

Gorm Toftegaard Nielsen

Menneskerettighederne – politik i juridisk forklædning?

Med udgangspunkt i en ny dom fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol diskuteres den praksis, denne domstol har udviklet specielt i kraft af den såkaldte dynamiske fortolkningsstil, hvor bestemmelserne i menneskerettighedskonventionen gives et indhold, der ikke fremgår af deres ordlyd, men som nok forfølger samme formål som den skrevne konvention. Domstolen må antages at være inspireret af den tyske forfatningsdomstol, hvis fortolkning kan antage en lige så fri form. Ved den dynamiske fortolkning forskydes magten fra politikere til dommere (og andre jurister). Er det ønskeligt for andre end jurister?

Den 25. september 2003 blev Danmark af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (Vasileva mod Danmark) dømt for krænkelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 5. Sagen var forholdsvis enkel: En ældre kvinde kunne i august 1995 i en bybus i Århus ikke vise kontrolløren en tilfredsstillende billet. Passagerer, der ikke har bevis for at have betalt for busturen, bliver pålagt en afgift. Hvis den pågældende ikke kan eller vil betale afgiften, er det nødvendigt at have hendes navn og adresse, for at busselskabet kan sikre sig betalingen. Kvinden ville ikke oplyse sin identitet. I disse tilfælde tilkaldes politiet. Efter retsplejeloven har enhver pligt til at oplyse navn, adresse og fødselsdato til politiet, hvis det beder om det. Men kvinden ønskede heller ikke at oplyse politiet om sin identitet. Politiet anholdt hende for overtrædelse af retsplejelovens bestemmelse, da overtrædelse af oplysningspligten er strafbar. Hun fastholdt sin vægring mod at oplyse identiteten. Da det var ud på aftenen, blev hun lagt til at sove. Om morgenen nægtede hun fortsat at oplyse sin identitet til politiet, men ud på formiddagen gav hun de ønskede oplysninger og fik naturligvis lov til at gå. Der var som nævnt tale om en ældre kvinde. Umiddelbart efter løsladelsen blev hun alvorligt svækket og var indlagt i tre dage med diagnosen for højt blodtryk. Der skulle således have været tilkaldt en læge, hvilket ikke skete. Det blev beklaget af politimesteren og var ikke del af sagen for Domstolen.

Efterfølgende krævede kvinden erstatning for uberettiget tilbageholdelse. Hun fik medhold i byretten, der gav hende 2.200 kr. i erstatning, men landsretten kunne ikke se, at hun havde været udsat for et uretmæssigt overgreb. Som grund til, at hun ikke ville oplyse sin identitet, angav hun, at hun var vred – øjensynligt først på kontrolløren og senere på politiet. Hun fik ikke tilladelse til at anke til Højesteret. Da hun således havde udtømt muligheden for at få sin sag prøvet i Danmark, fik hun fri proces til at få sagen prøvet ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Domstolen fandt, at kvindens vægring ved at oplyse sit navn medførte, at anholdelsen var berettiget, men fandt, at denne overtrædelse ikke kunne begrunde en tilbageholdelse i 13½ time, som det var tilfældet. Domstolen siger ikke noget

om, hvor mange timer kvinden lovligt kunne være tilbageholdt, eller om politiet skulle have vækket hende i løbet af natten, men udtalte, at hendes overtrædelse alene kunne medføre en bøde. Domstolen fandt derfor, at hendes tilbageholdelse i intet tilfælde burde være blevet opretholdt i længere tid ("for a longer period of time"). Konventionens artikel 5 angiver ingen tidsgrænse i disse tilfælde. Hun havde påstået erstatning på 10.000 kr., men fik tilkendt €500.

De fleste vil forhåbentlig opfatte det som et relevant problem, om det var rimeligt at tilbageholde den ældre kvinde i så mange timer. På den ene side er der hensynet til retshåndhævelsen. Alle – også Domstolen – er enige om, at politiet må kunne tilbageholde en person, der ikke vil oplyse sin identitet til politiet. Uden identiteten har politiet jo ingen mulighed for at strafforfølge vedkommende. Men hvor længe skal man kunne tilbageholde disse personer? Efter grundloven kan politiet tilbageholde mistænkte i maksimalt 24 timer. Vil politiet holde dem længere, skal de i grundlovsforhør. Så er det dommeren, der bestemmer, om de fortsat skal holdes tilbage (varetægtsfængsles). Det kan kun ske, hvis der foreligger mistanke om en så grov forbrydelse, at der efter loven er mulighed for, at en senere dom kan resultere i mindst halvandet års fængselsstraf. Kvindens eneste strafbare handling var vægringen mod at oplyse sin identitet. Det kan alene medføre bødestraf.

Man kan diskutere, om politiet burde have tilbageholdt kvinden til trods for, at hun var en ældre kvinde. Man kan diskutere, om det er rimeligt, når det offentlige har bestemt at afkriminalisere disse enkeltstående bus- og togsnyderier, at man så bruger det strafferetlige håndhævelsesapparat for at sikre busselskabet dets civile krav. Dette godkendes imidlertid klart af Domstolen. Man kan diskutere, om busserne i Århus ikke blot kan indrettes som i København, hvor chaufføren kontrollerer billetterne ved indgangen; så er problemet løst. Man kan naturligvis også diskutere, om der bør være en fast timegrænse for tilbageholdelse hos politiet i disse tilfælde, hvor der ikke er mistanke om, at navnenægteren har begået andet strafbart end navnenægtelsen. Det oplyses i dommen, at Frankrig i disse tilfælde har en seks timers grænse. Alt dette kan efter min opfattelse diskuteres. Naturligvis kan vi diskutere, om vores lovgivning på dette punkt bør ændres. Det er et led i den almindelige demokratiske proces.

Dette er blot ikke det væsentlige i denne sammenhæng, medmindre man vil tage dommen til indtægt for, at vi netop ikke kan diskutere dette herhjemme. Det væsentlige spørgsmål er i denne sammenhæng, om det er rigtigt og rimeligt, at denne kvinde har været udsat for en krænkelse, der er så grov, at det internationale samfund må reagere over for Danmark, fordi vores almindelige demokratiske lovgivnings- og domstolsproces har ført til en menneskeretskrænkelse, som det internationale samfund er nødt til at reagere imod.

Eksemplet skal altså bruges til at belyse, hvor langt vi er kommet i udviklingen af en international retsorden til begrænsning af den nationale suverænitet. Eksemplet er det nyeste tilfælde, hvor Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har statueret, at Danmark har krænket den internationale retsorden ved tilsidesættelse af menneskerettighederne.

Nogle vil mene, at det her nævnte problem skal løses i et internationalt dommerpanel, fordi vi sammen med en række europæiske lande har tilsluttet os Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. De regler, som vi skal overholde, skal vi alene overholde, fordi vi har ønsket, at de skal gælde for os og en række andre lande, og derfor har forpligtet os til at overholde konventionen. Der er naturligvis en høj grad af holdbarhed i dette ræsonnement. Det er blot ikke hele sandheden.

I det følgende vil jeg prøve at skitsere den udvikling, der på dette område er sket i Europa efter Anden Verdenskrig. Helle Porsdam har i bogen *Fra pax americana til lex americana?* (2002) en diskussion af dansk retliggørelse som en påvirkning fra USA givet sit bud på årsagerne til udviklingen og på følgerne af denne. Jeg er enig med Porsdam i, at der i høj grad er tale om en amerikanisering af vores retsvæsen.

Magtadskillelsen og menneskerettighederne

Helle Porsdam anfører (2002: 40), at konstitutionalismen, hvorved hun forstår en aktiv og måske også finmasket domstolskontrol med, at forfatningen overholdes af lovgiver, har sine rødder i de amerikanske og franske revolutioner i det 18. århundrede, men begrebsmæssigt kan føres tilbage til John Lockes, Montesquieus og Rousseaus teorier. Også Hans-Jørgen Schantz synes tilbøjelig til at finde rødderne for menneskerettighederne hos Locke, men ikke i form af domstolskontrol, men ved borgernes ret til i visse tilfælde at gøre oprør (2001: 17).

Da de tre nævnte filosoffer har haft stor betydning for de europæiske demokratier, er det efter min mening væsentligt kort at referere deres opfattelse, hvorefter domstolene ikke skulle deltage i magtfordelingen i samfundet, men deres udøvelse skulle adskilles fra de to andre magter. I sin anden afhandling om styreformen anfører Locke i kapitel 9 om formålet med et politisk samfund og et styre, at der skal være en lovgivende magt: "For det første mangler der [i naturoilstanden] en fast og kendt lov, vedtaget og godkendt ved fælles samtykke som normen for ret og uret og den fælles målestok til at afgøre stridigheder mellem folk" (Locke, 1996: § 124). Dernæst skulle der være en "kendt og upartisk dommer med myndighed til at afgøre alle uoverensstemmelser i henhold til den fastsatte lov" (Locke, 1996: § 125). Endelig skulle der for det tredje være en "magt til at understøtte den rette afgørelse, og dernæst håndhæve den behørigt." I kapitlet anføres til sidst, "hvem der end har den lovgivende eller øverste magt i en stat, er den derfor forpligtet til at styre efter faste, stående love, der er bekendtgjort for folket, og ikke efter lejlighedsvisse forordninger ..." (Locke, 1996: § 131). I kapitel 12 og 13 om magterne i staten nævnes domstolene ikke. Lovgivningsmagten er klart den øverste magt og kan alene afsættes ved, at folket fjerner den, fordi det finder, at den handler i modstrid med sit opdrag. Der er ikke i Lockes fremstilling antydning af, at domstolene skal kunne korrigere lovgivers beslutninger eller på anden måde spille en politisk rolle.

Tilsvarende er det velkendt, at Montesquieu arbejder med de tre statsfunktioner og kræver dem adskilt ved fordeling på lovgiver, domstole og den udøvende magt ganske svarende til Lockes fremstilling. Denne adskillelse mellem lov, dom og

eksekution er nødvendig for at sikre borgernes frihed (i dag kaldet retssikkerhed). Det er imidlertid lige så velkendt, at Montesquieu, når han behandlede magtfordelingen i samfundet, betragtede dommerne som alene lovens mund (Montesquieu, 1998: 175). De havde således ingen rolle i fordelingen af magten i samfundet. Denne skulle deles mellem et overhus, et underhus og en regering, således at disse kunne holde hinanden i skak og hindre, at statsmagten blev for stærk.

Det er næppe nødvendigt at påpege, at Rousseau slet ikke ville tilkende domstolene en ret over for parlamentet. Han accepterede dog, at staten måtte overlade afgørelsen af de konkrete sager til domstolene med det noget specielle argument, at almenviljen ikke kunne være almen, hvis den afgjorde den enkeltes retsstilling, (Rousseau, 1987: 113 og 188).

Det er klart, at et af de mest markante fællestræk for de tre nævnte forfattere – som med rette regnes for de ideologiske forudsætninger for Vestens moderne demokratier – er, at lovgiver ikke må afgøre de enkelte retstvister og ud fra datidens forhold naturligt nok primært straffesagerne. Jeg har andetsteds redegjort mere udførligt for dette idehistoriske udgangspunkt med støtte i Gwyn: *The Meaning of the Separation of Powers. An Analysis of the Doctrin from its Origin to the Adoption of the US-Constitution*, og Vile: *Constitutionalism and the Separation of Powers* (Nielsen, 1977).

Kravet om, at lovgiver alene må give lovene og ikke dømme, er klart udtalt i den amerikanske forfatnings forbud mod *Bill of Attainder*, der er udførligt behandlet af Elmquist (2003: 143ff.). Der er en iøjnefaldende forbindelse mellem Højesterets tilsidesættelse af Tvindloven (Ugeskrift for Retsvæsen, 1999: 841) og netop kravet om, at lovgiver ikke må dømme, som efter min opfattelse er et af de klareste budskaber i magtadskillelleslæren. Loven skal fastsætte de retsregler, borgerne skal leve efter, og de skal være præcise, så borgerne reelt kan se, hvad der er tilladt, og hvad der er forbudt. Det er ikke noget, dommerne skal finde ud af, efter at borgeren er anklaget for at have overtrådt loven. Dommeren skal primært finde ud af, om der er beviser for, at den tiltalte har forbrudt sig. På den måde bliver beskrivelsen af dommeren som lovens mund både et budskab om, at dommeren ikke skal bestemme efter hvilke regler, vi skal leve, og altså ikke have nogen politisk funktion – forstået som fastsættelse af de generelle regler i samfundet – og et budskab om, at borgernes retssikkerhed skal sikres ved præcise love.

For at sikre, at borgerne kun blev dømt, hvis de havde overtrådt loven og ikke af politiske grunde, var det centralt, at domstolene blev sikret uafhængighed. Regeringen (og parlamentet) skulle ikke kunne blande sig i afgørelsen af domstolenes sager. For at sikre dette helt centrale krav om adskillelse mellem politik og ret skulle dommeren også sikres mod afskedigelse mv.

For at forstå disse synspunkter, er det et centralt spørgsmål, hvorfor ideologierne – og dermed senere de vestlige forfatninger – i så høj grad interesserede sig for at sikre retfærdighed specielt i straffesagerne. Svaret er forholdsvis enkelt. Dels var 16- og 1700-tallets Europa karakteriseret ved en meget begrænset offentlig administration (natvægterstaten). Politiet var ganske enkelt en meget central offentlig myndighed og den, der indadtil havde den største magt, fordi

politiet indadtil er det eneste organ, der har fysisk magt, ligesom militæret har det udadtil. Lige så væsentligt har utvivlsomt været, at de, der fik de væsentlige ideer til forandring af samfundet, ofte på egen krop havde mærket, at for et udemokratisk styre er straffesystemet meget centralt til at bekæmpe oppositionen med. Vel havde de tre nævnte hovedideologer bag vores samfundssystem ikke selv mærket dette på deres krop, men som det blandt andet fremgår af de ovennævnte værker af Gwyn og Vile, er der ikke tvivl om, at ideen til magtadskillelseskravet netop kom fra *levellers*-lederen John Lilburne, der selv var udsat for at blive dømt af parlamentet ved en såkaldt *Bill of Attainder*.

Det kræver heller ikke den store avislæsningsaktivitet at se, at straffesager i mange lande stadig bruges til at bekæmpe oppositionen. Mest berømte eksempel i nyere tid er Mandelas langvarige fængselsophold i Sydafrika. Ved at kriminalisere modstanderne opnås på en gang at afskære den pågældendes forbindelse med landets borgere og samtidig at stemple ham som kriminel. Meget ofte vil de forbrydelser, det drejer sig om, være forbrydelser mod statens sikkerhed og selvstændighed, altså landsforræderi. Den, der læser europæiske forfatninger eller blot vores egen grundlov, kan ikke være i tvivl om, at frygten for misbrug af straffesager også præger grundloven. Helt åbenbart er dette ved kravet om, at enhver anholdt inden 24 timer skal stilles for en dommer. Kravet om retskendelse for husundersøgelse er historisk også knyttet til politiets efterforskning. Grundlovens bestemmelse om, at et folketingsmedlem ikke kan anholdes eller tiltales uden Folketingets samtykke, er ikke udtryk for et ønske om, at sikre de kriminelle en god tilværelse i Folketinget, men et klart udtryk for, at man frygter, at anklagemyndigheden vil misbruge straffesystemet politisk.

Det andet element, som var meget væsentligt at få ind i samfundspagten eller rettere grundloven, var forsamlings-, forenings- og ytringsfriheden. Ganske enkelt fordi de, der stod bag disse grundlove, netop havde set, at det var ved at nægte dem disse rettigheder, at regimet havde forsøgt at bevare sin magt. Uden kritik er det lettere at bevare en tilfreds befolkning. Selv om man fik et demokrati, hvor det ikke var en enevældig konge, der styrede landet, men et parlament, var der stadig grund til at tro, at magthaverne ville begrænse oppositionens muligheder for at fremføre og organisere sin kritik. I midten af det 19. århundrede var de tre frihedsrettigheder måske lige centrale. I dag er borgernes lyst til at deltage i politiske møder og foreninger meget begrænset, og ytringsfriheden er derfor naturligt blevet den centrale rettighed for oppositionen eller minoriteterne. Bakket godt op af pressen.

Den centrale model i Europa var således et demokrati, hvor parlamentets flertal bestemte, men hvor oppositionen var sikret både mod strafferetlige overgreb og imod overgreb, der forhindrede den i at arbejde politisk. Det er svært at se nogen forbindelse mellem dette system og den indledningsvist omtalte sag med den anholdte buspassager.

USA's Højesteret

Det er næppe et dårligt gæt, at den udvikling, der er sket i domstolenes rolle i samfundet, i betydelig grad skyldes retsforholdene i USA og specielt den ameri-

kanske Højesterets praksis med at prøve lovenes forenelighed med forfatningen. For mange er dette prøvestenen for en domstols rolle i det politiske system. Kan den tilsidesætte forfatningen, eller er det lovgiver, der har det endelig ord? Alle er enige om, at enten domstole eller lovgiver må have det sidste ord. Den amerikanske forfatning indeholdt ingen bestemmelse om dette spørgsmål, men allerede i 1803 i sagen *Marbury v. Madeson* afgjorde Højesteret, at den havde retten til at tilsidesætte love som forfatningsstridige (Smith, 1993: 306). Ræsonnementet synes enkelt og logisk, som Chief Justice Marshall fremsatte det: Hvis domstolene skal se på forfatningen, og den er på et højere trin end den almindelige lov, må forfatningens indhold og ikke loven afgøre den sag, som de begge indeholder modstridende regler om. Det logiske ligger i, at hvis forfatningen er overordnet loven, må domstolen selvfølgelig følge forfatningen og ikke den forfatningsstridige lov. Ingen kan plædere for det modsatte, at lovgiver blot kan tilsidesætte forfatningen. I enkelte tilfælde er situationen måske så enkel, men i praksis er spørgsmålet, hvem der skal afgøre, om loven overhovedet strider mod forfatningen. Det kommer oftest an på, hvordan man fortolker forfatningen. Det, Marshall ikke sagde, men forudsatte, var, at det er klart, at dommerne er de bedste til at fortolke forfatningen. De er jo trænet til at fortolke loven. Spørgsmålet er blot, om forfatningen skal fortolkes på samme måde som almindelige love. Meget tyder på, at forfatninger skrives i et andet sprog end almindelige love og ofte indeholder generelle programerklæringer. Bestemmelserne er ofte bevidst formuleret i et mindre præcist sprog, der efterlader flere fortolkningsmuligheder end almindelige lovbestemmelser. Det kan derfor hævdes, at bestemmelserne ikke altid er velegnede til fortolkning af jurister, hvis styrke er at finde den rigtige fortolkning og ikke at vælge mellem flere forskellige muligheder ud fra bredere samfundsmæssige hensyn. Når ikke fortolkningen, men valget er det centrale, er det ikke ligegyldigt, hvem der fortolker forfatningen. Det er da også karakteristisk, at spørgsmålet om, hvem der skal udnævnes til dommer i den amerikanske højesteret i mere end hundrede år har været et væsentligt politisk spørgsmål. Når domstolen skal spille en politisk rolle, er det vel rimeligt, at den har en vis politisk legitimitet.

Tysklands Forfatningsdomstol

Efter anden verdenskrig stod man tilbage med problemet: hvordan undgår vi en gentagelse, måske specielt af jødeforfølgelserne? En nærliggende tanke ud fra amerikansk tankegang – og den var ikke uden gennemslagskraft i denne tid – var en ny demokratisk forfatning for Tyskland med menneskerettigheder og en forfatningsdomstol til at kontrollere, at forfatningen blev overholdt. Forfatningen indeholder bestemmelser om, at Forbundsdagen og Forbundsrådet hver vælger halvdelen af domstolens medlemmer. Medlemmerne af domstolen må ikke være medlemmer af disse politiske organer eller af regeringen eller tilsvarende organer i enkeltstaterne. Specielt om Forbundsdagens valg bør fremhæves, at disse sker gennem et udvalg på 12 medlemmer valgt ved forholdstalsvalg. Til valg til Forfatningsdomstolen kræves to tredjedeles flertal i begge kamre. Man mente, at dette krav ville sikre politisk neutrale dommere, da kandidater med tæt tilknyt-

ning til et parti næppe kunne opnå to tredjedeles flertal. Domstolen skulle alene fortolke forfatningen og derfor ikke være under politisk indflydelse. Meget tyder på, at Forbundsdagen ikke helt deler denne opfattelse, og at der i udvalget sker en forholdsmæssig fordeling, så dommerstanden opnår en vis repræsentativitet i forhold til Forbundsdagen (Nielsen, 2001a: 160ff.).

Det er væsentligt at fremhæve, at Forfatningsdomstolen selv undersøger sagerne i modsætning til den danske Højesteret, hvor tilsvarende sager føres af private borgere imod staten, således at det er advokaterne på begge sider, der har ansvaret for, at sagerne bliver ordentligt oplyst, før der afsiges dom. Det er altså den borger (eller hans advokat), som påstår, at grundloven er tilsidesat, der bestemmer, hvad han ønsker fremlagt. I Tyskland har man sikret sig, at borgerne ikke på denne måde kan råde over et så vigtigt spørgsmål som fortolkningen af forfatningen, ved at dommerne har ansvaret for sagens oplysning.

Efter forfatningen kan borgere, der føler deres ret ifølge en af de specielt opremsede grundlovsbestemmelser krænkede, klage til domstolen. Hvis en tysk domstol mener, at en lov, som den skal anvende i en konkret sag, er i strid med forfatningen, skal den overlade spørgsmålet om forfatningsstridigheden til Forfatningsdomstolen. Endelig kan Forbundsregeringen, enkeltstatsregeringerne eller en tredjedel af Forbundsdagens medlemmer bede Forfatningsdomstolen om generelt at afgøre, om en given retsregel strider mod forfatningen. Den tyske Forfatningsdomstol har særlige beføjelser vedrørende spørgsmålet om magtfordelingen mellem forbundsmyndighederne og enkeltstaterne.

Uden på nogen måde at påstå, at flertallet af afgørelserne fra Forfatningsdomstolen er mere politiske end juridiske, kan et eksempel belyse, hvor vidtrækkende fortolkninger domstolen kan foretage og rent faktisk har foretaget. Som i mange andre lande blev i 1994 i det daværende Vesttyskland vedtaget en lov om fri abort inden for de 12 første uger af graviditeten. Efter forfatningens artikel 2, stk. 2, har enhver ret til livet og til legemlig ukrænkelighed. Forfatningsdomstolen fandt den fri abort i strid med denne bestemmelse, hvorefter loven blev ændret således, at adgangen til abort blev begrænset til tilfælde, hvor der ved fortsat graviditet var fare for moderens liv, graviditeten var fremkaldt ved en seksualforbrydelse, fosteret kunne blive udsat for svære lidelser eller moderens sociale forhold talte for abort. Hvis fosteret er beskyttet af forfatningsbestemmelsen, skulle man umiddelbart tro, at enhver abort ville være forfatningsstridig. Hvis omvendt fosteret ikke er omfattet af artikel 2, stk. 2, måtte loven være gyldig. Dette synes at være de to løsningsmuligheder, som bestemmelsen giver. Som det ses, nåede Forfatningsdomstolen til en mellemløsning, hvor hensynet til fosterets liv blev afvejet mod en række andre hensyn. En sådan politisk afvejning er lige så legitim som afvejningen af hensynet til fosterets liv over for hensynet til moderens selvbestemmelse. Problemet er blot, at der er tale om, hvad de fleste af os vil kalde en moralsk eller politisk afvejning. De fleste vil (forhåbentlig) have svært ved at opfatte Forfatningsdomstolens afgørelse som resultatet af det, vi kalder fortolkning. Netop derfor anvendte Bent Christensen i 1990 dette eksempel i sin artikel: "Domstolene og lovgivningsmagten" for at advare imod at overlade domstolene en omfattende og intensiv prøvelse af loves grundlovmæssighed.

Situationen blev imidlertid endnu mere grotesk efter Tysklands genforening. I denne forbindelse var der åbenbart et presserende politisk behov for at finde en løsning på abortproblemet, fordi Østtyskland havde fri abort. I genforeningstraktaten blev der givet en frist til 31. december 1992 til løsning af abortproblemet. Efter lange forhandlinger vedtog Forbundsdagen en lov om fri abort i de første 12 uger på betingelse af, at den gravide kvinde havde deltaget i en særlig rådgivningsprocedure og havde fastholdt sin abortbeslutning i tre dage. Også den lov forkastede Forfatningsdomstolen som delvis forfatningsstridig. Domstolen fandt, at aborter foretaget på grund af fare for moderen, eller fordi graviditeten skyldtes en seksualforbrydelse, var fuldt lovlige. Andre aborter foretaget inden for de første 12 uger kunne efter forfatningen ikke legaliseres. Forfatningen medførte imidlertid ikke, at de skulle være strafbare, men alene at sygesikringen ikke måtte betale for dem (Nielsen, 2001a: 162). Det lykkedes således Forfatningsdomstolen ud fra den korte regel om enhvers ret til livet at nå frem til en regel om, hvornår kvinden selv skal betale for aborten. Man kan efter min mening med rette spørge, om der er grænser for, hvor meget Forfatningsdomstole bør kunne indfortolke i en forfatningsbestemmelse. Er der ikke grænser for, hvad man kan kalde fortolkning? Dette spørgsmål hænger uløseligt sammen med spørgsmålet om, hvilke beslutninger man mener, jurister er bedre kvalificerede til at træffe end politikere.

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Som nævnt udarbejdede Europarådet i 1950 Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Inspirationen var i vidt omfang FN's Verdenserklæring om Menneskerettigheder fra 1948, men konventionen var udarbejdet som bindende regler. Danmark tiltrådte konventionen den 31. marts 1953 kort før den nye grundlovs ikrafttræden. Fra dette tidspunkt har den danske stat været forpligtet til at efterleve konventionen. Det var nok den almindelige opfattelse herhjemme, at konventionen ikke ville få større betydning for danske forhold, da man med traditionel dansk selvtilfredshed mente, at vi levede op til konventionens krav. Den, der læser konventionen igennem, kan næppe heller være uenig i de rettigheder, den giver borgerne over for den stat, de er undergivet. Artikel 2 fastslår således indledningsvis, at ethvert menneskes ret til livet skal beskyttes ved lov, dog med forbehold for fuldbyrdelse af en dødsstraf. Endvidere nævnes, at det kan være nødvendigt at berøve en borger livet for at forsvare nogen mod ulovlig vold eller for at iværksætte en lovlig anholdelse eller forhindre flugt fra lovlig frihedsberøvelse. Endelig nævnes, at det kan være nødvendigt at berøve nogen livet for lovligt at undertrykke optøjer eller opstand. Artikel 3 forbyder tortur mv., artikel 4 forbyder slaveri, medens artikel 5 indeholder en sikring af den personlige frihed, der dog giver mulighed for frihedsberøvelse stort set svarende til dansk ret, dog nok i videre omfang end herhjemme. Artikel 6 giver borgerne krav på en retfærdig og offentlig rettergang med en række regler i harmoni med vores retssystem, blandt andet om at dommeren i en sag skal være upartisk. Artikel 7 forbyder skærpende straffelov med tilbagevirkende kraft. De følgende artikler beskytter privatlivet, tale- og religionsfriheden, ytringsfriheden, forsamlings- og foreningsfriheden, og endelig giver artikel 12 giftefærdige mænd og kvinder ad-

gang til at indgå ægteskab efter den nationale lovgivning. Rettighedskataloget er bredere end grundlovens og på flere punkter mere detaljeret, men de fleste danske læsere vil nok finde, at det er rettigheder, man bør give borgerne, men også rettigheder, de har i Danmark. Siden er der vedtaget en række såkaldte protokoller om yderligere rettigheder, men læsere af disse vil efterlades med samme indtryk af ret og rimelighed.

Som nævnt forpligter konventionen umiddelbart efter vores tiltræden den danske stat. Det gælder for alle de traktater, vi tiltræder. Traktater skaber ret og pligt for de deltagende stater over for hinanden. Dansk ret bygger på det dualistiske princip. Det betyder groft sagt, at én ting er folkeretlige traktater, noget andet er den i Danmark gældende lovgivning. Konventioner er altså ikke retsregler, der som love gælder ved danske domstole. Dette kan virke noget kunstigt. Der er derfor lande, der hylder det modsatte princip: monismen. Det medfører, at gyldige folkeretlige regler for det pågældende land er en del af national ret. Det danske system kan specielt ved en menneskerettighedskonvention, hvor Danmark forpligter sig til at behandle borgerne på en rimelig og retfærdige måde, virke noget kunstigt. Hvad er ideen med, at vi lover, at staten over for borgerne overholder en række menneskerettigheder, hvis borgerne ikke kan påberåbe sig disse rettigheder over for domstolene? Ideen er, at lovgivningsmagten skal sørge for, at den nationale lovgivning sikrer disse reglers overholdelse. Det er en ringe trøst for den borger, der mener, at folketing og regering ikke har levet op til disse krav, når han ikke kan få prøvet ved domstolene, om hans ret er krænket.

For at råde bod på de åbenbare problemer ved en strikt dualisme har domstolene herhjemme i vidt omfang bestræbt sig på at fortolke vores lovgivning sådan, at den ikke strider mod en traktat, her Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Kan loven fortolkes på flere måder, vælger domstolene den, der harmonerer bedst med konventionen, og er der ikke et sådant fortolkningsspillerum, formoder domstolene, at det er lovgivers mening at overholde konventionen, medmindre der er klare holdepunkter for det modsatte. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har siden lov nr. 285 af 29. april 1992 været gældende dansk lovgivning, da man simpelthen vedtog en lov herom. Herefter er det åbenbart, at danske borgere kan påberåbe sig konventionen ved danske domstole. I kraft af de nævnte fortolkningsprincipper havde konventionen imidlertid allerede før inkorporeringen i 1992 en stærk stilling i dansk ret. Dette skyldes et andet forhold.

Det specielle ved konventionen var, at man i Europarådet – da man udarbejdede konventionen – fandt, at det var rimeligt at give borgere, der følte sig krænket af deres stat, en mulighed for at få dette prøvet ved en særlig international domstol. Man oprettede derfor Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i Strasbourg. Den borger, der forgæves havde prøvet at få medhold i sin påstand om, at hans menneskeret var krænket, og som havde prøvet de muligheder, han havde nationalt, skulle kunne få sagen prøvet ved denne domstol. Samtidig oprettede man en kommission til at sortere ubegrundede sager fra, for at Domstolen ikke skulle blive overbelastet af sager, den ikke kunne føre frem. Der er ingen tvivl om, at netop denne konstruktion, at selv om konventionen kun forpligtede staterne, skulle borgerne have en reel klagemulighed ved Den Europæiske Menneskeret-

tighedsdomstol, har været af uvurderlig betydning for at sikre konventionens overholdelse og succes i retning af at standse adskillige klare menneskeretskrænkelser rundt om i Europa. At netop borgernes mulighed til at indbringe deres sag for Domstolen (tidligere kommissionen) er grundlaget for konventionens gennemslagskraft ses allerede af, at stater siden 1955 kun har indbragt andre stater for konventionskrænkelser i ni sager, mens det årlige antal klager fra borgerne for flere år siden oversteg 10.000 (Lorenzen, 2003: 10 og 17).

Som nævnt er der ikke tvivl om, at Domstolen i mange tilfælde har statueret krænkelser af menneskerettighederne med klar støtte i konventionsteksten. I det følgende behandles imidlertid den anden kategori af sager, hvor det kan diskuteres, om der foreligger en krænkelser af konventionsteksten. Det centrale for behandlingen af dette problem er Domstolens fortolkningsstil.

Domstolens dynamiske fortolkning

Det anføres som særdeles karakteristisk for Domstolen, at den anvender en dynamisk fortolkningsstil (Lorenzen, 2003: 45ff.). Herved forstås, at konventionsfortolkningen ikke tager udgangspunkt i ordlyden og det jurister kalder forarbejderne. På nationalt niveau er forarbejder Folketingets behandling af et lovforslag og ministeriets bemærkninger om fortolkningen i lovforslaget, ofte suppleret med en betænkning fra en forudgående sagkyndig kommission. Ved danske domstole har disse forarbejder traditionelt spillet en væsentlig rolle. Domstolene tager herved betydeligt hensyn til, hvad lovgiver har villet. Danmark bygger således på det demokratiske mandat, denne fortolkningsmetode giver. Ulempen ved denne fortolkningsstil er, at den i en vis forstand let bliver bagudskuende. Den problemstilling, der forelå, da loven blev vedtaget, kan have ændret karakter, således at den nævnte fortolkningsstil kan medføre et resultat, der ikke svarer til nutidens behov. En fortolkning kan i stedet tage udgangspunkt i ordlyd og formål. Det er naturligvis ikke ukendt herhjemme, at domstolene også ser på formålet med en lovbestemmelse, men i den dynamiske fortolkning tillægges formålet klart større vægt end efter traditionel dansk fortolkning. I det hjemlige hovedværk om disse spørgsmål fremhæves, at Domstolen flere gange har markeret, at den tager udgangspunkt i *present day conditions* for på den måde at sikre, at konventionsbeskyttelsen er tidssvarende (Lorenzen, 2003: 45). Fortolkningen foretages "dynamisk for at opnå et resultat, som så vidt muligt stemmer med de til enhver tid aktuelle krav til konventionsbeskyttelsen" (Lorenzen, 2003: 27). Domstolen skeler her i betydeligt omfang til retsstillingen i de forskellige medlemslande. I jo højere grad, der er harmoni i disse landes lovgivning, i jo højere grad vil Domstolen være tilbøjelig til at formålsfortolke konventionen, så den bliver mere tidssvarende. En international konsensus om en menneskerettighedsstandard vil således trække i retning af en dynamisk fortolkning. Den dynamiske fortolkning har særlig betydning, hvor konventionen indeholder retlige standarder, for eksempel at et indgreb er tilladt, hvis det er nødvendigt i et demokratisk samfund. I disse tilfælde vil Domstolen altså være tilbøjelig til at vælge den løsning, der giver den bedste beskyttelse af menneskerettighederne, selv om dette ikke siges direkte (Lorenzen, 2003: 45f.).

Et andet velkendt princip ved Domstolens fortolkning er, at den i flere tilfælde indrømmer staterne en skønsmargin (*margin of appreciation*). Denne margin angives dels at skyldes hensynet til det traditionelle princip om staternes suverænitæt, dels en vis erkendelse af, at de nationale myndigheder har et bedre lokalkendskab og kendskab til den nationale lovgivning. Det nævnes, at marginen er videre, hvis der er spørgsmål om den lovgivende magts grænser. Imidlertid anføres i denne forbindelse: "Antagelsen er ikke ubetinget holdbar. Det er givet, at lokale myndigheder generelt vil have en større indsigt i lokale forhold, men det er – også givet, at de undertiden vil være tilbøjelige til at strække skønsebeføjelsen for vidt, herunder ved at prioritere hensyn, der ikke er relevante for menneskeretsbeskyttelsen." Her må Domstolen så skride ind og statuere krænkelse af konventionen (Lorenzen, 2003: 23).

Umiddelbart lyder begrundelsen for den dynamiske fortolkning fornuftig. Hvem vil plædere for, at loven skal fortolkes, så den er gammeldags og utidsvarende. Det er også klart, at selve begrebet "dynamisk fortolkning" vil have stor appel til jurister. Disse betragtes ofte som lidt støvede nørd, der sidder og læser gamle domme og ikke følger med. Nu får juristerne pludselig rollen som dynamiske, de, der driver samfundet frem.

Som det fremgår af referatet af omtalen af Domstolens fortolkningsstil som gengivet i den danske kommentarudgave, stilles der kun i meget begrænset omfang spørgsmål om fordelingen af magten mellem politikere og dommere eller mellem politik og jura. Spørgsmålet er ellers nærliggende: Hvem skal bestemme, hvilke ændringer i lovgivningen der er nødvendige for, at denne tilpasses ændrede samfundsforhold? Det hævdes at være Domstolens opgave at fastlægge "de til enhver tid aktuelle krav til konventionsbeskyttelsen." Sagt meget abstrakt er det et erkendt filosofisk problem – den naturalistiske fejlslutning – at slutte fra "er" til "bør" (Moore, 2000: 65ff.). Det, at samfundsforholdene ændrer sig, kan ikke hævdes at medføre en bestemt løsning af, hvordan lovgivningen bør være. Ved at postulere dette fornægter man, at besvarelsen af det sidste spørgsmål ofte beror på en moralsk eller politisk stillingtagen. Man kan også sige, at påstanden om dynamisk fortolkning grundlæggende bygger på en opfattelse af, at de klogeste – underforstået juristerne eller rettere dommerne – finder den rigtige løsning. Det er givet, at dommerne ofte vil have fine forudsætninger for at se, hvorledes loven skal fortolkes (læs ændres eller udbygges) for at give en tilfredsstillende løsning på et samfundsmæssigt aktuelt problem. Men der er stor forskel på at anerkende, at juristerne kan give særdeles kvalificerede råd og på at anerkende, at de skal bestemme, hvorledes lovgivningen skal moderniseres for at svare til samfundets behov. Det sidste forudsætter en mere elitær end demokratisk holdning. Tidligere højesteretsdommer Torben Jensen har i sin bog, *Højesteret og retsplejen* (1999), udtrykt sin begejstring for den nye fortolkningsstil i følgende citat:

"Desuden begrundes den tiltagende indflydelse fra udenlandsk og international ret, at de jurister, der som dommere i særlig grad vil komme til at beskæftige sig med principielle spørgsmål, gennem effektive studier ved de store landes lærdomscentre og ophold ved fællesinstitutionerne i Bruxelles, Luxembourg og Strasbourg får de sproglige færdigheder og

den bredere kulturelle forståelse, der er forudsætningen for, at danske synspunkter kan gøre sig gældende i international sammenhæng. Herved vil der ske en værdifuld tilbagevenden til en tradition, der var karakteristisk i den første tid af Højesterets historie, men som gik tabt for senere generationer" (Jensen, 1999: 61).

Det giver anledning til eftertanke, at en så kyndig og besindig dommer som Torben Jensen i sin begejstring over de nye tider nok ganske overser, at den stil, han hylder, er en tradition fra enevældens tid, og at det er denne tradition, der bydes velkommen. Den nævnte passus om juristernes sproglige og kulturelle sprogkundskaber harmonerer med den beslutning, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol traf for få år siden om, at dens domme ikke længere behøvede at blive oversat, så de forelå både på engelsk og fransk. Nu findes også helt centrale domme alene på fransk. Det er domme, som skal bruges af jurister i hele Europa. Det forekommer mig noget arrogant – eller virkelighedsfjernt – at forudsætte, at alle dommere behersker fransk. Vidner denne beslutning om, at Domstolen har blik for, hvad de reelle samfundsbehov kræver? Det er påfaldende, at man ikke har hørt kraftige røster imod denne beslutning. I oplysningstiden var et af de helt centrale menneskeretlige krav, at borgerne skulle have mulighed for at kende loven. I dag kender ingen konventionen, hvis de ikke kan læse dommene. Den elitære tankegang ses også hos professor Kirsten Ketscher: "... mens 1800-tallet tilhørte Kongen og 1900-tallet tilhørte politikerne, så kommer 2000-tallet til en vis grad til at tilhøre juristerne" (Ketscher, 2000: 287).

Domstolens praksis

En ting er, at disse overordnede principielle betragtninger og holdninger kan give anledning til en vis skepsis. Noget andet er, om Domstolens rent faktiske aktivitet giver anledning til bekymring. Som nævnt ovenfor, har mange af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols domme sikkert fundament i konventionen. De følgende eksempler skal alene belyse den gråzone, hvor den dynamiske fortolkning har slået igennem. Som ovenfor nævnt fastslår artikel 2, at ethvert menneskes ret til livet skal beskyttes ved lov. I Kommentaren anføres indledningsvis, at bestemmelsen "har en programmatisk karakter, som rækker ud over de følgende særregler..., og hvis formulering tillader en dynamisk fortolkning." Det er klart, at det er en central – eller den meste centrale – menneskeret, at staten ikke må berøve sine borgere livet uden for de ovenfor refererede særlige tilfælde.

For at sikre, at denne regel efterleves af staten, kan det nok kræves, at staten foretager en effektiv efterforskning i tilfælde, hvor der er mistanke om, at statsorganer har overtrådt reglen, for eksempel i tilfælde af mistænkelige dødsfald i arresten eller under straffesoning. Imidlertid er domstolen gået videre og har fastslået, at staten har pligt "til at tage positive skridt til at beskytte enhver inden for statens jurisdiktion mod livstruende adfærd." Heraf følger en pligt for staten til i visse særlige tilfælde at forsøge at tage skridt for at forebygge drab. Det understreges dog, at dette ikke medfører en pligt til at forhindre enhver mulighed for vold. En sådan forpligtelse må begrænses således, at den ikke pålægger staten en umulig eller uforholdsmæssig byrde i forhold til vanskelighederne ved politiets arbejde,

det uforudsigelige ved menneskers handlinger og endelig under respekt for politiets ret til at prioritere sine ressourcer. Som eksempel nævnes et tilfælde, hvor staten vidste eller burde have vidst, at der var eksplosionsfare ved en losseplads. Eksplosionen medførte, at en person, der ulovligt boede ved lossepladsen, blev dræbt. Staten blev dømt for krænkelse af blandt andet artikel 2. I en anden sag blev en ung mand dræbt under et bankrøveri begået af en strafafsoner, der havde udgang fra fængslet. Faderen mente, at den italienske stat havde overtrådt artikel 2 ved at give røveren udgang fra fængslet. Domstolen gik ind og vurderede, om de italienske regler for prøveløsladelse var forsvarlige, hvilket Domstolen fandt, at de var, således at der ikke forelå krænkelse. I andre sager har Domstolen statueret, at stater også kan blive dømt, hvis et dødsfald på et privat hospital kan henføres til statens manglende sikring af patienterne. Ligeledes følger det af artikel 2, at staten er forpligtet til at have et effektivt ansvarssystem for læger, herunder med mulighed for offentliggørelse af resultatet af undersøgelser af lægers ansvar for patienters død. I kommentaren anføres om artikel 2, at den formentlig (!) ikke krænkes, hvis en stat nægter at løslade en terrorist for at redde en kidnappet person. Om abortproblemet anføres, at Domstolens prøvelse sandsynligvis fortsat vil være forholdsvis tilbageholdende, da der ikke er nogen almindeligt accepteret fælleseuropæisk standard på området. Domstolen har fundet artikel 2 (sammen med artikel 3 og 12) anvendelig i sager om tvangssterilisering (Lorenzen, 2003: 83ff.).

Mange vil sandsynligvis finde disse regler, som Domstolen udleder af artikel 2, sympatiske og fornuftige. Det gælder forhåbentlig også de fleste lovbestemmelser herhjemme. Referatet fra kommentaren skal således alene belyse, hvor tilbøjelig Domstolen er til i artikel 2 at indfortolke regler, som ligger langt ud over, hvad vi herhjemme normalt vil betragte som fortolkning, og som vi vil anse for udslag af politiske valg. Når Domstolen for eksempel forbeholder sig ret til at censurere, om et lands regler om udgangstilladelse til strafafsonere er i strid med artikel 2, er det efter min opfattelse klart en politisk afgørelse, der bør træffes af politikere ud fra en afvejning af hensynet til det generelle ønske om at bekæmpe kriminaliteten over for ønsket om at sikre, at afsonere efter løsladelse har mulighed for at vende tilbage til samfundet.

Som nævnt ovenfor kan man som oftest ikke slutte entydigt fra ændrede samfundsforhold til hvilke regler, der bør gælde. Man kan heller ikke sprogligt slutte fra artikel 2's ordlyd til de nævnte resultater. Er det da klogere at lade jurister bestemme reglerne, end at lade politikerne gøre det?

Politikere eller jurister?

Den vel herhjemme mest helhjertede fortaler for den dynamiske fortolkning og kontrol med lovgiver, professor Hjalte Rasmussen, lægger da heller ikke skjul på sit ønske om en forskydning af magt fra politikere til dommere: "Hvis ikke det danske samfund er parat til at gøre op med fortidens synder til fordel for en bedre beskyttelse af individet mod samfundsmagten i en periode, hvor en ny-individualisme og mere naturretlig synspunkter vinder stadig mere gehør, har Højesteret ikke en chance med et videregående reformprogram" (Rasmussen, 1996: 49).

Om Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol udtales: "Denne forbedrede kvalitetskontrol må, sådan forekommer det mig, være kommet ind i retspraksis via dommernes personlige opfattelse af, hvad der er fornødent i en moderne demokratisk retsstat" (Rasmussen, 1996: 51). Hvis Hjalte Rasmussens beskrivelse er rigtig, er der grund til bekymring. Et af de sværeste og vel også klassiske demokratiske problemer er afvejningen mellem hensynet til det enkelte individ og fællesskabet. I et vist omfang er der absolutte grænser for, hvad demokratiet kan forsvare af indgreb i enkeltindviders retsstilling, ligesom der er grænser for, hvad samfundet kan acceptere, hvis det skal overleve til forhåbentlig glæde for de fleste. Kommer man uden for disse absolutte grænser, må der foretages en politisk afvejning. Det er farligt for folkestyret, hvis dommernes personlige holdninger også tillægges fortrinnet uden for den absolutte grænse. Dette bliver især farligt, når dommerne er specialister, der har valgt en lille del af juraen som deres opgave. Det er velkendt, at personer i miljøadministrationen let overvurderer betydningen af håndhævelsen af netop deres opgave i forhold til de mistænktes rettigheder og i forhold til andre samfundsopgaver. Tilsvarende vil folk i skatteadministrationen let overvurdere betydningen af deres område. Et stykke hen ad vejen er det en samfundsmæssig fordel, at folk synes, at det er en væsentlig samfundsopgave, de varetager. Efter min opfattelse er der imidlertid helt tilsvarende problemer med personer, der vælger at arbejde med menneskerettigheder. De overser eller måske snarere undervurderer lige så let som miljømedarbejdere og skattefolk betydningen af de modstående hensyn. Miljømedarbejderen er fokuseret på miljøet – måske klodens overlevelse – og undervurderer nødvendigheden af en ordentlig behandling af borgerne eller virksomhederne, kort sagt retssikkerheden. Menneskerettighedsdommerne kan meget vel begå den modsatte fejl: at sikre alle borgere deres juridiske rettigheder, som borgerne kan nyde, når der ikke er andet at nyde.

Det kan for menneskeretsspecialisten, der har gjort sig klart, at han ikke er bundet af en forældet grundlovs- eller konventionstekst, nok være svært at skelne mellem, hvad der er en nødvendig individbeskyttelse i en moderne retsstat, og hvad der er en ideel beskyttelse. I kommentaren betegnes nationalstaternes skønsmargin som dommerskabt ret. Det tyder på, at udgangspunktet er den ideelle beskyttelse, hvorefter staterne undertiden indrømmes en vis margin. Burde udgangspunktet ikke snarere være det omvendte: Staterne fastsætter selv deres regler, og Domstolen dømmer, hvis det er sikkert, at konventionen er krænket?

Problemet kan belyses med et eksempel fra den praktiske hverdag for de fleste. Vi har her i Danmark et parkeringsafgiftssystem. Tidligere blev de, der parkerede ulovligt, straffet. Straffesager er et klart indgreb fra statsmagten mod borgerne. Straf er udtryk for, at statsmagten bevidst påfører sine borgere et onde eller en lidelse. Derfor er det helt centralt menneskeretligt, at straffesager behandles særdeles omhyggeligt. Dette er ressourcekrævende. Lovgivningen har fundet det forsvarligt at lade dette system afløse af parkeringsafgifter. En dansker følte imidlertid sin menneskeret krænket, fordi der jo reelt er tale om en straf, hvor borgerne bare ikke har samme beskyttelse som i straffesager. Medens straffesager afgøres af de almindelige retter, afgøres sager om parkeringsafgifter af fogedretterne. Da

fogedretten ikke ville give bilisten medhold, og han ikke kunne anke til landsretten, blev sagen indbragt for Den Europæiske Menneskerettighedskommission af en af landets førende menneskerettighedsspecialister Lars Adam Rehof. Kommissionen fandt, at sagen havde så meget substans, at den kunne behandles ved Domstolen. Rehof skrev en artikel i advokaternes blad *Lov & Ret*: "Regeringen har tabt første slag om P-bøder" (Rehof, 1998: 5ff.). Eva Smith (1999) skrev kort efter et svar: "Respekten for menneskerettighederne er truet". Hun finder ganske enkelt, at det alt efter temperament er til at le eller græde over, at en domstol til beskyttelse af menneskerettigheder og fundamentale frihedsrettigheder, der har tusindvis af sager liggende, fordi antallet af sager hele tiden stiger, bruger sine ressourcer på den slags bagateller. Jeg er ganske enig. Er vores parkeringsafgiftssystem virkelig en krænkelse af de menneskerettigheder, vi er blevet enige om er så væsentlige, at det internationale samfund må skride ind og korrekte nationalstaterne? Baggrunden for kommissionens afgørelse er en tidligere sag, hvor en tysker fik medhold i, at en bøde på 60 DM for en trafikforseelse reelt var en straf med den følge, at Tyskland havde krænket konventionen. Netop i denne sag bemærkede en af dommerne: "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" (Smith, 1999: 5). Som nævnt fandt dette synspunkt ikke tilslutning hos flertallet. Man kan måske tvivle på, om en domstol, der bruger tiden på denne type bagatelsager, er i stand til at foretage en forsvarlig afvejning af hensynet til færdselssikkerheden – alle de borgere der retter sig efter loven – og hensynet til retssikkerheden ved bagatelbøder.

Desværre døde den danske klager i parkeringssagen, før hans sag blev afgjort af Domstolen, og staten indgik et forlig med arvingerne. Sagen omtales i den danske kommentar, hvor det anføres, at Domstolen ikke har haft lejlighed til at tage stilling til parkeringsafgiftssystemets forenelighed med konventionen, underforstået vi ved ikke, om vores parkeringsafgiftssystem er ulovligt (Lorenzen, 2003: 321).

Den dynamiske fortolkning har skabt betydelig usikkerhed om, hvad lovgivningsmagten kan beslutte. Normalt argumenterer juristen, der fortolker en tekst, ud fra hvilke afgørelser, domstolene har truffet. Dette argument, der sikrer samfundet en vis objektivitet i fortolkningen, kan ikke fuldt ud anvendes her, da det netop ligger i begrebet dynamisk fortolkning, at domstolene meget vel kan sige, at den lov, der var lovlig i går, er ulovlig i morgen. Dette medfører, at lovgivningsprocessen ofte bliver præget af endeløse diskussioner om, hvad der er menneskeretligt lovligt. Her er en lille gruppe specialister på hjemmebane. Menneskerettighederne er efterhånden blevet et så kompliceret område, at det er svært at håndtere. Menneskeretsjuristerne har derfor sjældent overskud til at skaffe sig fornødent kendskab til det fagområde, de udtaler sig om, for eksempel hele den nationale retspleje og strafferet for at tage mine egne fag, og omvendt er det svært for os med et fagområde at tage diskussionen op med specialisterne. Og skulle det lykkes at nå igennem med, at det ikke er dokumenteret, at en vis forsvarlig

afvejning er i strid med menneskerettighederne, vil diskussionen let munde ud i, at det i hvert fald kan diskuteres, altså er tvivlsomt. Man kan derfor ikke vedtage den diskuterede regel. Så ville vi risikere at blive dømt senere i Strasbourg.

Som et nyt og samfundsmæssigt væsentligt område kan nævnes Retssikkerhedskommissionens betænkning nr. 1428.2003. I denne betænkning foreslås i overensstemmelse med kommissoriet en væsentlig svækkelse af de administrative myndigheders – miljøtilsynets, skattevæsnets, arbejdstilsynets, levnedsmiddelkontrollens mv. – beføjelser til at kontrollere, om virksomhederne overholder reglerne. Betænkningen er i højere grad en analyse af det menneskeretligt acceptable end af det politisk relevante: afvejningen mellem hensynet til borgernes fælles interesser og hensynet til de mistænkte rettigheder. Efter en længere analyse af i hvilket omfang samfundet kan pålægge virksomhederne at give oplysninger uden at komme i konflikt med den af Domstolen i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention artikel 6 indfortolkede doktrin om selvinkriminering – at den mistænkte ikke må pålægges at medvirke til sin egen afsløring – anføres: “Det kan derfor ikke udelukkes, at Domstolen vil lægge til grund, at også juridiske personer kan påberåbe sig retten til ikke at udtale sig og forbudet mod selvinkriminering” (Retssikkerhedskommissionen, 2003: 80). I lovforslaget bliver det til et forslag om, at virksomhedernes pligt til at meddele oplysninger ikke kan gøres gældende, hvis der er konkret mistanke om, at virksomheden senere vil kunne straffes og det ikke kan udelukkes, at oplysningerne kan bruges i de eventuelt senere straffesager (Retssikkerhedskommissionen, 2003: § 10, 172). Dette udlægges til, at arbejdstilsynet ikke må kræve oplysninger af den menige medarbejder, der mener, at virksomheden udsætter ham for farligt arbejde. Medarbejderen må end ikke svare uden ledelsens samtykke. Det vil være en krænkelse af virksomhedens menneskeret (Retssikkerhedskommissionen, 2003: 148ff.). Ingen i dansk procesret – herunder domstolene – har tidligere blot antydnet, at det er selvinkriminering, når medarbejderen giver disse oplysninger. Tværtimod fandt det i denne sammenhæng noget kyndigere Straffelovrådet i sin betænkning fra 1995 om juridiske personers bødeansvar, at selvinkrimineringsforbuddet kun omfatter én person fra selskabets ledelse (Straffelovrådet, 1995: 181ff.). Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har mig bekendt aldrig afsagt en dom, der peger i retning af, at en menig medarbejders oplysninger skulle være selvinkriminering i forhold til selskabet.

Eksemplet viser, at problemet måske ikke i så høj grad er Domstolens domme som selve den usikkerhed, Domstolens dynamiske stil har medført. Den usikkerhed kan udnyttes behændigt til at opnå politiske resultater uden at argumentere for det politisk relevante: hvor meget bør man øge virksomhedernes retssikkerhed over for arbejdstilsynet i forhold til, hvor meget man bør svække kontrollen med, at arbejdsmiljøreglerne overholdes. Dette problem er efter min opfattelse undervurderet i den juridiske og politiske verden. Og det er meget svært at løse. Der findes givetvis adskillige tilfælde, hvor fremragende forskere i god tro har hævdet, at et eller andet lovforslag er i strid med – eller meget muligt er i strid med – Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Det gælder for eksempel det objektive ansvar efter arbejdsmiljøloven. Domstolen afviste en sag herom som “åbenbart ugrundet” (Nielsen, 2001b: 270). Tilsvarende har man sat spørgsmålstejn ved

Straffelovens § 76 a med en vid adgang til konfiskation hos personer, der dømmes for eksempel alvorlig narkokriminalitet, således at den dømte har en vis bevisbyrde for, at han har erhvervet sine ejendele på lovlig vis (Nielsen, 2002: 143).

Ovenfor er kritiseret, at den måde menneskerettighederne i dag praktiseres på, er præget af en overdreven udvidelse af juraens område til skade for de modstående hensyn. En løsning er naturligvis at formulere rettigheder, der skal tage hensyn til disse modstående hensyn. I Niels Helveg Petersens forslag til ny grundlov lyder § 16:

“Enhver har medansvar for at beskytte naturen, miljøet og kulturarven.

Stk. 2. Enhver har pligt til at behandle dyr med omsorg og beskytte dem mod unødige lidelser.

Stk. 3. Staten har pligt til at træffe foranstaltninger, der er egnede til at fremme den i stk. 1 og 2 nævnte beskyttelse” (Petersen, 2003).

Hensynet til miljøet er placeret i kap. 2 om menneskerettigheder! I USA er det ikke en ukendt tanke, at miljøet skal reddes af domstolene ved, at private borgere anlægger sager. Det er næppe tilfældigt, at man netop i amerikansk teori finder en artikel, der plæderer for, at naturens objekter selv skal kunne anlægge sag: ”Should Trees have Standing? – Towards Legal Rights for Natural Objects” (Stone, 1972: 450). Man skal vist være meget klippefast i troen eller ekstremt liberalistisk for at tro, at dette er vejen til en fornuftig afvejning af hensynet til den enkelte over for fællesskabets interesser, men synspunkter som disse er ikke uden indflydelsesrige støtter i USA (Nielsen, 2000: 175ff.). At sagerne afgøres i retten, medfører dels en udkobling af beslutningstagere med demokratisk legitimitet, og dels en sort/hvid analyse, hvor der ikke er plads til afvejsninger i gråzoner, medmindre dommerne som i det gennemgåede eksempel fra den tyske forfatningsdomstol ganske enkelt går ind og vælger en rent politisk løsning – betaling for en del af aborten.

En strøtanke

Man kan måske håbe, at EU-kommissionen og EF-domstolen i en fremtid med øget integration vil sikre en bedre ligevægt. Det er således velkendt, at EU's konkurrencemyndigheder foretager en anden kontrol end den, der efterhånden vil udvikle sig herhjemme. Det er næppe utænkeligt, at EU også vil komme med regler for kontrollen på andre områder, for eksempel miljøet. Jeg er ikke kyndig til at vurdere, hvor balancen bør ligge, men er mere tryk ved, at der skabes en modvægt til den dynamiske fortolkning, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol foretager. EF-domstolen er sandsynligvis lige så dynamisk i sin fortolkning og vil næppe heller overlade større spillerum til de nationale politikere, men vil dog nok skele til EU-kommissionens rolle og være mere tilbøjelig til at se på begge hensyn: individets retssikkerhed og fællesskabets interesser. Det kan blive et demokratisk fremskridt.

Litteratur

- Christensen, Bent (1990). "Domstolene og lovgivningsmagten", *Ugeskrift for Retsvæsen*, København, afd. B, pp. 73-83.
- Elmqvist, Henrik Vædele (2002). *Singulær lovgivning*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Gwyn, W.B. (1965). *The Meaning of the Separation of Powers. An Analysis of the Doctrin from its Origin to the Adoption of the US-Constitution*, New Orleans: Tulane University.
- Jensen, Torben (1999). *Højesteret og retsplejen*, København: GadJura.
- Ketscher, Kirsten (2000). "Mod en argumentativ ret", *Jussens Venner*, Oslo: Universitetsforlaget.
- Locke, John (1996). *Anden afhandling om styreformen. Et essay om borgerstyrets sande oprindelse, rækkevidde og formål*, oversat af Niels Henningsen. København: Det lille Forlag.
- Lorenzen, Peer m.fl. (2003). *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, 2. udgave, Kommenteret af (art. 1-10) Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina Holst-Christensen og Jens Vedsted-Hansen, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Montesquieu, Charles de (1998). *Om Lovenes Ånd*, oversat af Merete Klenow With. København: Gads Forlag.
- Moore, G.E. (2000). *G.E. Moore*. Oversat af Ingolf Sindal, Serien De store tænkere, København: Rosinante.
- Nielsen, Gorm Toftegaard (1977). *Grundlovens § 3. Retssikkerhed eller demokrati*. Ikke publice-ret licentiatafhandling.
- Nielsen, Gorm Toftegaard (2000). "Forvaltningsstrafferet – almenheden som offer", pp. 171-194 i Beth Grothe Nielsen (red.), *Kriminalitetens ofre og straffesystemet*, Århus: Aarhus Universitetsforlag.
- Nielsen, Gorm Toftegaard (2001a). "Domstolene som den tredje statsmagt", pp. 147-180 i Gorm Toftegaard Nielsen (red.), *Parlamentarismen – Hvem tog magten?* Århus: Aarhus Universitetsforlag.
- Nielsen, Gorm Toftegaard (2001b). *Strafferet 1. Ansvar*, København: Christian Ejlers' Forlag.
- Nielsen, Gorm Toftegaard (2002). *Strafferet 2. Sanktioner*, København: Christian Ejlers' Forlag.
- Petersen, Niels Helveg (2003). *Ny Grundlov*, Det Radikale Venstre.
- Porsdam, Helle (2002). *Fra pax americana til lex americana? En diskussion af dansk retliggørelse som en påvirkning fra USA*, Århus: Magtudredningen.
- Rasmussen, Hjalte (1996). *Folkestyre, Grundlov og Højesteret. Grundlovens § 20 på prøve*, København: Christian Ejlers' Forlag.
- Rehof, Lars Adam (1998). "Regeringen har tabt første sag om P-bøder", *Lov & Ret* nr. 6, pp. 5-7.
- Retssikkerhedskommissionen (2003). *Betænkning nr. 1428*, København.
- Rousseau, Jean-Jacques (1987). *Samfundspagten med indledning ved Michael Larsen*, København: Rhodos.
- Schantz, Hans-Jørgen (2001). *Menneskerettigheder*, Århus: Forlaget Modtryk.
- Smith, Eivind (1993). *Høyesterett og Folkestyret*, Oslo: Universitetsforlaget.
- Smith, Eva (1999). "Respekten for menneskerettighederne er truet", *Lov & Ret* nr. 2, pp. 4-6.
- Stone, Christopher D. (1972). "Should Trees have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects", *Southern California Law Review*, Vol. 45, pp. 450-501.
- Straffelovrådet (1995). *Betænkning nr. 1289 om juridiske personers bødeansvar*, København.
- Ugeskrift for Retsvæsen (1999). København: Forlaget Thomson.
- Vile, M.J.C. (1969). *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford: Clarendon Press.