

# MENNESKERETTIGHEDER, DEMOKRATI OG MAGTFORDELING

## BAGGRUND OG PROBLEMSTILLING

I forbindelse med inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) i 1992 stod det centralt i debatten, hvorvidt en sådan ændring af konventionens status i dansk ret ville påvirke magtfordelingen mellem lovgivningsmagt og domstole, og hvordan en sådan påvirkning i givet fald ville foregå. Som indvending mod at inkorporere konventionen blev der henvist til faren for, at dette skulle medføre en *magtforskydning* fra den lovgivende til den dømmende magt. Det centrale argument herfor var, at domstolene gennem selvstændig fortolkning af konventionens bestemmelser kunne komme til at svække eller endog fortrænge lovgivningsmagten – dvs. regeringen og Folketinget – som den instans, der tager stilling til gennemførelsen af internationale forpligtelser i dansk ret.<sup>1</sup>

Denne forfatningsmæssige problemstilling søgte man i forarbejderne til loven om inkorporering af EMRK<sup>2</sup> at tage højde for ved en udtrykkelig forudsætning om, at domstolene ikke på grundlag af den inkorporerede konvention skulle blive *selvstændigt retsskabende*. Retspraksis måtte altså ikke begynde at udvikle sig på den måde, at danske domstole egenhændigt ville fastlægge konventionsbestemmelsernes indhold og rækkevidde. Der blev med andre ord lagt op til en betydelig grad af *tilbageholdenhed* fra domstolens side, uden at denne tilbageholdenhed dog blev beskrevet eller begrundet i særligt præcise vendinger i inkorporeringslovens forarbejder.

Ud fra et magtperspektiv har det på den baggrund været nærliggende at undersøge, om denne forudsætning for inkorporeringen af EMRK i 1992 er blevet respekteret i praksis, og hvilke konsekvenser den har haft for de danske myndigheders – først og fremmest domstolens – anvendelse af konventionen. Et vigtigt spørgsmål er i den forbindelse, om inkorporeringen uanset forudsætningen om tilbageholdenhed har påvirket den måde, hvorpå EMRK anvendes i dansk ret, og den vægt konventionsbestemmelserne tillægges ved eventuel konflikt med almindelig dansk lovgivning. Anderledes

udtrykt: Var forudsætningen om domstolenes tilbageholdenhed i strid med selve formålet med at inkorporere EMRK, og har en sådan modstrid i givet fald svækket den inkorporerede konventions gennemslagskraft som en del af det danske retssystem?

Debatten om, hvorvidt og hvordan anvendelsen af internationale konventioner om menneskerettigheder i dansk ret påvirker magtfordelingen mellem lovgivningsmagt og domstole, må ses i sammenhæng med helt principielle problemstillinger vedrørende menneskerettighedernes forhold til demokratibegrebet. Disse problemstillinger, som angår forholdet mellem demokratiske flertalsbeslutninger og beskyttelsen af enkeltpersoners og gruppers grundlæggende rettigheder, beror på det historisk-juridiske faktum, at internationale menneskerettighedsnormer nødvendigvis må udgøre en skranke for – og stille krav til – de politiske beslutninger, der træffes inden for de enkelte stater. Dette er ikke nogen tilfældighed, idet selve meningen med det *internationale* system til beskyttelse af menneskerettigheder, som blev etableret i årene efter anden verdenskrig – dels i FN-regi, dels i regionale organisationer som Europarådet – var at skabe *retlige* grænser for den politiske magt.

Nogle af de grundlæggende menneskerettigheder var ganske vist blevet juridisk sikret i mange af de nationale forfatninger, der fulgte efter revolutionerne i 1700- og 1800-tallet, men grundrettighederne forblev her netop et *nationalt* anliggende.<sup>3</sup> Denne form for regulering havde vist sine fatale svagheder under 1930'ernes totalitære diktaturer, hvilket var den afgørende årsag til, at man efter disse regimers fald etablerede et internationalt forankret system til beskyttelse af grundlæggende menneskerettigheder – og dermed af selve demokratiet. De ændrede forfatningsretlige og 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.<sup>4</sup>

I forhold til det tidligere system, hvor grundrettighedsbeskyttelsen var bundet til de nationale forfatninger, blev efterkrigstidens internationale menneskerettighedssystem baseret på tre centrale nydannelser:

- De grundlæggende rettigheder blev fastsat i juridisk bindende *internationale aftaler*, dvs. den juridiske sikring af enkeltpersoners og gruppers rettigheder blev knyttet til folkeretlige forpligtelser for staterne.

- Der blev oprettet *internationale kontrolorganer*, som under forskellige former har til opgave at føre kontrol med, at staterne også i praksis opfylder disse folkeretlige forpligtelser.
- I forhold til visse af de internationale kontrolorganer blev der indført *individuel klageadgang* for personer, som er undergivet staternes jurisdiktion, men ikke mener sig tilstrækkeligt beskyttet af det nationale retssystem.

Etableringen af et internationalt system til beskyttelse af menneskerettighederne løste imidlertid ikke spørgsmålet om, hvordan de vedtagne konventioner skal gennemføres i de enkelte landes retssystemer, herunder hvilke nationale myndigheder der har kompetence til og ansvar for gennemførelsen af de internationale normer. Dette har affødt nogle væsentlige problemstillinger i relation til magtfordelingen på nationalt plan, og det er dem, som skal undersøges nærmere i denne bog.

#### IKKE - INKORPOREREREDE MENNESKERETTIGHEDER – ET JURIDISK INGENMANDSLAND?

Udgangspunktet for debatten om, hvordan internationale menneskerettighedsnormer skal gennemføres i dansk ret, har været den traditionelle forfatningsretlige opfattelse, hvorefter grundlovens § 19 skulle nødvendiggøre særlige gennemførelsesforanstaltninger, for at internationale konventioner – herunder konventioner om menneskerettigheder – kan påberåbes over for danske myndigheder, og for at de kan anvendes ved afgørelsen af sager ved danske domstole. Dette har afstedkommet usikkerhed i retspraksis og diskussion i den juridiske teori om, hvorvidt internationale normer alligevel kan anvendes af danske myndigheder, og under hvilke betingelser myndighederne da kan og eventuelt skal anvende konventionerne, *uanset* om der er truffet sådanne foranstaltninger til at omforme dem til national ret. Eksistensen af denne usikkerhed har været et væsentligt argument for at søge retstilstanden afklaret ved formel *inkorporering* af en eller flere af de mest centrale konventioner om menneskerettigheder.<sup>5</sup>

Det forfatningsretlige grundlag for denne problemstilling skal ikke tages op til nærmere undersøgelse på dette sted, men kunne dog nok fortjene genovervejelse. Således omhandler bestemmelsen i grundlovens § 19, stk. 1, 2. pkt. regeringens kompetence i udenrigspolitiske anliggender. Denne kompetence er begrænset på den måde, 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 uden videre kan anvendes af danske domstole og administrative myndigheder, og at de derfor heller ikke kan påberåbes af enkeltpersoner over for disse myndigheder.<sup>6</sup> Det underliggende synspunkt er, at grundloven med sit krav om Folketingets medvirken ved statens indgåelse af internationale forpligtelser bygger på et *dualistisk* princip for relationen mellem national og international ret.<sup>7</sup> Ifølge dette princip udgør international ret 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 må der træffes særlige gennemførelsesforanstaltninger, ofte i lovform og i hvert fald med Folketingets godkendelse.

Det forhold, at der kræves samtykke fra Folketinget til regeringens *ratifikation* af en international konvention, behøver imidlertid ikke nødvendigvis at være bestemmende for, hvorvidt konventionsnormerne kan indgå som *retskilde* ved afgørelsen af konkrete sager hos de nationale myndigheder, efter at konventionen er gyldigt ratificeret og trådt i kraft.<sup>8</sup> Det *demokratihensyn*, der uden tvivl ligger bag kravet om forudgående parlamentarisk kontrol med regeringens indgåelse af internationale forpligtelser, tilsiger ikke i sig selv, at danske domstole og andre myndigheder skal være afskåret fra at anvende de normer, der er indeholdt i de faktisk indgæede konventioner. Kravet om opnåelse af Folketingets samtykke til regeringens ratifikation af en international konvention udspringer af overvejelser vedrørende den udenrigspolitiske magtfordeling. Det er derfor andre hensyn, der må være afgørende for, om en sådan konvention vil kunne anvendes som retskilde af de nationale myndigheder, når staten allerede har påtaget sig den internationale forpligtelse. Den parlamentariske kontrol er da blevet udøvet som forudsat i grundlovens § 19, og de demokratihensyn, der bærer denne bestemmelse, er for så vidt tilgodeset. Andre demokratihensyn – ikke mindst hensynet til effektiv beskyttelse af menneskerettigheder og den magtfordeling, som dette hensyn indebærer – kan herefter tale for, at gyldigt indgæede konventioner bliver efterlevet og håndhævet i dansk ret, selvom lovgivningsmagten eventuelt har forsømt at træffe de nødvendige foranstaltninger til at gennemføre disse internationale forpligtelser i national lovgivning.

Dette er navnlig tilfældet, hvor de internationale normer har en dynamisk karakter som den, der kendetegner konventioner om menneskerettigheder.

Da kan man ikke én gang for alle fastslå, hvad der er konventionsforpligtelsens præcise indhold, og omsætte dette til 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 relation til EMRK.

Om end der i praksis har været anerkendt visse undtagelser fra det dualistiske udgangspunkt, har der samtidig været en sådan usikkerhed om disse undtagelsers indhold og rækkevidde, at det som tidligere nævnt har været et argument for at søge retstilstanden afklaret ved formel inkorporering af konventioner om menneskerettigheder. Dette må ikke mindst ses på baggrund af, at der især i tidligere dansk retspraksis har været en vis tilbøjelighed hos domstolene til at behandle internationale konventioner på en måde, der gjorde det vanskeligt at gennemskue, hvilke retskildeprincipper man benyttede sig af.<sup>9</sup> En sådan beslutningsform kunne muligvis bero på, at der undertiden forekom ræsonnementer, som domstolene ikke ville eller ikke kunne artikulere i fuldt omfang. I hvert fald kunne den retskildemæssige usikkerhed være tegn på, at der har været behov for principiel politisk stillingtagen til de internationale konventioners status i det danske retssystem. Hermed ville man ikke blot kunne skabe øget gennemskuelighed og forudsigelighed i anvendelsen af de internationale normer, men desuden opnå *politisk legitimation* af den hidtil tilsyneladende uhjemlede anvendelse af internationale normer i det danske retssystem.

#### INKORPORERING SOM MAGTFORDELINGSPROBLEM?

Inkorporeringen af EMRK i 1992 må forstås som en accept fra lovgivningsmagtens side af, at denne konvention – med det normindhold, der til enhver tid følger af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning – skal lægges til grund som del af dansk ret.<sup>10</sup> Det rejser spørgsmålet, om der med inkorporeringen er sket en magtforskydning fra danske til *internationale* myndigheder, navnlig domstole. Hvis dette er tilfældet, bliver spørgsmålet dernæst, om en sådan magtforskydning er sket på bekostning af den lovgivende eller den dømmende magt på nationalt plan. I det omfang det er lovgivningsmagten, der svækkes ved en sådan internationalisering, kan det være såvel regeringens som Folketingets indflydelse, der bliver

reduceret. Man kan således forestille sig, at stigende international regulering i praksis kan resultere i relativt øget magt for *regeringen*, dvs. de ministerier hvis embedsmænd skal vurdere betydningen af internationale normer og i givet fald tage initiativ til disses gennemførelse i dansk ret, og en tilsvarende svækkelse af *Folketingets* legislative rolle på det nationale niveau.

Andre problemstillinger, der må anskues som spørgsmål om magtfordeling eller magtbalance mellem forskellige samfundsmæssige aktører, kan opstå i forbindelse med anvendelsen af internationale menneskerettighedsnormer i national ret. Det kan dreje sig om forholdet mellem arbejdsmarkedets parter på den ene side og lovgivningsmagten på den anden, hvor konflikter især kan vedrøre aftalefrihedens udstrækning i forhold til offentlig regulering, som blandt andet har til formål at beskytte menneskerettigheder. Sådanne konflikter kan reflektere indholdsmæssige konflikter eller spændingsforhold mellem forskellige typer af menneskerettigheder, navnlig de civile og politiske rettigheder over for de økonomiske, sociale og kulturelle. Endvidere hænger pressens rolle som magtfaktor i den politiske og øvrige samfundsmæssige debat delvist sammen med et potentielt spændingsforhold mellem ytringsrettigheder og andre beskyttede menneskerettigheder. Det er spørgsmål som disse, der danner udgangspunkt for fremstillingen i de følgende kapitler, jf. oversigten nedenfor.

Betydningen af disse menneskerettighedsrelaterede magtfordelingsspørgsmål beror ikke alene på, at det har faglig interesse at få kendskab til, hvilken juridisk betydning inkorporeringen af EMRK har haft for det danske samfund og dets retssystem. Undersøgelsen heraf er tillige af mere generel interesse, fordi det er blevet aktuelt at tage stilling til, om andre menneskerettighedskonventioner end den europæiske skal inkorporeres i dansk ret. Dette spørgsmål, som først og fremmest angår en række FN-konventioner om menneskerettigheder, blev udskudt ved beslutningen om inkorporering af EMRK i 1992, blandt andet under henvisning til overvejelser om tilsvarende lovgivningsspørgsmål i andre nordiske lande.<sup>11</sup> Uanset hvilken indflydelse den nordiske udvikling vil få på overvejelserne om inkorporering af yderligere konventioner i Danmark, er det både teoretisk og praktisk relevant at opnå viden om virkningerne af den inkorporering af menneskeretlige normer i dansk ret, som allerede er gennemført.<sup>12</sup>

Situationen vil dog ikke være helt den samme med hensyn til eventuelt fremtidigt inkorporerede menneskerettighedskonventioner. Der vil i givet fald blive tale om inkorporering af FN-konventioner, som dels har et noget svagere internationalt kontrolsystem end EMRK, dels i et vist

omfang indeholder økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder. Dette rejser nye problemstillinger, hvor det ikke mindst har interesse at se på mulige forskelle mellem disse typer af menneskerettigheder og de civile og politiske rettigheder, som man har opnået erfaring med i kraft af EMRK-inkorporeringen. I den sammenhæng må det overvejes, om de økonomiske, sociale og kulturelle rettigheders normative særtræk fører til særlige, mere komplekse problemer, hvad angår inkorporerede konventioners status og håndhævelse i national ret. Den følgende fremstilling vil i betydeligt omfang inddrage dette aspekt.

#### OVERSIGT OVER DE FØLGENDE KAPITLER

De generelle spørgsmål om magtfordelingen i forbindelse med national gennemførelse af internationale menneskerettighedskonventioner, som er omtalt ovenfor, skal behandles mere indgående i *kapitel 2*. Her gennemgås og analyseres de forudsætninger, der i den henseende blev opstillet i forbindelse med inkorporeringen af EMRK i 1992. Det drøftes, hvorvidt der eksisterer en divergens mellem disse forudsætninger og det, der var hovedformålet med inkorporeringen, nemlig at sikre løbende tilpasning af dansk ret til udviklingen i praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, uanset om der er sket formel ændring af dansk ret i form af ny lovgivning. Det konkluderes, at magtbalance-synspunkterne i forarbejderne til inkorporeringsloven er noget mere nuancerede, end det undertiden med henvisning til enkeltstående passager er blevet lagt til grund i den fagjuridiske debat.

Herudover drøftes i dette kapitel nogle mere principielle problemer i relation til de forudsætninger og antagelser, som inkorporeringsloven er baseret på med hensyn til lovgivningsmagts pligt og ansvar og domstolens tilbageholdenhed ved anvendelse af internationale normer, der måtte komme i konflikt med dansk lovgivning. Endelig analyseres problemerne vedrørende *judiciabilitet* i relation til menneskerettighedsnormer, dvs. disse normers egnethed som grundlag for løsningen af konkrete juridiske konflikter. Der fokuseres her særligt på de konventionsnormer, der angår økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder.

Efter denne overordnede diskussion behandles i *kapitlerne 3-6* nogle konkrete reguleringsområder, der har haft central betydning i den politiske og juridiske debat om betydningen af internationale menneskerettigheder i dansk ret:

- Organisationsrettigheder: retten til kollektiv forhandling, konfliktretten, den negative organisationsfrihed og eksklusivaftaler (*kapitel 3*).
- Beskyttelse mod diskrimination: accessoriske og selvstændige diskriminationsforbud, implikationerne af diskriminationsforbud i forbindelse med sociale og økonomiske rettigheder, positive ligebehandlingspligter (*kapitel 4*).
- Ytringsrettigheder: den politiske offentlighed som særlig ytringssfære, begrænsninger i ytringsretten som beskyttelse af andre rettigheder og som eventuel forudsætning for reel demokratisk debat (*kapitel 5*).
- Udvisning af udlændinge: internationale begrænsninger i den nationale suverænitet, politisk contra judiciel aktivisme, lovgivningsmagtens aktivering af domstolene som menneskerettighedsgarant (*kapitel 6*).

De ovennævnte reguleringsområder undersøges på basis af dansk lovgivning og praksis og internationale menneskerettighedsnormer af betydning herfor. Områderne er kendetegnet ved nok så varierende lovgivningsform med hensyn til rækkevidden af de internationale normer, hvilket kan bidrage til en interessant forklaringsramme for domstolenes reaktioner – et tema, som senere bliver taget op i kapitel 9.

Forinden drøftes i *kapitel 7* de særlige forhold i forbindelse med internationale menneskerettighedsnormer, der indebærer positive forpligtelser for staterne, navnlig med hensyn til sikring af sociale og økonomiske rettigheder. Det påpeges her, at der eksisterer visse kvalitative minimumstandarder i forhold til sådanne rettigheder. Disse standarder er af retlig karakter, hvorfor de også kan undergives judiciel efterprøvelse, selvom der i praksis vil være tilbøjelighed hos domstolene til at holde sig tilbage fra direkte og aktiv stillingtagen til egentlige ressourceafvejningsspørgsmål.

*Kapitel 8* behandler den debat om menneskerettigheder, der har fundet sted i Storbritannien i forbindelse med beslutningen om at inkorporere EMRK i britisk ret ved *Human Rights Act* i 1998. De særlige forhold, der knytter sig til retskilderne, deres anvendelse og status i common law-systemer som det britiske, har ligeledes haft betydning for den måde, hvorpå man har anskuet magtfordelingsproblemet i relation til inkorporeringen af denne konvention. Ved en sammenligning viser det sig imidlertid, at der trods markante forskelle mellem de to retssystemer er meget væsentlige lighedstræk mellem de synspunkter, der har gjort sig gældende, og de problemer, der er opstået, i relation til inkorporeringen.

Endelig skal der i *kapitel 9* trækkes nogle linjer op fra de forudgående



kapitler. Det er ikke meningen hermed at drage konklusioner vedrørende menneskerettighedernes betydning på de enkelte reguleringsområder, idet dette er sket løbende som led i behandlingen af disse. Derimod skal det i den afsluttende drøftelse vurderes, hvilken retskildemæssig betydning inkorporeringen af EMRK i dansk ret i 1992 har haft, særligt ud fra det magtfordelingsperspektiv der som nævnt har været så stærkt i fokus. På den baggrund forsøges det at identificere nogle faktorer, der kan have betydning for *graden af judiciabilitet*, når der er tale om vage og upræcise menneskerettighedsnormer. Herigennem skitseres nogle elementer i en mere nuanceret forståelse af forholdet mellem den *judicielle magt* og de *politiske prioriteringer*, som traditionelt har været anset for at befinde sig uden for rækkevidden af retlig normering.

#### NOTER

- 1 Jf. Betænkning nr. 1220/1991 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret, s. 111-13. Se tillige nedenfor i kapitel 2 med yderligere henvisninger til debatten om inkorporering af denne og andre konventioner om menneskerettigheder.
- 2 Lov nr. 285 af 29. april 1992 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (herefter: EMRK-loven eller inkorporeringsloven).
- 3 Udtrykkene *grundrettigheder* og *menneskerettigheder* anvendes i denne bog synonymt, idet dog det sidstnævnte udtryk fortrinsvis vil blive benyttet, når der refereres til de rettigheder, som er beskyttet i internationale konventioner.
- 4 Jf. Tore Lindholm, „Verdenserklæringen av 1948 – et nybrottsverk“, *Mennesker og Rettigheter* nr. 1, 1998, s. 78.
- 5 Jf. Betænkning nr. 1220/1991, s. 112 og s. 146-47, samt Betænkning nr. 1407/2001 om Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret, s. 133-41.
- 6 Jf. Betænkning nr. 1220/1991, s. 62-64, og Betænkning nr. 1407/2001, s. 22-23.
- 7 Jf. Max Sørensen, *Statsforfatningsret*, 2. udgave ved Peter Germer, 1973, s. 276.
- 8 Jf. hertil Henrik Zahle, *Dansk forfatningsret 2. Regering, forvaltning og dom*, 3. udgave, 2001, s. 211-14. Se tillige Jonas Christoffersen, „Folkerettens virkning i dansk ret“, *Ugeskrift for Retsvæsen* 2001 B, s. 143 og s. 146-48.
- 9 Jf. Jens Vedsted-Hansen, „Internationale menneskerettigheder – national retspolitik“, i Jens Evald og Sten Schaumburg-Müller (red.), *Om retspolitik*, 2002, s. 217-19.

- 10 Se herom nærmere i kapitel 2, hvor denne problemstilling behandles som led i drøftelsen af modifikationer af de magtfordelingsforudsætninger, der blev opstillet ved inkorporeringen af EMRK.
- 11 Jf. Betænkning nr. 1220/1991, s. 11 og s. 157-58. I Betænkning nr. 1407/2001 anbefaler det i 1999 nedsatte Inkorporeringsudvalg énstemmigt, at FN-konventionen om civile og politiske rettigheder, FN's racediskriminationskonvention og FN's torturkonvention inkorporeres i dansk ret. Regeringen har imidlertid besluttet ikke at følge denne anbefaling, jf. justitsminister Lene Espersens udtalelser i *Politiken* den 17. december 2003 og i Folketinget den 30. januar 2004, FT 2003-2004, forh. s. 5130.
- 12 For en systematisk oversigt over domstolenes anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, se Betænkning nr. 1407/2001, s. 36-59 og s. 337-95.