

ER DEN EUROPÆISKE MENNESKERETTIGHEDSDOMSTOL EN TRUSSEL FOR FUNDAMENTALE STRAFFERETLIGE PRINCIPPER?

AF PROFESSOR GORM TOFTEGAARD NIELSEN

*On the basis of the rape case, M.C. v Bulgaria in 2003, a critical analysis is made of how the European Court of Human Rights has developed its 'interpretation' of the Convention from being a protection of citizens against injustices committed by their nation states to a requirement granting victims a 'human right' to demand that their perpetrators be punished, or at least be subjected to criminal proceedings. As it stands now, the suspect and the victim each have their own 'human right' and can demand the same protection. The classic protection of legal certainty for the suspect can easily be eroded by this approach.**

Indledning

Vi opfatter vel alle »menneskerettigheder« og givetvis »menneskeret« som særdeles positivt ladede ord. Der er tale om fænomener, man som civiliseret borger ikke kan tillade sig at sætte spørgsmålstegn ved. Stærkt positivt ladede ord har imidlertid ofte en mindre klar betydning end mere værdineutrale ord. Demokrati er godt. Det kan man heller ikke få for meget af, men også her er betydningen mere uklar. Det skal jo ikke udvikle sig til flertalstyranni.

For få årtier siden talte man ikke om menneskerettigheder, men snarere om frihedsrettigheder: ytringsfriheden, foreningsfriheden etc. Det var den terminologi, man brugte i bøger om grundloven. Tankegangen, der lå bag ordet frihedsrettigheder, var, at borgerne skulle garanteres en vis frihed eller et vist aktivitetsområde, som staten ikke kunne begrænse. Oprindeligt – i oplysningstiden – var disse friheder en del af samfundspagten. Der var grænser for, hvilke beføjelser borgerne ville overlade til fællesskabet eller staten. Dette fulgte af sund fornuft eller menneskets natur. Herfra blev de overført til de vestlige forfatninger.

Kernen i disse rettigheder er altså ikke, at det er rettigheder, der modsvares af pligter, men at det er begrænsninger for, hvor tæt statsmagten i form af lovgiver kan regulere borgernes situation. Da parlamenter lovgiver efter flertal, kan man også tale om mindretalsrettigheder, men det lyder ikke så godt, da der jo er borgere, der synes mindretallene har for stor magt. Nogle rettigheder – forenings-, forsamlings- og ytringsfriheden – er tæt knyttet til realiseringen af et demokrati, da valget af politikere ikke har megen mening, hvis de enkelte kandidater ikke

* Title in English: *Is the European Court of Human Rights a Threat to the Fundamental Principles of Criminal Law?* Original in Danish.

har mulighed for at drøfte og præsentere deres opfattelse for befolkningen. Andre klassiske rettigheder som den personlige frihed, privatlivets fred, boligens ukrænkelighed og ejendomsrettens beskyttelse har snarere til formål at sikre de enkelte borgere.

De, der skrev disse frihedsrettigheder i de europæiske forfatninger, som skaffede enevælden og indførte demokratiet, var ikke filosoffer, der spekulerede over at sikre de rettigheder, der er væsentligst for borgerne. De rettigheder, de tog med i forfatningen, var de rettigheder, de selv oplevede som væsentlige, fordi de var nægtet dem under enevælden. Man ville ikke risikere, at nye magthavere kunne udvikle sig til nye enevældige herrer. At det nye flertal ville knægte mindretallet. Den væsentligste beskyttelse var domstolene, der sikrede, at de vedtagne love gjaldt for alle. Det blev derfor også centralt at sikre domstolenes uafhængighed af regeringerne, således at regeringen ikke kunne misbruge politiet til at bekæmpe eller chikanere politiske modstandere. Derfor krævede reglerne domstolskontrol med varetægtsfængsling, ransagning osv. Stort set havde man tillid til, at flertallets love ville blive rimelige, og den materielle del af frihedsrettighederne kunne man derfor overlade til lovgiver.

Efter 2. Verdenskrig stod Vesten åbenbart med i hvert fald ét betydeligt problem: Hitlers Tyskland havde forsøgt at udrydde jøderne. Der var ikke tale om et mindretal i politisk forstand eller et mindretal, der blev straffet uretfærdigt for påstået kriminalitet. Der måtte altså indføres en bedre beskyttelse mod overgreb, som alle måtte tage afstand fra, og som man havde set kunne finde sted i et formelt demokratisk land. USA havde en klar tradition for en stærk Højesteret til at begrænse statsmyndighedernes beføjelser. Det var ud fra magtforholdene efter 1945 en naturlig tanke, at Tyskland måtte påtvinges en forfatning med væsentlige garantier mod overgreb fra parlament og regering. Væsentligt var naturligvis at få en sikring af livet og en sikring mod racediskrimination. Man var klar over, at en domstol, der skulle værne disse interesser over for primært et parlament, ikke havde samme opgaver som en traditionel domstol, men at netop det at fortolke forfatningen og således sætte grænser for parlamentet, var en opgave, der let fik et politisk præg, – blev en rollehaver i det politiske magtspil. Det var derfor ud fra en demokratisk tankegang væsentligt, at forfatningsdomstolen fik en vis legitimitet, altså at de demokratisk valgte politikere fik indflydelse på domstolens sammensætning, men omvendt ikke kunne blande sig i den enkelte sag, endsiges hvem der skulle pådømme den enkelte sag. Den demokratiske legitimation gav naturligt den tyske forfatningsdomstol en følelse af ret til at lade sig påvirke ikke blot af almindelig kold jura – som vores danske Højesteret – men at gå ind i friere overvejelser af, hvad der på det pågældende område var den bedste løsning. Til belysning af, hvor meget kreativitet – og lidt jura – en sådan domstols afgørelser

kan være udtryk for, kan nævnes, at den tyske forfatningsdomstol i 1993 fortolkede bestemmelsen om livets ukrænkelighed, så reglen medfører, at kvinder selv skal betale for abort foretaget ud fra en social indikation.¹

Hele konstruktionen med at sikre friheds- eller menneskerettigheder i de nationale forfatninger var som nævnt reelt en begrænsning af de nationale parlamenters muligheder for at give hjemmel for visse umenneskelige indgreb. Det var altså meningen at afskære det valgte flertal fra visse former for lovgivning. Hvis man har tillid til, at de nuværende vælgere og deres efterkommerne nok skal vælge et fornuftigt og forsvarligt Folketing, er det begrænset, hvad man behøver at regulere i forfatningen. Naturligvis bør der være visse begrænsninger, men det er væsentligt, at man gør sig klart, at formålet er at begrænse efterkommernes demokratiske frihed.

Man kan naturligvis ikke ved grundlovsbestemmelser afskære efterkommerne fra at ændre grundloven. For at undgå en gentagelse af Hitlertysklands grove krænkelser var det altså nødvendigt, at landene over for hinanden på bindende måde forpligtede sig til at overholde menneskerettighederne. Man vedtog derfor under Europarådet Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK). Konventionen indeholdt oprindeligt stort set de samme frihedsrettigheder, som var beskyttet i de nationale forfatninger. Dog var kataloget noget videre end i den danske grundlov, bortset fra at ejendomsrettens beskyttelse først senere kom ind i konventionen.

Den europæer, der uden forhåndskendskab blot læser konventionens tekst, vil næppe have væsentlige indvendinger. Nok har vores grundlov ikke en generel bestemmelse om beskyttelse af menneskets ret til livet, men alle vil vel være enige om, at menneskelivet skal beskyttes ved lov, bortset fra særlige tilfælde, f.eks. hvis en politimand, der trues med en pistol, vælger selv at skyde først. En række rettigheder i EMRK er beskyttet ved, at de kun kan begrænses ved lov. Dette kan næppe nogen dansker heller indvende noget imod. At administrationen uden lovhjemmel skulle kunne gøre indgreb i borgernes rettigheder tilhører i vores tankegang enevælden og kan ikke godt hævdes i et demokrati. Da formålet med EMRK netop var at forpligte de enkelte lande til en vis minimumstandard for menneskerettigheder, er der i flere bestemmelser indsat krav om, at den lov, der giver hjemmel for et indgreb, kun må give hjemmel for indgreb, »som er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder.« (art. 8, stk. 2, med tilsvarende formuleringer i artiklerne 9, 10 og 11). I deres brede formuleringer synes de at give de nationale parlamenter så stort et spillerum, at der ikke er anledning til bekymring.

Det andet karakteristikum ved rettighederne er, at beskyttelsen umiddelbart synes at vedrøre borgernes beskyttelse mod overgreb fra deres egen stat eller andre offentlige myndigheder. Det svarer også godt til den vestlige tradition for formuleringen af frihedsrettigheder. Og det harmonerer endvidere med, at konventionen som en folkeretlig traktat er en aftale mellem flere stater, hvorved de forpligter sig over for hinanden. Folkeretten er retten mellem staterne, og borgerne er normalt ikke direkte parter i dette retssystem. Ved Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er der vedtaget en væsentlig afvigelse fra dette princip. En borger, der føler sine rettigheder efter konventionen krænket, kan efter art. 34 klage til Menneskerettighedsdomstolen (EMD), der i sidste ende kan afsige dom i sagen. Klageren kan efter bestemmelsen klage over, at staten har krænket sin pligt til at overholde konventionen. Borgerne kan altså i forhold til denne specielle traktat optræde på rettighedssiden, hvilket svarer til, at der er tale om krænkelse af menneskerettigheder, medens kun stater kan optræde på pligtsiden.²

Kort om juridisk fortolkning

Borgerne har rettigheder efter de almindelige love, efter forfatningerne og efter Menneskerettighedskonventionen.

Der er skrevet mange store og lærde værker om domstolenes fortolkning og nok de fleste om forskellige måder at fortolke almindelige love på. Betingelsen for, at der er tale om en fortolkning, er, at dommeren forholder sig til lovens tekst. Nogle dommere vil alene holde sig til teksten, andre dommere vil skele til formålet med den enkelte bestemmelse, som det kan udledes af sammenhængen eller af forarbejderne.

Når dommere skal fortolke grundloven, er situationen ofte en anden. Dommeren har her typisk en almindelig lovbestemmelse, som en af sagens parter hævder, at dommeren helt eller delvist skal se bort fra, fordi den strider mod grundloven. Oftest vil situationen være den, at parlamentet har taget stilling til dette spørgsmål og altså fortolket grundloven sådan, at loven ikke strider mod grundloven. Her er altså foretaget en prøvelse af fortolkningen. Den er foretaget af politikere. Er en jurist bedre til at fortolke grundloven end en politiker? Det kommer selvfølgelig an på, hvordan grundloven skal fortolkes. Skal den fortolkes som almindelige love, er dommeren som regel bedst. Men skal den fortolkes på en anden måde, er det ikke givet. Svaret afhænger i høj grad af, hvordan grundloven er skrevet. De almindelige love skrives stort set af jurister med en tilstræbt høj grad af sproglig præcision. Grundlove skrives ofte af politikerne selv og ofte bevidst i et sprog præget mere af proklamationer end af præcision.

Hvis en forfatning beskytter menneskets ret til livet, omfatter denne ret så fosterets ret til livet? Jeg har svært ved at se, at jurister har mere forstand på dette end

andre mennesker. Det er ikke et spørgsmål om forstand på fortolkning, men om et etisk valg. Den katolske dommer vil måske nå én fortolkning, og mange andre dommere den modsatte. Begge parter vil måske hævde, at de fortolkede bestemmelsen, men er det andet end kejserens nye klæder?

Når en domstol skal tage stilling til, om en lov er anvendt i strid med en folkeretlig traktat, her Menneskerettighedskonventionen, ligner opgaven i langt højere grad forfatningsfortolkning end almindelig lovfortolkning. De fleste vil vist være enige i, at dommerne i EMD ikke har samme demokratiske mandat, som dommere i f.eks. den tyske forfatningsdomstol. I hvert fald et overvejende antal af dem er mere valgt på grund af deres juridiske hjernekapacitet end på grund af deres politiske ståsted. EMD's mandat er – så vidt jeg kan se – at afgøre, om de nationale myndigheders anvendelse af loven er i strid med de bestemmelser i EMRK, som medlemslandene har været enige om at afgive noget af deres suverænitet for at overholde. Som ved grundlovsfortolkningen er der et parlament, der typisk har fundet, at den nationale lov sikrer overholdelse af konventionen og/eller en national domstol, som har fundet, at dennes anvendelse af loven holder sig inden for konventionens rammer. Dette taler også her for en vis forsigtighed i prøvelsen. En domfældelse af den påklagede stat begrænser ikke blot statens parlament og domstole, men reelt også dens grundlovgiver med et endnu stærkere demokratisk mandat.

Man kan med en vis ret tale om et retligt hierarki. De almindelige love afgør i første række, hvilke rettigheder borgerne skal have. Visse af disse er så centrale og vigtige, at de bør sikres i en grundlov. Nogle af disse rettigheder er endog så væsentlige, at det internationale samfund ved Menneskerettighedskonventionen har sikret, at de end ikke kan tilsidesættes af de enkelte landes højeste myndighed – grundlovgiverne. Når man går opad i hierarkiet, begrænser man primært det nationale flertals ret til at bestemme sine egne regler. Hvis der er fornuft i systemet, vil der for hvert trin blive færre rettigheder og færre overtrædelser. Der vil med andre ord som udgangspunkt være tale om grovere overtrædelser.

EMD's fortolkningsstil

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol var ved sin oprettelse en unik størrelse. Vel var det ikke den første domstol til at afgøre folkeretlige konflikter, men det var – så vidt jeg ved – den første folkeretligt funderede permanente domstol, hvor borgerne i de lande, der havde tiltrådt konventionen, kunne få deres sag mod deres egen stat behandlet. Der var altså ikke andre domstole, hvis fortolkningsstil man kunne skele til. Domstolen måtte – oprindeligt i samarbejde med kommissionen – udvikle sin egen fortolkningsstil. Den er beskrevet i introduktionskapitlet i den kommenterede udgave af Den Europæiske Menneskeretskonvention, 2. udg.,

2003, s. 1-56, af Peer Lorenzen (s. 1-24) og Nina Holst-Christensen (s. 25-56).

Det centrale ord for domstolens fortolkningsstil er, at den er dynamisk:

»Praksis fra kontrolorganerne har demonstreret, at en række bestemmelser og udtryk vil blive gjort til genstand for en dynamisk og målrettet (teleologisk) fortolkning. Kontrolorganerne har gentagne gange udtalt, at fortolkningen af konventionen må tage sit udgangspunkt i »present day conditions« for på den måde at sikre, at konventionsbeskyttelsen er tidssvarende. Det betyder, at EMRK's forarbejder kun undtagelsesvis vil være af betydning som fortolkningsbidrag« (s. 45).

Det fremhæves, at det vil tale for en dynamisk fortolkning, hvis der på et område er en tilstrækkelig grad af international konsensus, f.eks. mellem reglerne i medlemslandene eller andre konventioner m.v. Det nævnes videre, at staterne på visse områder tillægges en forholdsvis vid skønsmargin. Det gælder navnlig ved afgørelsen af kontroversielle spørgsmål. Denne margin skal dog opvejes mod kravet om proportionalitet. I princippet ligger navnlig, at statens indgreb skal være mindst muligt for at opnå det tilsigtede, og at indgrebets intensitet skal stå i et rimeligt forhold til det, staten har angivet at ville opnå. Heri ligger bl.a., at »et ganske beskedent indgreb med en isoleret set beskeden sanktion efter omstændighederne kan være uproportionalt ...« (s. 56). Der henvises til s. 47 f., hvoraf fremgår, »at en helt ubetydelig eller ganske beskeden påvirkning af rettighedernes beskyttelsesområde generelt ikke vil være tilstrækkelig til at blive anset som et indgreb ...«

Eksempler fra EMD's praksis

Det fremgår næsten af det ovenfor lige anførte, at overliggeren for, hvor alvorligt et forhold, der skal være tale om, før det kan udløse en EMD-sag, er sat meget lavt. Spørgsmålet om en bagatelgrænse blev herhjemme heftigt drøftet i forbindelse med den nu nedlagte kommissions afgørelse om, at EMD skulle prøve, om reglerne for pålæggelse af en dansk parkeringsafgift var omfattet af strafbegrebet i art. 6, stk. 1, og om processen i givet fald opfyldte EMRK's krav til idømmelse af straf. Lars Adam Rehof glædede sig over, at kommissionen havde afgjort, at dette principielle spørgsmål skulle prøves. Eva Smith vidste ikke, om hun skulle le eller græde over, at en international domstol til beskyttelse af menneskerettigheder, som har sager liggende i tusindvis, fordi antallet af ikke afgjorte sager i mange år er steget uafbrudt, skal bruge sine ressourcer på den slags bagateller. Tidligere havde domstolen fastslået, at pålæggelse af en tysk færdselsbøde på 60 DM udgjorde en krænkelse af art. 6. Kun én af dommerne bemærkede: »Jeg tror,

at en nøje overvejelse af at lade artikel 6 om *fair trial* finde anvendelse i sådan en sag, vil gøre det klart, at en domfældelse vil fjerne os et langt stykke fra, hvad vi normalt betragter som menneskerettigheder og fundamentale frihedsrettigheder, de eneste rettigheder, som vi skal beskytte.«³

Et lige så væsentligt spørgsmål er, om enhver teoretisk eller principiel krænkelse foretaget af en nationalstat med egne demokratisk vedtagne love, forfatningsretlige menneskerettigheder og uafhængige domstole nødvendigvis skal kunne prøves af måske Europas fineste domstol. Nationale retssystemer er meget fornuftigt indrettet, således at der sker en kraftig sortering af sager, der gennem systemet når op til den nationale Højesteret, og at denne sortering netop foretages under hensyn til kapaciteten i Højesteret. Jeg er godt klar over, at denne sortering i høj grad sker sådan, at principielle sager gives høj prioritet. Dommerne i EMD kan derfor med en vis ret sige, at man også kun tager bagatelsagerne, fordi de er principielle. Nu er det ikke ethvert principielt spørgsmål i en national sag, som er et principielt menneskeretligt problem. Det er det, dommeren i den ovenfor refererede dissens så klart udtrykker, men hans kolleger interesserede sig ikke meget for dette aspekt. Problemet er måske, at dommerne ikke har gjort sig klart, hvad man forstår ved menneskerettigheder. Det er i hvert fald ikke noget, der bruges plads på at forklare i den ovenfor refererede introduktion. Meget muligt vil forfatterne svare, at det også er overflødigt, da EMD alene beskæftiger sig med de rettigheder, der er sikret i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Den dynamiske fortolkning

Som det er refereret ovenfor, er det ikke konventionens ordlyd, og dermed heller ikke dens tekst, som afgrænser området for, hvad der er menneskerettigheder. Det lægges klart til grund, at denne på flere punkter er forældet, og at fortolkningen må tage udgangspunkt i nutidens behov for beskyttelse. Man udvikler altså konventionsbeskyttelsen ud over det, som de tiltrædende nationer har aftalt. Det fremhæves, at fortolkningen er målrettet, men hvem fastsætter her målet? Det fremgår klart, at man ikke bruger forarbejder for at finde ud af, hvad formålet var med en given regel, medmindre formålet understøtter EMD's fortolkning. EMD fastsætter også selv målet.

Som et særligt eklatant eksempel nævnes s. 25 en dom fra 1993, hvor Domstolen fastslog, at art. 11 også omfatter »negativ foreningsfrihed«, altså friheden til ikke at være medlem af en forening. Art. 11 om, at enhver har ret til »foreningsfrihed, herunder ret til at oprette og slutte sig til fagforeninger for at beskytte sine interesser.« Formålet med bestemmelsen har klart været, at statsmagten ikke skulle kunne forhindre, at borgerne dannede foreninger. Denne frihed er helt central for demokratiets virke. For at undgå tvivl om arbejdernes ret til at danne fagforenin-

ger, blev denne ret udtrykkeligt nævnt. Formålet hermed var at styrke arbejderne ved at sikre deres fagforeningsret. Den såkaldt negative foreningsfrihed har typisk været drøftet i forhold til de eksklusivaftaler, fagbevægelsen har indgået for at styrke deres position, og fagforeningerne har kæmpet for at bevare retten til at indgå disse aftaler. Ingen har dog hævdet, at eksklusivaftalerne var beskyttede af fagforeningernes foreningsfrihed i konstitutionel forstand. De har således klart kunnet forbydes ved national lovgivning. Staterne drøftede ved vedtagelsen af art. 11, om den skulle omfatte den såkaldt negative foreningsfrihed, som var nævnt i FN's Verdenserklæring art. 20, stk. 2, men undlod bevidst at medtage denne. EMD tillagde ikke dette afgørende betydning, da der på dette område havde været en almindelig udvikling mod denne løsning også på internationalt niveau. I Sørensen og Rasmussen mod Danmark fra 2006 fortsatte EMD denne udvikling bl.a. med henvisning til, at den ansvarlige danske minister havde fremsat forslag om at forbyde eksklusivaftaler, og at der i medlemsstaterne var ringe støtte for at bevare eksklusivaftaler. Jeg må indrømme, at jeg er enig i EMD's argumentation mod eksklusivaftaler, fordi de kan forhindre borgerne i at få arbejde, hvilket er særligt betænkeligt, hvis den pågældende fagforening er knyttet til et politisk parti. Men er det en menneskeret at få arbejde? Det kan diskuteres, om det ikke bør være det i en vis forstand, men jeg ser ikke nogen bestemmelse i EMRK vedr. denne ret. Som nævnt er resultatet af et forbud en svækkelse af fagbevægelsen. Det var det stik modsatte, art. 11 forsøgte at sikre. EMD henviser her som i mange andre sager til, at det taler for en dynamisk fortolkning, at mange medlemsstater har et forbud mod eksklusivaftaler. Men dette er jo ikke noget argument for, at forbuddet skal gøres til en menneskeret. Det er ikke sådan, at de rettigheder, borgerne har i de fleste lande, af EMD skal hæves op over lovniveauet, hvilket klart er det resultat, EMD nåede til. Domstolen opfatter det øjensynligt som sin opgave generelt at sikre europæisk retsenhed og vel at mærke dermed rykke de fælles regler op på et niveau, hvor de nationale parlamenter – og reelt også grundlovgivere – herefter er afskåret fra at ændre deres love. Dommernes kompetence er efter folkeretten afgrænset til at omfatte håndhævelse af de regler, de enkelte lande har tilsluttet sig. Det er dommenes legitimitet.

Der kan nævnes andre lignende eksempler, hvor Domstolen for at gøre sig kompetent, deler en rettighed i konventionen i en positiv og en negativ. Således nævnes s. 7, at art. 10 om yringsfriheden både omfatter den positive og den negative yringsfrihed. Som eksempel nævnes en sag om retten til ikke at sige noget for ikke at inkriminere sig selv under vidneafhøring. Art. 10 om yringsfriheden udtaler sig om retten til at modtage eller meddele oplysninger eller tanker. Det er yringsfrihed i positiv eller klassisk forstand. Det, man her kalder negativ yringsfrihed, vedrører som det nævnes selvinkrimineringsproblemerne. Disse problemer

har ingen forbindelse med den klassiske ytringsfrihed. I kommentarerne til de enkelte friheder nævnes spørgsmålet da også under art. 6 om fair trial og ikke under art. 10.

Det andet punkt i sagen om eksklusivaftaler, som bør nævnes, er, at EMD's afgørelse ikke alene vedrører spørgsmålet om staternes ret til selv at indgå eksklusivaftaler, men også om private arbejdsgiveres ret til at indgå sådanne aftaler. Oprindeligt vedrørte frihedsrettigheder frihed fra statsmagtens indgriben. Som nævnt er det også kun stater, der kan forpligte sig ved folkeretlige traktater. Når man ville sikre disse frihedsrettigheder, var det som nævnt for at hindre et parlament i at legalisere disse indgreb. Dette var også grundlaget, da man skrev EMRK, men i slutningen af 1970'erne begyndte Domstolen at fortolke EMRK udvidende, så den også indeholder positive forpligtelser for staterne. Som eksempel nævnes, at staterne efter art. 2 om livet er forpligtet til at sikre en effektiv judiciel prøvelse af, om en patients død skyldes fejl begået f.eks. under lægebehandling også i privat regi. Det nævnes s. 86, at Domstolen har fastslået, at der skal være adgang til f.eks. at offentliggøre resultatet af en disciplinærsag vedr. dette spørgsmål. Om efterforskningen af drabssager nævnes s. 92, at de pårørende til den dræbte skal have adgang til enten personligt eller gennem en advokat at overhøre vidneudsagn og til at stille spørgsmål. Den ret er i hvert fald herhjemme særdeles begrænset og opfylder næppe den i kommentaren beskrevne retsstilling. Omvendt giver den en styrkelse af kriminalitetsofres retsstilling, som mange i dag vil finde rimelig, men kriminalitetsofrets retsstilling var ikke noget, man i 1950'erne betragtede som en menneskeretligt emne, men nu er holdningen skiftet, og EMD har tilsyneladende fundet, at man hellere må udvikle et regelsæt om kriminalitetsofres retsstilling. Det står mig ikke helt klart, hvorfor EMD ikke mener, at disse forhold kan reguleres af de nationale parlamenter, og det er meget svært at se, hvor langt Domstolen vil gå ad denne vej. Det nævnes s. 9, at området for statens positive forpligtelser er et område, hvor retspraksis er under stadig udvikling. Man burde måske samtidig have skrevet: "... og de nationale parlamenters råderum under stadig afvikling."

M.C. v. Bulgaria, den 4.12. 2003⁴

Sagen vedrørte en 14 år og 10 måneder gammel bulgarsk pige M.C., som anmeldte, at hun var blevet voldtaget først af den 21-årige P og senere på aftenen/natten af den 20-årige A. M.C. havde stået med en ven og ventet på at komme ind på et diskotek, da A, P og V.A. dukkede op, og pigen fulgte med de 3 unge mænd i deres bil til et diskotek 17 km væk. På vej hjem fra diskoteket standsede de 3 mænd ved et vandreservoir, da de angiveligt ville tage en svømmetur. Hun blev siddende i bilen, da de tre gik, men P vendte hurtigt tilbage og satte sig ind i bilen ved siden af hende. I hendes version havde P presset sin krop mod hendes og var begyndt

at kysse hende, mens hun prøvede at presse ham væk. Han havde gennemtvunget samleje med hende (forced her to have sexual intercourse with him), da hun ikke havde haft styrke til at presse ham væk eller til at skribe. P erkendte at have haft samleje med pigen, men med hendes fulde accept (full consent). Ud på natten var de kørt til et hus beboet af noget af A's familie. Hun var fulgt med i tillid til A, som var klassekammerat med hendes bror. På et tidspunkt sad hun på sengekanten i et rum med A og V.A., medens de to sad og snakkede og røg. Så forlod V.A. rummet, og A gik hen til sengen og skubbede hende ned i den, klædte hende af og tvang hende til samleje. Efter pigens forklaring græd hun og bad ham om at slippe, men han tvang hendes ben fra hinanden og gennemtvang (forced) samlejet. I A's version var samlejet gennemført med hendes samtykke (full consent). Sagen blev efterforsket af politiet, men anklagemyndigheden fandt ikke grundlag for at rejse tiltale. Afgørelsen blev påklaget, men fastholdt med følgende begrundelse: "What is decisive in the present case is that it has not been established beyond reasonable doubt that physical or psychological force was used against the applicant and that sexual intercourse took place against her will and despite her resistance. There are no traces of physical force such as bruises, torn clothing, etc. ... It is true that it is unusual for a girl who is under age and a virgin to have sexual intercourse twice within a short space of time with two different people, but this fact alone is not sufficient to establish that a criminal act took place, in the absence of other evidence and in view of the impossibility of collecting further evidence." (§ 65 i dommen).

Denne begrundelse lever vel op til EMRK art. 6's krav om fair trial. Det kan naturligvis diskuteres, om efterforskningen havde været tilfredsstillende i retning af at samle beviser, der talte for de sigtedes skyld efter bulgarsk lovgivning. Efter den bulgarske lov kunne en person under 14 år ikke give samtykke til heteroseksuelt samleje, og samleje med sådanne var derfor voldtægt (statutory rape). Den egentlige voldtægtsbestemmelse definerede voldtægt som

"sexual intercourse with a woman

- 1) incapable of defending herself, where she did not consent;
- 2) who was compelled by the use of force or threats;
- 3) who was brought to a state of helplessness by the perpetrator." (§§ 72-74).

Der er efter min opfattelse ikke tvivl om, at kravet om 'force' er opfyldt, hvis man lægger pigens forklaring til grund. Problemet er bevist. Det er derfor overraskende, at EMD kaster sig ud i en gennemgang af en lang række landes voldtægtsbestemmelser (Belgien, Tjekkiet, Danmark, Finland, Frankrig, Tyskland,

Ungarn, Irland, Slovenien og UK). De fleste af disse landes lovgivning kræver, at samlejet er gennemtvunget fysisk eller ved trusler om vold, mens Belgien, Irland og UK citeres for bestemmelser, der definerer voldtægt som samleje gennemført uden samtykke. Domstolen fremhæver, at retspraksis i flere lande viser en bred fortolkning af voldselementet eller af kravet til fysisk tvang (§§ 88-100). Dernæst citeres Europarådets Ministerkomité for i Recommendation Rec (2002)5 at have anbefalet medlemsstaterne, at

- "penalise any sexual act committed against non-consenting persons, even if they do not show signs of resistance"
- "penalise any abuse of the position of a perpetrator and in particular of an adult *vis-à-vis* a child."

I §§ 102-107 gennemgår dommen praksis fra Det internationale Tribunal vedr. det tidligere Jugoslavien og fremhæver, at her er det afgørende uanset ordlyden af bestemmelserne, at " ... the basic underlying principle common to [the national legal systems surveyed is] what sexual penetration will constitute on the part of the victim ..." Der er ikke i dommen nogen påpegning af, at voldtægt i krigstid er af en noget anden karakter end den almindelige voldtægt, og at selve styrkens udnyttelse af fjendens kvinder næsten taler for sig selv, ligesom den indirekte trussel, der ligger i angriberens øvrige fremfærd er nok til at sprede skræk blandt alle kvinderne. Jeg synes EMD's påberåbelse også af denne praksis taler for sig selv, hvad angår argumentationens lødighed.

Det kan ikke undre, at dommen efter yderligere udredninger konkluderer i § 185:

"In sum, the Court without expressing an opinion on the guilt of P. and A., finds that the investigation of the applicant's case and, in particular, the approach taken by the investigator and the prosecutors in the case fell short of the requirement inherent in the states' positive obligations – viewed in the light of the relevant modern standards in comparative and international law – to establish and apply effectively a criminal law system punishing all forms of rape and sexual abuse."

Man kan diskutere – og det har længe været drøftet – om dommen kræver en lovgivning, der udtrykkeligt kriminaliserer ethvert samleje, der gennemføres uden den andens samtykke. Et sådant krav opstiller dommen næppe.⁵ Det fremgår også af andre steder i dommen end af § 185, at dommerne er tilfredse blot voldtægts-sager efterforskes – og pådømmes – efter en fortolkning af loven, som når til dette

resultat. Det centrale er således bebrejdelsen af, at sagen ikke er efterforsket i lyset af dette bredere voldtægtsbegreb, som angiveligt findes i moderne komparativ og international lov. Underforstået at det afgørende ikke er, at samlejet er gennemtvunget, men er sket uden samtykke. Oprindeligt var det væsentligste strafferetlige princip legalitetsprincippet, så borgerne kunne regne med, at hvis de ikke foretog sig noget i strid med straffelovens ordlyd, kunne de ikke straffes, og at de kun kunne dømmes, hvis der ikke var berettiget tvivl om deres skyld. Nu skal borgeren ikke blot læse national straffelov, men fortolke den klart udvidende, hvis det følger af moderne standarder i komparativ og international lov. Man kunne med rette have bebrejdet politiet og anklageren, hvis de havde fulgt dommens krav om at efterforske sagen og afgøre tiltalespørgsmålet ikke ud fra den gældende lov, men en sådan fortolkning. Der er ingen drøftelse af de klassiske strafferetlige og straffeprocessuelle principper efter art. 6 og 7 i dommen. Hvis en medlemsstat også ønsker at bevare disse principper, kan resultatet meget let blive, at staten må ændre sin lovgivning efter EMD's idealmodel, selv om domstolen anerkender, at de fleste kontinentale medlemsstater langt fra har en sådan lovgivning. Tidligere kunne man gå ud fra, at EMD ville tillægge det stor vægt, at det indklagede lands lovgivning svarede til det normale i medlemslandene. Med denne sag demonstrerer domstolen, at den har nået et "udviklingstrin", hvor den først finder idealmodellen for en straffebestemmelse og dernæst prøver at tvinge denne idealmodel ned over hovedet på alle medlemslandes lovgivende forsamlinger. Det er måske en naturlig konsekvens, når man gradvis har fortolket sig frem til, at EMRK også beskytter borgerne mod forbrydelser uden, at der i traktaten er nogen bestemmelse om denne "menneskeret." Det skal ikke bestrides, at det ud fra en nutidig tankegang er uheldigt, at EMRK ikke indeholder minimumsgarantier for ofre for forbrydelser, men hvor er grænserne for, hvad der af EMD kan gøres til en menneskeret. Der er jo ikke nogen grænser hverken i de enkelte bestemmelsers ordlyd eller formål. Og da der heller ikke er nogen bagatelgrænse, jf. parkeringsafgiftssagen – lyder det efterhånden noget hult, at domstolen næsten altid markerer, at landene har en "margin of appreciation." De fleste synes, at det er godt, at EMD angiveligt giver medlemslandene en sådan margin, men få ser desværre, at der efter EMD's egen opfattelse ikke er nogen grænser for EMD's kompetence. Den er omnipotent, da en menneskeret alene kan bestemmes som en ret, domstolene indfortolker i EMRK uden noget krav om støtte i tekst eller forarbejder. Og det er klart blevet en "menneskeret" at få sin gerningsmand straffet.

Strafferetlig eftertanke – en ny dansk voldtægtssag⁶

Den 4.6 2009 afgjorde Vestre Landsret en tilsyneladende banal voldtægtssag. Den 15-årige P anmeldte til politiet, at hun på en banegård af tre unge danskere af

anden etnisk oprindelse, A, B og C på 16, 17 og 15 år, var blevet tvunget ind på et toilet, hvor B og C fastholdt hende, mens A havde samleje med hende. A, B og C havde en anden forklaring på hændelsen: A havde rigtigt nok haft samleje med hende inde på toilettet til gengæld for en busbillet til 17-19 kr. B og C havde under samlejet opholdt sig uden for toilettet. Som gammel anklager må jeg nærmest betegne dette som en ønskesag for anklagemyndigheden og omvendt som en håbløs sag for forsvareren. Hvem vil tro på A, B og C's forklaring? Retten betegnede den da også som "nærmest usandsynlig." Omvendt havde pigen til politiet i både byret og landsret afgivet nøjagtig samme forklaring, og den blev da også i dommen beskrevet som "overordentlig troværdig." To af de unge mænd blev hver idømt 2 års ubetinget fængsel, mens A blev idømt 2 år og 3 måneders fængsel, da han også havde begået anden kriminalitet.

A's bror troede ikke på pigens forklaring og kom via facebook i kontakt med hende med henblik på at opnå hendes fortrolighed og få hendes sande version af hændelsen på banegården. I starten var hun ikke klar over, at det var A's bror, hun havde omgang med, men det fortalte han hende. Alligevel fortalte hun ham en del om hændelsen, bl.a. at det ikke var A, hun var sur på, men B, bl.a. fordi han efter samlejet tog et foto af hende inde på toilettet, og fordi han havde smidt hendes trusser ud i rummet foran toilettet. For at få forklaringen til at hænge sammen, havde hun været nødt til at inddrage alle tre. Som juristdatter var hun klar over, at det var afgørende, at hun ikke ændrede forklaring undervejs, så den første forklaring havde hun skrevet ned og lært udenad. Uden pigens vidende havde broderen på en skjult videooptagelse optaget hendes afsluttende forklaring til ham. Forklaringen overlod han til broderens advokat, der søgte sagen genoptaget i Den Særlige Klageret.

Rigsadvokaten indstillede, at sagen blev genoptaget. A blev løsladt fra afsoning. B og C var allerede prøveløsladt. Ved kendelse af 7.1. 2010 besluttede klageretten, at sagen skulle gå om. Under den fornyede behandling i landsretten fastholdt pigen, at hun var blevet voldtaget, men oplyste nu, at B og C ikke havde været inde på toilettet og holdt hende fast, men at A først var gået ind på toilettet, hvorefter hun blev "ligesom skubbet derind af de to andres kroppe", hvorefter A havde voldtaget hende. B og C var herefter brasat ind på toilettet, og den ene havde stukket en finger op i hende. Hun forklarede, at hendes forklaring i den første sag skyldtes, at hun følte, at de på grund af deres tilstedeværelse uden for toilettet "var med til det." Hun var ikke "sur på dem som sådan", men B, der smed hendes trusser udenfor, havde krænket hende. Selve samlejet var også en krænkelse, fordi A gjorde noget, hun ikke ville have. Det måtte han vide, da hun flere gange havde forsøgt at skubbe ham væk. Hun var også sur på de tiltalte, fordi de ikke efterfølgende "ville lade hende være." Om den optagne video forklarede hun, at hun følte

sig instrueret og presset af A's bror til at afgive den forklaring, hun havde afgivet. Der blev afhørt flere vidner, som dog ikke havde overværet selve episoden på toiletet.

Fire af landsrettens dommere konstaterede, at P under den første sag både i byret og landsret havde afgivet "en detaljeret og meget troværdig forklaring, som efterfølgende har vist sig at være urigtig. Det må endvidere lægges til grund, at [P] ikke har kunnet give en acceptabel forklaring herpå." Da der endvidere ikke var noget, der tydede på, at hun var truet eller instrueret til at afgive forklaringen til videooptagelsen, talte meget for, at hun på nogle punkter stadig havde afgivet en urigtig forklaring. Flertallet fandt derfor, uanset P's forklaring også nu "fremstår som troværdig og også har støtte i bevisførelsen i øvrigt", at der var "opstået en sådan usikkerhed om rigtigheden af hendes forklaring, at der ikke er ført tilstrækkeligt bevis for, at hun er blevet voldtaget ..." Mindretallet på to dommere vote-rede for domfældelse bl.a. med den begrundelse, at de stadig fandt det "nærmest usandsynligt", at en 15-årig pige mod betaling af 17-19 kr. skulle indvilge i at have seksuelt forhold med tre jævnaldrende drenge, hvoraf hun kun perifert [kendte] den ene, på et offentligt toilet på en banegård."

I en del voldtægtssager, hvor der ikke er noget fysisk bevis for magtudøvelsen, har både efterforskning og domfældelse været vanskelig. Ofte har pigen været meget troværdig, og alligevel har politiets, anklagemyndighedens eller rettens tro på den anmeldtes skyld ikke været tilstrækkelig til at fjerne enhver berettiget tvivl. Man kan nok i retspraksis fra 1970-1980'erne finde tvivlsomme eksempler på, at gerningsmanden er frifundet pga. manglende forsæt. Domstolene brugte tidligere ofte denne formulering. Men reelt var det vel en let måde at afvise, at der var en vis berettiget tvivl, om samlejet var gennemtvunget eller frivilligt. Hvis myndighederne mente, at samlejet var gennemtvunget, var det en uheldig konstruktion at sige, at gerningsmanden ikke var klar over dette. Problemet er der dog stadig: Beviset er helt afhængigt af kvindens forklaring, og alt afhænger af en troværdighedsbedømmelse af denne. Som anklager eller dommer føler man sig kompetent til at foretage en sådan bedømmelse. I praksis er det vigtigste parameter, om pigen fastholder den samme forklaring ved alle afhøringer. Så er hun meget troværdig. Er det en forsvarlig bedømmelse? P i den nævnte sag var helt klar over, at det væsentlige var, at fastholde forklaringen. Derfor lærte hun den udenad og gentog den, når hun talte med politiet eller blev afhørt i retten. Da hun talte med A's bror, kom der en anden version. Det bør mane til en vis eftertanke. Det andet problem var, at drengenes forklaring efter vi "almindeliges" opfattelse var helt usandsynlig. Problemet er, at vores viden om andres måde at dyrke sex på er begrænset, især når det drejer sig om de helt unge. Vi bedømmer nok ud fra vores egne ungdomsoplevelser, eller hvad vi tror, vores børn har gjort. P var et barn fra et "pænt" hjem.

Internettet tyder på, at vi ikke er så velorienterede, som vi tror. F.eks. lyder en overskrift: "Ok at sælge sex for en burger" med efterfølgende oplysning: "Op mod 10 % af de danske 15-19-årige piger finder, at det er i orden at tage imod penge, burgere og andre gaver for et blowjob på en fyr."⁷ Under overskriften "Blowjob for en burger" oplyser en SSP-konsulent: "Vi har set, at pigerne giver blowjobs for mad på McDonalds eller en ny mobiltelefon." En kriminalassistent oplyser, at der også er tale om piger fra "pæne familier."⁸ Mere lødige kilder viser også et andet billede af sexlivet end det, vi kender, se f.eks. Claus Lautrup, PRO Centret: Unge i prostitution og lovgivning. Evaluering af straffelovens § 223 a, 2002.⁹

Udviklingen i EMD's praksis går i retning af, at offerets "krav" på at få "gerningsmanden" straffet, er udtryk for, at dette uden nogen hjemmel i hverken EMRK's ordlyd, forarbejder eller formålet med nogen af bestemmelserne er blevet en slags menneskeret. Den skal så konkurrere med art. 6 om sigtedes/tiltaltets ret til fair trial, herunder kravet om "in dubio pro reo". At kræve voldtægt omdefinert til, at det er samleje uden samtykke, er et godt instrument til at slække bevisstyrkekravet i voldtægtssager. Det giver mistanke om EMD's motiv til at kræve en sådan omdefinering i en sag, der som M.C. mod Bulgarien rent faktisk vedrørte bevisspørgsmålet, om der var anvendt magt til at gennemføre samlejet. Når både gerningsmandens krav på fair trial og offerets krav på at få ham dømt begge er menneskerettigheder, kan bevisbedømmelsen vel lige så vel falde ud til krænkelse af den ene som den anden menneskeret.

Noter:

- ¹ Om domstolen og denne afgørelse se Toftegaard Nielsen: Domstolene som den tredje statsmagt i Parlamentarismen – Hvem tog magten”, Aarhus Universitetsforlag, 2001, s. 147-180, særlig s. 160 ff.
- ² Om udviklingen af klagerens rolle i selve processen se Carl Aage Nørgaard i Jurist uden omsvøb – Festschrift til Gorm Toftegaard Nielsen, 2007, s. 591 ff.
- ³ Lov & ret nr. 6, 1998, og nr. 2, 1999.
- ⁴ Dommen har været meget omtalt. For en grundig analyse se Petter Asp: Sex och samtykke, Iustus Förlag, Uppsala 2010, s. 215-243 med henvisninger.
- ⁵ Jf. Peter Asps i note 4 nævnte bog med henvisninger.
- ⁶ Se Vestre Landsrets dom af 26.3. 2010 (VL.S.-0043-10) med referat af hele hændelsesforløbet i retsvæsnets og Den Særlige Klageret G-111-09, G-118-09 og G-152-09. Sagen er udførligt omtalt i Dagbladet Information den 30.3. 2010.
- ⁷ http://fpn.dk/liv/born_unge/article1531419.ece
- ⁸ <http://finans.tv2.dk/nyheder/article.php?id=266877>
- ⁹ Se særligt s. 44, 48 og 57 og Mogens Holm Sørensen og Marie Luise Nørrelykke: Betalt seksualudnyttelse af socialt udsatte unge, Videns- og Formidlingscenter for Social Udsatte og Kompetencecenter Prostitution, 2006 – særligt s. 21 f. Se desuden Trivselsundersøgelse blandt 9. klasseelever i Vejle Amt efteråret 2004, Vejle Amt – et børn og unge amt. Trefjerdedele af de, der ifølge undersøgelsen har solgt sex, var drenge. Det er vist en overraskelse for de fleste. Også Unge og salg af seksuelle ydelser – cases fra døgninstitutionsområdet, udarbejdet af Marie Luise Nørrelykke og udgivet af PRO ÅRHUS, 2004, indeholder oplysninger, der nok vil overraske de fleste.

Adresse:

Juridisk Institut

Afdelingen for Proces- og Kriminalvidenskab

Aarhus Universitet

Bartholins Allé 9

DK-8000 Århus C

E-post: gtn@jura.au.dk