



Artikel af:

Thorbjørn Waal Lundsgaard
Juridisk rådgiver, Ph.d.-jur stipendiat
Litehouse Consult (2024)

Om kritikken af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

- en national løsning

Vi skal argumentere meget mere med retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) i danske domstole. Det er kun på den måde, vi kan imødegå kritikken af EMD.

I Danmark er EMD blevet kritiseret for at bestemme for meget og for at være for 'aktivistisk'. Den kritik kan imidlertid imødegås nationalt. Det kræver blot, at vi bidrager mere ved ganske enkelt at praktisere ret, som er i overensstemmelse med de nyeste standarder fra EMD's retspraksis.

Samtidig er vi i Danmark ikke vant til udelukkende at referere til domspraksis i vores processkrifter og afgørelser. Det er simpelthen ikke kutyme blandt danske retsadvokater at referere til EMD.¹

Det er et paradoks, fordi på den ene side kritiserer vi EMD, og på den anden side afviser vi den løsning, der ligger lige for. Ved at argumentere med opdateret praksis fra EMD sikrer vi ikke alene, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) fortolkes i dansk kontekst. Vi bidrager også på længere sigt til at opretholde en verdensorden, som er regelbaseret, og hermed inspirerer vi forhåbentlig andre til at gøre det samme.

For at løse dette paradoks er der behov for løbende at monitorere og forkynde, hvordan EMD's retspraksis udvikler sig. Og der er behov for en kulturændring blandt jurister, advokater og dommere, så de løbende indarbejder EMD's domme i den nationale praksis.

De tre mest udbredte kritikpunkter

Kritikken af EMD har længe været en del af den politiske debat, særligt når det kommer til spørgsmål om suverænitet og demokratisk beslutningstagning.

For nylig har skatteminister Rasmus Stoklund (S) argumenteret for, at EMD's beføjelser ikke er forenelige med demokratisk beslutningstagning.² Det gælder f.eks., når Danmark forhindres af EMD's praksis i at sende kriminelle udlændinge ud af landet i tråd med politiske ønsker.

Retsordfører Preben Bang Henriksen (V) havde en tilsvarende kritik i tiden op til Danmarks formandskab for Europarådet i 2017. Han udtalte, at det må være vores egne domstole, der skal udøve fortolkningerne og ikke en domstol i Strasbourg, der ligger langt fra den danske retsopfattelse.³

¹ Annika Frida Petersen, 'Accessing Late-Term Abortion Following Sexual Assault: Looking Inside the Danish Legal Black Box', *Nordic Journal of Human Rights*, 2022, 16-17; Næsborg-Andersen A, *Human Rights in National Administrative Law: Dissemination of Knowledge of Human Rights through Administrative Decisions* (1st edn, DJØF 2015).

² Rasmus Stoklund, 'Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol er blevet et stort problem' (DR Nyheder, (Deadline) 19 august 2024) <https://www.dr.dk/nyheder/politik/rasmus-stoklund-den-europaeiske-menneskerettighedsdomstol-er-blevet-et-stort> accessed [15. oktober 2024]

³ Domstol går over grænsen: Ida Thorsen, 'Domstol går over grænsen' (Nordjyske, 31. juli 2017) <https://nordjyske.dk/plus/domstol-gaar-over-graensen/3f0cd5a0-05c0-4d39-9137-99bbeeb05512> accessed [15. oktober 2024]; Demokratiet undermineres: Preben Bang Henriksen, 'Demokratiet undermineres' (Nordjyske, 31. juli 2017) <https://nordjyske.dk/plus/demokratiet-undermineres/43c0edc9-cc1e-4406-9120-de9aa4918f4c> accessed [15. oktober 2024].

Endvidere oplyste juraprofessor Mads Bryde Andersen i 2018, at: ”Danmark ikke behøver at følge domme, der afsiges over for andre stater af EMD”, og ”Danmark, når regeringen får en dom imod sig ved EMD, kan skrive følgende til domstolen: ”Vi har læst jeres dom med interesse. Vi agter ikke at følge den. Vi betaler selvfølgelig erstatning, men det her er en demokratisk beslutning. Vi vil ikke.”⁴

Det mest udbredte kritikpunkt er altså, at domme fra EMD griber ind i Danmarks suverænitæt.

Et andet udbredt kritikpunkt er, at EMD omtales som en "aktivistisk ret". Judiciel aktivisme er f.eks., når domstolene løbende udvikler ny politik i de domme, de afsiger. I Danmark er magten tredelt, dvs. at her er det alene Folketinget, der udvikler politik. Her har vi den opfattelse, at domstolene kun skal anvende retten. De skal ikke skabe den.

Domstolene skal imidlertid stadig, så at sige, udfylde hullerne i de love, som Folketinget vedtager. Vi kender det f.eks. fra reglerne om erstatning uden for kontrakt og fra forvaltningsretten.⁵ Og fra familieretssager, hvor det stort set er op til domstolene selv at skabe principperne for, hvordan retsnormen "barnets bedste" skal forstås. Der er altså en glidende overgang fra at skabe ret til blot at skabe principper for *fortolkning* af ret. Og det er her, kritikere af EMD mener, at EMD taber balancen.

Stoklund ser såmænd ud til at støtte grundlæggende menneskerettigheder, som de ser ud i EMRK's originale tekst; han mener blot, at EMD er gået for langt i fortolkningen, så EMD nu skaber ny ret og dermed udøver *judiciel aktivisme*, dvs. griber ind i Folketingets eneret.

Endelig er der det tredje kritikpunkt, nemlig at sagsbyrden ved EMD er enorm. Antallet af ansøgninger fra verserende klagere faldt i løbet af 2023 fra 74.650 til 68.450. Der blev afsagt domme i forbindelse med 6.931 ansøgninger (sammenlignet med 4.168 i 2022, en stigning på 66 %). En stor del af disse ansøgninger blev sammenlagt, hvilket betød, at det faktiske antal afsagte domme var 1.014, hvilket er et fald på 13 % sammenlignet med 2022. I 2022 og 2023 blev hhv. 22 og 12 sager mod Danmark taget op til behandling af EMD ud af hhv. 104 ansøgninger i 2022 og 91 i 2023. Domstolens manglende evne til at håndtere sagspuklen har igen og igen ført til reformer og deklamationer fra medlemsstaterne.

EMD opfattes altså som en domstol, der griber ind i nationale anliggender og overskrider de beføjelser, vi kender fra det danske retssystem. Kritikken handler om et opfattet *demokratisk underskud*, hvor ikke-demokratisk valgte dommere afsiger domme, der ikke nødvendigvis harmonerer med de danske traditioner.

⁴ I programmet ”Det Røde Felt, Rend mig i konventionerne (2)” på Radio 24syv den 12. november 2018. Og i Besvarelse af daværende justitsminister Søren Pape Poulsen på spørgsmål nr. 225 (Alm. del), af Folketingets Retsudvalg af den 4. december 2018. Spørgsmålet er stillet efter ønske fra Søren Søndergaard (ENL). REU, Alm.del - 2018-19 (1. samling).

⁵ Morten Broberg (2011): *Ingen over, ingen ved siden af... Folketinget*. I: *Advokaten* 7. Hentet 16. oktober 2024. Artiklen retter sig ganske vist mod EU-domstolen, men de principper, den behandler, er de samme for EMD.

Løsningen er ikke en "Stras-exit"

Kritikere af EMD ønsker, at Danmark skal melde sig helt ud af EMRK, den såkaldte "Stras-exit"-løsning. Det ville udfordre Danmarks medlemskab af EU og skabe en lang række nye problemer, og er desuden en unødvendig drastisk løsning. I stedet for at stikke halen mellem benene kan vi med fordel se indad i Danmark og bidrage til, at EMD får endnu bredere folkelig tilslutning. Vi kan netop ikke 'hoppe ind og ud af retsstaten som det passer os', som udtalt af Ole Spiermann, medlem af Advokatrådet og formand for Advokatrådets grundrettighedsudvalg.⁶

Vigtigheden af EMD i dansk ret udtrykkes således af Jonas Christoffersen, advokat, dr.jur.; René Offersen, advokat, skriver i Berlingske, den 25. september 2024:

"Når advokater folder menneskerettighedernes tæppe ud, får dommeren et bedre grundlag at stå på. Uden det fintmaskede net af retspraksis vil borgerne ofte stå svækkede over for myndighedernes ønske om at gribe ind i rettighederne."

Ifølge Tobias Stadarfeld Jensen, advokat hos Bonnez & Ziebe, er risikoen ved at vælge til og fra, når det kommer til efterlevelse af EMD-domme i Danmark, en dominoeffekt, "hvor flere lande vil følge trop og dermed underkende konventionen".⁷

Anvendelsen af praksis og standarder fra EMD blandt danske retsanvendere halter dog efter, også på trods af at Folketingets Ombudsmand tydeligt har tilkendegivet, at myndighederne *ex officio* - altså af sig selv - skal vurdere de menneskeretlige beskyttelser, når de anvender loven i konkrete sager, jf. FOB 05.425, FOB 1999.350 og FOB 04.525.

Derfor inviterer situationen til, at der sker et kulturskifte i Danmark i den måde, hvorpå vi arbejder med international ret. EMD bygger på retssystemet *common law*, mens vi i Danmark har såkaldt *civil law*. Denne pointe blev fremhævet af advokat og dr.jur. Jonas Christoffersen og advokat René Offersen i Berlingske den 25. september 2024: "Hvad står der i loven? er altid advokatens første spørgsmål." Vi skal altså lære at arbejde inden for rammerne af en anden retsfamilie.

Problemerne med Konventionen i Danmark skyldes især to forhold. Det ene er en manglende monitorering af, hvordan EMD-praksis udvikler sig. Det andet er en kultur blandt retsanvenderne, hvor EMD's praksis ikke løbende indarbejdes i dansk retspraksis.

Der er ikke etableret rutiner blandt danske retsanvendere for løbende at monitorere EMD's praksis. Retsanvendere skal have adgang til løbende opdateringer om overensstemmelsen mellem dansk

⁶ Ole Spiermann, 'Advokatrådet vender sig mod Rasmus Stoklunds opgør med international domstol' (Berlingske, 22. august 2024) <https://www.berlingske.dk/kommentarer/advokatraadet-vender-sig-mod-rasmus-stoklunds-opgoer-med-international> accessed [15. oktober 2024].

⁷ Rasmus Lehmann Hylleberg, 'Man kan jo overveje, hvor velresearchet bogen egentlig er' (K-News, 28. august 2024) <https://www.k-news.dk/artikler/man-kan-jo-overveje-hvor-velresearchet-bogen-egentlig-er>. Downloadet 15. oktober 2024.

retspraksis og domme fra EMD. Det ville i høj grad understøtte efterlevelsen af Konventionen ikke kun for jurister i staten, i nævn og råd m.m., men også for advokater og domstole. Og for den brede befolkning, hvis opbakning er afgørende for medlemskabet af Konventionen.

Den manglende monitorering af EMD-praksis i Danmark er en form for risikospil, fordi EMD-praksis kan løbe fra os. Mads Bryde Andersen har ret i, at vi ikke er forpligtede til at implementere alle domme fra EMD. Men det er i disse domme, at de løbende principper og standarder bliver udviklet. Derfor risikerer vi at krænke EMRK, når vi ikke gradvist tilpasser dansk ret til EMD-praksis.

I Danmark har vi Institut for Menneskerettigheder, der blandt andet skal ”varetage monitorering af og rapportering om menneskerettighedssituationen i Danmark”. Det er dog staten, der har pligten til at beskytte borgernes menneskerettigheder, fordi det er staten, der er bundet af aftalen.

Det er desuden ikke udbredt blandt retsanvendere i Danmark at gøre brug af referencer til EMRK eller til EMD's retspraksis.⁸ I nogen udstrækning er der heller ikke behov for det, da dansk lov er formuleret i overensstemmelse med EMRK. Selvom EMD's praksis løbende udvikler sig, kan domstolene håndtere det ved brug af formodnings- og fortolkningsprincipperne.

Danmark kan gøre mere for at skåne regionale domstole, såsom EMD, for sager, der med fordel kan løses i Danmark. Vores bidrag til den internationale retsorden kan delvist findes inden for vores egne grænser. Det kræver dog, at retsanvendere i Danmark stifter bekendtskab med og aktivt benytter praksis fra EMD. Således kan overensstemmelsen mellem dansk praksis og EMD-praksis kontinuerligt sikres.

Den nationale implementering er afgørende

Strasbourg anerkender generelt stater en skønsmargin, den såkaldte 'margin of appreciation'. Begrundelsen for denne skønsmargin er bl.a., at de nationale myndigheder er tættere på national praksis og kultur end Strasbourg-domstolen. Derfor er man nationalt bedre rustet til at foretage den konkrete vurdering af, hvilken vægt de forskellige hensyn bør tillægges i en afvejning af proportionalitet. Udgangspunktet er et princip om 'subsidiaritet', hvilket indebærer, at Strasbourg-domstolen ikke er en appelinstant, men blot skal sikre, at statens vurderinger ligger inden for rammerne af, hvad konventionen tillader.

EMD har om subsidiaritetsprincippet udtalt, at det påhviler *de nationale myndigheder* at afhjælpe enhver påstået krænkelse af EMRK, jf. *A og B mod Georgien (2022)*, nr. 73975/16, § 40.

⁸ Annika Frida Petersen, 'Accessing Late-Term Abortion Following Sexual Assault: Looking Inside the Danish Legal Black Box', *Nordic Journal of Human Rights*, 2022, 16-17; Næsberg-Andersen A, *Human Rights in National Administrative Law: Dissemination of Knowledge of Human Rights through Administrative Decisions* (1st edn, DJØF 2015).

Under Danmarks formandskab for Europarådet fra november 2017 til maj 2018 lagde regeringen op til, at det europæiske menneskerettighedssystem skulle effektiviseres. Det resulterede i Københavnerklæringen, der følger efter lignende erklæringer som Brighton fra 2012 og Bruxelles fra 2015. Disse deklARATIONER sigter mod at effektivisere Domstolen ved, at vi i Danmark skal blive bedre til selv at implementere menneskerettighederne. Med andre ord, hvis Danmark gør sit arbejde ordentligt, vil der ikke være sager, som skal prøves af EMD. Man opnår altså en bedre balance, når de nationale myndigheder tager deres rolle alvorligt og faktisk anvender Konventionen efter hensigten.

Regeringen under formandskabet, politikere og akademikere er således enige om, at sagspuklen ved EMD kan reduceres ved at praktisere princippet om subsidiaritet. Dette ideal forudsætter dog, at dommere og andre retsanvendere kommer på banen og faktisk gør brug af EMD i Danmark.

Det er ikke Danmark, der oversvømmer EMD med sager. Vi bør derfor have overskud til at udvikle en standardmodel for, hvordan EMD-praksis bedre inddrages i national praksis. Den model kan andre lande siden have glæde af. I Danmark har vi en uovertruffen hær af veluddannede retsanvendere, der sagtens kan klare udfordringen.

Danmarks rolle i den internationale retsorden: Suverænitet og samarbejde

Danmark er en lille nation i en verden med mange større nationer med mere magt. Vi har derfor en vedvarende interesse i at understøtte en fredelig verdensorden med forudsigelige regler, der bliver respekteret og overholdt. Således kan vi handle med andre lande indenfor garantien af vores internationale, regionale og bilaterale konventioner og aftaler.

Danmark har længe spillet en vigtig rolle i forhold til at skabe en verdensorden baseret på demokratiske retsstatsprincipper og grundlæggende frihedsrettigheder. Tidlige bidrag er blandt andet personificeret af Georg Cohn (1887-1956), som underskrev Genève-konventionen for Danmark i august 1949, og som i øvrigt har fået opkaldt Kap Georg Cohn i Grønland efter sig, Max Sørensen (1913-1981), som var Danmarks første dommer ved EMD og sidenhen dommer ved Den Internationale Domstol, og Alf Ross (1899-1979), som er kendt for sit indflydelsesrige arbejde med juridisk teori.

Også i dag bidrager vi til en regional og international retsorden, bl.a. gennem vores medlemskab i Europarådet, hvor EMD hører til. Her har vi som et af 46 medlemslande indflydelse på udfaldet og implementeringen af domme fra EMD. Domstolen repræsenterer en afgørende hjørnesteen i det paneuropæiske samarbejde. Den sætter en fælles standard for menneskerettigheder og styrker samarbejdet mellem de europæiske lande.

Den tidligere franske modstandsmand, politiker og professor Pierre-Henri Teitgen udtalte i 1949 til Europarådets forsamling:

“Democracies do not become Nazi countries in one day. Evil progresses cunningly, with a minority operating, as it were, to remove the levers of control. One by one, freedoms are suppressed, in one sphere after another... it is necessary to intervene before it is too late. A conscience must exist somewhere which will sound the alarm to the minds of a nation menaced by this progressive corruption.”

Selvom EMD træffer afgørelser, der kan påvirke og ændre nationale love, er den ikke en lovgivende institution. Ifølge Teitgen er EMD en manifestation af Europas samvittighed, og den ændrer ikke medlemsstaternes love, men vurderer derimod, om en stat har overtrådt de rettigheder, der er garanteret i Konventionen.

Når EMD finder en overtrædelse, har den enkelte medlemsstat pligt til at rette op på denne. Det kan være nødvendigt at bringe national lov eller praksis i overensstemmelse med EMD. EMD kan ikke beordre en stat til, hvordan den præcis skal tilpasse sine love, men kræver blot, at stater selv bringer deres praksis i overensstemmelse med Konventionen.

De forpligtelser, som Danmark har til at implementere EMD's løbende afgørelser, stammer fra de aftaler, vi frivilligt har indgået. Når medlemsstater ændrer love på baggrund af en EMD-dom, gør de det for at opfylde deres internationale traktatforpligtelser og for at vise, at de er en pålidelig aftalepartner. Afgivelse af denne form for suverænitet er en naturlig del af det internationale samarbejde, så vi kan påvirke og være en del af den internationale retsorden.

Teitgen er ofte omtalt som en af grundlæggerne af EMRK, og om sin tid i en tysk krigsfangelejr under Anden Verdenskrig udtalte han, at den eneste suverænitet, der er værd at dø for, er suveræniteten af retfærdighed og lov.⁹ Siden tilblivelsen af EMD har det været hensigten, at EMD skal være et ”living instrument”; et levende instrument. Det var Teitgen selv med til at slå fast i dommen *Tyrer v. United Kingdom* (1978). "Living instrument" betyder, at EMRK skal vurderes 'i lyset af nutidige forhold,' ud fra en aktuel fortolkning og anvendelse af EMRK.¹⁰

Netop doktrinen om det levende instrument har haft afgørende indflydelse på, at dødsstraf er afskaffet i Europa, samt på beskyttelsen af ytringsfriheden, styrkelsen af retten til en retfærdig rettergang, LGBTQ+-rettigheder og beskyttelsen mod tortur og umenneskelig behandling.¹¹

⁹ Collected edition of the “Travaux preparatoires” 48-50 (1975).

¹⁰ Se *Christine Goodwin v United Kingdom* (2002) 35 EHRR 18, § 75.

¹¹ EMD har bidraget til afskaffelse af dødsstraf i Europa: Protokol nr. 6, som trådte i kraft i 1985, forbyder dødsstraf i fredstid, og Protokol nr. 13 (2003) udvidede forbuddet til alle omstændigheder, herunder krigstid., beskyttelse af ytringsfriheden blandt andet i *Handyside v. UK*, 1976, hvor det blev fastslået at ytringsfriheden også gælder idéer, der "fornærmer, chokerer eller forstyrrer staten eller en hvilken som helst del af befolkningen;" og *Sunday Times v. UK*, 1979, hvor EMD understregede, at pressefrihed er essentiel i et demokratisk samfund, styrkelse af retten til en retfærdig rettergang, *Salduz v. Tyrkiet*, 2008, hvor standarden blev sat for retten til juridisk bistand under politiafhøringer; *Mammadov v. Aserbajdsjan*, 2019, som forstærkede retfærdig rettergang standarder ved at adressere vilkårlig tilbageholdelse af en politisk modstander., LGBTQ+-rettigheder, *Dudgeon v. UK*, 1981 som afkriminaliserede homoseksualitet i Nordirland; *Oliari og andre v. Italien*, 2015, hvor EMD fastslog, at Italiens manglende anerkendelse af homoseksuelle forhold var en krænkelse af retten til respekt for privat- og familieliv; beskyttelse mod tortur og

Det er et levende samfund, der fra tid til anden debatterer alle aspekter af international indflydelse i Danmark. Opsummerende er det dog ikke gratis at være en del af et internationalt fællesskab. Derfor giver det mening at bidrage.

Kildeangivelse af artiklen

Lundsgaard, T. W. (2024). *Om kritikken af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol - en national løsning*. Litehouse Consult: www.lighthouseconsult.dk.

umenneskelig behandling, *Soering v. UK*, 1989, som slog fast, at udlevering til et land, hvor en person risikerer dødsstraf, kan krænke artikel 3, og *Chahal v. UK*, 1996, som forhindrede deportation af personer til et land, hvor de risikerer at blive tortureret.