

Thomas Rørdams oplæg på konferencen den 22. september 2017 om fremtiden for det europæiske menneskerettighedssystem.

Konferencen i dag holdes i anledning af, at Danmark i november i år overtager formandskabet for Europarådet. Regeringen har i sit regeringsgrundlag givet udtryk for, at Danmark vil benytte formandskabet til at sætte Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkningsmetode til debat og har udtalt, at der er behov for at se kritisk på den måde, som domstolens dynamiske fortolkning har udvidet rækkevidden af dele af den europæiske menneskerettighedskonvention. Regeringen vil i den forbindelse i november afholde en international ekspertkonference.

Der er mange politiske, herunder retspolitiske, aspekter af Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkningsstil. Disse aspekter vil jeg afholde mig fra at komme ind på, men jeg vil sige noget om danske domstoles rolle ved anvendelse af menneskerettighedskonventionen.

I forbindelse med, at Danmark i 1992 inkorporerede menneskerettighedskonventionen, blev det anført i forarbejderne til inkorporeringsloven, at menneskerettighedskonventionen har meget stor betydning i den daglige retsanvendelse på grund af de såkaldte fortolknings- og formodningsregler. Efter fortolkningsreglen skal danske retsregler så vidt muligt fortolkes på en sådan måde, at de er i overensstemmelse med Danmarks folkeretlige forpligtelser. Formodningsreglen indebærer, at de retsanvendende myndigheder og domstolene skal tage deres udgangspunkt i, at Folketinget må formodes ikke at ville handle i strid med Danmarks folkeretlige forpligtelser.

Ved lov nr. 1744 af 27. december 2016 ændrede Folketinget udlændingelovens regler om udvisning, således at en udlænding, som begår kriminalitet, i de fleste tilfælde skal udvises, medmindre udvisning "med sikkerhed vil være i strid med Danmarks internationale forpligtelser". Det var med en vis spænding, at man gav sig til at studere lovens forarbejder, for var det sådan, at Folketinget med udtrykket "med sikkerhed" ønskede at markere, at domstolene skulle lægge den linje, at udvisning skulle ske, medmindre det var så godt som 100 % sikkert, at en afgørelse herom ville føre til, at Menneskerettighedsdomstolen ville statuere krænkelse af konventionen? I så fald ville der formentlig være tale om, at formodningsreglen til dels var sat ud af spil, for der er jo ikke meget, der er 100 % sikkert, når det drejer sig om at forudsige fremtidige afgørelser.

Det fremgår imidlertid at forarbejderne, at det ikke er tanken at gøre indhug i formodningsreglen. Forarbejderne indeholder to centrale anvisninger:

- Ordene "med sikkerhed" sender et klart og tydeligt signal om, at domstolene skal gå helt til kanten af de internationale forpligtelser, når det gælder udvisning af kriminelle udlændinge.
- I de tilfælde, hvor der kan være usikkerhed om rækkevidden af de internationale forpligtelser, vil det være op til domstolene at vurdere konkret, om udvisning vil være mulig inden for rammerne af Danmarks internationale forpligtelser.

Danske domstole skal således i udvisningssager gå helt til kanten af, hvad der er muligt efter bl.a. menneskerettighedskonventionen. Domstolene skal med andre ord ikke operere med en "sikkerhedsmargin", således at man i tilfælde, der kan give anledning til tvivl, undlader at udvise. Problemet er, at kanten ikke er skarp, men må findes ved et nøje studium af en lang række domme, afsagt af Menneskerettighedsdomstolen. Danske domstoles opgave er efter bedste evne på baggrund af denne praksis at vurdere, om den sag, man har foran sig, befinder sig på den ene eller på den anden side af kanten. Det er en opgave, som danske domstole er rustet til at tage på sig.

Det er min opfattelse, at de anvisninger, der knytter sig til 2016-ændringen af udlændingeloven, er egnet til at finde anvendelse også på andre områder end udvisning af kriminelle udlændinge, hvor danske domstole på baggrund af Menneskerettighedsdomstolens afgørelser skal vurdere, om anvendelse af en dansk lovregel i et konkret tilfælde vil indebære en krænkelse af konventionen. Det gælder også, selv om der i den pågældende lov ikke findes en bestemmelse om, at loven skal anvendes, medmindre det vil indebære eller med sikkerhed vil indebære en krænkelse af internationale forpligtelser. Det ligger f.eks. i fortolknings- og formodningsreglerne, at danske domstole ikke må gå længere end nødvendigt i retning af at undlade at anvende en ellers anvendelig dansk lovregel for at skabe overensstemmelse med folkeretlige forpligtelser. Det betyder, at man skal gå til kanten af, hvad der er muligt efter menneskerettighedskonventionen, således at den danske lovregel i videst muligt omfang anvendes.

Også uden for tilfælde, hvor der opstår spørgsmål om at anvende fortolknings- og formodningsreglerne, er der god grund til at anlægge den tilgang kun at lade menneskerettighedskonventionen sætte grænser for, hvad der er muligt efter dansk ret, hvis der er et ret sikkert grundlag for vurderingen. Som eksempel kan nævnes afgørelser om, hvorvidt opholds- og meldepligt for udlændinge på tålt ophold efter en vis tid kommer til at udgøre et uproportionalt indgreb i udlændingens bevægelsesfrihed i strid med art. 2 i den 4. tillægsprotokol (se f.eks. U 2017.1228 H). Som et andet eksempel kan nævnes afgørelser efter udleveringslovens § 10 h, stk. 2, hvorefter udlevering ikke må ske, hvis der er fare for, at den pågældende efter udleveringen vil blive udsat for tortur eller anden umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf – dvs. hvis der er fare for overtrædelse af bl.a. menneskerettighedskonventionens art. 3 (se U 2017.2593/2 H og U 2017.2616 H).

Der er således efter min opfattelse megen fornuft i mere generelt at anlægge den tilgang, at danske domstole ikke skal operere med en sikkerhedsmargin, når der skal tages stilling til, om konventionen i et konkret tilfælde vil kunne føre til krænkelse, men at dansk ret skal anvendes til kanten af, hvad der er muligt efter Menneskerettighedsdomstolens praksis, og at kanten skal findes ved en vurdering efter bedste evne fra den danske domstols side på baggrund af den foreliggende praksis fra Menneskerettighedsdomstolen.

Disse betragtninger fører direkte over i et andet vigtigt princip, som danske domstole skal anvende, når der skal tages stilling til, om der i et konkret tilfælde vil kunne foreligge en krænkelse af konventionen. Det er princippet om, at danske domstole ikke selv må anlægge en dynamisk

fortolkning af konventionen. I forarbejderne til inkorporeringsloven fra 1992 er det oplyst, at Højesteret har været tilbageholdende med at træffe afgørelser, der kunne fremstå som retsskabende i tilfælde, hvor rækkevidden af konventionen ikke har været klar. Justitsministeriet anførte i forlængelse heraf i bemærkningerne til lovforslaget, at den balance mellem lovgivningsmagten og domstolene, som er fastslået i Højesterets praksis, ikke bør forrykkes, og at det fortsat bør være Folketinget, som afgør, hvilket indhold den danske lovgivning skal have. Inkorporeringen bør ikke føre til, hverken at domstolene påtager sig en større retspolitisk opgave, eller at lovgivningsmagten slækker på kravene til en løbende tilpasning.

Vigtigheden af, at danske domstole i overensstemmelse med disse anvisninger holder sig på dydens smalle sti, kan ikke fremhæves stærkt nok. Som min forgænger i embedet Børge Dahl har udtrykt det: "Kreativ judiciel aktivisme sætter retssikkerheden under pres og kan på sigt blive en belastning for tilliden til domstolene og for domstolenes legitimitet." Heldigvis er danske domstole deres opgave meget bevidst og afholder sig fra sådan judiciel aktivisme. Til gengæld har vi i Danmark været fri for krav om politisk indflydelse ved dommerudnævnelser.

Dette med at afholde sig fra judiciel aktivisme er den ene grøft langs dydens smalle sti, som danske domstole skal holde sig fra. Man kan overveje, om grøften langs den anden side af stien kunne være attraktiv, dvs. om danske domstole skal udfordre Menneskerettighedsdomstolen.

Dette spørgsmål er aktuelt, fordi den danske dommer i Menneskerettighedsdomstolen, Jon Kjølbros, i et interview i Politiken den 23. juli i år er citeret for at have udtalt, at "nationale domstole, navnlig de øverste domstole, tydeligt kan gøre opmærksom på, når de er uenige i Menneskerettighedsdomstolens afgørelser – i stedet for blot at rette ind. Særligt den britiske højesteret har i domme tydeligt gjort opmærksom på, at man er uenig i Menneskerettighedsdomstolens syn på et område, fremhæver han."

Efter min opfattelse vil der næppe være meget vundet ved, at danske domstole udfordrer Menneskerettighedsdomstolen på den måde, Jon Kjølbros anviser.

Som eksempel kan nævnes Højesterets kendelser af 31. maj 2017 i sagerne om rumænske fængselsceller (U 2017.2593/2 H og U 2017.2616 H). Sagerne angik udlevering til strafafsoning og straffuldbyrkelse til Rumænien. Problemet i sagerne var, at de rumænske myndigheder kun kunne garantere, at de pågældende i et rumænsk fængsel ville få stillet en celle på mindst 3 m² til rådighed, hvis de blev anbragt i et lukket fængsel, men ikke hvis de blev anbragt i et åbent eller halvåbent fængsel, og muligheden var til stede for, at de ville blive anbragt i et åbent eller halvåbent fængsel. Ca. ½ år inden Højesteret afgjorde sagerne havde Menneskerettighedsdomstolen i en principiel storkammerafgørelse af 20. oktober 2016 (Mursic mod Kroatien) udtalt bl.a., at der er en stærk formodning for krænkelse af artikel 3, hvis en indsat har mindre end 3 m² personligt rum til rådighed, og at denne formodning kun kan afkræftes, hvis en række kumulative betingelser er opfyldt, bl.a.:

“(1) the reductions in the required minimum personal space of 3 sq. m are short, occasional and minor ...

(2) such reductions are accompanied by sufficient freedom of movement outside the cell and adequate out-of-cell activities ...”

Anbringelse i et åbent fængsel med krav om, at den indsatte om natten skal være i en celle på mindre end 3 m², opfyldte ikke de kumulative krav. Et fast natophold kan således ikke siges at være ”short, occasional and minor”, og så er det ligegyldigt, om den indsatte har ret til at bevæge sig frit rundt på hele fængselsområdet uden for nattetimerne.

Her kunne man jo godt problematisere, om det virkelig kan være rigtigt, at et ophold i en fængselscelle på f.eks. 2,8 m² 8 timer om natten og i øvrigt adgang til frit at færdes på fængselsområdet er værre end f.eks. en anbringelse i en celle på 3 m² 20 timer i døgnet, men præmisserne er krystallklare og må antages at være formuleret så klart for at undgå tvivl om retstilstanden. I betragtning af den krystallklarhed, der er i dommen, er det svært at se, hvad en ”udfordring” af dommen skulle hjælpe – og på hvilket retsgrundlag ”udfordringen” skulle foretages. Hvor Menneskerettighedsdomstolens praksis mere er udtryk for retspolitik end traditionel retsanvendelse, vil en kritik af denne praksis på tilsvarende måde måtte basere sig på retspolitiske vurderinger.

Noget andet er, at danske domstole selvfølgelig skal være opmærksom på, om den foreliggende praksis fra Menneskerettighedsdomstolen indeholder åbninger, som i overensstemmelse med anerkendte retsanvendelsesprincipper gør det muligt at nå til et resultat, der er i overensstemmelse med dansk ret.

At udfordre Menneskerettighedsdomstolen på områder, hvor praksis er krystallklar, kan det derimod som nævnt være svært at se meningen med. Og hertil kommer, at noget sådant vil indebære en betydelig risiko for, at danske domstole kommer til at bevæge sig væk fra traditionel retsanvendelse og ind på den politiske banehalvdel. Et decideret opgør med Menneskerettighedsdomstolen og dens dynamiske fortolkningsmetode må i stedet ske i politisk regi.