

Jens Vedsted-Hansen

## Menneskerettigheder som politiseret ret eller retliggjort politik?

På baggrund af den aktuelle tendens til distancering fra menneskerettighedsprincipper, som der har været langvarig politisk konsensus om, påpeges det, at disse internationale principper ud fra historiske erfaringer bevidst udgør en skranke for den politiske magt i de enkelte stater. Der kan derfor opstå reelle demokratiproblemer i forbindelse med gennemførelsen af menneskerettighederne i de nationale retssystemer. I Danmark har disse problemer sammenhæng med den dualistiske tradition, som komplicerer forholdet mellem international og national ret. En delvis løsning er at inkorporere konventionerne i dansk ret, som det er sket med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Til trods for, at det kan øge både den juridiske gennemskuelighed og den politiske legitimitet af de menneskeretlige normer, har regeringen aktuelt afvist inkorporering af nogle centrale FN-konventioner. Påstanden om, at menneskerettigheder svækker lovgivningsmagts indflydelse, afvises som ikke dækkende for den betydning, disse normer typisk vil have, når der tages juridisk stilling til konkrete konflikter.

Gennem de seneste år har der været en stigende tendens til at sætte spørgsmålstegn ved menneskerettighederne og en stor del af deres juridiske væsen.<sup>1</sup> Der er ikke tale om noget rent dansk fænomen, selvom den menneskerettighedskritiske kampagne her i landet synes at have en særlig rolle, idet den er kommet til at udgøre en central del af den nye politiske korrekthed, som har opnået en ikke ubetydelig indflydelse på regeringsniveau. Tilsvarende tendenser har kunnet iagttages i flere andre lande, ligesom det synes at være et udbredt fællestræk, at kampagnen har været initieret af højernationalistiske kredse med ekko-virkninger ind mod eller hen over det politiske centrum. Der er i den forbindelse næppe tvivl om, at menneskerettighedskritikken har sammenhæng med – og i betydelig grad udspringer af – utilpashed ved navnlig de rettigheder, som beskytter visse minoritetsgrupper.

Set i internationalt perspektiv er der endvidere en tydelig sammenhæng mellem menneskerettighedskritikken og tendenserne til unilateralisme. Den slet skjulte foragt for international ret og den modsvarende insisteren på statslige egeninteresser rummer klare paralleller til den afvisning af internationale forpligtelser i forhold til enkeltpersoner og grupper i samfundet, som på det nationale plan i og for sig er menneskerettighedskritikkens kerne. Den tendens til unilateralisme, som fik fodfæste efter præsidentskiftet i USA i 2001, har ikke været uden støtte i visse europæiske lande, herunder Danmark. Både de politiske tilhængere af sådanne ensidige løsninger, som mere eller mindre åbent udfordrer international ret, og tendensens akademiske medspillere har i særlig grad påberåbt sig det ændrede trusselsbillede siden 11. september 2001 som argument for, at der nu hersker så



exceptionelle tilstande, at stærke, men samtidig trængte stater må have friere spillerum – herunder i forhold til menneskerettighedsspørgsmål.

Den menneskerettighedskritiske diskurs har imidlertid dybere årsager såvel som andre juridiske og politiske former end højrenationalisme og international unilateralisme. I denne bredere forstand handler debatten først og fremmest om menneskerettighedernes forhold til demokratibegrebet. Især forholdet mellem den menneskeretlige beskyttelse af grupper og enkeltpersoner og de demokratiske flertalsbeslutninger har stået centralt i denne diskussion. Dette blev ikke mindst tydeligt i forbindelse med den ekspert-debat, som blev igangsat af den nytiltrådte statsminister Fogh Rasmussen i dennes nytårstale 1. januar 2002, og som blandt andet tog sigte på den institutionaliserede brug af menneskerettigheder som argument imod regeringspolitiske tiltag. Forholdet mellem ret og politik er endvidere blevet sat på spidsen i en anden menneskerettighedsrelateret diskussionen om den måde, hvorpå vi gennemfører internationale menneskerettighedsforpligtelser i dansk ret. Denne diskussion antager undertiden et noget teknisk-juridisk præg, idet den udspringer af forfatningsretlige og retskildeteoretiske principper vedrørende folkeretlige reglers status og anvendelse som retskilder i det nationale danske retssystem. Under debatten ligger imidlertid klare meningsforskelle med hensyn til forholdet dels mellem international og dansk ret, dels mellem lovgivningsmagt og domstole og derned mellem politiske og retliggjorte beslutningsformer.

I denne artikel vil jeg identificere nogle demokratiproblemer, som reelt kan være forbundet med gennemførelsen af internationale menneskerettighedsforpligtelser på nationalt plan. Disse problemer skal drøftes med henblik på at adskille dem fra visse knapt så seriøse dele af den menneskerettighedskritiske kampagne, hvis bekymring på demokratiets vegne måske ikke bør tages for fuldt pålydende. Spørgsmålet om internationale menneskerettigheders anvendelse i dansk ret – og om magtbalancen mellem jurister og politikere i den sammenhæng – vil være et centralt omdrejningspunkt for drøftelsen. Først kan det dog være nyttigt at op-ridse baggrunden for, at internationale menneskerettighedskonventioner ofte med rette opfattes som en skranke for den politiske magt.

### **Menneskerettigheder som den suveræne politiks grænse**

Det vil give en skæv tilgang til diskussionen om menneskerettighedernes betydning for forholdet mellem ret og politik, hvis man ikke tager udgangspunkt i erkendelsen af, at disse internationale normer *er* en skranke for de politiske beslutninger, der kan træffes inden for de enkelte stater. Dette er den uundgåelige virkning af menneskerettighedskonventionerne, og det er ikke nogen tilfældighed, at det forholder sig sådan. Meningen med hele det system til beskyttelse af menneskerettigheder, som blev etableret i årene efter anden verdenskrig – dels i FN-regi, dels regionalt ikke mindst igennem Europarådet – var netop at skabe *retlige* grænser for den politiske magt.

Nok havde de grundlæggende menneskerettigheder opnået en juridisk beskyttet status i mange af de forfatninger, der fulgte efter de borgerlige revolutioner i 1700- og 1800-tallet, men de forblev her et rent *nationalt* anliggende. Dette be-



skyttelsesparadigme havde vist sine fatale svagheder under 1930'ernes totalitære diktaturer, hvilket var den afgørende årsag til etableringen af et internationalt forankret menneskerettighedssystem. De ændrede folkeretlige principper, som dette system blev baseret på, refererer til "åpenbare og lett gjenkjennelige katastrofer og traumatiske erfaringer i verdenssamfunnet" før og under anden verdenskrig (Lindholm, 1998: 78).

I forhold til det tidligere, forfatnings- og dermed suverænitetetsbundne system var efterkrigstidens internationale ordning baseret på tre centrale nydannelser:

- De grundlæggende rettigheder blev fastsat i retligt bindende internationale aftaler, dvs. den juridiske status for enkeltpersoners og gruppers rettigheder blev knyttet til mellemstatslige forpligtelser.
- Der blev oprettet internationale organer, som under forskellige former havde til opgave at føre kontrol med, at staterne også i praksis ville opfylde disse forpligtelser.
- I forhold til visse af de internationale kontrolorganer blev der indført individuel klageadgang for personer, som var undergivet staternes jurisdiktion, men ikke mente sig tilstrækkeligt beskyttet af det nationale retssystem.

Virkningerne heraf er blevet beskrevet som menneskerettighedernes subversive rolle, der under dette system bliver umiskendelig i kraft af principperne om *accountability* og *responsibility*, dvs. staternes pligt til at underkaste sig international overvågning, undersøgelse og kritik (Lindholm, 1998: 80).

"Det nye internasjonale menneskerettighetsregimet river kort sagt vekk sløret som tradisjonelt beskyttet statens håndtering av egne innbyggere mot innsyn og kontroll utenfra. Menneskerettighetene angir et nødvendig vilkår for legitim statsmakt. Når de er respektert, sikrer de staten mot legitim intervensjon utenfra. Og de markerer en normativ yttergrense for politisk og rettslig variasjon i det internasjonale samfunn" (Lindholm, 1998: 80.)

Med hensyn til selve princippet bag de internationale begrænsninger af staternes suverænitet må det imidlertid fremhæves, at menneskerettighedsforpligtelserne bliver påtaget af de enkelte stater som udslag af deres suveræne ret til at indgå internationale aftaler. Det drejer sig altså principielt om selvpålagte begrænsninger af suveræniteten. Når disse juridiske forpligtelser sommetider giver anledning til kontrovers og opleves som utidig indblanding i de politiske beslutninger, hænger det blandt andet sammen med, at menneskerettighedernes indhold og betydning ikke altid fremgår af konventionsbestemmelsernes ordlyd. Almindeligvis er konventionerne om menneskerettigheder præget af nok så generelle termer og vage begreber, som må gøres til genstand for fortolkning. Som følge heraf bliver beskyttelsens omfang – og ikke mindst dens gennemslagskraft i forhold til staternes suverænitet – fastlagt og udviklet løbende gennem praksis fra de internationale organer, der er oprettet for at kontrollere staternes overholdelse af konventionerne. Dette bidrager givetvis til at forstærke indtrykket af, at der ikke alene er tale om international indblanding i staternes nationale anliggender, men også om juridisk fastsatte begrænsninger af det politiske råderum.



Det er i ganske høj grad de samme kontroverser, der udspiller sig på nationalt plan i de seneste års menneskerettighedskritiske diskurs. Dele af denne diskurs omhandler gennemførelsen af de internationale konventioner i dansk ret, andre dele rummer fundamentale angreb på selve de centrale principper bag udviklingen af det internationale menneskerettighedssystem. Jeg ser først på spørgsmål vedrørende menneskerettighedernes status og gennemførelse i dansk ret og vender senere tilbage til den mere fundamentalistiske menneskerettighedsdiskurs.

### **Den dualistiske tradition: Menneskerettighedernes politiske betingethed**

Udgangspunktet for debatten om, hvordan de internationale menneskerettigheder skal gennemføres i dansk ret, har traditionelt været den forfatningsretlige opfattelse, at det skulle følge af grundlovens § 19, at der skal træffes særlige implementeringsforanstaltninger i national ret, for at internationale konventioner – herunder konventioner om menneskerettigheder – kan påberåbes over for danske myndigheder og kræves lagt til grund ved afgørelsen af sager ved danske domstole. Dette har afstedkommet betydelig usikkerhed i praksis og tilsvarende langvarig diskussion i den juridiske teori om, hvorvidt og under hvilke betingelser internationale konventioner eventuelt alligevel kan eller skal anvendes af danske myndigheder, selvom der ikke er truffet sådanne foranstaltninger til at omforme dem til national ret. Denne diskussion og de mulige løsninger på det retskildeproblem, den drejer sig om, placerer menneskerettighederne i et problematisk felt mellem ret og politik, fordi de internationalt er formuleret som retlige normer, mens der forudsættes politiske beslutninger for at gennemføre dem i national ret.

Det forfatningsretlige grundlag for denne problemstilling kunne dog nok fortjene genovervejelse. Grundlovens § 19, stk. 1, 2. pkt. vedrører regeringens kompetence i udenrigspolitiske anliggender, som er begrænset således, at regeringen ikke uden Folketingets samtykke kan indgå internationale forpligtelser, til hvis opfyldelse Folketingets medvirken er nødvendig, eller som i øvrigt er af større betydning. Efter traditionel forfatningsretlig opfattelse bygger denne grundlovsbestemmelse på den forudsætning, at internationale konventioner ikke som sådanne lader sig anvende af danske domstole og administrative myndigheder og derfor heller ikke kan påberåbes af enkeltpersoner over for disse myndigheder (Sørensen, 1973: 276). Synspunktet er, at grundloven med sit krav om Folketingets medvirken ved statens indgåelse af (visse) internationale forpligtelser bygger på et *dualistisk* princip for relationen mellem national og international ret. Ifølge dette princip udgør international og national ret to adskilte sfærer, hvorfor de internationale normer ikke uden videre er en del af national ret. For at gøre internationale konventioner anvendelige i det danske retssystem kræves der særlige gennemførelsesforanstaltninger, ofte i lovform og i hvert fald med Folketingets godkendelse. Umiddelbart forekommer denne opfattelse at være baseret på et til dels cirkulært ræsonnement: Folketingets samtykke kræves ved indgåelse af internationale forpligtelser, til hvis opfyldelse Folketingets medvirken er nødvendig – da Folketingets medvirken til traktatindgåelse altså (undertiden) er nødvendig, kan sådanne traktater i princippet alene have retlige virkninger i den internationale sfære.



Det *demokratihensyn*, der ligger bag kravet om parlamentarisk kontrol med regeringens indgåelse af internationale forpligtelser, tilsiger imidlertid ikke nødvendigvis, at danske domstole og andre myndigheder skal være afskåret fra at anvende de normer, der er indeholdt i de faktisk indgåede konventioner (Zahle, 2001: 211-214). Kravet om folketingsstemt til regeringens ratifikation af en international konvention udspringer af andre overvejelser og tjener andre formål end dem, der er afgørende for, om en sådan konvention kan anvendes som retskilde af de nationale myndigheder, når den én gang er gyldigt ratificeret og trådt i kraft. Da er den forudsatte parlamentariske kontrol allerede blevet udøvet, og det demokratihensyn og det ønske om reel parlamentarisk indflydelse, der bærer grundlovens § 19, er for så vidt tilgodeset. Andre demokratihensyn – herunder kvalitative synspunkter vedrørende beskyttelsen af menneskerettigheder – kan da tilsige, at eksisterende, gyldigt indgåede konventioner bliver håndhævet i national ret, uanset om lovgivningsmagten har truffet særlige foranstaltninger til at gennemføre disse internationale forpligtelser i dansk ret.

Dette er i særlig grad tilfældet, hvor de internationale normer har den dynamiske karakter, der kendetegner konventioner om menneskerettigheder. Da kan man ikke én gang for alle fastslå, hvad der er konventionens normative indhold, og derpå omsætte den til passende national lovgivning. Hermed øges risikoen betragteligt for, at national ret ikke bliver holdt ajour med det normindhold, som konventionen løbende bliver tillagt af de internationale organer, der er oprettet for at fortolke konventionen som led i kontrollen med staternes overholdelse af den, for eksempel Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

I et vist, måske endog betydeligt, omfang afhjælpes dette problem derved, at der i juridisk teori og i retspraksis har udviklet sig forskellige modifikationer af det dualistiske princip. Den førnævnte diskussion og usikkerhed om internationale konventioners status i dansk ret angår primært rækkevidden af disse modifikationer. Selve eksistensen af denne usikkerhed har været et væsentligt argument for at søge den retskildemæssige situation afklaret ved formel *inkorporering* af de vigtigste konventioner om menneskerettigheder (Betænkning nr. 1220/1991: 112 og 146). Især i tidligere retspraksis har der været en tilbøjelighed hos danske domstole til at behandle ikke-inkorporerede konventioner på en måde, der gjorde det vanskeligt at gennemskue de retskildeprincipper, man benyttede sig af (Vedsted-Hansen, 2002: 217-219). En sådan beslutningsform kunne måske tyde på, at der her undertiden var tale om ræsonnementer, som domstolene ikke ville eller ikke kunne artikulere i fuldt omfang. I hvert fald kan den retskildemæssige usikkerhed ses som indikator på, at der har været behov for mere systematisk politisk stillingtagen, ikke blot for at skabe øget gennemskuelighed og forudsigelighed i anvendelsen af internationale normer, men tillige for at etablere en *politisk legitimation* af denne – tilsyneladende uhjemlede – anvendelse af internationale normer i det danske retssystem.

### **Inkorporering af menneskerettigheder: Reel beskyttelse eller symbollovgivning?**

De modifikationer af det traditionelle dualistiske retskildeprincip, som sker i og med anvendelsen af internationale normer som del af det nationale beslutnings-



grundlag, bliver ophævet eller irrelevante, hvis de internationale konventioner inkorporeres i dansk ret. Når det er blevet aktuelt at inkorporere menneskerettigheder, er det sandsynligvis navnlig som reaktion på de ovenfor omtalte problemer. Således gav det udvalg, der skulle overveje og forberede inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i 1992, udtryk for, at uenigheden om, hvilken status konventionen tidligere havde i dansk ret, blandt andet kunne tænkes at hænge sammen med kortfattede domsbemærkninger formuleret på den måde, at en påberåbt konvention "ikke ses at kunne føre til et andet resultat end det, der følger af en fortolkning af dansk ret" (Betænkning nr. 1220/1991: 65). Udvalget pegede i den forbindelse på, at domstolsafgørelser, der uden nærmere begrundelse blot fastslår, at et fremført menneskerettighedsargument ikke er bæredygtigt, kunne skabe det indtryk, at dette ikke kun var gældende i den konkrete sag, men generelt for juridiske argumenter af denne karakter.

Inkorporering af en konvention sker normalt gennem vedtagelse af en lov, der i form af henvisning gør de pågældende konventionsbestemmelser til danske regler på niveau med almindelig lovgivning. Det er naturligvis et selvstændigt (rets)politisk spørgsmål, om internationale konventioner om menneskerettigheder gennem formel inkorporering bør tillægges status som del af national ret, og i så fald om det skal ske med rang af almindelig lov eller på grundlovsniveau. Mens den sidstnævnte løsning uden tvivl indebærer en betydelig grad af fastlåsnings af de efterfølgende politiske beslutningsmuligheder (jf. Christensen, 2003: 22-25), vil inkorporering på niveau med almindelig lovgivning opretholde lovgivningsmagtens frihed til at vedtage efterfølgende lovændringer, hvis der er politisk ønske om at indføre en national retstilstand, der bryder med den inkorporerede menneskerettighedskonvention. Til trods herfor har der været kraftigt fokus på magtbalancen mellem lovgivningsmagt og domstole – og dermed grænsen mellem, hvad der skal være politiske henholdsvis retlige beslutninger – i forbindelse med diskussionerne om inkorporering af konventioner om menneskerettigheder i dansk ret. Som påvist andetsteds er magtbalanceproblematikken blevet overfokuseret med tab af vigtige nuancer til følge (Koch m.fl., 2004).

Med hensyn til de politiske overvejelser, der er relevante i forhold til spørgsmålet om inkorporering af menneskerettighedskonventioner, finder jeg det værd at fremhæve, at formel inkorporering ved lovgivning udstyrer de nationale myndigheders anvendelse af internationale normer som del af retskildegrundlaget med en højere grad af såvel demokratisk *legitimitet* som juridisk *gennemskuelighed*. Mens de modifikationer af det dualistiske udgangspunkt, der som nævnt har udviklet sig i teori og retspraksis, både har usikker normativ basis og uklar retskildemæssig gennemslagskraft, kan formel inkorporering bidrage til afklaring i begge henseender. Man opnår herigennem udtrykkelig tilslutning fra lovgivningsmagten til selve anvendelsen af internationale normer i det nationale retssystem. Samtidig bliver der som led i denne lovgivningsproces anledning til at tage mere direkte stilling til en række af de praktiske og principielle spørgsmål, der vil opstå i relation til menneskerettighedernes generelle fortolkning, deres anvendelse i de konkrete beslutningssituationer samt deres gennemslagskraft i forhold til eventuelt modstridende regler i den øvrige danske lovgivning.



Under forberedelsen af loven fra 1992 om inkorporering af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention blev det da også anført, at selv en lov, der alene tilsigtede at kodificere den retstilstand som domstolene allerede havde fastslået, ville have den klare fordel at skabe et udtrykkeligt lovmæssigt grundlag for anvendelse af konventionen. Dermed ville konventionens status i retssystemet blive åbenbar, og en inkorporering ville kunne føre til bedre retsbeskyttelse af den enkelte borger (Betænkning nr. 1220/1991: 147 og 193). Ligeledes henviste det i 1999 nedsatte udvalg vedrørende eventuel inkorporering af nogle FN-konventioner om menneskerettigheder til, at en sådan inkorporering vil synliggøre konventionernes stilling som retskilde i dansk ret. Ifølge dette udvalg vil man med lovgivningsmagts tilslutning opnå en klargøring af grundlaget for den gældende retspraksis, hvilket menes at kunne have betydning for konventionernes anvendelse i praksis. Med henvisning til den stadig eksisterende usikkerhed om, hvordan danske domstole vil forholde sig i tilfælde af konflikt mellem en national lov og en ikke-inkorporeret konvention, pegede udvalget desuden på, at inkorporering vil give domstole og andre myndigheder et lovbestemt grundlag for om nødvendigt at tilsidesætte en lovbestemmelse, som må anses for at være i strid med en inkorporeret konvention (Betænkning nr. 1407/2001: 140-141).

I december 2003 blev det offentligt kendt, at regeringen har besluttet ikke at følge det seneste inkorporeringsudvalgs enstemmige anbefaling af at inkorporere foreløbigt tre af de overvejede FN-konventioner. Ifølge Justitsminister Lene Espersens forklaring i *Politiken* 17.12.2003 bygger beslutningen på den betragtning, at inkorporering er "juridisk unødvendig" og derfor blot vil have "symbolsk karakter". Det forekommer i sig selv bemærkelsesværdigt, at en regeringsbeslutning af så forholdsvis principiel karakter ikke er blevet meddelt officielt, men indtil videre udelukkende fremgår af ministerudtalelser til et dagblad, så vidt vides på baggrund af den aflyste folketingsbehandling af et privat beslutningsforslag om inkorporering af FN's børnekonvention i dansk ret.<sup>2</sup> Bag beslutningen ligger formodentlig det synspunkt, at konventionerne ikke forpligter os til at inkorporere dem i dansk ret, men kun til at sikre den indholdsmæssige overensstemmelse mellem dansk lovgivning og konventionerne. Da der foretages vurderinger heraf både i forbindelse med tiltrædelsen af konventionerne og løbende i forbindelse med fremsættelse af lovforslag, kan regeringen formelt hævde, at Danmark allerede efterlever konventionernes krav, selvom de ikke er inkorporeret. Desuden skal man have henvist til, at FN-konventionerne om menneskerettigheder ifølge domstolspraksis allerede i dag er en relevant retskilde, idet de anvendes af danske domstole uden at være inkorporeret. Når det forholder sig på denne måde, anser regeringen det angiveligt hverken for retligt nødvendigt eller politisk hensigtsmæssigt at foretage formel inkorporering af konventionerne i dansk ret.<sup>3</sup>

En sådan begrundelse for at afvise forslaget om inkorporering afspejler i realiteten to forskellige argumentationslinjer, som ikke uden videre er indbyrdes forenelige. På den ene side hævdes det, at inkorporering er juridisk unødvendig, hvilket i sig selv må betragtes som diskutabelt, jf. ovenfor. På den anden side angives det at være politisk uhensigtsmæssigt at inkorporere konventionerne. Dette må uundgåeligt ses i lyset af de politisk artikulerede betænkeligheder ved såvel



domstolenes rolle i konventionsanvendelsen som selve konventionernes indholdsmæssige rækkevidde. Der er samtidig en påfaldende lighed mellem de argumenter vedrørende uændret magtbalance mellem lovgivningsmagt og domstole, som er blevet fremført i forbindelse med inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, og de aktuelle argumenter imod overhovedet at inkorporere (yderligere) konventioner: Begge synspunkter er båret af overdreven tillid til lovgivningsmagts evne til på egen hånd at drage omsorg for, at Danmarks internationale forpligtelser på menneskerettighedsområdet bliver opfyldt – og en tilsvarende fornægtelse af, at der kan opstå problemer i så henseende som kun kan løses i retsanvendelsen, dvs. ved afgørelsen af konkrete normkonflikter. Nok forudsætter man nu officielt, at domstolene kan anvende konventionsbestemmelser som grundlag for denne konfliktløsning. Men man forklarer ikke nærmere, hvad der er domstolenes juridiske grundlag herfor, og man tager ikke politisk stilling til, efter hvilke retningslinier disse skal afgøre genuine konflikter mellem internationale konventioner og dansk lovgivning. Tværtimod mere end antyder regeringen, at sådanne konflikter nok ikke vil forekomme.

### **Menneskerettigheder på bekostning af demokratisk indflydelse?**

Selvom der som sagt opnås en demokratisk legitimering ved formel inkorporering af menneskerettighedskonventioner, vil disse rettigheder stadig være genstand for fortolkning i nationale domstole og internationale kontrolorganer såsom Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Det indebærer en betydelig udvikling af beskyttelsens omfang over tid i kraft af det, der normalt betegnes som *dynamisk fortolkning*. Rationalet bag denne fortolkningsstil hos kontrolorganerne er, at den i en række henseender vil være nødvendig for at sikre, at konventionen trods sin alder og tilblivelsesbaggrund stadig kan være relevant som et internationalt instrument, der sikrer effektiv og reel beskyttelse af menneskerettighederne under *present-day conditions* (Lorenzen m.fl., 2003: 45-47).

Nogle iagttagere betragter dette som det egentlige demokratiske legitimitetsproblem, som ikke kan løses ved inkorporering af konventionen. Den dynamiske fortolkningsstil hævdes at skabe retsusikkerhed, idet den kan gøre det vanskeligt eller umuligt at forudse morgendagens retstilstand. Som det skræmmende perspektiv er det blevet hævdet, at der vil opstå en europæisk elite af dommere ved EF-Domstolen og Menneskerettighedsdomstolen, der sammen med nationale forfatnings- og højesteretsdommere vil udvikle en fælles retskultur ved dynamiske eller *creative* fortolkninger (Nielsen, 2001: 176-179). Ifølge denne udlægning kan resultatet blive juridisk selvforherligelse og foragt for demokratiet. At dette fremstilles som en reel risiko kan i og for sig ikke undre, eftersom menneskerettighederne i samme sammenhæng bliver karakteriseret som "nærmest ... en religion", en "nyreligiøsitet" som er godt på vej til at flytte magten fra de folkevalgte parlamenter til en lille dommerelite (Nielsen, 2001: 147, 179).

I realiteten er den dynamiske konventionsfortolkning dog langt fra så uforenelig med de demokratiske idealer, som skræmmebilledet skal vise. Når Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol skal tage stilling til, hvad en given konventionsbestemmelse må rumme af beskyttelse under *present-day conditions*, anvendes



der normalt en slags dobbelt-komparativ metode, som forankrer fortolkningen i allerede eksisterende retlige normer. Det undersøges da, hvordan det foreliggende spørgsmål er reguleret i andre konventioner af betydning for spørgsmålet, og ikke mindst om der eksisterer en fælles retsopfattelse eller egentlig konsensus mellem de europæiske stater, der har tilsluttet sig EMRK (Lorenzen m.fl., 2003: 47). Der er altså ikke tale om nogen rent friretlig kreativitet fra Domstolens side. Noget andet er, at dens anvendelse af metoden i konkrete afgørelser selvsagt – som al anden juridisk virksomhed – kan og bør gøres til genstand for kritisk refleksion, hvad den faktisk også i vidt omfang bliver gennem diskussioner blandt teoretikere og praktikere på dette retsområde.

Ligeledes må det medgives, at der ved fortolkning af bestemmelser som dem, der ofte findes i internationale konventioner, kan være en vis risiko for uforudsigelighed, og at risikoen er større og vel også kvalitativt anderledes end det, der traditionelt har præget den nationale retsudvikling i Danmark. Dette er dog ikke udelukkende tilfældet for konventioner på menneskerettighedsområdet, og den manglende forudsigelighed kan bero på flere forskellige forhold. At de menneskeretlige konventioner skulle have quasi-religiøs karakter er næppe nogen relevant forklaring på problemet.

Når Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol skal tage stilling til, *hvor* megen dynamisk fortolkningsvirksomhed man vil udfolde for at give konventionen et effektivt beskyttelsesindhold i forhold til en konkret sag, spiller en række til dels meget konkrete faktorer ind. Ud over den aktuelle bestemmelses præcisionsgrad og de førnævnte komparative elementer – dvs. eksistensen af et sammenfaldende eller dominerende mønster i international og national ret – kan det have betydning, om den indklagede stat tidligere har fået mulighed for at ordne det pågældende problemområde. Er der tale om et forhold fra statens side, som ikke klart indebærer brud på konventionen, vil Menneskerettighedsdomstolen – især hvis problemet indebærer valg mellem forskellige løsningsmuligheder – som udgangspunkt indrømme staten en *margin of appreciation*, dvs. et råderum, som statens myndigheder kan udfylde ved at træffe foranstaltninger med henblik på at regulere området under respekt af konventionens grundlæggende principper.

Hvis en sådan retlig margin herefter ikke benyttes af staten til at træffe de nødvendige politiske beslutninger, kan marginen blive indsnævret i eventuelle efterfølgende sager om samme problem. En sådan beslutningsdynamik har eksempelvis vist sig i en række sager, hvor spørgsmålet var om artikel 8 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (om respekt for privatliv og familieliv m.v.) indebærer en pligt for staten til at anerkende transseksuelles kønsskifte i form af ændring af identitetsangivelsen i civile registre. Efter at have frifundet Storbritannien i flere tilfælde, hvor post-operative transseksuelle havde klaget over manglende juridisk anerkendelse af deres nye køn, statuerede Menneskerettighedsdomstolen i juli 2002, at den indklagede stat nu havde opbrugt sin *margin of appreciation* ved ikke at træffe de foranstaltninger, som måtte kræves til opfyldelse af artikel 8. Domstolen henviste til sine gentagne udtalelser i de tidligere sager om vigtigheden af at overveje passende juridiske foranstaltninger på dette område og til, at der reelt intet var besluttet i så henseende. På den baggrund fandt



Domstolen, at den britiske regering ikke længere kunne "claim that the matter falls within their margin of appreciation, save as regards the appropriate means of achieving recognition of the right protected under the Convention. Since there are no significant factors of public interest to weigh against the interest of this individual applicant in obtaining legal recognition of her gender re-assignment, it reaches the conclusion that the fair balance that is inherent in the Convention now tilts decisively in favour of the applicant" (Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 11.07.2002: *Christine Goodwin v UK*, para. 93). Som følge heraf fandtes konventionens artikel 8 krænket ved den manglende respekt for klagerens ret til privatliv.

Den indklagede regering havde altså fået chancen for at opfylde sine internationale forpligtelser på dette område, men ikke udnyttet den, hvorefter Menneskerettighedsdomstolen nu pålagde staten at træffe de nødvendige foranstaltninger ved at erklære passiviteten konventionsstridig – men stadig med respekt for statens adgang til selv at beslutte, hvilke midler den ville anvende for at opnå den krævede ændring af forholdene. En sådan tilgang til udøvelsen af retlig kontrol med politiske beslutninger er ikke ukendt fra danske domstole. Hvis lovgivningsmagten bevidst efterlader et spørgsmål uafklaret eller undlader at foretage tilstrækkelig afklaring heraf, kan det være medvirkende årsag til, at domstolskontrollen bliver intensiveret, som det for eksempel synes at være sket med hensyn til en række beslutninger om udvisning af udlændinge gennem de seneste fem år (Koch m.fl., 2004: kapitel 6). Ræsonnementet bag en sådan intensivering af domstolskontrollen er formentlig, at når der eksisterer politiske beføjelser til at gennemføre bestemte foranstaltninger – blandt andet vedrørende menneskerettigheder – så følger hermed også en forpligtelse til at udøve denne politiske magt. Lever lovgivningsmagten ikke op til den forpligtelse, vil domstolene under visse omstændigheder overtage beslutningen helt eller delvist.

Det er i den forbindelse formentlig nødvendigt at acceptere, at nogle spørgsmål ikke *kan* afgøres definitivt gennem politiske beslutninger på lovgivningsniveauet. Selvom visse forhold som udgangspunkt bør reguleres generelt af lovgivningsmagten og faktisk bliver det, er det ikke dermed givet, at der legislativt kan tages højde for enhver situation, der i fremtiden kan foreligge til bedømmelse efter den én gang vedtagne regel. Det er derfor efter min opfattelse langt fra dækkende at beskrive den retlige beslutningssituation på den måde, at dommeren blot skal være "lovens mund" og udtale det, som lovgiver allerede har besluttet (Nielsen, 2001: 150). På visse retsområder, hvor der af gode principielle grunde er tradition for at insistere på klar og utvetydig lovhjemmel for de trufne afgørelser, passer beskrivelsen ganske udmærket, men på andre områder er den formentlig jævnt hen misvisende.

Menneskerettigheder kendetegnes ikke sjældent ved, at de bidrager til at definere den retlige beslutningsramme og strukturere løsningen af de konkrete konfliktsituationer, som uden en sådan normativ tilgang ville tage sig anderledes ud (Palmer Olsen, 2000: 35). Der forekommer mange retlige konflikter, hvis bedømmelse kommer til at bygge på helt forskelligartede forudsætninger – og hvis udfald måske ligeledes kan blive forskelligt – beroende på, om de relevante



menneskeretlige normer indgår i beslutningsgrundlaget eller ej. For eksempel kan spørgsmålet om anvendelse af tvangsbøder over for en enlig mor, der nægter at oplyse barnefarens identitet, anskues enten som teknisk håndhævelse af en oplysningspligt eller som en afvejning af morens integritet over for barnets.<sup>4</sup> En strid angående opgravning af et lig, begæret af en potentiel arving med henblik på udtagelse af en vævsprøve af den afdøde, kan tilsvarende bedømmes enten efter rent danske faderskabs- og ligsynsregler eller tillige under inddragelse af menneskeretlige regler om privatliv og identitet.<sup>5</sup> Andre eksempler er de kontroversielle sager vedrørende eksklusivaftaler. Det gør ubestrideligt en forskel, om man alene anskuer en afskedigelse, der er foretaget under henvisning til manglende opfyldelse af et krav om medlemskab af en bestemt faglig organisation, som et kontraktmæssigt anliggende mellem organisation og arbejdsgiver, henholdsvis arbejdsgiver og (tidligere) ansat, eller om man yderligere inddrager den afskedigedes eventuelt principielle begrundelse for at afslå organisationsmedlemskabet og kvalificerer denne begrundelse med den menneskeretligt beskyttede foreningsfrihed og afvejer et indgreb heri over for de hensyn, der ligger bag kravet om medlemskab.<sup>6</sup>

Pointen i disse eksempler er ikke, at der nødvendigvis er tale om en krænkelse af de påberåbte eller muligt relevante menneskerettigheder. Ej heller at disse konventionsnormer indebærer nogen absolut beskyttelse af de menneskerettigheder, der bliver gjort (eller kunne gøres) gældende i modsætning til den oplysningspligt, vævsprøveudtagelse henholdsvis afskedigelse, som muligvis har hjemmel i national dansk lovgivning. Eksemplerne vedrører netop *relative* menneskerettigheder, som i konventionerne er udformet på en sådan måde, at det er tilladeligt at foretage indgreb i de beskyttede interesser ud fra en række forskelligartede hensyn til modstående private eller offentlige interesser. Meningen er blot at pege på, at sådanne retlige konfliktsituationer vil tage sig forskelligt ud og måske tillige falde forskelligt ud, alt efter hvordan de defineres og kvalificeres juridisk. Det er næppe muligt på forhånd at fastsætte præcist i national lovgivning, på hvilken måde de internationale menneskeretlige normer vil have betydning for stillingtagen til sådanne konflikter. Dette må afgøres som led i den konkrete retsanvendelse, uanset at denne dermed let antager karakter af en form for retsdannelse. Det drejer sig ikke om, hvem der er "lovens mund", hvis loven slet ikke har mæle – i samme metafor kan det da snarere beskrives som et spørgsmål om, hvorvidt der skal føres tvetunget tale ved at foregive, at vi overholder internationale forpligtelser, mens dommeren alene taler i de vendinger, den nationale lovgivning har formuleret.

### **Afsluttende om menneskerettigheder, politik og religiøsitet**

Som nævnt i indledningen må der sondres mellem de reelle demokratiproblemer, der opstår i forbindelse med gennemførelsen af internationale menneskerettighedsforpligtelser i det nationale retssystem, og de mindre seriøse dele af den kampagne, der aktuelt føres imod menneskerettighederne. De reelle problemer er formentlig uundgåelige, for så vidt som de med en vis nødvendighed følger af menneskerettighedernes udspring og rationale: at skabe internationale retlige



grænser for den politiske magt på nationalt plan. Det udelukker dog ikke, at man kan søge at reducere konfliktpotentialer – både ved politisk at fastholde respekten for disse internationale forpligtelser som principielt udgangspunkt, og ved juridisk at respektere det ganske betydelige råderum, menneskerettighedskonventionerne i mange henseender giver de politiske beslutningstagere.

Hvad angår de mindre seriøse elementer i menneskerettighedsdiskursen, er der god grund til at nævne Søren Krarup som markant udtryk for det fundamentale opgør med menneskerettighederne. Krarup har fremstillet dem som "religiøst dogme", som "indholdet i den moderne afgudsdyrkelse" og som bærende i den "demokratisme", han har kritiseret siden 1968 (Krarup, 2000: 10). En ting er, at han med sin fremstilling i slående grad negligerer menneskerettighedernes politisk-historiske udspring såvel som deres reelle juridiske karakter og betydning. Noget andet og værre er, at han i tilslutning til sin religionsmetafor, hvor "menneskerettigheds-ideologien" sidestilles med farisæisme, trumfer kritikken med endnu en sammenligning: "Det tyvende århundredes excesser i kommunisme og nazisme er alle børn af denne farisæiske dæmoni, og menneskerettigheds-ideologien er kun dæmoniens seneste og måske mest forhærdede udslag" (Krarup, 2000: 28).

En komplicerende faktor er i den forbindelse, at der i den mere seriøse del af menneskerettighedskritikken som ovenfor illustreret undertiden benyttes religiøse begreber og metaforer, som kan minde om sprogbrugen hos de fundamentalistiske debattører, der herved unødigt kommer til at fremstå som diskursens ideologiske inspiratorer. Det mest bekymrende er dog nok, at der også fra formodningsvist seriøse deltagere i debatten kan fremkomme manipulerende argumenter, som kan være vanskelige at skelne fra den fundamentalistiske kritik. Som led i den ekspert-debat, der i begyndelsen af 2002 ikke mindst drejede sig om Det Danske Center for Menneskerettigheders hidtidige rolle og fremtidige eksistens, fremsatte Hjalte Rasmussen nogle ganske tankevækkende udtalelser om konventionernes betydning i den sammenhæng. Rasmussen havde kritiseret Centret for at afkorte den demokratiske debat ved i pressen kun at lade sig referere for uargumenterede påstande om muligt konventionsbrud og for at skabe en opfattelse af, at Danmark er bundet på hænder og fødder af de internationale konventioner. Da han på denne baggrund i et interview blev spurgt, om det da ikke var tilfældet, svarede han blandt andet: "Nej, overhovedet ikke. For det første kan vi opsig konventioner. Det er op til regeringen at bestemme, hvordan vores internationale anseelse skal se ud" (*Universitetsavisen* 2/2002: 8). Bortset fra, at dette ikke just kunne udgøre nogen kritik af den måde, hvorpå eksisterende konventionsforpligtelser var blevet fortolket, var det som politisk synspunkt temmelig virkelighedsfjernt og på linie med isolationistiske tendenser i dansk politik.

Senere i interviewet bevægede Rasmussen sig ind på nogle mere juridisk prægede synspunkter vedrørende konventionernes indhold, idet han kritiserede Centret for at fremstille tingene, som om reglerne er klare, ubetingede, gennemskuelige og enkle. Efter hans opfattelse forholdt det sig omvendt:

"... problemet er, at konventionerne er tvetydige. De ligger alle sammen i et juridisk ingenmandsland, hvor man kan gøre ét og være på lovens rette spor – og man kan gøre noget andet



og stadig holde sig inden for rammerne ... Man kan ikke bruge den retspraksis, der kommer ud af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol – dens fortolkning af eksempelvis privatliv, børns rettigheder, retten til retspleje og retten til at bruge sit sprog. Hvis den skulle anvendes som den blev skrevet i 1950, ville det betyde noget helt andet, end den betyder i dag. ... Det er en væsentlig del af den danske politiske diskurs at vide, at folkeretsinstrumenter altså ikke er Grundloven.”

Det skal ikke afvises, at der i advokatorisk øjemed kan forekomme nogle former for påberåbelse af menneskerettigheder, som med nogen rimelighed kan opfattes som quasi-religiøs. Og det kan ikke udelukkes, at menneskerettigheder undertiden udlægges på en sådan måde, at det i unødvendig grad må opfattes som en retlig begrænsning af det råderum, der eksisterer for politiske beslutninger. Ikke desto mindre må Søren Krarups fremstilling af menneskerettighedsbegrebet mane til forsigtighed med hensyn til anvendelsen af religions-metaforer i den menneskerettighedskritiske diskurs. Og hvis man juridisk vil kritisere bestemte ekspertfortolkninger af gældende konventioner, er det irrelevant at henholde sig til, at konventioner kan opsiges, ligesom det virker meningsløst at hævde at kontrolorganernes praksis aldrig kan give grundlag for en nogenlunde præcis fastlæggelse af, hvad der er “lovens rette spor”. Uden sådanne ekstremer i debatten ville der sandsynligvis være bedre udsigter for de overvejelser og den selvransagelse på både det politiske og det juridiske niveau, som er en nødvendighed for at få genetableret menneskerettighedernes oprindelige formål og betydning.

## Noter

1. Med begrebet menneskerettigheder sigtes der i det følgende til de grundlæggende rettigheder for individer og grupper, som er fastsat ved retligt bindende internationale traktater, dvs. menneskerettighedskonventioner. De grundrettigheder, som alene nyder beskyttelse i henhold til nationale forfatninger, falder således uden for denne definition af menneskerettighedsbegrebet.
2. Beslutningsforslag B 30 af 30.10.2003, Folketingstidende 2003-04, tillæg A s. 1494. Justitsministeriets hjemmeside ses ikke at indeholde oplysning om regeringsbeslutningen, jf. [www.jm.dk/wimpdoc.asp?page=dept&objno=44467](http://www.jm.dk/wimpdoc.asp?page=dept&objno=44467) (05.01.2004).
3. Hvad angår det sidstnævnte aspekt, sættes regeringens beslutning og den begrundelse, justitsministeren har givet herfor, i relief af mere åbenhjertige tilkendegivelser fra kredse, hvis indflydelse i denne sammenhæng næppe bør ignoreres. Som forklaring på sin tilfredshed med regeringens beslutning om at undlade inkorporering udtalte Dansk Folkepartis talsmand, Peter Skaarup, at “Det er et brud på tendensen til, at Danmark internationalt er duks og går foran med at opfylde internationale aftaler” (*Politiken* 17.12.2003).
4. Jf. *Ugeskrift for Retsvæsen*, 2003: 1409, hvor Østre Landsret ikke synes at have haft øje for, at håndhævelse af morens oplysningspligt kunne udgøre et indgreb i hendes ret til privatliv, som var omfattet af artikel 8 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og således formentlig måtte afvejes over for barnets modstående ret til oplysning om sin identitet, der ligeledes er beskyttet efter artikel 8.
5. Jf. *Ugeskrift for Retsvæsen*, 2002: 2619, hvor hverken Vestre Landsret eller Højesteret lader Den Europæiske Menneskerettighedskonvention indgå i beslutningsgrundlaget i en sag, der var anlagt efter den pågældendes død af en person, der mente at være afdødes søn. Også her kunne konventionens artikel 8 have relevans, idet den retlige konflikt angår beskyttelse af gravfreden over for den potentielle søns interesse i at få fastslået sin identitet (og sin arveret). Fraværet af konventionsovervejelser er så meget desto mere påfaldende, som Højesterets



flertal henviste til "almindelige grundsætninger om proportionalitet" som begrænsning af den lovhjemmel, man mente at have for indgrebet.

6. Jf. *Ugeskrift for Retsvæsen*, 1999: 1316 og 1496, hvor både Vestre Landsret og Højesteret foruden den danske foreningsfrihedslov inddrog artikel 11 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i bedømmelsen.

## Litteratur

Betænkning nr. 1220/1991. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret*, København.

Betænkning nr. 1407/2001. *Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret*, København.

Christensen, Jens Peter (2003). *Domstolene – den tredje statsmagt*, Århus: Magtudredningen.

Koch, Ida Elisabeth, Kristine Røberg, Sten Schaumburg-Müller og Jens Vedsted-Hansen (2004). *Menneskerettigheder og magtfordeling – domstolskontrol med politiske prioriteringer*, Århus: Aarhus Universitetsforlag (under udgivelse).

Krarup, Søren (2000). *Dansen om menneskerettighederne*, København: Gyldendal.

Lindholm, Tore (1998). "Verdenserklæringen av 1948 – et nybrottsverk", *Mennesker og Rettigheder*, 16. årgang, nr. 1, pp. 77-84.

Lorenzen, Peer, Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina Holst Christensen og Jens Vedsted-Hansen (2003). *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer*, 2. udgave, bind 1, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Nielsen, Gorm Toftegaard (2001): "Domstolene som den tredje statsmagt", pp. 147-80 i Gorm Toftegaard Nielsen (red.), *Parlamentarismen – hvem tog magten?*, Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Palmer Olsen, Henrik (2000). "Noget nyt og noget gammelt", pp. 21-38 i Retsvidenskabeligt Institut B (red.), *Grundrettigheder*, København: Jurist- Økonomforbundets Forlag.

Sørensen, Max (1973). *Statsforfatningsret*, 2. udgave ved Peter Germer, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Vedsted-Hansen, Jens (2002). "Internationale menneskerettigheder – national retspolitik", pp. 215-31 i Jens Evald og Sten Schaumburg-Müller (red.), *Om retspolitik*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Zahle, Henrik (2001). *Dansk forfatningsret 2. Regering, forvaltning og dom*, 3. udgave, København: Christian Ejlers' Forlag.