommeren fik oplysninger, som gav grundlag for at danne sig en mening om pålideligheden af de anonyme vidners udsagn. Tiltaltes advokat kunne også stille de spørgsmål, han ville, med undtagelse af spørgsmål, som kunne røbe vidnernes identitet, og alle spørgsmålene blev besvaret. EMD fandt, at det havde været en fordel for tiltalte at overvære udspørgningen af vidnerne, men fandt dog, at den hollandske appelret havde ret til at foretage den nævnte vurdering af hensyn til vidnernes sikkerhed.

I dom af 23. april 1997 i *van Mechelen m.fl. mod Holland* fandt EMD imidlertid (under dissens af to dommere) art. 6(3)d, og dermed art. 6(1), krænket i et tilfælde, hvor de anonyme vidner i en sag om drabsforsøg og røveri var politifolk. Det var ikke nær så velbegrundet som i *Doorson* (hvor vidnet var en nærstående, der

kunne frygte repressalier) at anonymisere politifolkene. Den eneste reelle begrundelse var ønsket om at bruge dem i nye sager, og dette hensyn vejede ikke tungt nok. Det havde ikke været tilstrækkeligt overvejet, udtalte EMD, om mindre indgribende foranstaltninger var tilstrækkelige. Endelig byggede domfældelsen helt og holdent på de anonyme vidneudsagn.

I den ovenfor nævnte *Visser mod Holland*, dom af 14. februar 2002, bekræftede EMD praksis fra sagerne Doorson og van Mechelen m.fl., dvs. at anvendelse af anonyme vidner under visse betingelser er acceptabel. Dette var imidlertid ikke tilfældet i *Visser*, eftersom hverken retten eller appelretten havde efterprøvet, om der var grundlag for vidnets påberåbte frygt for repressalier fra Vissers medtiltalte. Det var herved også af betydning, at vidnets udsagn havde været helt afgørende for, at *Visser* kunne dømmes (for kidnapning). Art. 6(1) og art. 6(3)d var derfor krænket.

Dansk ret tillader p.t. ikke førelse af anonyme vidner, jf. fx *UfR 1998.536 Ø* om en hollandsk politimand, der frygtede repressalier fra det kriminelle miljø i Holland. Det indskærpedes af landsretten, at der efter dansk lovgivning ikke kan føres anonyme vidner, jf. rpl. § 848, stk. 3, modsætningsvis, hvorefter den tiltalte skal have oplysning om et vidnes navn. Men konkret blev vidnet fritaget fra vidnepligten pga. risiko for tab af velfærd, jf. rpl. § 171, stk. 2. I stedet blev den i Holland optagne observationsrapport tilladt dokumenteret, jf. rpl. § 877, stk. 3; ingen af forsvarerne modsatte sig dette.

Det vil stride mod art. 6 at anvende (anonyme) politiagenter, agents provocateurs, som fremkalder en strafbar begivenhed, der ellers ikke ville have fundet sted, jf. dom af 9. juni 1998 i *Teixeira de Castro mod Portugal* om en alvorlig narkoforbrydelse. Dommen lægger vægt på, at klageren var ustraffet og ikke havde narko på sin bopæl, og at politiet således havde anstiftet en forbrydelse, der ellers ikke ville være blevet begået.

Det er i dansk retspraksis lagt til grund, at det danske system med Retslægerådet som en monopoliseret institution til afgivelse af lægelige erklæringer i straffesager ikke strider mod art. 6, jf. herved *FM 1998.96 Ø*, hvor en af forsvareren énsidigt indhentet lægelig udtalelse fra en ekspert blev nægtet fremlagt, og hvor der i præmisserne henvises til Retslægerådets objektive karakter og til muligheden for at stille supplerende spørgsmål. Denne monopoliserede situation forekommer ikke ubetænkelig, og den kan i længden næppe forsvares.

Man kan generelt sige, at detaljerne i art. 6(3) har overskriften og slutmålet “effektivt forsvar”, ligesom art. 6(1) (og for så vidt hele art. 6) har overskriften “fair trial”. Det er derfor det samlede indtryk, der er afgørende, og dette får nødvendigvis en afsmittende virkning på tilfælde, hvor ét eller andet moment, som skal medvirke til at muliggøre et effektivt forsvar, er svigtet.

h. Samlet resultat: Retfærdig rettergang

Når art. 6 finder anvendelse, er den pågældende berettiget til “en retfærdig og offentlig rettergang”. Hvert enkelt element er herved ét blandt de – talrige – elementer, der efter art. 6 tilsammen indgår i den samlede bedømmelse af, hvorvidt der har været tale om en retfærdig rettergang, *fair trial*.

Det helt afgørende er således at nå frem til et samlet slutresultat: har der været en retfærdig rettergang? Der lægges herved op til en samlet bedømmelse af samtlige relevante elementer, og i flere af EMD’s afgørelser bliver denne bedømmelse så konkret, at præjudikatværdien reduceres. Dette er imidlertid prisen for den afvejning af modsatrettede hensyn, som må foretages efter art. 6.

Nogle gange er det ikke muligt at hæfte en bestemt henvisning til specifikke dele af art. 6 på sagsforholdet. Der bliver da i stedet tale om en bredere henvisning til artiklens krav på *fair trial*, og i disse sagstyper bliver der

i ganske særlig grad mulighed for at udvikle dommerskabt ret og til at demonstrere EMRK's karakter af en dynamisk retskilde, jf. *Erik Werlauff* i J 1999 s. 73 ff.

3. Adgang til effektive retsmidler

Enhver, hvis rettigheder og friheder efter EMRK er blevet krænket, skal have adgang til effektive retsmidler herimod for en national myndighed, uanset om krænkelsen er begået af personer, der handler i embeds medfør, jf. EMRK art. 13.

Denne bestemmelse tjener til at sikre muligheden for at påberåbe sig EMRK også for nationale myndigheder, ikke blot under klage til EMD.

Til de effektive retsmidler hører blandt andet, at man skal have mulighed for at klage, gå til domstole mv., jf. fx *Hasan & Chaush mod Bulgarien*, dom af 26. oktober 2000, hvor to muslimske ledere vilkårligt var blevet afsat af landets myndigheder og erstattet med nogle mere myndighedsvenlige religiøse ledere. De afsatte havde ikke effektive retsmidler mod indgrebet til deres rådighed, og art. 13 ansås derfor krænket. Også art. 9 om religionsfrihed var krænket.

Til opfyldelse af kravet om effektive retsmidler hører også, at den nationale retsinstans overhovedet har kompetence til at afgøre en klage efter principper, der rummer de relevante EMRK-frihedsrettigheder i sig. Hvis klagen for de nationale retsinstanser fx drejer sig om en påstået krænkelse af privatlivets fred efter EMRK art. 8, nytter det jo ikke noget, at de nationale instanser alene kan tage hensyn til spørgsmål som usaglighed, retsstridighed og åbenbar urimelighed, men ikke kan inddrage spørgsmål om krænkelse af privat- og familieliv. Dette kom klart frem i *Hatton m.fl. mod Storbritannien*, dom af 2. oktober 2001, hvor art. 8 ansås krænket, fordi myndighederne hverken før eller efter anlægget af den privatejede Heathrow lufthavn havde gjort, hvad der

var muligt for at reducere ulemperne ved natteflyvning, og hvor myndighederne derfor trods sin skønsmargin ikke havde formået at finde en rimelig balance mellem statens økonomiske interesser og klagernes effektive udøvelse af deres ret til respekt for hjem og privat- og familieliv (dommerstemmerne 5-2). Klagerne havde ført deres sag ved engelske domstole, men disses prøvelse var begrænset til "klassiske engelske principper om offentlig ret, såsom usaglighed, retsstridighed og åbenbar urimelighed", var også art. 13 krænket (enstemmighed). Domstolene havde således ikke efterprøvet, om stigningen i flyvningerne indebar en acceptabel begrænsning i klagernes privat- og familieliv, jf. *Jonas Christoffersen* i EU&M 2002 s. 88.

4. Forbud mod ex post facto

straffelovgivning: *Nullum crimen & nulla poena sine lege*

Under overskriften "Ingen straf uden retsregel" bestemmes det i EMRK art. 7, at "[i]ngen kan kendes skyldes i et strafbart forhold på grund af en handling eller undladelse, der ikke udgjorde en forbrydelse efter national eller international ret på det tidspunkt, da den blev begået".

Det tilføjes i art. 7(1), at der heller ikke kan pålægges en strengere straf end den, der var anvendelig på det tidspunkt, da lovovertrædelsen blev begået.

Det vil ses af bestemmelserne, at de EMRK-fæster det strafferetlige legalitetsprincip, hvorefter der kræves hjemmel i lov eller fuldstændig analogi for at straffe, dvs. princippet om *nulla poena sine lege* (ingen straf uden lov) og om *nullum crimen sine lege* (ingen forbrydelse uden lov). Heraf udspringer det ligeledes EMRK-fæstede forbud mod retroaktive straffelove, dvs. *ex post facto* straffelovgivning. Det afgørende er herved en sammenligning med den lovgivning, der var gæl-

dende på gerningstidspunktet, og den, der er gældende på pådømmelsestidspunktet. Der må hverken ske kriminalisering eller strafskærpelse med tilbagevirkende kraft.

Den danske strfl. har tilsvarende regler i § 1 (legalitetsprincippet) og § 3 (ex post facto reglen), men her "kun" på lovsniveau. Med EMRK-reglen er der sikret en ekstern kontrol med princippernes fortolkning og overholdelse, om end stadig "kun" på lovsniveau i kraft af EMRK-inkorporeringen, dog at EMRK vel successivt tenderer mod at blive betragtet trindhøjere end lovsniveauet, dvs. som "lex superior", jf. bemærkningerne foran i fremstillingens almindelige del, herunder henvisningen til *Ulf Østergaard-Nielsen* i UfR 1992 B s. 58 ff, der finder, at "... bet. nr. 1220/1991 tyder ... i retning af, at den inkorporerede EMRK ... reelt forventes at få en højere retskildestatus end almindelig lovgivning ...", og at det er "... tænkeligt, at den politiske udvikling vil styrke formodningsreglen i en sådan grad, at den vil tendere mod at sætte *lex posterior* princippet ud af kraft ...". Nogle stater, fx Norge, har i deres grundlov forbud mod straffelovgivning med tilbagevirkende kraft.

Hovedreglen i EMRK art. 7(1) er ikke til hinder for domfældelse for en handling eller undladelse, der på gerningstidspunktet "var en forbrydelse ifølge de af civiliserede nationer anerkendte almindelige retsprincipper", jf. art. 7(2). Hermed er der hjemmel til retroaktiv straffelovgivning vedrørende krigsforbrydelser, folkedrab m.v. Hvis ikke der fandtes en sådan undtagelse – "tyranklausulen" – kunne en diktaturstat gennem opretholdelse af en lovgivning, der hjemlede straffrihed for grove forbrydelser i statens tjeneste, sikre de pågældende straffrihed også efter diktaturets sammenbrud. Man kan udtrykke det således, at det, der som udgangspunkt er en grundsætning om *nullum crimen & nulla poena sine lege*, herved bliver til en grundsætning

om, at der skal være skyld, dvs. til en grundsætning om *nullum crimen & nulla poena sine culpa*.

Under retsopgøret efter DDR's sammenbrud i 1989 blev et antal af regimets ledere samt nogle grænsesoldater tiltalt og i flere tilfælde dømt for forbrydelser, hvis strafbarhed efter DDR's love var tvivlsom, jf. nedenfor om EMD's og BVerfG's afvigende stillingtagen til, om forholdene var strafbare efter DDR-lovene. Nogle af de domfældte indbragte deres sager for EMD, herunder DDR's stats- og partichef i regimets sidste tid, *Egon Krenz*, regimets forsvarsminister, *Heinz Kessler*, dets viceforsvarsminister *Streletz* samt en grænsevagt, *K.-H. W.*

Disses sag mod Tyskland kompliceredes juridisk af det forhold, at det daværende Vesttyskland i 1950'erne selv gav afkald på anvendelse af undtagelsen i art. 7(2), dvs. på tyranklausulen, fordi man ikke ønskede et omfattende fortsat retsopgør med Nazitysklands embedsmænd m.v., men dette forhold blev ikke afgørende. EMD efterprøvede nemlig i sin dom af 22. marts 2001 indgående, om klagernes handlinger også var strafbare efter DDR's egen retsorden, og dette fandt EMD var tilfældet. Der var således ikke tale om at håndhæve en *ex post facto* straffelovgivning, og straffereglerne havde været tilstrækkeligt klare og tilgængelige. Streletz, Kessler og Krenz havde i kraft af deres høje positioner haft et personligt medansvar for håndhævelsen af skydebefalingen, *Schiessbefehl*, og K.-H. W. havde, uanset at han var almindelig soldat ved grænsen, ikke haft ret til blindt at adlyde ordrer, som helt åbenbart krænkede både DDR's egne retsprincipper og internationalt anerkendte menneskerettigheder.

Da drabene ikke kunne henføres under nogen af undtagelserne til retten til liv, jf. EMRK art. 2(2), indebærer det ikke en krænkelse af EMRK art. 7, at man havde domfældt dem for hhv. *Totschlag in mittelbarer Täterschaft* (Krenz), *Anstiftung zum Totschlag* (Stre-

letz og Kessler) og *Totschlag* (K.-H. W.). Ved domfældelsen havde de tyske domstole anvendt DDR's egen straffelovgivning, suppleret med en strafudmåling efter (Vest)tysklands straffelovgivning, fordi denne førte til en mildere udmåling. EMD efterprøvede særskilt, om DDR's straffelovgivning førte til, at sagen mod K.-H. W. var forældet, og at han derfor ikke burde have været dømt for *Totschlag*, men dette var ikke tilfældet.

Også den tyske forfatningsdomstol, *BVerfG*, havde godkendt, at der blev straffet, men ud fra andre præmisser. *BVerfG* fandt, at der ikke i daværende DDR-lovgivning var hjemmel til at straffe de tiltalte, og at der således var tale om straf med tilbagevirkende kraft, men *BVerfG* accepterede dette, fordi retfærdighedens krav herved måtte stå over legalitetsprincippet efter positiv ret, jf. *Entscheidungen des BVerfG 1997* s. 96. De to domstoles indbyrdes afvigende begrundelser for det samme resultat er kommenteret af *Jens Elo Rytter* i *J* 2003 s. 94 ff, særligt s. 103 ff, der finder *BVerfG*'s begrundelse "mest ærlig" (s. 104). Straf med tilbagevirkende kraft ved åbenbare menneskeretskrænkelser (her: DDR-regimets krænkelser af retten til livet) er ikke udtryk for en vilkårlig straf. Som det påpeges af *BVerfG*, respekteres i disse tilfælde fortsat princippet om "ingen straf uden skyld": *nullum crimen & nulla poena sine culpa*.

I EMD's praksis er der indlæst flere krav i art. 7, herunder et krav om klart formulerede straffebestemmelser, dvs. princippet om *lex certa* (sikker lov) som grundlag for straf, jf. fx bemærkningerne i dom af 25. maj 1993 i *Kokkinakis mod Grækenland*, hvor Grækenland havde overtrådt art. 9 om blandt andet religionsfrihed ved at dømme Kokkinakis for ulovlig omvendelsesvirksomhed, idet han havde opsøgt en kvinde på hendes bopæl og søgt at omvende hende til Jehovas vidner. Derimod var art. 7 ikke overtrådt. Den forbyder ikke blot straffelove med tilbagevirkende kraft til skade for den skyl-

dige, men kræver også, at strfl. er tilstrækkeligt klar (*nulla poena sine lege*). Dette krav var opfyldt, eftersom den græske lovs ordlyd, sammenholdt med tilgængelig domstolspraksis, gjorde det klart, hvilke handlinger og undladelser der var strafbare. Om *lex certa* se *Peter Garde* i *FM* 1994 s. 50 ff på grundlag af en konkret straffesag om licitationslovgivningen og *Vagn Greve*: Den danske strafferet i EF-perspektiv s. 88 ff med fremhævelse af EMD's praksis samt tysk ret. Hos denne forfatter skærpes maksimen *nullum crimen sine lege*, så den bliver til "*nullum crimen sine lege certa*".

Det er i sagens natur ikke blot straf, der ikke må pålægges retroaktivt, men også andre strafferetlige sanktioner, fx konfiskation, jf. dom af 9. februar 1995 i *Welch mod Storbritannien*, hvor den lov, der hjemlede konfiskationen, først var trådt i kraft, efter at forbrydelserne var begået. Ved afgørelsen af, om der overhovedet var tale om straf i EMRK's forstand, måtte der ifølge EMD tages udgangspunkt i lovens materielle indhold, ikke i det formelle. Hvis man så på realiteten i sagen, var det utvivlsomt, at Welch på grund af narkotikaloven fra 1986 og dennes hjemmel til konfiskation risikerede et større indgreb under straffesagen mod ham, end han risikerede på det tidspunkt, da han begik lovovertrædelserne.

Bestemmelsen i art. 7 omhandler kun straffelovgivning, ikke civilretlig lovgivning. I hvilket omfang *ex post facto* lovgivning om civilretlige spørgsmål er EMRK-stridig, må derfor i givet fald bero på andre overvejelser. Retroaktiv lovgivning om økonomiske spørgsmål kan efter omstændighederne være i strid med P1 art. 1 om beskyttelse af ejendomsretten, jf. den tidligere nævnte dom af 20. november 1995 i *Pressos Compania Naviera S.A. mod Belgien*, hvor Belgien havde udstedt en lov, der med tilbagevirkende kraft fritog staten for dens erstatningspligt for fejl, der blev begået af lodser. Under særlige omstændigheder kan

også retroaktiv skatte- og afgiftslovgivning være i strid med lighedsprincippet i EMRK art. 14, sammenholdt med P1 art. 1.

5. Ret til appel i straffesager

Hverken art. 5 om frihedsberøvelse eller art. 6 om retfærdig rettergang udtaler noget om, hvilke appelmuligheder der skal stå til disposition for den, der er domfældt i en straffesag. Ej heller art. 7 med legalitetsprincippet og forbuddet mod *ex post facto* straffelovgivning siger noget om appelspørgsmålet.

Derimod indeholder P7 fra 1994 nogle vigtige proceduremæssige forskrifter m.v. særligt vedrørende straffesager. I P7 art. 2(1) hedder det: "Enhver, der af en domstol er dømt for en strafbar lovovertrædelse, har ret til at få skyldspørgsmålet eller strafudmålingen prøvet ved en højere domstol. Udøvelsen af denne ret, herunder de betingelser, hvorunder denne kan udøves, fastsættes ved lov".

Uanset bestemmelsens ordvalg "skyldspørgsmålet eller strafudmålingen" må det antages, at retten omfatter både skyldspørgsmål og udmåling. Det er næppe staten, der vælger om appelmuligheden kun skal omfatte én af disse muligheder eller dem begge. Valgretten må antages at tilkomme domfældte. På dette grundlag kan der rejses tvivl om det danske nævningsystem, der i sin hidtidige udformning alene indebærer en éinstansprøvelse af bevisets stilling, men som til gengæld har den såkaldte dobbeltgaranti i rpl. § 904, hvorefter landsdommerne kan forkaste nævningenes skyldig-kendelse, hvorefter anklagemyndigheden enten må droppe sagen eller rejse ny tiltale ved nyt nævningeting.

Spørgsmålet synes forudsætningsvis godkendt af Kommissionen ved dennes afgørelse af 9. september 1992 i sag 19028/91, *N mod Danmark*, hvor Kommissionens flertal fandt, at ankegrundene i rpl. §§ 943 og

945 ikke adskiller sig væsentligt fra, hvad der findes i flere lande. Danmark har ikke taget forbehold vedrørende nævningsager, men er næppe forpligtet til en skyldbedømmelse i to instanser, jf. *UfR 1993.384 H*, jf. Rigsadvokatens rapport "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og strafferetsplejen" (1993), j.nr. G 1409.

Spørgsmålet, om det danske system kan stå for en prøvelse efter art. 2, kan ikke anses for at være endeligt afklaret med Kommissionens afgørelse. Heller ikke den Explanatory Report, der knytter sig til protokollen, løser spørgsmålet klart. Rapporten nævner, at der ikke i enhver sag er ret til at få prøvet både skyld- og udmålingsspørgsmålet, men rapportens eksempel herpå er, at appellen kan begrænses til udmålingen, hvis tiltalte har tilstået. Dette er næppe overraskende. Hvis der som foreslået af Retsplejerådets flertal i *bet. nr. 1352/1998* om behandling af nævningsager indføres byrets-nævningeting med fri appel vedrørende både skyld og udmåling til et landsrets-nævningeting, løser en sådan lovændring selvsagt spørgsmålet.

I *Pesti & Frodl mod Østrig*, dom af 18. januar 2000, udtaler EMD i relation til den østrigske højesterets prøvelse af en drabsdom, at staterne kan begrænse prøvelsen af domme ved appelinstanser. En sådan prøvelse kan begrænses til kun at omfatte retlige spørgsmål. Det kan også kræves, at den person, der ønsker at appellere, søger om tilladelse hertil. I den konkrete sag kunne Pesti og Frodl under anken få prøvet både strafudmålingen og eventuelle rettergangsfejl. EMD vurderede herefter, at prøvelsen havde været tilstrækkelig til at opfylde kravene i P7 art. 2.

Der er undtagelsesmuligheder til P7 art. 2, jf. art. 2(2): "Der kan gøres undtagelse fra denne ret med hensyn til lovovertrædelser af mindre alvorlig art, således som fastsat ved lov, eller i tilfælde, hvor en person i første instans er blevet stillet for den højeste domstol

eller er blevet domfældt efter anke af en frifindende dom”.

Det vil ses, at bestemmelsen rummer tre undtagelsesmuligheder, der her skal omtales bagfra.

For det første kan der blive tale om domfældelse i 2. instans efter frifindelse i 1. instans. Når der herefter ikke kan ankes videre, er der principielt tale om et forhold, der er dækket af ordlyden i art. 2(1), idet vedkommende da er dømt og derfor egentlig skulle have lov at appellere skyldspørgsmålet. Det forekommer indlysende, at der ikke i en sådan situation kan bygges en 3. instans ovenpå blot for at sikre en appellmulighed vedrørende skyldspørgsmålet. Det er derfor i overensstemmelse med art. 2, hvis 2.-instansens afgørelse er den endelige. Således er det også efter dansk ret, hvis man frifindes i byretten, men findes skyldig af landsretten under anke. Kun med Procesbevillingsnævnets tilladelse kan der da ankes til Højesteret, som herved ikke kan prøve bevisets stilling, men både retsanvendelse, rettergangsfejl og udmåling. Denne retstilstand opfylder fuldt ud art. 2's krav, jf. art. 2(2). Det er en herfra forskellig diskussion, hvorvidt anklagemyndigheden overhovedet bør have en fri mulighed for at anke en sådan frifindende byretsdom, så der sker fuld ankebehandling i landsretten. I litteraturen ses det gjort gældende, at der efter en frifindende dom i første instans skulle være så betydelig tvivl om skyldspørgsmålet, at anke ikke burde kunne finde sted, eller dog at anke kun burde kunne ske under særlige omstændigheder, jf. *Eva Smith* i J 1991 s. 411 f, der til støtte for en ankebegrænsning anfører både princippet om *in dubio pro reo* og ressourcehensyn. Synspunktet kan ikke tiltrædes. Også anklagemyndigheden bør have adgang til en fuld prøvelse af en bevisbedømmelse i byret, som måske kan falde ganske anderledes ud gennem nye vidner m.v., men dette er selvsagt ikke til hinder for, at anklagemyndigheden udviser tilbageholdenhed (hvilket vistnok allerede er tilfældet) med en mere auto-

matisk præget anke af frifindende byretsdomme, eller at rpl. eventuelt formulerer anklagemyndighedens ankegrunde noget mere restriktivt end domfældtes.

For det andet kan der være tale om, at straffesagen behandles i den øverste instans som første instans. Nogle lande lader sager om landsforræderi, spionage m.v. behandle i landets højesteret som første og sidste instans, ligesom sager i Danmark om ministeransvarlighed behandles ved Rigsretten som første og sidste instans, jf. Grl. §§ 59-60. Også andre særlige former for forbrydelser kan efter regeringens og Folketingets beslutning behandles ved Rigsretten som første og sidste instans, jf. Grl. § 60, stk. 2. Sådanne ordninger stemmer overens med protokollens art. 2(2). Det bemærkes, at systemet med Rigsretten som dømmende myndighed i disse politisk prægede sager har været forelagt konventionsorganerne særligt i relation til EMRK art. 6 i sagen om fhv. justitsminister Erik Ninn-Hansen, jf. *UfR 1994.409 R* (habilitetsspørgsmål m.v.) og *UfR 1995.672 R* (realiteten), og at sagen ikke blev antaget til realitetsbehandling.

For det tredje kan der være tale om “lovovertrædelser af mindre alvorlig art, således som fastsat ved lov”. Da Danmark ratificerede protokollen, blev der taget forbehold for “anvendelse af regler i Lov om rettens pleje, hvorefter ankeadgang bliver afskåret i politisager, (a) hvor domfældte, skønt lovligt indstævnet, ikke har givet møde i sagen, (b) hvor retten har ladet straffen bortfalde, og (c) hvor der kun er idømt bøde eller konfiskation af genstande under en ved lov fastsat grænse eller værdi”.

Det vil ses, at dette forbehold fra dansk side byggede på den daværende sontring i rpl. mellem politisager og statsadvokatsager. Denne sontring bortfaldt imidlertid med virkning fra 1. oktober 1992. Herefter er retstilstanden således, at rpl. § 962, stk. 2 – uden nogen sontring mellem “politisager” og “statsadvokatsager” – angiver,

hvilke fældende straffedomme der ikke frit kan ankes til landsretten af domfældte. Tiltalte kan kun anke frit, hvis han både 1) har givet møde under sagen, og 2) er idømt enten a) mere end 20 dagbøder, b) en bøde på over 3.000 kr., c) konfiskation af genstande af tilsvarende værdi [over 3.000 kr.] eller d) andre offentligretlige følger, fx rettighedsfrakendelse, jf. nærmere *Erik Werlauff* i J 2003 s. 296 ff (“At søge procesbevilling”). Er disse betingelser ikke opfyldt, kan der ikke frit ankes, og anke til landsret kan da kun ske, hvis Procesbevillingsnævnet efter ansøgning fra domfældte tillader det. På dette grundlag blev det vistnok oprindeligt anset for rigtigst, at anketilladelse (2.-instansbevilling) blev givet, hvis der var tale om en sag, der efter systemet før 1. oktober 1992 ville have været en statsadvokatsag, eftersom det danske forbehold kun omfatter “politiser” af de derefter opregnede kategorier, jf. *Ivan Larsen* i UfR 1997 B s. 221. Denne sondring anses dog næppe længere af nævnet for at måtte føre til, at der automatisk skal gives bevilling i disse sager. Det må derfor antages, at ét af de to sædvanlige kriterier – at sagen enten er principiel, eller at der foreligger særlige grunde – skal være opfyldt, for at bevilling kan gives.

6. Ret til ikke at blive retsforfulgt to gange: Ne bis in idem

Mens det civilprocessuelle princip om, at der ikke mellem de samme parter kan tvistes to gange om reelt det samme spørgsmål, dvs. princippet om *ne bis in idem* (“ikke to gange om det samme”) og den heraf udspringende negative retskraft af domme m.v., ikke er EMRK-fæstet, rummer EMRK en beskyttelse mod at blive straffeprocessuelt retsforfulgt eller dømt flere gange, jf. P7 art. 4: “Under én og samme stats jurisdiktion skal ingen i en straffesag på ny kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken

han allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt i overensstemmelse med denne stats lovgivning og strafferechtspleje”.

Bestemmelsen udelukker således straffeprocessuel retsforfølgning flere gange for samme “lovovertrædelse”, jf. nærmere om dette begreb *Jens Edvin A. Skoghøy* i TfR 2003 s. 1 ff. Klart er det, at ny tiltale efter samme straffelovbud for samme handling eller undladelse vil være i strid med bestemmelsen. Mindre klart er det efter ordlyden, om ny tiltale efter et andet straffebud – nu fx efter særlovsregler i stedet for straffelovsregler – for samme handling eller undladelse også vil stride mod bestemmelsen. Dette må antages at være tilfældet, eftersom det i givet fald er samme handling eller undladelse, der er tale om at bedømme, og retten efter princippet om subsumptionsfriheden og *jura novit curia* (“retten kender selv jus”) principielt stod frit allerede i den første sag til at subsumere forholdet under et andet straffebud, end anklageskriftet omhandlede, når blot der i anklageskriftet var faktuel dækning for det straffebud, retten anvendte. Hvis der i en skattestraffesag først pålægges egentlig straf, må det antages at være udelukket, at der efterfølgende pålægges skattetillæg for samme forseelse, når tillægget har karakter af en straf, jf. *NRT 2002.497 H* (enstemmig). Hvis der først pålægges skattetillæg, må dette spærre for en efterfølgende skattestraffesag om samme forseelse, jf. *NRT 2002.557 H* (8-5).

I nogle forbundsstater kan der i tilslutning til en tiltale og frifindelse efter statslig straffelovgivning forekomme ny tiltale efter føderal straffelovgivning, men for lande omfattet af P7 art. 4 må noget sådant ikke forekomme.

Der kan herved henvises til *Franz Fischer mod Østrig*, dom af 29. maj 2001, hvor der først var sket administrativ bødeforelæggelse for spritkørsel efter særregler i færdselslovgivningen – og dernæst i anledning

af samme kørsel domfældtes for uagtsomt manddrab, hvorved spirituspåvirkningen var en skærpende omstændighed. Eftersom de elementer, der konstituerede spritkørslen efter særlovgivningen og den skærpende omstændighed efter strfl. i det væsentlige var sammenfaldende, fandtes P7 art. 4 krænket. EMD bemærkede, at en stat i sådanne tilfælde af dobbelt strafbarhed selv kan bestemme, hvilken af to mulige forbrydelser der skal straffes for. Den tilføjede også, at Østrig nu havde indført et system, hvorefter der ikke tiltales for spritkørsel efter de administrative særlovsbestemmelser, hvis der samtidig er spørgsmål om overtrædelse af strfl.

Det følger af bestemmelsens ord: "... i en straffesag ...", at den ikke er til hinder for efterfølgende disciplinære sanktioner, ej heller for efterfølgende civil retstatningssøgsmål. Om begge disse muligheder bemærkes det dog, at de ikke må udformes eller gennemføres på en sådan måde, at der sættes væsentlige spørgsmålstegn ved en strafferetlig frifindelse. Noget sådant ville være i strid med uskyldsformodningen i EMRK art. 6(2), jf. art. 6(1), jf. *Line Ravlo* i UfR 1999 B s. 404 f, *Eva Smith* i UfR 1999 B s. 200 ff og *Peter Garde & Asbjørn Strandbakken* i UfR 1999 B s. 237 ff samt den tidligere omtalte *NRT 1999.1363 H*, Karmøy-sagen.

Alle lande har imidlertid regler om genoptagelse af straffesager, dels efter en domfældts begæring, dels efter anklagemyndighedens. Der er taget højde herfor i P7 art. 4(2) gennem en undtagelse, hvorefter art. 4(1) ikke forhindrer genoptagelse, hvis der foreligger bevis for nye eller nyopdagede kendsgerninger, eller hvis der i den tidligere rettergang er begået "en grundlæggende fejl, som kunne påvirke sagens udfald". Bestemmelsen skelner efter sin ordlyd ikke mellem, om begæringen om genoptagelse kommer fra en domfældt eller fra anklagemyndigheden, men det ligger helt inden for bestemmelsens rammer, og det er i overensstemmelse med bestemmelsens beskyttelseshensyn, at der skal være opfyldt

strengere betingelser for at imødekomme en begæring fra anklagemyndigheden end en begæring fra en domfældt. Domfældte har efter dansk ret langt lettere ved at få Den særlige Klagerets tilladelse til genoptagelse af en inappellabel, retskraftig straffedom, end anklagemyndigheden har, jf. §§ 976-77 (af de begæringer, som klageretten årligt modtager, er det dog normalt kun et par stykker, der fører til genoptagelse), jf. hertil *W. E. von Eyben* i UfR 1992 B s. 289 ff, der – blandt andet på baggrund af Pedal-Ove-sagen – ikke blot finder, at genoptagelsespraksis til fordel for domfældte er blevet mere liberal, men også at klageretten med den nævnte afgørelse er gået videre end efter hidtidig praksis. Den oprindelige dom findes i *UfR 1983.121 H*: 12 års fængsel for hustrudrab, og arveretten efter den afdøde hustru frakendt.

Dobbelt straf for samme forseelse kan efter omstændighederne indtræde, hvis det ganske vist er forskellige retssubjekter, der straffes, men straffen reelt rammer den samme formueenhed dobbelt. Et selskab eller anden juridisk person kan i Danmark straffes, hvis dette er hjemlet ved eller i medfør af lov, jf. strfl. § 25, jf. *bet. nr. 1289/1995* om juridiske personers bødeansvar. Betingelsen er, at der inden for selskabets virksomhed er begået en lovovertrædelse, som kan tilregnes én eller flere personer, der er knyttet til selskabet, jf. § 27, stk. 1. Den, der har begået lovovertrædelsen, skal normalt ikke straffes ved siden af selskabet. Men hvis der er tale om ledende personer eller en hovedaktionær, kan der blive tale om tiltale både mod selskabet og personen. Hvis tiltalerejsningen i så fald fører til, at den samme formueenhed påføres dobbelt straf, skal der tages hensyn hertil ved strafudmålingen, jf. pkt. 2.2.1 i Rigsadvokatens meddelelse nr. 5/1999 af 6. oktober 1999 om valg af ansvarssubjekt i tilslutning til de nævnte regler om virksomhedsansvar. Se om selskabsansvaret *Jesper Hjortenberget & Jan Reckendorff* i UfR 2000 B s. 359 ff (med kritik af *UfR 2000.456 V*, der tilsyneladende har

forvekslet selskabsansvaret, der som nævnt kræver tilregnelse hos en person eller hos "selskabet", med et i nogle love hjemlet objektivt individualansvar, som fx kendes fra køre/hviletidslovgivningen).

Som nævnt indledes P7 art. 4 med ordene: "Under én og samme stats jurisdiktion skal ingen i en straffesag på ny kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse ...". Gennem Schengenaftalen af 14. juni 1985 er dette princip i retsforholdet mellem EU-staterne udvidet til også at fungere grænseoverskridende, jf. art. 54 i gennemførelseskonventionen af 19. juni 1990 til Schengenaftalen. Princippet *ne bis in idem* er således udvidet til også at indbefatte en respekt af andre staters afgørelser, herunder også af tiltalefrafald. Dette er udtryk for, at "der består en gensidig tillid mellem medlemsstaterne i deres respektive strafferetsplejeordninger", og at "hver enkelt medlemsstat accepterer en anvendelse af strafferetlige bestemmelser, der er i kraft i de øvrige medlemsstater, uanset om en anvendelse af medlemsstaternes egen retsorden måtte føre til en anden løsning", jf. EFD's bemærkninger i de forenede sager C-187/01 og C-385/01, *Hüseyin Gözutok & Klaus Brügge*. I begge disse sager havde en person fået et tiltalefrafald fra én stats myndigheder mod betaling af en bøde, og dette var nu til hinder for tiltale og domfældelse for de samme forhold i en anden konventionsstat (i det ene tilfælde narkokriminalitet, i det andet tilfælde vold).

7. Erstatning efter strafferetlig frifindelse

Der er forskrifter i EMRK til beskyttelse af den, der uretmæssigt dømmes for et strafbart forhold, men ved nærmere eftersyn viser disse forskrifter sig at have et temmelig begrænset anvendelsesområde. Det hedder i P7 art. 3, at "[n]år en person ved endelig dom er blevet dømt for et strafbart forhold, og når domfældelsen

senere er blevet omstødt eller personen benådet som følge af, at en ny eller nyopdaget kendsgerning på afgørende måde viser, at domfældelsen var fejlagtig", skal den pågældende have ret til erstatning, medmindre det "godtgøres, at det helt eller delvis kan tilskrives ham, at den ukendte omstændighed ikke kom for dagen i rette tid".

Det vil ses, at bestemmelsen er begrænset til sager, hvor der er afsagt endelig dom, og hvor sagen derefter er genoptaget. Bestemmelsen har således ikke almindelige krav til vore regler om erstatning for strafferetlig retsforfølgning, der må opgives, eller som fører til frifindelse.

Af større interesse er derfor EMRK's forskrifter om, at den, der har været anholdt eller frihedsberøvet i strid med EMRK art. 5, har ret til erstatning, jf. art. 5(5). Heller ikke denne bestemmelse indeholder imidlertid generelle forskrifter om erstatning efter opgivet strafferetlig retsforfølgning, eftersom art. 5(5) alene hjemler ret til erstatning ved frihedsberøvelse, der var i strid med art. 5. Der kan jo udmærket forekomme frihedsberøvelse, som ikke krænker art. 5, men som alligevel ikke fører til domfældelse, fordi beviserne er for svage til tiltale, eller fordi der frifindes. Sådanne tilfælde er derfor hverken omfattet af P7, art. 2, eller af EMRK art. 5(5).

Dette betyder imidlertid ikke, at EMRK er holdningsløs i spørgsmålet. Som en refleksvirkning af kravet om retfærdig rettergang i art. 6, særligt af uskyldsformodningen i art. 6(2), jf. 6(1), fremstår kravet om, at statens regler om erstatning for strafferetlig retsforfølgning efter frifindelse eller påtaleopgivelse ikke må udformes eller forvaltes på en sådan måde, at uskyldsformodningen krænkes. Erstatningsreglerne skal gøre frifindelsen helstøbt og må ikke underminere den ved at skabe en brændemærkning af den frifundne, som efterlader et indtryk af, at han nok alligevel var skyl-

dig. Ved den foran nævnte dom af 25. august 1993 i *Sekanina mod Østrig*, statuerede EMD, at det var i strid med uskyldsformodningen, Sekanina var blevet nægtet erstatning af de østrigske domstole, efter at han var blevet frikendt for en tiltale for drab på sin hustru. Han havde fået erstatning for sine positive udgifter i forbindelse med sagen, men erstatning for det økonomiske tab, han havde lidt ved at sidde i varetægtsfængsel, blev afslået. Erstatningskravet blev afvist under henvisning til, at der fremdeles var mistanke mod ham, og under erstatningssagen blev der opregnet beviser, som støttede mistanken. EMD udtalte, at der forud for en afgørelse i straffesagen kunne gives udtryk for tvivl om tiltaltes uskyld, men ikke efter en endelig frifindelse. De østrigske domstoles afgørelse i erstatningssagen var derfor uforenelig med præsumptionen om uskyld, og EMD kom enstemmigt frem til, at art. 6(2) var krænket. Efter dommen i Strasbourg har det østrigske justitsministerium henstillet til domstolene at være tilbageholdende i deres præmisser i sådanne erstatningssager.

Allerede i forrige århundrede blev der (ved lov nr. 52 af 5. april 1888) indført regler i dansk ret om erstatning for uforskyldt varetægtsfængsling og straf. Disse regler gjorde dengang Danmark til et foregangsland på området. Reglerne blev i 1916 indarbejdet i rpl. De nævnte regler spillede imidlertid ikke den store rolle i praksis, da der årligt kun blev udbetalt nogle få tusinde kroner i erstatning. Dette skyldtes blandt andet, at erstatning kunne nægtes pga. egen skyld, og navnlig, at erstatning tillige kunne nægtes, såfremt "de fremkomne oplysninger dog giver begrundet formodning for, at [tiltalte] er skyldig i den forbrydelse, for hvilken han var fængslet". Tankegangen var den, at man udmærket véd, at mange, der bliver frifundet, i virkeligheden er skyldige, idet de kun er blevet frifundet pga. "bevisets stilling". Systemet indebar, at man i virkeligheden opererede med to slags frifindelser: Der var de "rigtige" frifindelser, som kunne begrunde

erstatning, og så var der de andre frifindelser, hvor den frifundne ikke kunne få erstatning, fordi man godt vidste, at han i virkeligheden var skyldig. For at undgå risikoen for at få dette stempel på sig undlod mange, der var frifundet, simpelthen at kræve erstatning.

Reglerne om erstatning i anledning af strafferetlig forfølgning blev først væsentligt ændret i 1978. De gældende regler findes i rpl.s kap. 93a (§§ 1018 a-h) som affattet ved lov nr. 243 af 8. juni 1978 på grundlag af *bet. nr. 801/1977* om erstatning i anledning af strafferetlig forfølgning. Hovedindholdet af reglerne er, at staten i vid udstrækning betaler erstatning på et objektivt grundlag. Det er i det væsentlige erstatninger i anledning af anholdelser og varetægtsfængslinger.

Det er sjældent, der foretages egentlige ulovlige straffeprocessuelle indgreb. Ulovligheden kan i givet fald begrunde en forhøjet erstatning, jf. fx *UfR 1989.266 V* om en klart retsstridig anholdelse, *UfR 1989.104 Ø*, hvor en varetægtsfange ved en fejl først blev løsladt ca. fire dage efter landsrettens løsladelseskendelse., og *UfR 1995.548 Ø*, hvor erstatningen blev forhøjet, da anholdelsen ikke blot var "uberettiget", men også måtte anses som "ulovlig". Denne praksis, som ved udmålingen skelner mellem på den ene side de lovlige indgreb, der dog efterfølgende viser sig uberettigede, og på den anden side de ulovlige indgreb, falder godt i tråd med kravet i EMRK art. 5(5). Det praktisk forekommende er imidlertid, at der er foretaget et straffeprocessuelt indgreb, som senere viser sig at være uforskyldt, idet påtale opgives eller tiltalte frifindes. Dette er noget ganske andet end et egentligt *ulovligt* indgreb.

Erstatningen kan nedsættes eller nægtes, såfremt den sigtede selv har givet anledning til foranstaltningerne (egen skyld), jf. § 1018 a, stk. 3. Praksis er dog med rette tilbageholdende med at lade egen skyld påvirke erstatningen. Ellers bliver den ældre retsstilling med "kun halv frifindelse", som nævntes i afsnittets indled-

ning, på ny listet ind ad bagdøren. Se som eksempler *UfR 1971.827 V* (udlændinge), *UfR 1979.878 H*, *UfR 1980.283 H*, *UfR 1981.603 Ø*, *UfR 1982.491 Ø*, *UfR 1983.879 H* og *UfR 1990.163 H*. Derimod er det meget afgørende, at der ikke længere er hjemmel til at nægte erstatning under henvisning til, at der er formodning om, at den erstatningssøgende er skyldig. En del af disse formodningssager er dog formentlig blevet ført over i egen skyld-problematikken, men der skal udvises største tilbageholdenhed hermed. Det er bedre, at der udbetales erstatningsbeløb selv i tilfælde, hvor "systemets" folk måtte føle udbetalingen lidt "urimelig", end at den tidligere praksis indirekte genindføres, så praksis derved kommer på kant med uskyldsformodningen i EMRK art. 6(2), jf. 6(1).

8. Proceduremæssig sikring i udvisningssager

Det vil være fremgået af det foregående, at der flere steder i EMRK er forskrifter, der direkte eller indirekte beskytter udlændinge, der påtænkes udvist af landet. Hvis de agtes frihedsberøvet, skal dette ske i overensstemmelse med art. 5, jf. art. 5(1)f. Selve udvisningen skal materielt bedømmes efter art. 8, så retten til familieliv ikke krænkes, jf. *UfR 1999.271 H*, *UfR 1999.275 H*, *UfR 1999.1390 H*, *UfR 1999.1394 H*, *UfR 1999.1591 H*, *UfR 1999.1818 H*, *UfR 2000.545 H* og *UfR 2000.820 H*. Der må ikke ske kollektiv udvisning, jf. P4 art. 4. Egne statsborgere må – selvfølgelig – ikke udvises, jf. P4 art. 3.

Herudover er der proceduremæssige forskrifter i P7 art. 1. Denne bestemmelse finder anvendelse på en udlænding, der *lovligt* er bosiddende på en stats territorium. Han kan kun udvises ifølge en beslutning truffet i overensstemmelse med loven, og han har ret til (a) at fremføre de grunde, der taler imod udvisningen, (b) at få sagen prøvet på ny, og (c) med henblik herpå at være

repræsenteret over for den kompetente myndighed eller (over for) en person eller personer udpeget af denne myndighed.

Det vil ses, at der ikke efter bestemmelsen er krav på domstolsprøvelse, og et sådant følger heller ikke af EMRK art. 6 (om borgerlige rettigheder og forpligtelser), jf. nedenfor om art. 6 i denne sammenhæng. I sig selv er EMRK derfor ikke til hinder for en ordning som den danske, hvor udvisningsspørgsmål kan indbringes for Flygtningenævnet, men som hovedregel ikke derefter domstolsprøves. En sådan "endelighedsbestemmelse" i lovgivningen skal derfor alene vurderes efter Grl. § 63 om domstolsprøvelse af forvaltningsakter. Det har været genstand for megen opmærksomhed, om sådanne endelighedsbestemmelser er forenelige med § 63, stk. 1. Oprindeligt antog man, at dette var tilfældet, men *Ole Krarup*: Øvrighedsmyndighedens grænser formulerede en lære om, at endelighedsbestemmelser kun kan være deklaratoriske, dvs. at de alene er udtryk for domstolens tilbageholdenhed med at tilsidesætte skønsmæssige forvaltningsakter, hvorimod de ikke definitivt afskærer domstolsprøvelse. Ligeledes kritiske over for endelighedsbestemmelseres opfattelse som definitive er *Bent Christensen*: Domstolsprøvelse af forvaltningsakter s. 108 og *Henrik Zahle*: Dansk forfatningsret bd. 2 s. 231.

Efter at Højesteret i *UfR 1999.841 H* (= *ND 2000.92 H*) tilsidesatte loven om Tvind som et grundlovsstridigt indgreb i den dømmende myndighed, jf. magtfordelingen i Grl. § 3, kunne man måske forvente, at også endelighedsbestemmelser definitivt måtte opfattes som kun værende deklaratoriske, fordi de reelt gør indgreb i den dømmende myndigheds beføjelser til at prøve den udøvende magts afgørelser, jf. *Claus Haagen Jensen* i Advokatsamfundets festskrift i anledning af Grundlovens 150 års jubilæum s. 25 ff og *Henrik V. Elmquist*: Singulær lovgivning og *samme* i J 2002 s. 338 ff, men

både før og efter Tvind har Højesteret fastholdt endelighedsbestemmelser, jf. *UfR 1997.1157 H* (4-3, idet dissensen dog alene vedrører endelighedsbestemmelsens klarhed) og *UfR 1999.1243 H* (5-0). Om sidstnævnte afgørelse skal dog bemærkes, at endelighedsbestemmelsen alene fastholdes for så vidt angår forvaltningens (Flygtningenævnets) bevisbedømmelse, hvorimod Højesteret med en bemærkning om, at der ikke forelå fejl i nævnets sagsbehandling, har forbeholdt sig en prøvelse i hvert fald på dette område. Se om endelighedsbestemmelser grundlovmæssighed *Rasmus Skovsgaard Haaugaard & René Dejbjerg Pedersen* i J 2002 s. 62 ff. Om nævnets domstolslignende karakter eller dets i stigende grad karakter af "kun" at være et forvaltningsorgan se *Kim U. Kjær* i *UfR 2003 B* s. 345 ff.

At art. 8 om retten til familieliv også kan anvendes i fx sager om udvisning af udlændinge, indebærer som nævnt ikke, at udlændingesager i enhver henseende er omfattet af EMRK. Fx gælder art. 6 om retfærdig rettergang ikke for sager om udlændinges indrejse, ophold og udvisning, jf. *Maaouia mod Frankrig*, dom af 5. oktober 2000, der med 15 dommerstemmer mod 2 tilslutter sig den tidligere Kommissions faste praksis, hvorefter disse sagstyper ikke omfattes af art. 6. Dette støttes også på det forhold, at staterne gennem P7 art. 1 har skabt en særlig regulering af udvisningssager, hvilket viser, at staterne ikke har anset udvisningssager for omfattet af art. 6. I den konkrete sag kunne der derfor ikke klages over sagsbehandlingstiden i udvisningssagen ved domstolene.

This page intentionally left blank

Litteratur

Olle Abrahamsson

- i SvJT 1999 s. 833 ff (om domstolenes stilling i forhold til rigsdag og regering under indtryk af fællesskabsrettens domstolssystem)

Mohammed Ahsan & Andreas Christensen

- i J 2000 s. 365 ff (oversigter over praksis udvisningssager hos EMD)

Mohammed Ahsan & Søren Skibsted

- i J 2002 s. 92 ff (EMRK's retskildemæssige status i national ret)

Jørgen Als Andersen

- i FM 1990 s. 126 ff (Factortame I)

Mads Bryde Andersen & Hjalte Rasmussen

- i EU&M 1997 s. 207 ff (om sagsbehandlingstiden ved EFD og dennes relation til EMRK art. 6: rimelig frist)

Vincent Berger:

- Case Law of the European Court of Human Rights (Dublin 1989)

Georg M. Berrisch

- i Europarecht 1994 s. 461 ff (banandommen, grundrettigheder i EU, GATT)

Betænkning

- nr. 1220/1991 om inkorporering af EMRK i dansk ret

- nr. 1318/1996 om ændringer i loven om Arbejdsretten
- nr. 1407/2001 om inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret
- nr. 1419/2002 om eksklusivbestemmelser

Peter Blume

- i UfR 2000 B s. 487 f (anmeldelse af Jens Elo Rytter: Grundrettigheder)
- i UfR 2003 B s. 215 ff (databeskyttelse og ytringsfrihed)

Bjørnar Borvik

- i TfR 2003 s. 246 ff (om EMRK art. 8 som værn mod ærekrænkelser)

M. Brealey & M. Hoskins:

- Remedies in EC Law (1994)

Arnfinn Bårdsen

- i Lov & Rett 1997 s. 323 (om "rimelig tid" i EMRK art. 6, herunder sanktioner ved overskridelse)
- Krenkelser og klager (1999)
- i TfR 2000 s. 211 ff (om erstatningsudmåling ved EMD)

Iris Cantor

- i ELR 2000 s. 1 ff (om hierarkiet mellem EFD og EMD)

Jonas Christoffersen

- i J 2000 s. 45 ff (om forbuddet mod selvinkriminering)
- i UfR 2000 B s. 593 ff (om EMRK's betydning bl.a. på udlændingeområdet)

- i UfR 2001 B s. 143 ff (om folkerettens virkning i dansk ret)
- i UfR 2001 B s. 266 ff (om negativ foreningsfrihed)
- i UfR 2002 B s. 160 ff (om negativ foreningsfrihed)
- i J 2004 s. 16 ff (om uskyldsformodningen og efterfølgende domfældelse i en civil erstatningsag)
- i UfR 2005 B s. 133 ff (om det offentliges kompensationsansvar for krænkelse af internationale menneskerettigheder)
- i EU&M 2005 s. 87 ff (om EMD's praksis i 2004)

Camilla C. Collet

- i Justitia 1996 nr. 5 (kommerciel ytringsfrihed, grundloven, EMRK)

Clarence Crafoord

- i ERT 2001 s. 519 ff (om hjemlige myndigheders erstatningsudmåling m.v. ved EMRK-krænkelser)

Neel Frederikke Cronemann

- i Justitia 2001 nr. 5 (om kommerciel ytringsfrihed)

Manfred Dausen

- i EuZW 1997 s. 705 (ad BVerfG's efterprøvelse af, at EFD respekterer grundrettighederne)

Jens Hartig Danielsen

- i TfR 2000 s. 166 ff (om Factortame I's betydning i dansk ret)

Ole Due

- i "Festskrift til Ole Lando" (1997) s. 125 ff (om sagsbehandlingen ved EFD, dennes kompetence samt læsning og forståelse af dens domme)
- i ERT 2000 s. 169 ff (om reform af EFD og Retten)

Kyrre Eggen

- Ytringsfrihet: Vernet om ytringsfriheten i norsk rett (2002)

Carl Henrik Ehrenkrona

- i EU&M 1995 s. 57 ff (Sveriges erfaringer med EMRK)

Michael Ellehauge

- i UfR 2002 B s. 123 ff (dommerhabilitet efter EMRK art. 6, en oversigt over praksis)

Henrik Vædele Elmquist

- Singulær lovgivning – når lovgiver dømmer (2002)
- i J 2002 s. 338 ff (singulær lovgivning)

Ingvald Falch

- Menneskerettigheder og EU/EØS – én eller flere konstitutioner i Europa?, i Lov & Rett 1997 s. 451 ff (om rangforholdet mellem EMRK og EU/EØS og kompetenceforskydning fra internationale til nationale domstole)

Niels Fenger:

- Fællesskabsrettens påvirkning af dansk forvaltningsret (1996)
- i "EU-ret og Menneskeret" 1995 s. 93 ff (Factor-tame I, Zuckerfabrik)

Isi Foighel

- Menneskerettighederne (1968)
- i UfR 1997 B s. 1 ff (EMD's praksis, staternes skønsmargin)
- Kend din menneskeret (1999)

Bertil A. Frosell

- i EU-ret og Menneskeret 1996 nr. 3 s. 121 ff (bløderdommene)

Peter Garde

- i J 1992 s. 341 ff (EMRK, anonyme vidner, videoafhøring)

Peter Garde & Asbjørn Strandbakken

- i UfR 1999 B s. 237 ff (adhæsionskrav, EMRK art. 6)

Martin Gormsen, Jens Larsen og Søren Holmark Noe Aaberg

- i Justitia 1991 nr. 3 (EMRK m.v.)

Claus Gulmann & Karsten Hagel-Sørensen:

- EU-ret (3. udg. 1996)

Nils Hansen

- i TfS 2003, 688 (om eventuel krænkelse af selvin-krimineringsforbuddet ved klage over ændret skatteansættelse forud for en skattestraffesag om det samme forhold)

Oskar Hartweg & Jens Grunert

- i ZIP 2000 s. 721 ff (om britisk arrest: *mareva injunction*)

Caroline Heide-Jørgensen

- i UfR 2001 B s. 266 ff (om negativ foreningsfrihed inden for advokat- og sundhedssektoren)
- i UfR 2002 B s. 160 ff (om negativ foreningsfrihed)

Thom Arne Hellerslia

- i Mennesker & Rettigheder 1993 nr. 3 s. 327 ff (fordele og ulemper ved dynamisk retspraksis efter EMRK)

Lars Henriksen & Troels Lind Pedersen

- i UfR 2000 B s. 382 ff (om selvinkrimineringsforbuddet)

Nina Holst-Christensen & Jon Fridrik Kjølbro

- i EU&M 1997 s. 69 ff (om kompensationsmuligheder m.v. ved brud på “rimelig tid” i EMRK art. 6, stk. 1)
- i EU&M 1998 s. 153 ff (om EMRK-retlig kontrol med EU-retten)
- i EU&M 2002 s. 57 ff (om danske klagesager for EMD)

Marianne Holdgaard

- Modafhøring af vidner; menneskeretlige krav til straffeprocessen (1998)
- i FM 1995 s. 36 ff (fortolkningen af EMRK ved danske domstole)
- i J 1996 s. 293 ff (anonyme vidner, EMRK)
- i EU&M 1997 s. 257 ff (om undtagelserne fra kravet om vidneførsel direkte under domsforhandlingen)
- i EU&M 2003 s. 70 ff (om transseksuelles rettigheder)

Marianne Holdgaard & Jørgen Albæk Jensen

- i EU-ret og Menneskeret 1995 s. 185 ff (EMD’s afgørelse i grønjakkesagen)

Peter Michael Hoop

- i Justitia 1998 nr. 6 (om fortolkningen af begrebet “civil rights and obligations” i EMRK art. 6, stk. 1)

Laurence Idot & Denys Simon

- redaktionel notits i Europe 1993 s. 12 ff (konkurrencestager, voldgift, Kommissionens “retshjælp”)

Sverre Erik Jebens

- i Lov och Rett 1993 s. 87 ff (vidner m.v.)

Asbjørn Jensen

- i EU&M 1995 nr. 1 s. 1 ff (EMRK m.v.)

Claus Haagen Jensen

- i Advokatsamfundets festskrift i anledning af grundlovens 150 års jubilæum (1999) s. 25 ff (om Tvindloven, grundlovens § 3, 3. pkt., og EMRK art. 6: retten til domstolsprøvelse; konkurrencen mellem domstole/retssystemer)

Søren Stenderup Jensen:

- The European Convention on Human Rights in Scandinavian Law, a case law study (1992)

Torben Jensen

- i UfR 1990 B s. 441 ff (domstolenes retsskabende funktion)

C.N. Kakouris

- i CMLR 1997 s. 1389 (om medlemsstaternes processuelle autonomi)

Kim U. Kjær

- i EU-ret og Menneskeret 1996 s. 173 ff (frihedsbeprøvelse af asylsøgere, EMRK)

- i UfR 2003 B s. 345 ff (om Flygtningenævnets karakter af domstolslignende organ eller snarere forvaltningsmyndighed)

Olaf Sinding Kjær

- i UfR 1992 B s. 177 ff (konstituerede dommere)

Jon Fridrik Kjølbro

- Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere (2005)
- i EU&M 1999 s. 131 ff (om selvinkrimineringsforbuddet i EMRK art. 6)
- i EU&M 2003 s. 61 ff (om ulovligt tilvejebragte beviser)

Ida Elisabeth Koch

- i EU&M 2001 s. 169 ff (sociale grundrettigheder som judiciable rettigheder)

Robert Koch

- i EuZW 1995 s. 78 ff (dommene Hubbard og Mund & Fester)

T. Koopmans

- I “The common law of Europe and the future of legal education” (1992)

Ole Kraus

- i UfR 1994 B s. 75 ff (fællesskabsrettens forrang, unionsafgørelsen fra Bundesverfassungsgericht)

Andreas Laursen

- i EU&M 2002 s. 113 ff (ad Bankovicafgørelsen)

Christofer Lenz

- i EuZW 1999 s. 311 ff (om EMD’s grundrettighedsbeskyttelse; Gibraltardommen)

Jonas Bering Liisberg

- i J 1997 s. 19 ff (manglende dokumentoffentlighed i dansk retspleje)

Jonas Bering Liesberg & Marcus Rubin:

- Offentlighed i retsplejen (1995)

Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier:

- Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (1994)
- 2. udg., 2003, bind 1, kommentarer ad art. 1-10

Claes Lundblad & Mikael Wärnsby

- i ERT 2000 s. 209 ff (om proportionalitetshensyn i tysk ret, EMRK og EU)

John Lundum

- i Mennesker & Rettigheder 1993 nr. 3 s. 274 ff (EMRK's inkorporering)
- i EU&M 1999 nr. 2 s. 1 ff (om den nye EMD fra 1. november 1998)

Annemarie Abben Madsen, Eva Lippert & Michala Rath

- i Justitia 2002 nr. 5 (EMRK's stilling i dansk ret)

Gert Holst Matthiesen

- i J 1999 s. 352 ff (om den nye EMD's struktur, admissibilitet m.v.)
- i FM 2001 s. 24 f (om selvinkrimineringsforbudets betydning for afhøring i skifteret)

Peter Mortensen

- i J 2002 s. 201 ff (hvorvidt grundrettigheder har direkte virkning mellem private kontraktparter)

Annette Møller-Sørensen

- i UfR 2004 B s. 59 ff (retssikkerhedslovens § 10 ad miljøhåndhævelse)

Gerhard Mösslang

- i EuZW 1996 s. 69 ff (hvorvidt EFD opfylder kravet i den tyske grundlov om *gesetzlicher Richter*)

Martin Nettesheim

- i EuZW 1995 s. 106 ff (kritisk til EFD's beskyttelse af grundrettigheder)

Henrik Karl Nielsen

- i UfR 1993 B s. 457 ff (EF, EMRK m.v.)
- i UfR 1994 B s. 191 ff (EMRK's og staternes grundrettigheder, fordele frem for en formel binding af EU til EMRK)

Karol Nowak

- Oskyldighetspresumptionen (2003)

Carl Aage Nørgaard

- i J 1993 s. 49 ff (EMD's praksis)

Marianne Nørregaard

- Menneskerettighedskonventionens anvendelse mellem private (2004)

David M. O'Brien

- Constitutional Law and Politics, vol. 1: Struggles for Power and Governmental Accountability (4. udg, 2000)

Eckhard Pache

- i Europarecht 2001 s. 475 ff (det europæiske charter over grundrettigheder)

Jan Timmermann Pedersen:

- Proportionalitetsprincippet (2000)

Lars Lindencrone Petersen & Erik Werlauff

- Dansk Retspleje (3. udg., 2005)

Merete Preisler

- i UfR 1997 B s. 384 ff (om EMRK og Arbejdsretten; lovændringerne 1997)

Hjalte Rasmussen

- i J 1997 s. 293 ff (om tiltrædelse af konventioner med fortolkningskompetence for EFD)

Louise Nan Rasmussen & Søren Schønberg:

- EU-menneskeret – en udfordring til dansk ret (1994)

Line Ravlo

- i UfR 1999 B s. 404 f (adhæsiionskrav, EMRK art. 6)

Lars Adam Rehof

- i UfR 1992 B s.73 ff (EMRK)
- i UfR 1994 B s. 444 ff (Jersildsagen; EMD som “4. instans”)
- i UfR 1995 B s. 49 ff (organisationernes jurisdiktionsmonopol og procesmonopol for Arbejdsretten, EMRK art. 6(1))
- i UfR 1995 B s. 167 (boganmeldelse, grundrettigheder i EU)

Hans-Werner Rengeling

- Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft (1993)

Alan Riley

- i ELR 2000 s. 264 ff (Saunders’ konsekvenser for afhøring hos kartelmyndigheder m.v.)

Jens Elo Rytter

- Grundrettigheder (2000)
- i J 2001 s. 121 ff (om grundrettigheder som alment retsprincipper)
- i TfR 2001 s. 715 ff (om strategien for domstolsprøvelse af love)
- i J 2003 s. 94 ff (om straf med tilbagevirkende kraft i relation til DDR-regimets Schiessbefehl)
- Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret (2003)

Torben Rønsted

- i Justitia 2001 nr. 6 (om grundrettighedernes betydning for det kollektive overenskomstsystem i Danmark)

Jens Edvin A. Skoghøy

- i TfR 2003 s. 1 ff (om P7 art. 4: ne bis in idem)

Eva Smith

- i NTFK 1993 s. 98 ff (EMRK ad straffesager)
- i UfR 1994 B s. 99 ff (EMRK ved danske domstole)
- i UfR 1995 B s. 145 ff (EMD’s dom i grønjakkesagen)
- i UfR 1999 B s. 200 ff (adhæsiionskrav, EMRK art. 6)
- i J 2001 s. 54 ff (om Højesterets fortolkning af EMRK)
- i J 2004 s. 22 ff (om uskyldsformodningen og efterfølgende domfældelse i en civil erstatningsag)

Lesley Jane Smith

- i EuZW 1992 s. 308 ff (Factortame I)

Harold J. Spaeth & Edward Conrad Smith

- The Constitution of the United States (13. udg., 1991)

Ole Spiermann

- i J 2001 s. 1 ff (Højesterets anvendelse af folkeret i det 20. århundrede")
- i Mennesker & Rettigheder 2001 nr. 3 s. 4 ff (Haag-domstolens dom af 27. juni 2001 i La-Grand-sagen, Tyskland mod USA)

Marcel Storme (red.):

- "Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne; Approximation of Judiciary Law in the European Union (1994)

Asbjørn Strandbakken

- Uskyldspresumsjonen "In dubio pro reo" (2003)

Eva Staal

- i FM 1993 s. 96 ff (konstituerede dommere i relation til EMRK)

Jens Vedsted-Hansen

- i J 2001 s. 44 ff (om inkorporeringen af EMRK)

Lisa Vinberg

- i ERT 2004 s. 390 ff (om aktionærers direkte søgsmålsret over for EMD)

Brita Sundberg-Weitmann

- i SvJT 1992 s. 424 ff (Factortame I)

Per Walsøe

- i UfR 1991 B s. 17 ff (kommentar til UfR 1989.372 H)
- i UfR 1995 B s. 128 ff (kommentar til UfR 1994.823 H)

Erik Werlauff

- UfR 1991 B 227 ff (om folkeretlige retssikkerhedsgarantier; direkte virkning)
- J 1997 s. 50 ff (Botten-sagen i relation til EMRK art. 6)
- J 1997 s. 362 ff (EMRK's virkning mellem private)
- i J 1999 s. 73 ff (om EMRK som dynamisk retskilde samt inkorporeringen i national ret)
- i UfR 2001 B s. 261 ff ("Frihedsrettigheders virkning mellem private")
- EU&M 2001 s. 208 ff ("Ejendomsbegreb og ejendomsindgreb – krav om hjemmel, forudsigelighed, lighed og proportionalitet efter EMRK")
- i J 2002 s. 1 ff ("Ytringsbegreb og ytringsindgreb – hensyn, modhensyn og proportionalitet")
- i ERT 2002 s. 683 ff ("Freedom of expression, and interference with the freedom – Interests, conflicting interests and proportionality under the ECHR")
- i L&R 2003 nr. 5 s. 8 ff (om bet. nr. 1428/2003 fra Retssikkerhedskommissionen)
- i Advokaten 2003 nr. 10 s. 273 ff (anmeldelse af Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina Holst-Christensen & Jens Vedsted-Hansen: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer, 2. udg., 2003, bind 1)
- i "Festskrift til Per Henrik Lindblom" (2004) s. 697 ff ("Fælleseuropæiske krav til en retfærdig rettergang")

- i EU&M 2004 s. 114 ff (“Menneskerettigheder i dansk ret gennem 10 år – set fra advokat- og brugerside”)

Peter Wesman

- The protection of human rights in European community law (Stockholms Universitet 1992)

Petter F. Wille

- i Mennesker & Rettigheter 1991 s. 285 ff (søgsmålsret for enkeltpersoner efter EMRK)

Jerre S. Williams

- Constitutional analysis (1979)

Henrik Zahle

- i UfR 1995 B s. 361 ff (privat ansattes ytringsfrihed efter dansk ret; horisontal virkning af EMRK)
- Dansk forfatningsret 3: Menneskerettigheder (2. udg. 1997)
- i UfR 1997 B s. 87 ff (domstolene som statsmagt)

Ulf Østergaard-Nielsen

- i UfR 1992 B s. 58 ff (EMRK)

Jørgen Aall

- i TfR 1990 s. 828 ff (statens pligt til at sikre menneskerettighederne)
- i TfR 1998 s. 1 ff (om nationale domstoles fortolkning af EMRK-præjudikater)

Domme fra Menneskerettighedsdomstolen (EMD)

- A.O. mod Italien 161
Agrotexim m.fl. mod Grækenland 39, 156
Air Canada mod Storbritannien 162
Aktas m.fl. mod Tyrkiet 164
Allen mod Storbritannien 188-189
Allenet de Ribemont mod Frankrig 131, 192
Amrollahi mod Danmark 17, 43, 115
Amuur mod Frankrig 89, 107
“APEH Üldözötteinek Szövetsége”, Iványi, Róth &
Szerdahelyi mod Ungarn 171
APIS mod Slovakiet 171
Arne-sagen 107
Averill mod Storbritannien 190
- Bankovic m.fl. mod Belgien 96
Beard mod Storbritannien 118, 157
Beckles mod Storbritannien 189
Benkessiouer mod Frankrig 173
Bergens Tidende m.fl. mod Norge 136
Berlinski mod Polen 98
Beyeler mod Italien 154, 157, 160-161, 164
“Bladet Tromsø och Stensaas” mod Norge 77, 137
Bluff! 128
blødersagen 42, 44, 46, 180-181
Boso mod Italien 97, 119
Botten mod Norge 179
Bowman mod Storbritannien 76, 133
British Rail 149-150
Bromiley mod Storbritannien 95
Burghartz mod Schweiz 92, 118
- Calvelli & Ciglio mod Italien 96
Camp & Bourini mod Holland 82
Campbell mod Storbritannien 120
- Cassado Coca mod Spanien 73, 75, 140
Chapman mod Storbritannien 118, 157
charter om menneskerettigheder 28
Chassagnou m.fl. mod Frankrig 16, 153, 160, 165
Christine Goodwin mod Storbritannien 114
Cisse mod Frankrig 146
Colas Est m.fl. mod Frankrig 23, 68, 120
Condron mod Storbritannien 189
Coster mod Storbritannien 118, 157
Couez mod Frankrig 173
Cuscani mod Storbritannien 194
- Dahlab mod Schweiz 124
Daktaras mod Litauen 26
Dalban mod Rumænien 136
Dambo Beheer B.V. mod Holland 170
Daud mod Portugal 195
De Haes & Gijssels mod Belgien 137
Del Sol mod Frankrig 170
Den Metropolitanske Kirke i Bessarabien mod Mol-
daviens 123
Denise Matthews mod Storbritannien 27, 152
Di Gussola samt Debordes & Omer mod Frank-
rig 177
Diego Nafria mod Spanien 140, 144
Doorson mod Holland 197
Du Roy & Malaurie mod Frankrig 138
Dulaurans mod Frankrig 176
- E. mod Norge 107
Edwards mod Storbritannien 95
Eisenstecken mod Østrig 180
Erkalo mod Grækenland 106

- Fayed mod Storbritannien 77, 171
Foucher mod Frankrig 195
Foxley mod Storbritannien 121
Franz Fischer mod Østrig 204
Fressoz & Roire mod Frankrig 126
Fretté mod Frankrig 92, 117
Fuentes Bobo mod Spanien 85, 139
Funke mod Frankrig 66, 110, 188
- G. B. mod Frankrig 178
Gasus Dossier und Fördertechnik GmbH mod Holland 73, 154, 161
Gaygusuz mod Østrig 16, 74, 89, 93, 154-155, 165
Georgiadis mod Grækenland 176
Gibraltardommen 27, 152, 214
Grosse mod Danmark 43
Grønjakkesagen 20, 43, 46, 69, 71, 125, 131, 213, 216
Guerra m.fl. mod Italien 83, 113
Gustafsson mod Sverige 44, 150
Gustafsson mod Sverige 44, 150
- Hamer mod Frankrig 171
Hans Eigil Madsen mod Danmark 66, 111
Hansen mod Danmark 43
Hasan & Chaush mod Bulgarien 123, 199
Hatton m.fl. mod Storbritannien 83, 113, 199
Hauschildt mod Danmark 45, 182
Henry Krog Pedersen mod Danmark 43
Hentrich mod Frankrig 76, 159
Hertel mod Schweiz 135
Hoffmann mod Østrig 91
Hoffmann mod Tyskland 117, 178
Hogefeld mod Tyskland 132
Hoppe mod Tyskland 179
- Ignaccolo-Zenide mod Rumænien 116
Iwanczuk mod Polen 99
- J.B. mod Schweiz 187-188
Jabari mod Tyrkiet 98
Jane Smith mod Storbritannien 118, 157
Janosevic mod Sverige 19, 174, 188
Jens Olaf Jersild mod Danmark 20, 131
Jensen mod Danmark 40
Jersild mod Danmark 20, 43, 131
Jimenez mod Spanien 12
Jørgen Pedersen & Sten Baadsgaard mod Danmark 137
- Kampanis mod Grækenland 102
Karlheinz Schmidt mod Tyskland 93, 100
Keegan Mod Irland 116
Kelling mod Danmark 47
Kemache mod Frankrig 104, 105
Kingsley mod Storbritannien 175
Kokkinakis mod Grækenland 74, 123, 201
Konstantin m.fl. mod Grækenland 156, 158
Kruslin mod Frankrig 67, 121
Kurt Nielsen mod Danmark 42, 44, 180-181
- Lagrange mod Frankrig 175
Le Calvez mod Frankrig 173
Lee mod Storbritannien 118, 157
Lentia m.fl. mod Østrig 75, 127
Leoni mod Italien 177
Letellier mod Frankrig 103, 105
Lie & Berntsen mod Norge 40, 47, 182
Lopez Ostra mod Spanien 112
Lunari mod Italien 161
Lustig-Prean & Beckett mod Storbritannien 114
Lüdi mod Schweiz 112

- Mamatkulov Abdurasulovic mod Tyrkiet 54
Mansur mod Tyrkiet 105
Mantovanelli mod Frankrig 177
Marcks 92, 117
Margreta og Roger Andersson mod Sverige 116
Mastromatteo mod Italien 95
McCann m.fl. mod Storbritannien 95
McVicar mod Storbritannien 170-171
Mennitto mod Italien 173
militærmyndigheder 93
Miloslavsky mod lord Aldington 77, 84
Motaïs de Narbonne mod Frankrig 164
Mouisel mod Frankrig 99
Moustaquin mod Belgien 88, 109
Murray mod Storbritannien 189
Maaouia mod Frankrig 115, 174, 209
Maaouia mod Frankrig 115, 174, 209
- N mod Danmark 202
Natoli mod Italien 68, 121
News Verlags GmbH & Co. KG mod Østrig 177
Niemitz mod Tyskland 23, 120
Nikula mod Finland 138
Nilsen & Johnsen mod Norge 134
- Odièvre mod Frankrig 70, 117
Ogur mod Tyrkiet 42
Open door and Dublin well woman mod Irland 23, 75, 130
Otto-Preminger-Institut mod Østrig 73, 130
- P.S. mod Tyskland 196
P.M. mod Italien 161
Pafitis m.fl. mod Grækenland 27, 42, 181-182
Palumbo mod Italien 161
Pellegrin mod Frankrig 27, 172-173
Pesti & Frodl mod Østrig 202
- Piron mod Frankrig 164
Pobornikoff mod Østrig 180
Pressos Compania Naviera S.A. mod Belgien 76, 154, 201
Pretty mod Storbritannien 99
Pullar mod Storbritannien 183
- R mod Belgien 27, 173
R mod Belgien 27, 173
Ravnsborg mod Sverige 174
Remli mod Frankrig 46
Riepan mod Østrig 179
Riera Blume m.fl. mod Spanien 67, 101
Ringeisen mod Østrig 183
Ringvold mod Norge 193
Roemen & Schmit mod Luxembourg 23, 120, 140
Rohde mod Danmark 98
Rojas Morales mod Italien 183
Rotaru mod Rumænien 114
- S.N. mod Sverige 196
S.B.C. mod Storbritannien 106
Sahin mod Tyskland 117, 178
Saïdi mod Frankrig 197
Salabiaku mod Frankrig 23, 191
Salgueiro Da Silva Mouta mod Portugal 91
Sander mod Storbritannien 183
Satik m.fl. mod Tyrkiet 99
Saunders mod Storbritannien 185
Scarth mod Storbritannien 179
Schimanek mod Østrig 99
Schouten & Meldrum mod Holland 182
Schwabe mod Østrig 134
Sekanina mod Østrig 192, 207
Sekanina mod Østrig 192, 207
Siegel mod Frankrig 36
Sigurjónsson mod Island 125, 145, 149

- Skoubo mod Danmark 43
Sofiika Vasileva mod Danmark 107
Sommerfeld mod Tyskland 117, 178
Spacek s.r.o. mod Tjekkiet 17, 154, 159, 162
Stambuk mod Tyskland 140
Stran Greek Refineries & Stratis Andreadis mod Grækenland 155
Sunday Times, Observer & Guardian 128
Szűcs mod Østrig 170
Sørensen & Rasmussen mod Danmark 61, 125, 145, 151

T. P. & K. M. mod Storbritannien 116
T.I. mod Storbritannien 98
T mod Østrig 174
Tangarelli mod Italien 161
Tanribilir mod Tyrkiet 96
Teixeira de Castro mod Portugal 198
Telfner mod Østrig 190
The holy monasteries mod Grækenland 160, 175
Thlimennos mod Grækenland 82
Thomann mod Schweiz 184
Torija mod Spanien 176
Toth mod Østrig 104
Tsironis mod Grækenland 161
“TV” & “VV” mod Storbritannien 102
Tyrkiets kommunistparti mod Tyrkiet 147, 163

Unabhängige Initiative Informationsvielfalt mod Østrig 133
UNISON mod Storbritannien 148

Vaccaro mod Italien 105
Vallée mod Frankrig 180
van Geyseghem mod Belgien 195
van Mechelen m.fl. mod Holland 197
van der Tang mod Spanien 105

van de Hurk mod Holland 184
Varbanov mod Bulgarien 106
Vasilopoulou mod Grækenland 155
Velikova mod Bulgarien 96
Verdam mod Holland 196
Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs & Gubi mod Østrig 93
Vermeire mod Belgien 81, 92, 117
VGT Verein gegen Tierfabriken mod Schweiz 129
Visser mod Holland 197-198

Weixelbraun mod Østrig 192
Welch mod Storbritannien 201
Wessels-Bergervoet mod Holland 89, 155
Wiesinger mod Østrig 72, 163
Wille mod Liechtenstein 133
Willis mod Storbritannien 89, 155
Witold mod Polen 106

Y mod Norge 192
Yagci mod Tyrkiet 105
Yasar m.fl. mod Tyrkiet 164
Yazar, Karatas, Aksoy & Folkets Arbejderparti mod Tyrkiet 148
Young, James & Webster 149

Zielinski, Pradal, Gonzalez m.fl. mod Frankrig 18, 57, 176
Zoon mod Holland 178

Ärzte für das Leben mod Østrig 82, 145

Öcalan mod Tyrkiet 95
Öneryildiz mod Tyrkiet 97

Domme fra EF-domstolen (EFD)

Atlanta Frucht AG m.fl. mod Rådet 49

banansagen 54

Baustahlgewebe GmbH mod Kommissionen 25,
182

Diversinte S.A. 51

Eurowings 51

Factortame 55-57, 211, 212, 217

Francois de Coster mod Watermael-Boitsfort kom-
mune 142

Hansen & Søn 23, 42, 181, 190, 194

Hoechst 22, 49, 119

Hüseyin Gösutok & Klaus Brügge 206

Job Center Coop. 172

Josef Corsten 168

Kommissionen mod Michael Cwik 139

Kommissionen mod Tyskland 54

Kommissionen mod Danmark 54

Krüger GmbH & Co. KG mod Hauptzollamt Ham-
burg-Jonas 56-57

Mannesmannröhrenwerke AG mod Kommissio-
nen 25, 185

Mittlerweile dommen 21, 23, 50

Orkem 185

Prais mod Rådet 28, 35

Reinhard Gebhard 168

SMW/Rheinland-Pfalz 23

Solange I 21-22, 50

Solange II 21-23, 50

Solange III 22-23

Storbritannien mod Kommissionen 55

Thijssen mod Controledienst voor de Verzekerin-
gen 168

Tyskland mod Rådet 23, 54

udtalelse 2/94 25

Zuckerfabrik 56, 212

Domme fra nationale domstole

Ugeskrift for Retsvæsen

UfR 1921.644 H 18
UfR 1944.1092 H 167
UfR 1968.883 V 106, 109
UfR 1970.618 H 109
UfR 1971.827 V 208
UfR 1979.253 Ø 166
UfR 1979.878 H 208
UfR 1980.283 H 208
UfR 1981.603 Ø 208
UfR 1982.241 Ø 106
UfR 1982.491 Ø 208
UfR 1983.121 H 205
UfR 1983.879 H 208
UfR 1986.383 V 101, 146
UfR 1986.898 H 151, 167
UfR 1988.317 H 109
UfR 1988.700 H 109
UfR 1989.104 Ø 207
UfR 1989.266 V 207
UfR 1989.928 H 59
UfR 1990.13 H 59
UfR 1990.163 H 208
UfR 1990.314 V 186
UfR 1990.866 Ø 189-190, 194
UfR 1991.123 V 103
UfR 1992.469 H 151
UfR 1992.555 Ø 151
UfR 1992.638 V 119
UfR 1992.780 V 40, 156
UfR 1992.877 H 104
UfR 1992.879 H 195
UfR 1992.948 V 111
UfR 1993.1 H 119

UfR 1993.198 H 195
UfR 1993.384 H 202
UfR 1993.512 V 195
UfR 1994.409 R 203
UfR 1994.536 H 19, 184
UfR 1994.780 Ø 147
UfR 1994.823 H 55, 57, 217
UfR 1994.953 H 175
UfR 1994.988 H 125
UfR 1995.9 H 42, 181, 190, 194
UfR 1995.249 H 117
UfR 1995.548 Ø 207
UfR 1995.634 H 56
UfR 1995.672 R 203
UfR 1996.25 Ø 195
UfR 1996.365 Ø 195
UfR 1996.879 H 56
UfR 1996.1065 H 195
UfR 1997.259 H 83, 136
UfR 1997.490 V 84, 141
UfR 1997.756 H 56
UfR 1997.803 V 48
UfR 1997.889 H 175
UfR 1997.1062 H 175
UfR 1997.1087 V 84, 142
UfR 1997.1157 H 175, 209
UfR 1997.1292 Ø 47
UfR 1997.1406 V 128
UfR 1998.536 Ø 198
UfR 1998.800 H 22
UfR 1998.1664 H 166
UfR 1998.1752 Ø 47
UfR 1999.122 H 137
UfR 1999.178 V 119

UfR 1999.271 H 17, 115, 208
UfR 1999.275 H 17, 98, 115, 208
UfR 1999.495 Ø 36
UfR 1999.656 V 84
UfR 1999.841 H 17, 57, 176, 208
UfR 1999.342 Ø 48
UfR 1999.841 H 17, 57, 176, 208
UfR 1999.1243 H 209
UfR 1999.1316 H 150
UfR 1999.1390 H 17, 115, 208
UfR 1999.1394 H 17, 115, 208
UfR 1999.1415 H 98
UfR 1999.1491 H 98
UfR 1999.1496 H 150
UfR 1999.1536 H 132
UfR 1999.1591 H 17, 115, 208
UfR 1999.1621 SH 154
UfR 1999.1675 H 125
UfR 1999.1798 H 115, 146, 156
UfR 1999.1818 H 17, 115, 208
UfR 1999.1901 V 188
UfR 1999.2041 H 195
UfR 2000.412 H 169
UfR 2000.456 V 205
UfR 2000.545 H 17, 115, 208
UfR 2000.820 H 17, 115, 208
UfR 2000.1201 H 186-187, 193
UfR 2000.1203 H 56
UfR 2000.1326 H 196
UfR 2000.1558 H 78, 89, 107
UfR 2000.1631 V 68, 112
UfR 2000.1728 H 151
UfR 2000.1751 H 196
UfR 2000.1894 Ø 47
UfR 2000.2101 V 111
UfR 2000.2143 Ø 36, 135
UfR 2000.2234 H 71

UfR 2000.2385 H 98
UfR 2000.2476 H 68, 112
UfR 2001.83 H 94
UfR 2001.26 H 78
UfR 2001.253 Ø 48
UfR 2001.464 V 118
UfR 2001.510 Ø 48
UfR 2001.723 Ø 126
UfR 2001.953 Ø 136
UfR 2001.1057 H 115, 147, 156
UfR 2001.1602 Ø 135
UfR 2002.551 H 196
UfR 2002.555 H 174
UfR 2002.1789 H 88, 90
UfR 2002.2398 H 143
UfR 2002.2729 V 186
UfR 2003.624 H 64, 143, 192
UfR 2003.1029 H 186
UfR 2003.1328 H 26, 185
UfR 2003.2031 H 40, 182
UfR 2003.2044 H 133
UfR 2003.2341 H 187
UfR 2003.2371 H 169
UfR 2003.2438 V 63
UfR 2004.734 H 71
UfR 2004.976/1 H 132
UfR 2004.976/2 H 169
UfR 2004.1360 V 71
UfR 2005.1145 Ø 127
UfR 2005.1265 H 124

Nordisk Domssamling

ND 2000.28 H 91
ND 2000.92 H 17, 57, 176, 208
ND 2000.288 H 150
ND 2000.375 H 125
ND 2000.402 H 115, 146, 156

Norsk Rettstidende

NRT 1996.421 H 92

NRT 1999.961 H 169

NRT 1999.1363 H 176, 205

NRT 2000.996 H 174

NRT 2002.497 H 204

NRT 2002.509 H 19, 174, 188

NRT 2002.557 H 204

Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EuZW 1997.734 BVerfG 22

Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

ZIP 2001.39 BVerfG 141

STIKORD

- abonnakudskifter 119
abort 75-76, 97, 118-119, 130
abortsag 23, 75, 130
accessibility 4, 65
actio popularis 39, 48, 52
ad hoc judge 39
adgang til effektive retsmidler 6, 113, 123, 199
admissibilitet 215
admissibility 41
admissibility procedure 41
adskillelsen mellem domstole og forvaltning 19
Advokatnævnet 83, 136
advokats kontor 23, 120
Advokatsamfundet 36, 151
afdød krænket 39
afgifter 5, 10, 14, 17, 55, 64, 73, 92-93, 100, 153, 161-162, 164
afgiftstillæg 19, 174, 188
afskaffelse af dødsstraf 4, 94
afventning af rettergangen 105
afvisning i en komité 38
afvisning af processuelle grunde 41
agreement reached between the parties 43
alkoholikere 106
all men are created equal 14
amendments 13, 15
amerikanske forfatning 12, 14, 135, 145
amerikanske uafhængighedserklæring 14-15
Amnesty International 52, 96
Anden Verdenskrig 3, 12, 15, 30, 75
andre menneskeretskilder i samspil med EMRK 3, 16
annoncer 141
annullations- og erstatningssøgsmål 4, 48
anonyme vidner 197-198, 213
appel i straffesager 6, 202
Arbejdsretten 85, 139, 184, 211, 216
arbitrære beslutninger 13
arrestant 132
arvelovgivningen 81, 92, 117
asylsag 78
atypisk motivation 126
automatisk inkorporering 58
B-aktier 157-158
Bandidos 136
barnets rettigheder 98
begrebet ejendomsret 5, 154
begrebet "ytringer" 5, 125
beklædningsreglement 124
Benetton 141
Bergenpolitiet 134
"berøves sin ejendom" 5, 153, 156, 160
beskyttelse af tanke 5, 122
bevisoptagelse ex officio 42
bevisoptagelse 42
bilbombe 95
Bill of Rights 13, 15
Bismarcks krige 15
blodtransfusion 92
Bluff! 128
blødersagen 42, 44, 46, 180-181
bombeangreb 96, 129
borgerlige rettigheder 19, 171, 208
Boston Tea Party 14
brevstandsning 119
brevåbning 119, 121
British Rail 149-150

- bødeforelæggelse 204
 bøder 5, 47, 64, 111, 126, 161-162, 174
- chambers 39
 civil rights and obligations 19, 172, 214
 civil rights 19, 155, 172, 214
 contempt of court 53
- danske gennemførelsesmetoder 4, 59
 dawn-raid 26, 49, 185
 Declaration of Independence 14
 demonstrationer 82, 101, 127, 145-146
 deportation af civilbefolkning 32
 Der Igel 93, 128-129
 direkte virkning 58-61, 79, 158, 215, 217
 dokumentfalsk 126
 dokumentoffentlighed 18, 114, 147, 215
 dom inden for en rimelig frist 6, 180
 dommer-uafhængighed 59
 dommeres habilitet 182
 Drittwirkung 80, 82-85, 95, 100, 112-113, 139, 145, 167
 dualisme 4, 58
 due process of law 13, 101
 dødsstraf 4, 94
 dødsstraf i krigstid 94
- e-mail 7, 120
 Echelon 84
 effektive retsmidler 6, 83, 113, 123, 168, 199
 effektivt forsvar 6, 194-195, 198
 EFTA-domstolen 34
 efterlysning 68
 efternavn 92, 118
 efterretningstjenesten 128
 egnetheds- og proportionalitetskrav 65
 eksklusivklausuler 7, 61, 150-151
- ekspropriation 5, 147, 156-157, 159, 162-164, 174
 ekspropriativt indgreb 17, 154, 157-159
 eksteritorial handling 96
 EMD's struktur 3, 38, 215
 endelighedsbestemmelser 208-209
 "enhver har ret til ..." 11, 110, 122, 126, 144
 equality of arms 102, 170
 Erforderlichkeit 65, 144
 erhvervsfrihed 5, 165-167
 erhvervslokaler 7, 22-23, 119-120
 Erik Klipping 13
 Erik Ninn-Hansen 203
 erstatning for ekspropriation 5, 163-164
 erstatning efter strafferetlig frifindelse 6, 206
 erstatningsfri regulering 5, 156-157, 159
 erstatningskrav 43, 46, 49, 91, 96, 154, 176-177
 Esprit des lois 14, 17
 essentially economic rights 19, 173-174
 etnisk udrensning 32
 EU's respekt af grundlæggende rettigheder 3, 21
 EU-rettens grundrettigheder 3, 37
 eutanasi 99
 ex post facto 6, 199-202
 ex post facto lovgivning 201
 ex post facto straffelovgivning 6, 199-200, 202
- fair trial 178, 198
 familieliv 4, 11-12, 15, 20-22, 30, 37, 63, 81-83, 88, 91-92, 97-98, 100, 108-109, 110-113, 115-119, 147, 156-157, 174, 199, 208-209
 familieretlige område 92
 federal courts 36, 50
 filterfunktioner 41
 flykapring 30, 32
 FN's konvention om borgerlige og politiske rettigheder 3, 20
 FN's Verdenserklæring 16, 20

- FN's Menneskerettighedskomite 4, 52
 FN-resolutioner 31
 Folkebevægelsen mod EU 133
 folkemord 31
 Folkemordskonventionen 31
 folkeretlige retssikkerhedsgarantier 58-59, 217
 forbrydelser mod freden 30
 forbrydelser mod menneskeheden 30-32
 forbud mod diskriminering 4, 17, 81, 87
 forbud mod kollektiv udvisning af udlændinge 4, 94, 110
 forbud mod slaveri 4, 20, 94, 100
 forbud mod tortur 4, 20, 94, 97
 forbud mod udvisning af egne statsborgere 4, 94, 109
 foreløbige retsmidler 4, 49, 52-56, 180
 foreninger 5, 69, 77, 90, 122, 130, 145, 147, 151, 152, 166
 foreningsfriheden 5, 17, 36, 45, 64, 66, 76-77, 90, 122, 125, 144-145, 147-151, 152, 160, 163, 165, 167
 foreningsfrihedsloven 61
 foreseeability 4, 65-66
 forklaringspligt 185-186
 forligsindgåelse 43
 formiddagsdommersagen 19
 formodningsreglen 59, 62, 200
 formulartvang 41
 forrangsprincippet 21
 forsamlinger 5, 27, 69, 122, 144-145, 152
 forsamlingsfriheden 5, 69, 82, 101, 145-146
 fortolkningsreglen 59
 fortrolig korrespondance 120-121
 forudsigelighed 4, 65-66, 112, 143, 153, 159, 162, 217
 forurenende gasser 112
 fotoforevisning 68
 franske revolution 14
 freedom of the press 11, 126
 fri proces 41, 44, 169-170, 174
 frihed til valg af opholdssted 4, 94, 108
 frihedsberøvelse 4, 15, 21, 67, 78, 88-89, 94-95, 99-103, 106-109, 116, 169-170, 176, 202, 206, 214
 frihedsberøvelse på grund af gæld 4, 94, 108
 fumus boni juris 53, 55
 fællesbøn 94
 fællesskabsrettens forrang 21-22, 38, 214
 fængselsbetjente 136
 fængselsmyndighederne 68, 95, 121
 fængslede rockere 136
 fængsling 98, 104
 Første Verdenskrig 15
 Føtex' beklædningsreglement 124
 Genevekonventionerne 31
 gesetzlicher Richter 26, 215
 gidseltagning 30, 32
 Grand Chamber 39
 Greenpeace 56, 147
 Grundlovens materielle frihedsrettigheder 3, 16
 Grundsatz der Verhältnismässigkeit 75
 græske klostres ejendomme 160, 175
 gældsfængsel 103, 108
 habeas corpus 13, 101-102
 Hamburg-Mannheimer 126
 Hansard warning 188
 hard law 12
 Hare Krishna 123-124
 hastende menneskerettighedssager 4, 52
 hasteprocedurer 53
 Heathrow lufthavn 83, 113, 199
 heroinsalg i fængslerne 136
 hjælp til selvmord 99
 Hoechst 22, 49, 119

- homoseksualitet 114
- homoseksuelle 91-92, 114, 117
- homoseksuelle samlivsforhold 91
- horisontal virkning 4, 78, 84-85, 218
- hovedbeklædning 124
- husundersøgelse 15, 22-23, 49, 68, 120
- hviletidsbestemmelserne 190
- Haagerkonvention IV 31
- håndhævelse af menneskerettighederne 3, 29

- ICC 3, 9, 30, 32-33
- ICJ 3, 9, 33-35
- ICTR 9, 31-33
- ICTY 9, 31-33
- ikke-statslige organisationer 39, 52
- ikke-ægteskabelige samlivsforhold 116
- in dubio pro reo 185, 190, 203, 217
- indfødsret 90-91, 114, 168
- indgreb i meddelelshemmeligheden 119, 121
- indgreb i ytringsfriheden 5, 66, 69, 75, 77, 93, 127-130, 132-133, 139, 142, 144
- indgrebs "nødvendighed" 4, 68, 138, 144
- indgå ægteskab 5, 20, 110, 122
- indirect victims 39
- individet som rets- og pligtsubjekt 3, 29
- indskrænkninger i menneskerettighederne 4, 63
- inhabile dommere 45
- injurireglerne 83
- injuriesager 5, 77, 85, 135
- inkorporering af EMRK 36, 58-59, 80, 211
- instruktionsreglen 59, 80
- interim measure 53
- International Court of Justice 9, 33
- internationale retsmidler 52
- internationale Domstol i Haag 3, 9, 33-35, 51, 53
- internationale domstole 3, 29-30, 34-35
- internationale forbrydelser 32

- Internationale Straffedomstol 3, 30, 32
- IRA-mistænkte 95
- irske abortsag 23, 75, 130
- isolationsfængsling 98

- jagtvirksomhed 90, 151, 160
- Jehovas Vidner 74, 82, 87, 91-92, 123, 201
- John Locke 13
- journalisters kildebeskyttelse 5, 140
- judicial review 7, 15, 57
- juge d'instruction 67
- Jugoslaviendomstolen 30
- juridiske personers bødeansvar 205
- just satisfaction 44, 108, 181
- Jydebrødre-sagen 59
- Jörg Haider 133

- kartelmyndigheder 185, 216
- kildebeskyttelse 5, 23, 120, 140
- klageblanket 41
- klagen indgives skriftligt 41
- klostres ejendomme 160, 175
- kollektiv udvisning af udlændinge 4, 94, 110, 115
- komitéernes opgave 38
- kommercielle ytringer 5, 140-141
- kommercielle ytringsfrihed 7, 141
- kommunistparti 147, 163
- kompressionsansvar 40, 212
- konfiskation 5, 148, 153, 161-163, 191-192, 201, 203-204
- konfrontation 68
- kong James 12
- kongehuset 156
- konkurrencemyndighed 186
- konkurrenceretlig sag 23, 68, 120
- kontoudtog 66, 188-190, 194
- kooperationsfællesskab 22

- korrespondance 5, 20-21, 63, 67-68, 88, 110-111, 120-121
 krigens love og sædvaner 30-32
 krigsforbrydelser 30-31, 200
 krigsforbryderdomstole 30
 kursmanipulation 185
 Kurt Thorsen 132
 kvalitetskrav til dommen 6, 175
 kønsskifte 43, 114
 kønsskifteoperation 114
 køre/hviletidslovgivningen 206
 køre- og hviletidsbestemmelserne 190
 køre- og hviletidsreglerne 42, 181, 191, 194
- L'ancien régime 14
 la Cabana 150
 late justice is injustice 53, 180
 law of the land 13, 66, 101
 legalitetsprincippet 4-5, 31, 35, 58-59, 65, 79, 88, 159, 200-202
 lex anterior 62
 lex certa 201
 lex inferior 62
 lex posterior 4, 62, 200
 lex superior 4, 14, 62, 65, 200
 liberties 11
 lille traktatændring 25
 litispendensvirkning 52
 liv og frihed 94, 153
 local redress 35, 37, 39
 Londonaftalen 30-31
 Lovenes væsen 14
- Magna Carta 12-13, 66, 101
 magtfordelingslæren 17, 176
 mareva injunction 53, 213
 margin of appreciation 68, 70-71, 131
- markedsføringslovgivningen 141
 materiel atypicitet 126
 Max Blicher Hansen 151
 meddelelseshemmeligheden 119, 121
 medieansvarslov 72
 medlemspligt af Advokatsamfundet 36
 medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner 21, 37, 48, 153
 medlidenhedsdrab 99
 menneskerettighedens virkning mellem private 4, 78
 menneskerettighedskonventionens retskildemæssige status 58
 mildest means 74
 miljøaktivister 125
 Ministerkomitéen 38, 42, 45
 misbrug af klageadgangen 39
 modafhøring af vidner 195, 213
 modhensyn 4-5, 63-65, 73, 80, 88, 124, 130-131, 135, 142-144, 217
 modhensyn "i et demokratisk samfund" 4, 63
 modsatte menneskerettigheder 4, 63
 modtagelse af ytringer 5, 141
 Mogens Glistrup 71
 monisme 4, 58
 Montesquieu 14
 must-carry 128
 myndighedernes varetægt 96, 99
 myndighedernes stempling af en tiltalt 194
 mødeoffentlighed ved EMD 43
- Napoleonskrigene 15
 narkomaner 106
 narkosag 47, 98, 105, 183, 189, 195, 197
 narkotest 66, 111
 national gennemførelse af menneskerettighederne 4, 58
 nationale retsmidler 35, 37, 39, 41, 52

- navneforhold 92
- ne bis in idem 6, 33, 169, 204, 206, 216
- nedværdigende behandling 4, 94, 97-98, 102, 108
- negativ foreningsfrihed 61, 125, 145, 150-151, 212-213
- NGO'er 39, 52
- Nichtzumutbarkeit 126
- Nordisk Fjer 47
- nulla poena sine culpa 200-201
- nulla poena sine lege 6, 21, 31, 94, 199-201
- nullum crimen & nulla poena sine lege 6, 199-200
- nullum crimen sine lege certa 201
- nullum crimen sine lege 199, 201
- nullum crimen & nulla poena sine culpa 200-201
- Nürnbergdomstolen 30
- Nürnbergprincipperne 30-31
- Nürnberg-undtagelse 31
- næringsfriheden 166-167, 168

- objektivt bødeansvar 23, 190-191, 194
- objektivt individualansvar 42, 181, 190, 206
- objektivt strafansvar 23, 190-191, 194
- observation 68, 112
- offentlig rettergang 6, 170, 178, 198
- offentlige anliggender 5, 125, 133, 137, 144
- offentliges kompensationsansvar 40, 212
- offerets efterladte 95
- officialmaksime 19, 42
- omvendelsesvirksomhed 74, 123, 201
- Open Door 23, 75, 130
- oplyse navn, adresse og fødselsdato 108
- opsættende virkning 43, 55-57

- parabolantenne 84
- patientklagenævn 107
- Peberholmsagen 125
- Pedal-Ove 137, 205

- pejleudstyr 68, 112
- periculum in mora 53
- personoplysninger 113-114
- personsøger 119
- piskning 98
- PKK-aktiviteter 96
- “Plejebo”-sag 64, 143, 192
- pligtssubjekt 3, 29-30, 80
- politiagenter 111, 198
- politiet i Bergen 134
- Politiets blinde øje 137
- politrapport 137, 195-196
- politiske og øvrige offentlige anliggender 5, 133
- politiske partier 76, 133, 145, 147
- politiske modstandere 134
- possessions 154-155
- present days' conditions 114
- pressefriheden 125-126, 135, 142-144
- pressen 70, 72, 76, 126, 132-138, 140, 142-143, 170, 192
- principle of the mildest means 74
- privat ansattes ytringsfrihed 85, 139, 218
- privatliv 4, 11, 20-21, 67, 70, 100, 110-111, 113-115
- privatliv og familieliv 4, 11, 100, 110
- proceduremæssig sikring i udvisningssager 6, 208
- Procesbevillingsnævnet 56, 108, 175, 204
- Procesbevillingsnævnets afslag 39
- processprog 41
- processuelle menneskerettigheder 5, 168
- processuelle EMRK-bestemmelser 46
- proportionalitet 4-5, 67-68, 75-77, 85, 87, 111, 119, 124, 130, 133, 135, 138, 140, 142, 144, 153, 155, 217
- proselytisme 74, 123
- præjudiciel forelæggelse 4, 28, 48-49, 182
- præsumptionsansvar 24, 191
- præventive anholdelser 101, 146

- public watchdog 70, 125, 135-136
- racediskrimination 69, 71, 91
- Radio Television of Serbia 96, 129
- RAF 132
- ransagning 22-23, 48-49, 67, 69, 110, 119-120, 140
- regelharmoni 58-59
- Registrar 41
- religion 5, 63, 74, 87-88, 92, 122-124
- religionsfriheden 74, 94, 122-124
- religiøs påvirkning 123
- rensningsanlæg 112
- resolutioner fra FN's sikkerhedsråd 31
- respekt for privatliv og familieliv 4, 11, 110
- respekt for privatliv 4, 11, 67, 110
- ret til domstolsprøvelse 6, 19, 175
- ret til frihed 4, 20, 101
- ret til livet 4, 15, 94
- ret til at tænke frit 5, 122
- ret til retfærdig rettergang 5, 63, 153, 169
- ret til appel i straffesager 6, 202
- ret til frihed og sikkerhed 4, 101
- ret til at indgå ægteskab 5, 20, 122
- retfærdig rettergang 5-7, 11, 15, 18, 20-21, 25, 27, 32, 37, 63, 77, 88, 101, 105, 107, 112, 115-116, 131-132, 153, 155, 168-169, 171, 174, 178, 198, 202, 206, 209, 217
- retroaktiv straffelovgivning 200
- retshåndhævelsesarrest 45, 103-104
- retsmøder 18, 41, 43, 179
- Retssikkerhedskommissionen 187, 217
- retssikkerhedsregel 59
- retten til social tryghed 20
- rettergangsbøde 174
- rettergangsfejl 180, 202-203
- rettighedsfrakendelse 166, 204
- rettighedssubjekt 79-80
- rimelig frist 6, 25, 40, 42, 44-48, 105, 170, 180-182, 211
- rockerborgene 115, 146
- rockerloven 147, 156
- Romkonventionen 32
- Rote Armee Fraktion 132
- Roumsagen 128
- rule of local redress 35, 37, 39
- rule of man 13, 66, 143
- rule of law 4, 13, 35, 65-66, 143
- Rules of procedure 10, 39
- rumaflytning 119
- Rwandadomstolen 30
- samfundskritiske annoncer 141
- samlivsforhold 91, 116
- samvittighed 5, 16, 20, 122
- samvittigheds- og religionsfrihed 5, 100, 122
- samvittighedsfriheden 122
- samværsager 117, 178
- sandhedsbevis 134, 136-137
- satisfaction 44, 108, 181
- Schengenaftalen 206
- Schiessbefehl 200, 216
- selskab under likvidation 39, 156
- selskabsansvaret 205-206
- selvinkrimineringsforbud 6, 185
- sensitive personoplysninger 113-114
- serbiske tv-station 96, 129
- sigøjnerfamilier 118
- sigøjnersager 118, 157
- Sikkerhedsrådet 31, 33
- sindssyge 106
- singulær lovgivning 17-18, 58, 176, 208, 212
- skatter 5, 10, 17, 64, 73, 92-93, 100, 153, 161-162, 164
- skatter og afgifter 10, 17, 92-93, 100, 162

- skattesvig 188, 190
 skattetillæg 19, 174, 188, 204
 skatteunddragelse 23, 120, 140, 174, 188
 skolesamvirket Tvind 17, 176
 skønsmargin 4-5, 64, 68-77, 82-83, 89, 110, 112-113, 123, 130-131, 133, 140-141, 143, 146, 148, 150, 154, 161-163, 165, 199, 212
 slaveri 4, 20, 32, 93, 94, 100
 smuglergods 162
 sociale rettigheder 12, 16
 socialhjælp 74, 89, 165
 soft law 12
 Solange I 21-22, 50
 Solange II 21-23, 50
 Solange III 22-23
 solange-afgørelserne 21
 specialdomstol med permanent global kompetence 3, 33
 specialdomstole med permanent regional kompetence 3, 34
 spirituskørsel 134
 Spycatcher 128
 state courts 36, 50
 stempling af en tiltalt 194
 stening 98
 stifte familie 122
 stofmisbrugere 107
 Storebæltsbroen 33, 53
 Storkammeret 39, 41-42, 44, 96, 137
 strafafsoner 95, 179
 straffedomstol med permanent global kompetence 3, 32
 straffedomstole med regional ad hoc kompetence 3, 30
 straffeprocessuelle tvangsindgreb 68, 112
 strafferetlig frifindelse 6, 205-206
 strafudmålingen 40, 47, 132, 135, 180, 182, 202, 205
 Supreme Court 7, 15, 36, 50, 70, 125
 Svend Aukens have 125
 sædelighedssager 196
 sættemdommer 39
 søgsmålsberettigelse 3, 39
 tavshedspligt 5, 85, 128, 138-140, 142
 taxidommen 88
 taxisag 90
 telefonaflytning 67, 112, 119, 121
 terrorangreb 95-96
 Thomas Hobbes 13
 Thomas Jefferson 14
 tilgængelighed 4, 65, 143-144, 159, 162
 tolkebistand 195
 tilsynsmyndighed 186
 tiltalefrafald 206
 tobaksreklame 22
 Tokyodomstolen 30
 tortur 4, 7, 16, 20, 30, 32, 94-95, 97-98
 transseksuelles rettigheder 115, 213
 tredjemandsvirkning 80
 TV-Stop 125
 tvangsanbringelse 59, 106
 tvangsarbejde 4, 93, 94, 100
 tvangsindgreb 68, 112
 Tvind 17, 57, 176, 208-209
 Tvinddommen 19
 Tvindloven 18, 214
 tyranklausulen 200
 Tyrkiets kommunistparti 147, 163
 tyske unionsafgørelse 22
 tørklæde 124

- uafhængig og upartisk domstol 6, 19, 182
 uafhængighedserklæring 14-15
 udbyttekonfiskation 191
 udvisning af udlændinge 4, 17, 20, 94, 110, 115, 174, 209
 udvisning 4, 17, 20, 43, 54, 56, 78, 88-89, 94, 98, 107, 109, 110, 115, 174, 197, 208-209
 udvisning af egne statsborgere 4, 94, 109
 udvisningspraksis 17
 udvisningssager 6, 62, 98, 115, 169, 174, 208-209, 211
 udøve sin religion 63, 122-123
 uhelbredeligt syge 99
 undersøgelsesdommer 67
 uniformering 124
 Unionstraktaten 22-23
 unlautere Werbung 141
 upartisk domstol 6, 19, 175, 182
 urinprøver 66, 111
 uskyldsformodning 6, 20, 23, 185-186

 vagabonder 106
 valg af opholdssted 4, 94, 108-109
 van Gogh-maleriet 160-161, 164
 varetægtsfange 132, 207
 varetægtsfængsling 45, 99, 103-106, 109, 207
 varetægtsfængslingens øjemed 132
 varetægtssurrogat 105
 Verdenserklæring 15, 16, 21

 Verhältnismässigkeit 75
 videoafhøringer 196
 virkning mellem private 4, 78-80, 215, 217
 virksomhedsansvar 205
 voldtægt 32, 196
 VVM-direktivet 147
 vælge efternavn 92, 118

 We the People of the United States 15, 145
 Wienertraktatkonventionen 51
 Würde des Menschen 97

 ytringer 5, 7, 60, 69, 83-84, 93, 122, 125-126, 128-129, 133-134, 136, 138, 140-141, 145, 166
 ytringer og tavshedspligt 5, 138
 ytringsfrihed 5, 7, 12, 20-22, 30, 63, 71-72, 76-77, 85, 88, 124, 126-129, 131-133, 135, 137-143, 149, 153, 167, 211, 212, 218
 ytringsindgreb 124, 142, 144, 217

 ægtefællers lige rettigheder 5, 122
 ægteskab 5, 20, 81-82, 88, 92, 110, 117-118, 122, 178

 økonomiske menneskerettigheder 5, 153
 Øresundsbroen 125, 147
 Østrigske Frihedsparti 133

 Aages Pizza 63