

### Kapitel 3

# Menneskerettighedernes indhold og fortolkning

*Menneskerettighederne omfatter både frihedsrettigheder, som beskytter individet mod statens indgreb (negative rettigheder), og ydelsesrettigheder, som giver individet positive krav mod staten (positive rettigheder); også frihedsrettigheder rummer dog efter EMD's praksis i et vist omfang positive pligter for staten til at fremme og beskytte individets frihed, herunder imod indgreb fra private. Menneskerettighederne i Grundloven, EMRK og andre internationale konventioner er grundlæggende båret af samme værdier. Alligevel kan man ikke uden videre fortolke Grundlovens rettigheder og EMRK (samt andre internationale menneskerettighedskonventioner) på samme måde. Grundlovens fortolkning præges af dansk forfatnings- og retstradition, hvilket traditionelt har medført en tekstnær og restriktiv rettighedsfortolkning. EMRK (og andre internationale menneskerettighedskonventioner) fortolkes derimod typisk mere frit og ekspansivt-dynamisk med udgangspunkt i folkerettens fortolkningsprincipper.*

## 1. Typer af menneskerettigheder (og retsvirkninger)

Menneskerettighederne omfatter både frihedsrettigheder, der beskytter individet mod statens indgreb (negative rettigheder), og ydelsesrettigheder, der giver individet positive krav mod staten (positive rettigheder). Sondringen er dog ikke knivskarp: Navnlig inden for EMRK (og EUC), antages de negativt formulerede frihedsrettigheder i et vist omfang også at indebære en positiv pligt for staten til at fremme og beskytte individets frihed, herunder imod indgreb fra private.

## 1.1. Frihedsrettigheder – et værn mod statens indgreb

De fleste klassiske menneskerettigheder har karakter af frihedsrettigheder. Frihedsrettighederne forstås traditionelt – i overensstemmelse med liberal retsstatstænkning – som negative rettigheder, der beskytter individet mod statens indgreb og dermed også sætter grænser for lovgivningsmagten. Hovedparten af rettighederne i både Grundloven og EMRK har karakter af frihedsrettigheder.

Beskyttelsen imod statens indgreb i individets rettigheder kan være absolut. Det gælder f.eks. forbuddet mod tortur og lignende mishandling, jf. EMRK artikel 3 og EUC artikel 4.

Typisk er beskyttelsen imod statens indgreb imidlertid relativ, idet staten på visse nærmere betingelser (f.eks. hjemmel, forudgående domstolsgodkendelse, proportionalitet) kan gøre indgreb i individets rettigheder. Det gælder f.eks. retten til privatliv, jf. Grl § 72 og EMRK artikel 8, ytringsfriheden, jf. Grl § 77 og EMRK artikel 10, og forsamlingsfriheden, jf. Grl § 79 og EMRK artikel 11. Her bliver spørgsmålet, om de opstillede betingelser for indgreb i individets frihed er opfyldt.<sup>1</sup>

Individets krav i henhold til frihedsrettigheder er klart: Staten og dens myndigheder skal undlade at gribe ind i individets frihed (medmindre betingelserne for indgreb er til stede). Derfor kan individets frihedsrettigheder også uden større vanskeligheder håndhæves ved domstolene. Finder domstolen, at staten uberettiget har foretaget indgreb i individets frihedsrettigheder, skal domstolen underkende indgrebet som stridende imod disse frihedsrettigheder.

## 1.2. Statens positive forpligtelse til at fremme og beskytte frihedsrettigheder

Efter en nyere opfattelse er frihedsrettighederne tillige udtryk for principper eller værdier, som statsmagten aktivt skal beskytte og fremme. Det er ikke tilstrækkeligt, at statsmagten selv respekterer frihedsrettighederne. Afgørende er, at disse friheder faktisk tilsikres individet. Staten skal derfor aktivt fremme individets rettigheder og beskytte disse imod indgreb fra andre private. Individet har krav på, at statsmagten så vidt muligt sikrer det en status af reel frihed i overensstemmelse med det frihedsretlige princip, uanset om truslen mod denne frihed udgår fra det offentlige eller fra private. En sådan tankegang giver frihedsrettigheder en helt ny dimension i forhold til den klassisk-liberale tradition.

---

<sup>1</sup> Se nærmere kapitel 4.

Hvor statsmagten tidligere udgjorde den mest potente trussel mod individets frihed, har private institutioner, organisationer og erhvervsforetagender i det moderne samfund opnået en sådan størrelse og styrke, at de på mange vigtige livsområder indtager en position i forhold til individet, som kan sammenlignes med offentlige myndigheders. På denne baggrund har statens mulige pligt til aktivt at beskytte frihedsrettighederne stor og stigende betydning for individets frihed.

I princippet vil statens beskyttelsespligt kunne være så konkret, at den kan danne grundlag for en individuel rettighed, som individet kan påberåbe sig ved domstolene. Eksistensen af en individuel beskyttelsesrettighed afhænger dog af, om pligten er tilstrækkelig præcis til at kunne håndhæves ved domstolene. Rettigheden rummer et generelt krav om beskyttelse, men bestemmer typisk ikke, hvordan beskyttelsen skal sikres. Beskyttelsespligten skal i første række realiseres gennem lovgivning. Som regel vil statens beskyttelsespligt kunne opfyldes på flere måder, og dette valg må ud fra forfatningens kompetencefordeling overlades til lovgiver, frem for domstolene. Individet har derfor nok krav på, at lovgiver beskytter dets frihedsrettigheder. Individet kan dog normalt ikke ved domstolene påberåbe sig et krav om en bestemt rettighedsbeskyttelse, men kun få dom for, at staten ikke har opfyldt sin positive pligt til at beskytte rettigheden.

### *Grundloven*

Grundlovens frihedsrettigheder fortolkes traditionelt således, at de alene beskytter imod statens indgreb, men ikke positivt forpligter lovgiver eller andre offentlige myndigheder til aktivt at fremme individets frihed, herunder beskytte denne imod indgreb fra andre private. Hvis staten ikke effektivt har beskyttet individets privatliv mod indgreb fra private, udgør dette således ingen krænkelse af Grl § 72, ligesom Grl § 77 ikke er krænkelse, hvis lovgiver afskaffer eksisterende støtteordninger i forhold til den trykte presse. Undtagelsen er Grl § 79 om forsamlingsfriheden, hvori indfortolkes en positiv pligt for politiet til at befordre og beskytte forsamlingsfriheden.<sup>2</sup>

### *EMRK*

For at sikre en effektiv rettighedsbeskyttelse, har EMD udviklet en doktrin om positive forpligtelser, som indebærer, at staten, foruden at afstå fra uberettigede indgreb i individets rettigheder, også aktivt skal sikre disse rettigheder, herunder ved at beskytte individet imod indgreb fra

---

2 Se kapitel 10, afsnit 5.

andre private. Refleksvirkningen af statens positive forpligtelse er, at individet, i det omfang en sådan forpligtelse findes at bestå, har krav på denne positive rettighedssikring og –beskyttelse fra staten.

Doktrinen om positive forpligtelser finder også anvendelse på EUC, jf. herved EUC artikel 52(3), hvorefter Chartrets rettigheder, i det omfang de svarer til EMRK's rettigheder, har »samme betydning og omfang« som de tilsvarende rettigheder i EMRK.

*Grundlaget.* EMD's doktrin om statens positive forpligtelser omfatter i dag principielt EMRK i sin helhed. I EMD praksis begrundes doktrinen dels med en henvisning til EMRK artikel 1's ordlyd, hvorefter staten skal »sikre« (»secure«) individet de rettigheder og friheder, som er nedfældet i Konventionen, dels i hensynet til at sikre en effektiv rettighedsbeskyttelse for individet:

»[B]y virtue of Article 1 of the Convention, each Contracting Party »shall secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms de-fined in ... [the] Convention«. The discharge of this general duty may entail positive obligations inherent in ensuring the effective exercise of the rights guaranteed by the Convention«. <sup>3</sup>

Nogen mere udførlig begrundelse for doktrinen end denne har EMD ikke leveret. Dette kan undre, eftersom doktrinen har ganske vidtrækkende konsekvenser.

Juridisk-teknisk fastlægges den nærmere rækkevidde af statens positive forpligtelser ved en fortolkning af den del af rettighedsbestemmelsen, som fastlægger rettighedens indhold, ikke den del, som fastsætter betingelser for indgreb i rettigheden. I forhold til EMRK artikel 8-11 (privatliv, religionsfrihed, ytringsfrihed, forsamlings- og foreningsfrihed) er det således stk. 1 – ikke stk. 2 – som udgør grundlaget for statens positive forpligtelse og for fastlæggelsen af dennes grænser.

*Indhold og rækkevidde.* Omfanget af statens positive forpligtelser fastlægges ud fra, hvad man med rimelighed kan forlange af staten – der skal findes en »rimelig balance« mellem de kolliderende hensyn til individet henholdsvis til samfundet og andre individer.<sup>4</sup> Statens positive forpligtelser rummer efter EMD's praksis både en pligt til i det umiddelbare forhold mellem stat og individ positivt at sikre individets rettigheder og en pligt til at beskytte individet imod rettighedsindgreb, som

3 Jf. bl.a. *Sørensen and Rasmussen* (2006, para. 57).

4 Jf. bl.a. *Odièvre* (2003, para. 40); *Von Hannover* (2004, para. 57).

udgår fra andre private. I begge henseender har staten i første række en pligt til at lovgive og regulere på en måde, som effektivt sikrer og beskytter individets mulighed for at udøve sine rettigheder. Hertil kommer i visse tilfælde en pligt til at tage faktiske skridt for at sikre og beskytte individets rettigheder i form af fysisk handling eller – i ganske særlige tilfælde – økonomiske ydelser til individet. Når navnlig pligten til faktisk handling og i særdeleshed pligten til at stille økonomiske ydelser til rådighed generelt er begrænset, skyldes det især hensynet til ikke at pålægge de nationale myndigheder forpligtelser, som er umulige eller dog uforholdsmæssigt bebyrdende at opfylde, samt hensynet til at respektere de nationale politiske og administrative myndigheders frihed til at fastlægge niveauet for og prioritere anvendelsen af de offentlige ressourcer. Som EMD principielt har udtalt:

»The scope of this [positive] obligation will inevitably vary, having regard to the diversity of situations obtaining in Contracting States and the choices which must be made in terms of priorities and resources. Nor must such an obligation be interpreted in such a way as to impose an impossible or disproportionate burden on the authorities.«<sup>5</sup>

*Pligten til at sikre individets rettigheder.* Statens positive forpligtelser omfatter i første række en pligt til at indrette lovgivningen – og håndhæve denne – på en måde, som effektivt sikrer individets nydelse af sine rettigheder. Staten er således ansvarlig, hvis dens lovgivning eller praksis afskærer individet fra at få anerkendt sine rettigheder: retten til familieliv forpligter staten til i lovgivningen at anerkende de retlige bånd mellem en mor og hendes barn født uden for ægteskab;<sup>6</sup> retten til familieliv forpligter i visse tilfælde staten til at tillade familiesammenføring;<sup>7</sup> retten til privatliv forpligter staten til at anerkende en transkønnet persons nye køn i officielle registre.<sup>8</sup> Statens pligt kan implicere visse faktiske handlinger, f.eks. i *Christine Goodwin* (2002), hvor anerkendelse af transkønnedes kønsskifte krævede en ændring i alle transsekuelles officielle papirer.

Kun i ganske særlige tilfælde vil statens positive forpligtelse til at sikre individets rettigheder også kunne omfatte en pligt til at stille faktiske eller økonomiske ydelser til rådighed for individet, såfremt individets nydelse af en konventionssikret rettighed ellers ville blive umulig. Således fandt EMD's flertal i *Airey* (1979), at en kvindes ret til privat- og

---

5 Se bl.a. *Appleby* (2003, para. 40).

6 *Marckx* (1979).

7 *Sen* (2001).

8 *Christine Goodwin* (2002).

familieliv var blevet krænket ved, at hun som følge af manglende midler til at bekoste en advokat ikke kunne opnå juridisk separation fra sin mand; EMD anerkendte således reelt, at kvinden havde krav på offentlig retshjælp til at føre sagen. Hvad angår mere generelle ydelser af økonomisk eller social karakter, holder EMD sig generelt tilbage fra at statuere håndfaste forpligtelser for staten under hensyn til de nationale politiske organer frihed til at råde over statens ressourcer og prioritere disse inden for rammerne af den generelle økonomiske og sociale politik. I *Chapman* (2001) afviste EMD således principielt, at individets ret til respekt for hjemmet forpligter staten til at stille et hjem til rådighed, hvorfor spørgsmålet om en pligt for myndighederne til at stille et tilstrækkeligt antal karavaneplasser til rådighed for sigøjnere måtte bero på en politisk og ikke en retlig beslutning. I *Petrovic* (1998) afviste EMD, at retten til respekt for familielivet pålægger staten en positiv forpligtelse til at yde forældre økonomisk støtte i form af offentlig forældreorlovsydelse.

*Pligten til at beskytte individets rettigheder imod indgreb fra private.* Statens positive forpligtelser udstrækker sig også til forholdet mellem private indbyrdes og kan således forpligte staten til at beskytte individets rettigheder imod andre privates indgreb.<sup>9</sup>

Også hvad angår beskyttelsen imod indgreb fra private, er staten i første række forpligtet til at træffe de nødvendige retlige foranstaltninger i form af lovgivning og anden regulering. Staten holdes således generelt ansvarlig, hvis lovgivningen eller fraværet heraf tillader private indgreb i individets rettigheder.<sup>10</sup> Staten skal retligt beskytte individet mod private indgreb, se f.eks. *Hatton* (2003) om en pligt til at beskytte privatlivet og hjemmet gennem regulering af støjniveauet fra en privat lufthavn; *Von Hannover* (2004) om en pligt til at beskytte privatlivet gennem forbud mod sladderpressens paparazzi-metoder.

Staten har endvidere i visse tilfælde en pligt til at tage faktiske skridt for at hindre, at private griber ind i individets rettigheder. Denne handling er dog generelt begrænset under hensyn til, hvad man i situationen med rimelighed kunne forvente af statens myndigheder ud fra deres kendskab til situationen og under hensyn til de forhåndenværende ressourcer og nødvendigheden af at prioritere disse.<sup>11</sup> Staten kan for det

---

9 Jf. *X and Y v. the Netherlands* (1985, para. 23); *Sørensen and Rasmussen* (2006, para. 57).

10 Jf. *Young, James and Webster* (1981, para. 49); Vgt. *Verein gegen Tierfabriken* (2001, para. 47).

11 Jf. *Appleby* (2003, para. 40) og *H.N. v. Poland* (2005, para. 72).

første selvsagt ikke være forpligtet til fysisk at forhindre ethvert privat indgreb i andre individers rettigheder, da dette er praktisk umuligt. Statens forpligtelse omfatter således efter EMD's praksis kun sådanne faktiske foranstaltninger, som med rimelighed kan forventes af staten i en situation, hvor de offentlige myndigheder har haft anledning til at handle, se bl.a. *Plattform »Ärzte für das Leben«* (1988) om en pligt til at træffe rimelige foranstaltninger for at beskytte en anmeldt demonstration imod ligeledes anmeldte moddemonstrationer; *López Ostra* (1994) om en pligt til at gribe ind over for en privat virksomheds langvarige forurening, som myndighederne var bekendt med; *H.N. v. Poland* (2005) om en pligt til at tage skridt for at bringe bortførte børn tilbage til deres far, navnlig fordi myndighederne havde fået vigtige tips om, hvor moren holdt børnene skjult; *Begheluri* (2014) om en pligt for politiet til at gribe ind over for et voldeligt overfald.

Statens pligt til retligt og faktisk at beskytte individet mod private rettighedsindgreb begrænses endvidere af hensynet til den anden private parts frihed og rettigheder. Individets rettigheder skal beskyttes imod private indgreb, men hvis den indgribende private parts adfærd også er beskyttet af EMRK, opstår reelt en kollision mellem to EMRK-rettigheder. Her skal sikres en rimelig balance mellem i udgangspunktet ligeværdige hensyn, og denne afvejning er ofte en vanskelig opgave.<sup>12</sup> Typisk er den situation, hvor hensynet til at beskytte individets privatliv må afvejes over for hensynet til pressens ytringsfrihed, se f.eks. *Von Hannover* (2004) om paparazzibilleder i den kulørte presse. Tilsvarende må hensynet til at beskytte individets ytringsfrihed undertiden afvejes over for den private ejendomsret, se f.eks. *Appleby* (2003), hvor ejeren af et privat indkøbscenter havde forbudt uddeling af politisk materiale på indkøbscentrets område.

Har staten forsømt at opfylde sin positive forpligtelse til at beskytte individets rettigheder imod indgreb fra private, er det staten, som i henhold til EMRK er ansvarlig for det uberettigede indgreb i individets rettigheder. Den indgribende private part er derimod ikke selv ansvarlig efter EMRK, som jo alene forpligter staten.<sup>13</sup>

### 1.3. Ydelsesrettigheder – krav på ydelser fra staten

Ydelsesrettigheder er karakteriseret ved, at de efter deres ordlyd giver individet et positivt krav mod staten. Herved adskiller ydelsesrettigheder sig fra klassiske frihedsrettigheder, der som tidligere omtalt i første

---

<sup>12</sup> Jf. EMD i *Chassagnou* (1999, para. 113).

<sup>13</sup> Se Kapitel 1, afsnit 5.

række kræver det modsatte: at staten holder sig væk. Ydelsesrettigheder kan navnlig give individet krav på økonomiske og sociale ydelser fra staten, men kan også rumme et krav om, at staten stiller bestemte retlige ydelser til rådighed.

I modsætning til de klassiske frihedsrettigheder er det imidlertid ofte ikke uden videre klart, hvordan individets positive krav nærmere skal opfyldes – der er forskellige muligheder, og valget mellem dem må efter forfatningens kompetencefordeling overlades til lovgivningsmagten, frem for domstolene. Eksempelvis har personer, der ikke kan forsørge sig selv og deres familie, efter Grl § 75, stk. 2, ret til »hjælp« fra det offentlige. Bestemmelsen siger imidlertid ikke noget om, hvilken form for hjælp, individet har krav på (penge eller naturalier?), eller hvilket omfang, hjælpen skal have (sikre imod sultedød eller sikre en moderne levestandard?).<sup>14</sup> Derfor kan det undertiden være svært for individet at få opfyldt sådanne økonomiske og sociale ydelsesrettigheder ved en domstol. Individet vil typisk kun kunne få dom for, at staten ikke har opfyldt sin forpligtelse.

### *Grundloven*

Positive ydelsesrettigheder findes navnlig i Grl § 75, stk. 2, om retten til offentlig hjælp for den, der ikke kan forsørge sig selv og sin familie, samt i Grl § 76 om retten til gratis undervisning i grundskolen. En positiv rettighed er dog også det individuelle krav på adgang til uafhængige domstole, som kan udledes af Grl §§ 3 og 64.

### *Internationalt*

Verdenserklæringen om Menneskerettigheder (1948) indeholder i artikel 22 en programerklæring om sikring af alle de økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, som er nødvendige for individets værdighed og frie udvikling. Dette velfærdsstatslige rettighedsprogram er siden blevet udmøntet i en række internationale og overnationale rettighedsbestemmelser, der bl.a. skal sikre: retten til forsørgelse;<sup>15</sup> retten til uddannelse, herunder retten til gratis grundskoleuddannelse og adgang til videregående uddannelse;<sup>16</sup> retten til arbejde, herunder ordentlige

---

14 Se nærmere kapitel 13.

15 Jf. Verdenserklæringen om Menneskerettigheder (1948), artikel 22 og 25; FN's Konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (1966), artikel 9 og 11; Den Europæiske Socialpakt, artikel 13.

16 Jf. Verdenserklæringen om Menneskerettigheder (1948) artikel 26; EMRK TP 1, artikel 2; EUC artikel 14.



arbejdsforhold og ansættelsesvilkår;<sup>17</sup> og retten til sundhed, herunder adgang til nødvendige sundhedsydelser.<sup>18</sup> Et positivt krav på adgang til en retfærdig rettergang ved uafhængige og upartiske domstole, samt til effektive retsmidler imod rettighedskrænkelser, følger endvidere af bl.a. EMRK artikel 6 og 13, samt EUC artikel 47.

## 2. Fortolkning af menneskerettigheder

De enkelte bestemmelser om menneskerettigheder er ofte kortfattet og bredt formuleret. Det kræver derfor en udfyldende fortolkning at finde frem til rettighedens nærmere indhold. Fortolkningens resultat beror for det første på, hvordan fortolkningen gribes an og på hvilke fortolkningsbidrag, man inddrager i fortolkningen, herunder om der foreligger en historisk fortolkning at tage hensyn til (*fortolkningsstil og -metode*). For det andet beror det på, hvilke normative værdier eller principper, menneskerettighedsfortolkningen anses at skulle realisere (*fortolkningsprincipper*). Endelig beror resultatet også på, hvem der fortolker menneskerettighederne – er det f.eks. politikere, dommere eller juridiske forfattere – idet fortolkeren reelt er med til at skabe den norm, han/hun fortolker (*fortolkeren*).

På den baggrund kan der ikke opstilles ét fælles fortolkningsparadigme for Grundlovens rettigheder henholdsvis EMRK (og EUC) og andre internationale menneskerettighedskonventioner.

Godt nok kan fortolkningen af Grundlovens rettigheder, EMRK og andre internationale menneskerettigheder baseres på omtrent samme principper, idet de har samme idéhistoriske udspring og er baseret på de samme værdier – sikring af individets frihed, værdighed og retssikkerhed, et demokratisk samfund og en rimelig balance mellem individ- og samfundshensyn.

Der er imidlertid væsentlige forskelle mellem Grundloven og EMRK (samt andre internationale menneskerettighedskonventioner), når det gælder fortolkningsstil og -metode. Udgangspunktet for fortolkning af Grundlovens rettigheder er den danske tradition for (grundlovs)fortolkning og en mere end 170 år lang fortolkningshistorie. Udgangspunktet

---

17 Jf. Verdenserklæringen om Menneskerettigheder artikel 23; FN's Konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (1966) artikel 6-7; EUC artikel 27-31.

18 Jf. Verdenserklæringen om Menneskerettigheder (1948) artikel 25; FN's Konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (1966) artikel 12; EUC artikel 35 (som princip).

for fortolkning af EMRK er derimod folkerettens normer om traktatfortolkning, ligesom EMRK ikke har samme lange fortolkningshistorie som Grundloven at tage hensyn til.

Hertil kommer, at Grundloven ikke kun fortolkes af domstolene, men også af forvaltningen og (navnlig) lovgiver; Grundlovens rettigheder er forankret i en national forfatning baseret på en magt- og rollefordeling mellem politikere og domstole, som traditionelt har medført tilbageholdenhed fra domstolene i forhold til at tilsidesætte de politiske organers rettighedsfortolkning under hensyn til disse organers demokratiske mandat. EMRK (og andre internationale menneskerettighedskonventioner) eksisterer derimod i en international sammenhæng; EMD er således i sin fortolkning af EMRK ikke bundet af samme magtbalancehensyn og kontrolmekanismer, som findes i en demokratisk forfatning med flere konkurrerende organer. Derimod er et internationalt kontrolorgan som EMD i høj grad afhængig af, at staterne accepterer og respekterer dens afgørelser.

I det følgende behandles fortolkningen af Grundlovens rettigheder og af EMRK derfor hver for sig. Herefter overvejes, om fortolkningen af Grundlovens rettigheder (med tiden) kan tænkes at blive påvirket af den måde, som EMRK og andre internationale menneskerettigheder fortolkes på.

## 2.1. Grundlovens rettigheder

Fortolkningen af Grundlovens rettigheder har traditionelt været præget af, at danske domstole (til dels understøttet af teorien) i vidt omfang har taget hensyn til lovgivningspraksis på bekostning af en mere selvstændig rettighedsfortolkning. Dette har ofte ført til en restriktiv fortolkning af rettighederne. Endvidere har fortolkningen været præget af en positivistisk dansk tradition, hvor man holder sig tæt til teksten og dennes forarbejder og afstår fra en mere fri og formålsorienteret udlægning af rettighedernes indhold. Der spores dog små tegn i retning af en noget mere selvstændig fortolkning af Grundlovens rettigheder ved danske domstole.

### *Hvem fortolker?*

Eftersom Grundloven udgør en retsforskrift, tilkommer den autoritative fortolkningskompetence principielt *domstolene* (i sidste instans Højesteret), jf. Grl § 3. I praksis har de politiske organer dog haft stor indflydelse på fortolkningen af Grundlovens rettigheder, fordi domstolene har udvist stor tilbageholdenhed med at sætte sin egen fortolkning

igennem, under hensyn til de politiske organers demokratiske mandat. Således har både lovgivningsmagten og den statsforfatningsretlige teori i praksis haft større indflydelse på fortolkningen af Grundlovens rettigheder end domstolene. I de seneste 15-20 år synes domstolene dog at markere en noget mere selvstændig linje.

Når *lovgivningsmagten* traditionelt har haft stor indflydelse på fortolkningen af Grundlovens rettigheder, skyldes dette frem for alt, at domstolene (sammen med dele af ældre teori) har tillagt hensynet til lovgivers demokratiske mandat og den i Grundloven forudsatte rollefordeling mellem politikere og dommere stor vægt. Domstolene har fundet det nødvendigt at udvise stor tilbageholdenhed med at tilsidesætte de politiske statsorganers grundlovsfortolkning. Dermed har domstolene i vidt omfang overladt det til Folketinget at fortolke Grundlovens rettigheder, se fra praksis bl.a. »Fæsteafløsnings-dommen« UfR 1921.644 H, UfR 1956.211 H, UfR 1976.184 H, »Lægehonorarsagen« UfR 1987.1 H og »Konstituerede dommere« UfR 1994.536 H.<sup>19</sup> Dele af ældre teori har tilsluttet sig denne linje<sup>20</sup>, mens navnlig dele af nyere teori har argumenteret for en e.o. mere aktiv domstolsprøvelse.<sup>21</sup>

Formelt er *den statsforfatningsretlige teori* ingen autoritativ fortolker af Grundloven, idet teorien ikke har noget særligt fortolkningsmandat. Grundlovens åbne formulering, kombineret med en meget begrænset retspraksis, har imidlertid bevirket, at den statsforfatningsretlige teori har spillet og fortsat spiller en betydelig rolle som et (ikke-autoritativt) bidrag til fortolkning af Grundloven og dennes rettigheder.<sup>22</sup> Problemet med denne stærke teoretiske tradition og det relative fravær af retspraksis kan være, at en ældre (og måske forældet) forståelse af en rettighedsbestemmelse går i arv fra den ene forfatter til den næste, og med tiden opnår en nærmest sakral status, som det kan være vanskeligt for en dommer senere at sætte sig ud over. Det vil i særdeleshed gælde,

---

19 Se nærmere Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret*, 1954, s. 471; Ross, *Dansk statsforfatningsret*, 1966, Bd. 1, s. 52; Max Sørensen, *Statsforfatningsret*, 1969, s. 295; Zahle, *Dansk forfatningsret* 1, 2001, s. 74; Rytter, *Grundrettigheder*, 2000, s. 43 ff. og 139 ff.

20 Se bl.a. Ernst Andersen, *Forfatning og Sædvane*, 1947, s. 71 f.; Ross, *Dansk statsforfatningsret*, 1966, Bd. I, s. 188. Anderledes derimod Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret*, 1954, s. 473.

21 Se bl.a. Jens Peter Christensen, *Forfatningsretten og det levende liv*, 1990, s. 122 og 249 f.; Zahle i Jussens Venner, 1998, s. 55; Rytter, *Grundrettigheder*, 2000 s. 62 ff.; Melchior, i *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, 2003, s. 201 ff.; Peter Germer, *Statsforfatningsret*, 2012, s. 226.

22 Jf. Zahle, *Dansk forfatningsret* 1, 2001, s. 56; Henrik Palmer Olsen, *Magtfordeling*, 2005, s. 57.

hvor også lovgivningen er blevet indrettet i tillid til den i teorien fastlagte forståelse. Navnlig ældre teori har indirekte understøttet lovgivers dominans i fortolkningen af Grundlovens rettigheder ved ofte (i fravær af retspraksis) at ty til netop lovgivningspraksis for at få præciseret det nærmere indhold af Grundloven og dens rettigheder. Da bliver resultatet, at den lovgivningsmagt, som Grundlovens rettigheder frem for alt skulle opstille grænser for – via den statsretlige teori, som domstolene senere støtter sig til – i stedet selv medvirker til at definere, hvor grænsen skal gå.

I de senere år synes *domstolene* – med Højesteret i spidsen – indstillet på at indtage en noget mere aktiv rolle i grundlovsfortolkningen end tidligere, bl.a. under påvirkning fra den internationale menneskerettighedskontrol, se fra retspraksis bl.a. »Maastricht-dommene« UfR 1996.1300 H og UfR 1998.800 H, »Tvind-dommen« UfR 1999.841 H (hvor Højesteret for første gang nogensinde underkendte en lov som grundlovsstridig), »Rocker-dommen« UfR 1999.1798 H og »28 årsregel-dommen« UfR 2010.1035 H (Højesterets mindretal).<sup>23</sup> Der er dog ikke tale om et brud med traditionen. I stedet tegner der sig et differentieret billede, hvor domstolenes vilje til en selvstændig fortolkning og kontrol varierer afhængig af rettighedens karakter.<sup>24</sup>

Domstolene synes (nu) villige til mere selvstændigt at fortolke Grundlovens *politiske og personlige rettigheder* og håndhæve disse over for lovgivningsmagten. De politiske frihedsrettigheder i Grl §§ 77-79 er nødvendige forudsætninger for en demokratisk proces, jf. også »Rocker-dommen« UfR 1999.1798 H. Også de klassiske rettigheder til beskyttelse af individets frihed og sikkerhed i Grl §§ 71-72 er fundamentale i en retsstat. Tilsvarende gælder bestemmelserne om domstolenes kompetence og uafhængighed i Grl § 3 og §§ 61-65, hvis grundlæggende formål er et sikre individets retssikkerhed, jf. »Tvind-dommen« UfR 1999.841 H om Grl § 3, men sml. med »konstituerede dommere« UfR 1994.536

23 Se nærmere om tendensen Rytter, *Grundrettigheder*, 2000, s. 66 ff.; Zahle, *Dansk forfatningsret* 3, 2003, s. 50 f.; Melchior, i *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, 2003, s. 212; Jens Peter Christensen, *Domstolene – den tredje statsmagt*, 2003, s. 27; Henrik Palmer Olsen, *Magtfordeling*, 2005, s. 582.

24 Se indgående om begrundelsen herfor Rytter, *Grundrettigheder*, 2000, s. 317-415. Se også Melchior, i *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, 2003, s. 203 f.; Jens Peter Christensen, *Domstolene – den tredje statsmagt*, 2003, s. 25 f. Kritisk er derimod Zahle, *Dansk forfatningsret* 3, 2003, s. 61; Michael Hansen Jensen, Særlig tilbageholdende domstolsprøvelse af loves forenelighed med grundlovens § 73?, i *Festskrift til Orla Friis Jensen. Fast ejendomsret*, 2007, s. 15-22. Mere nuanceret er Jens Peter Christensen, Højesteret og statsmagten, i Per Magid m.fl. (red), *Højesteret – 350 år*, 2011, s. 211 ff. (258); J. P. Christensen, J.A. Jensen og M.H. Jensen, *Dansk Statsret*, 2020, s. 41 f. og 294 f.

H om Grl § 64. For samtlige disse rettigheder og retsstatsgarantier gælder desuden, at en selvstændig fortolkning ved domstolene typisk ikke kolliderer med magtfordelingsmæssige hensyn til Folketingets politiske råderum eller bevillingskompetence.<sup>25</sup>

Derimod må det antages, at domstolene fortsat vil udvise tilbageholdenhed ved fortolkning og håndhævelse af *økonomiske og sociale rettigheder*. Grundlovens bestemmelser til beskyttelse af individets økonomiske sikkerhed og sociale tryghed, jf. Grl §§ 73-76, skal sikre individuelle rettigheder, hvorfor retstatshensyn kunne tilsige, at domstolene selvstændigt burde fortolke og håndhæve dem over for lovgiver. Imidlertid tilsiger magtfordelingsmæssige hensyn, at ejendomsrettens regulering så vel som den løbende tilpasning af økonomiske og sociale ydelsesrettigheder i første række må ske inden for rammerne af den politiske proces.<sup>26</sup> Folketinget har et særligt politisk mandat, og fastlæggelsen af den generelle økonomiske politik – herunder fordelingspolitikken – udgør i demokratiske forfatninger kernen i lovgivers kompetence. Domstolene må derfor acceptere lovgivers vurdering af, om et generelt indgreb i ejendomsretten er ekspropriativt eller ej, jf. Grl § 73, medmindre vurderingen er åbenbart urigtig eller indgrebet rammer enkelte særligt hårdt, jf. UfR 1981.394 H, UfR 1987.1 H,<sup>27</sup> UfR 1998.1669 H og UfR 2008.378 H. Ved mere konkrete/singulære lovindgreb i ejendomsretten kan domstolene derimod håndhæve deres egen fortolkning uden at komme i konflikt med magtfordelingshensyn, jf. UfR 1971.299 H, UfR 1980.955 Ø og UfR 1994.29 H. Dernæst har lovgiver bevillingskompetencen, jf. Grl § 46. Allerede derfor ville en mere ekspansiv domstolsfortolkning af de økonomiske og sociale ydelsesrettigheder i Grl §§ 75-76 komme i konflikt med magtfordelingsmæssige hensyn. Beslutninger om ressourcefordelingen i samfundet tilkommer grundlæggende de politiske organer, jf. UfR 1985.368 H.<sup>28</sup> Domstolene bør derfor alene håndhæve Grundlovens minimumskrav. Endvidere kan positive rettigheder opfyldes på flere måder, og valget mellem disse må i et demokratisk samfund overlades til lovgiver.<sup>29</sup>

---

25 Jf. Rytter, *Grundrettigheder*, 2000, s. 359; Melchior, i *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, 2003, s. 219.

26 Jf. Rytter, *Grundrettigheder*, 2000, s. 359 ff. og samme i TfR 2001, s. 733 ff.; Melchior, i *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, 2003, s. 202 og 218 f.

27 Kommenteret af højesteretsdommer Riis i UfR 1987 B, s. 281 ff.

28 Kommenteret af højesteretsdommer Pontoppidan i UfR 1985 B, s. 248 ff.

29 Jf. Rytter, *Grundrettigheder*, 2000, s. 381 ff.; Melchior i *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, 2003, s. 219.

*Fortolkningsstil og -metode*

Grundloven indeholder ikke selv retningslinjer for, hvordan den skal fortolkes. Da Grundloven er en lov – omend med en særlig retlig status og af en særligt fundamental karakter – er det traditionelle udgangspunkt, at den skal fortolkes på samme måde som almindelige love.<sup>30</sup> Dansk (lov)fortolkningstradition er positivistisk med vægt på bestemmelsens ordlyd og forarbejder.

*Ordlyden* af Grundlovens rettighedsbestemmelser er det naturlige og obligatoriske udgangspunkt for fortolkningen: Hvad er den almindelige betydning af bestemmelsens ordlyd? Hvordan må bestemmelsens ordlyd forstås i den sammenhæng, hvori den indgår i Grundloven? Grundlovens rettigheder er ofte noget mere konkret formuleret end de internationale menneskerettighedskonventioner. Navnlig ældre retspraksis indeholder imidlertid en række eksempler på en restriktiv fortolkning, der begrænser den rettighedsbeskyttelse, som synes at følge af rettighedens ordlyd, jf. UfR 1956.211 H, UfR 1971.656 B, UfR 1976.184 H og UfR 1983.871/2 H.

*Formålet* med rettighedsbestemmelsen får i højere grad betydning, hvor ordlyden rummer bredere begreber eller ligefrem udtrykker et generelt princip. Det er ikke på forhånd klart, hvad det betyder, når Grl § 73 beskytter individets »ejendom« imod vilkårlig ekspropriation, eller når Grl § 75, stk. 2, giver personer, som ikke kan forsørge sig selv, ret til »hjælp« fra det offentlige. Ved den nødvendige udfyldning må grundlovsfortolkeren lade sig lede af det bagvedliggende formål med bestemmelsen.<sup>31</sup> Fortolkeren må i vidt omfang selv konstruere bestemmelsens formål ud fra friere betragtninger over Grundlovens forudsætninger og »ånd«,<sup>32</sup> men inspiration kan undertiden findes i forarbejdernes oplysninger om forfatningsgivers abstrakte hensigt, samt i det pågældende retsprincips historisk-ideologiske baggrund og udenlandske paralleller.<sup>33</sup> Formålsbetragtninger kan i visse tilfælde have en sådan vægt, at de begrunder en fortolkning, der fraviger den naturlige læsning af ordlyden. Dette kan både føre til indskrænkende og udvidende rettighedsfortolkninger. Eksempelvis fortolkes Grl § 67 om religionsfriheden udvidende,

30 Jf. Ernst Andersen, *Forfatning og Sædvane*, 1947, s. 7; Zahle, *Dansk forfatningsret* 1, 2001, s. 62; J.P. Christensen, J.A. Jensen og M.H. Jensen, *Grundloven med kommentarer*, 2015, s. 45.

31 Jf. Ross, *Dansk statsforfatningsret* 1, 1966, s. 53 f.; Max Sørensen, *Statsforfatningsret*, 1969, s. 297 f.; Rytter, *Grundrettigheder*, 2000, s. 132 ff.

32 Se nærmere Rytter, *Grundrettigheder*, 2000 s. 133 f.; Zahle, *Dansk forfatningsret* 3, 2003, s. 61.

33 Jf. Rytter, *Grundrettigheder*, 2000, s. 135 og 156; Zahle, *Dansk forfatningsret* 1, 2001, s. 64.

når det antages, at også individuel religionsudøvelse er omfattet, selv om ordlyden alene vedrører den religiøse foreningsfrihed. Indskrænkende er derimod domstolenes anerkendelse af, at præventive indgreb i ytringsfriheden på visse betingelser kan forenes med Grl § 77, skønt ordlyden utvetydigt forbyder såvel censur som »andre forebyggende forholdsregler«. Derimod har domstolene hidtil undladt at indfortolke en beskyttelse imod efterfølgende ansvar i Grl § 77, skønt formålsbetragtninger med styrke taler herfor. Samlet set er Grl § 77 således genstand for en restriktiv fortolkning.

Den *historiske forståelse* af en rettighedsbestemmelse vil også kunne få betydning, navnlig hvor ordlyden åbner mulighed for fortolknings- tvivl. Det er da relevant at undersøge Grundlovens forarbejder for at få klarhed over, hvilken hensigt forfatningsgiver havde med bestemmelsen. Det kan ligeledes være relevant at se på, hvordan bestemmelsen traditionelt er blevet fortolket, herunder i lovgivning og teori. Det har i retspraksis undertiden ført til restriktive rettighedsfortolkninger. Selv hvor ordlyden af Grundloven i og for sig synes at give beskyttelse, kan det være vanskeligt at håndhæve denne, hvis lovgivningen og retssystemet i årtier har været indrettet ud fra den (implicitte) forudsætning, at en bestemt praksis ikke var uforenelig med Grundloven, jf. UfR 1995.436 H, hvor brugen af konstituerede dommere.

Imidlertid skaber Grundlovens alder, kombineret med dens funktion som ramme om et stadigt omskiftende politisk, retligt og socialt system, også et behov for en løbende tilpasning af fortolkningen i lyset af *samfundsudviklingen* og samtidens politiske og sociale behov.<sup>34</sup> Dele af teorien mener således, at Grundlovens forarbejder og omstændighederne ved dens tilblivelse kun bør tillægges begrænset betydning, hvis vægtige hensyn i dag taler for en afvigende fortolkning;<sup>35</sup> andre er mere kritiske over for en sådan dynamisk fortolkning med henvisning til den metodiske uklarhed og domstolenes manglende demokratiske mandat.<sup>36</sup> En dynamisk fortolkning i lyset af samfundsudviklingen kan både udvide og indskrænke den oprindelige rettighedsbeskyttelse. Et eksempel på en dynamisk udvidelse er fortolkningen af begrebet »ejendom« i Grl § 73, som i dag omfatter flere økonomiske interesser, end det oprindeligt

34 Jf. Ernst Andersen, *Forfatning og Sædvane*, 1947, s. 7 ff.; Ross, *Dansk statsforfatningsret*, bind 1, 1966, s. 53; Max Sørensen, *Statsforfatningsret*, 1969 s. 298; Rytter, *Grundrettigheder*, 2000 s. 129 ff.; Zahle, *Dansk forfatningsret* 1, 2001, s. 73 f.; Henrik Palmer Olsen, *Magtfordeling*, 2005, s. 65.

35 Jf. Ross, *Dansk statsforfatningsret*, bind 1, 1966, s. 53; Zahle, *Dansk forfatningsret* 1, 2001, s. 72 f.

36 Jf. J.P. Christensen, J.A. Jensen og M.H. Jensen, *Dansk Statsret*, 2020, s. 296 f.

var hensigten. En dynamisk indskrænkende fortolkning bliver derimod typisk resultatet, hvis domstolene accepterer lovgivningspraksis som udtryk for den accepterede nutidige fortolkning;<sup>37</sup> et eksempel er begrebet at »afstå« ejendom i GrI § 73, som er blevet fortolket indskrænkende for at muliggøre ønskede sociale samfundsreformer og lovgivers ønske om i stadig videre omfang at regulere ejendomsretten.

## 2.2. Menneskerettighedskonventionen (EMRK)

EMRK fortolkes både af EMD og af nationale domstole. EMD er den autoritative fortolker. EMD fortolker Konventionen med udgangspunkt i folkerettens regler om traktatfortolkning, samt med vægt på en formålsorienteret fortolkning, der skal sikre en reel og effektiv rettighedsbeskyttelse for individet. Fortolkningen er ofte ekspansivt-dynamisk, idet rettighedsbeskyttelsen videreudvikles i takt med rets- og samfundsudviklingen i staterne. Undertiden forholder EMD sig således relativt frit til ordlyden, hvis dette anses som nødvendigt for at sikre en reel rettighedsbeskyttelse i overensstemmelse med bestemmelsens formål og samfundsudviklingen. Denne fortolkningsstil fører ofte, men ikke altid, til en udvidet beskyttelse for individet i forhold til, hvad der ville følge af en traditionel positivistisk fortolkning.

### *Hvem fortolker?*

EMD er EMRK's juridiske kontrolorgan. EMD har til opgave at påse staternes overholdelse af Konventionen, jf. EMRK artikel 19. Domstolen har sæde i Strasbourg og består af én dommer fra hvert af Europarådets lande (altså 47 i alt), jf. EMRK artikel 20. En dommer ved EMD vælges dog i sin personlige egenskab og repræsenterer således ikke, den stat, han/hun kommer fra, jf. EMRK artikel 21(2). For at blive EMD-dommer skal man både have fremragende juridiske kundskaber og nyde høj moralsk anseelse, jf. EMRK artikel 21(1). Det er Europarådets Parlamentariske Forsamling, som vælger dommere til EMD; det sker på grundlag af en liste med tre kandidater, opstillet af det pågældende lands regering, jf. EMRK artikel 22. EMD's dommere vælges for en periode på 9 år og kan ikke genvælges, jf. EMRK artikel 23(1).

Domstolen kan modtage klager fra såvel stater som individer, jf. EMRK artikel 33-34. De individuelle klager er helt dominerende. Ved afgørelse af forelagte klager har EMD kompetence i »alle spørgsmål vedrørende fortolkning og anvendelse af Konventionen«, jf. EMRK artikel 32.

---

37 Se også Jens Peter Christensen, *Domstolene – den tredje statsmagt*, 2003, s. 23.



Domstolens afgørelser er bindende for den involverede stat, jf. EMRK artikel 46. I praksis må også andre stater dog efterleve den fortolkning af EMRK, som EMD lægger til grund for sin afgørelse af konkrete klagesager. De fleste væsentlige EMD-domme afsiges af et kammer med 7 dommere. Meget principielle eller kontroversielle sager kan dog ende for et storkammer med 17 dommere, enten ved, at EMD's kammer selv overgiver sagen til storkammeret, jf. EMRK artikel 30, eller ved, at én af parterne »appellerer« en kammerdom til storkammeret, jf. EMRK artikel 43. Storkammeret har dog i sidstnævnte tilfælde ikke pligt til at tage sagen og gør det da også kun undtagelsesvis. Storkammerdomme har alt andet lige stærkere præjudikatsvirkning end kammerdomme.

EMD indtager en helt central rolle som det organ, der autoritativt fortolker og udfylder – og i visse tilfælde ligefrem skaber – de brede menneskeretlige normer, som staterne skal efterleve. EMD's praksis er EMRK-retten. Det er EMD's praksis, som giver EMRK's bredt formulerede rettigheder »kød og blod«. Gennem sin omfattende praksis, har EMD på en lang række retsområder etableret et detaljeret sæt af normer, som Domstolen løbende videreudvikler og raffinerer yderligere. EMD dyrker i denne proces i vidt omfang sine egne præjudikater, idet Domstolen konsekvent henviser til sine egne principielle udtalelser om EMRK's fortolkning i tidligere sager som grundlag for afgørelse af nye sager. EMD anser sig ikke for retligt bundet af sin egen retspraksis, men vil af hensyn til retssikkerhed, lighed og forudsigelighed kun fravige denne, hvor tungtvejende grunde tilsiger det.<sup>38</sup>

EMD er ikke på samme måde som en national domstol indlejret i en forfatningsretlig magt- og rollefordeling. EMD står således i sin fortolkning af EMRK i udgangspunktet temmelig frit og ubundet af de magtbalancehensyn og indbyrdes kontrolmekanismer, som findes i en demokratisk forfatning med flere konkurrerende organer.<sup>39</sup> Dette kan være en af flere årsager til, at EMD's rettighedsfortolkning generelt går langt videre end, hvad der traditionelt er anset muligt for en dansk domstol; undertiden er EMD måske også gået videre, end der er grundlag for i Konventionen og de fortolkningsregler, den er underlagt.<sup>40</sup> I sidste ende er også EMD dog underlagt »checks and balances«. Det er staterne, som har det primære ansvar for at sikre overholdelsen af EMRK's rettigheder, jf. EMRK artikel 1. EMD's kontrol er således alene subsidiær

---

38 Jf. bl.a. *Christine Goodwin* (2002, para. 74).

39 Jf. M. de Blois, *The Fundamental Freedom of the European Court of Human Rights*, i R. Lawson og M. Blois (eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. III, 1994, s. 35 ff.

40 Se Rytter i *Juristen* 2006, s. 9 ff.

(subsidiaritetsprincippet). Domstolen er desuden afhængig af staternes fortsatte accept. I de senere år har EMD været udsat for (stigende) kritik for undertiden at gå for vidt i fortolkningen og håndhævelsen af EMRK, på bekostning af den nationale politiske handlefrihed og retsfølelse.<sup>41</sup>

Også de nationale domstole fortolker EMRK i deres eget retssystem, men har ikke den autoritative fortolkningskompetence. I det omfang danske domstole selvstændigt fortolker og anvender EMRK i dansk ret, bør de anlægge den folkeretlige fortolkningsstil og -metode.

### *Fortolkningsstil og -metode*

EMRK er en international traktat. Det naturlige udgangspunkt for EMD's fortolkning af EMRK er derfor folkerettens almindelige regler om traktatfortolkning, som er udviklet gennem statspraksis og kodificeret i FN's Traktatretskonvention (TK) fra 1969.<sup>42</sup>

I henhold til TK artikel 31 skal en traktat i første række fortolkes i overensstemmelse med den enkelte bestemmelses ordlyd, dennes kontekst og formålet med traktaten som helhed:

- »1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
  
2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:
  - (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;
  - (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty.
  
3. There shall be taken into account, together with the context:
  - (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
  - (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
  - (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.
  
4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.«

---

41 Se ovenfor Kapitel 1, afsnit 1.

42 Jf. EMD i *Golder* (1975, para. 29).

En traktatbestemmelse skal altså fortolkes i lyset af hele traktaten og dennes formål, jf. TK artikel 31 (1). EMD fortolker således de enkelte rettigheder i lyset af Konventionen som helhed for at sikre indre sammenhæng og undgå indbyrdes modsigelser.<sup>43</sup> En traktats kontekst omfatter også præambelen til traktaten, jf. TK artikel 31(2). Præambelen er en slags forord, der ofte indeholder en principiel tilkendegivelse af traktatens overordnede formål. EMD har da også udtalt, at EMRK's præambel er et nyttigt redskab ved fortolkningen af EMRK.<sup>44</sup> Endvidere er en efterfølgende praksis vedrørende en traktats anvendelse relevant for fortolkningen, hvis den afspejler en enighed mellem staterne, jf. TK artikel 31 (3), litra b. Tilsvarende er også andre internationale normer relevante for fortolkningen, hvis alle staterne er bundet af dem, jf. TK artikel 31 (3), litra c. I overensstemmelse hermed bestræber EMD sig på, så vidt muligt, at fortolke EMRK i overensstemmelse med andre folkeretlige normer og principper.<sup>45</sup> EMRK udgør blot ét af mange folkeretlige normsæt, som Europarådets stater er forpligtet af. Fortolkningen af EMRK må så vidt muligt sikre, at staterne ikke stilles i den situation, at de enten må krænke EMRK eller en anden folkeretlig forpligtelse.<sup>46</sup>

Derimod udgør en traktats forarbejder og omstændighederne ved dens indgåelse ifølge TK artikel 32 alene et supplerende fortolkningsbidrag, der enten kan bekræfte den fortolkning, som de primære fortolkningsbidrag fører til, eller anvendes i tilfælde, hvor de primære bidrag fører til uklare eller åbenbart urimelige resultater:

»Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to conform the meaning resulting from the application of Article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to Article 31:

- (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable«.

I tilknytning til de almindelige principper i TK har EMD ofte understreget, at EMRK ikke er nogen almindelig traktat, men en konvention

43 Jf. *Stec* (2005, para. 48).

44 Jf. *Golder* (1975, para. 34).

45 Jf. *Al-Adsani* (2001, para. 55). Se også *Hassan* (2014, para. 96 ff.) om forholdet mellem EMRK og den humanitære folkerets regler om indgreb under væbnet konflikt.

46 EMD har dog i visse tilfælde været villig til at bryde med andre internationale normer for at sikre individets rettigheder efter EMRK, se f.eks. *Neulinger and Shuruk* (2010, para. 131 ff.) – om børnebortførelse.

til kollektiv sikring og håndhævelse af individuelle rettigheder. EMRK indeholder således ifølge EMD objektive forpligtelser, som efter deres formål skal fortolkes således, at de sikrer individet en reel rettighedsbeskyttelse, ikke således, at staternes forpligtelser begrænses mest muligt.<sup>47</sup> Hertil kommer, at de fleste rettigheder i EMRK ikke udtrykker en håndfast regel, men derimod et bredere princip om f.eks. retfærdig rettergang, privatliv og ytringsfrihed, som udspringer af bagvedliggende værdiforestillinger. På den baggrund adskiller EMD's fortolkning af EMRK sig i nogen grad fra sædvanlig traktatfortolkning.

Også ved fortolkningen af EMRK er udgangspunktet dog altid rettighedens *ordlyd*. Undertiden anser EMD sig begrænset af ordlyden. Således har EMD afvist, at homoseksuelle par kan påberåbe sig en ret til at indgå ægteskab med henvisning til, at EMRK artikel 12 alene garanterer en sådan ret for »giftefærdige mænd og kvinder«.<sup>48</sup> Typisk betragter EMD dog alene ordlyden som udtryk for et princip, hvis virkeliggørelse er bestemmelsens egentlige formål: »any interpretation of the rights and freedoms guaranteed must be consistent with the general spirit of the Convention«.<sup>49</sup>

Hvis en streng ordlydsfortolkning ville føre til resultater, som harmonerer dårligt med rettighedens *formål og »ånd«*, bøjer EMD ofte ordlyden for at nå frem til en fortolkning, der giver en meningsfuld og effektiv beskyttelse af individets rettigheder. EMD har på dette grundlag i en række tilfælde etableret en rettighedsbeskyttelse, som går (væsentligt) videre, end ordlyden umiddelbart tilsiger. Eksempelvis har EMD i EMRK artikel 5 indfortolket et krav om, at en administrativ frihedsberøvelse generelt skal kunne retfærdiggøres som nødvendig og proportional, selv om ordlyden kun kræver, at den skal være »lovlig«.<sup>50</sup> EMD har også strakt anvendelsesområdet for diskriminationsforbuddet i EMRK artikel 14 langt videre, end ordlyden tilsiger, ved blot at kræve, at diskriminationen skal ligge inden for en EMRK-rettigheds »område«, men ikke nødvendigvis angå en i Konventionen sikret »rettighed«.<sup>51</sup> Som et tredje markant eksempel har EMD som tidligere omtalt udviklet en doktrin, hvorefter EMRK's frihedsrettigheder ikke blot sætter grænser for statens indgreb, men også skaber positive forpligtelser for staterne til at sikre og beskytte individets frihed; dette selv om EMRK's

---

47 Se bl.a. *Wemhoff* (1968, »As to the law«, para. 8); *Ireland v. the United Kingdom* (1978, para. 239); *Soering* (1989, para. 87).

48 *Schalk and Kopf* (2010).

49 Jf. *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen* (1976, para. 53); *Soering* (1989, para. 87).

50 Se nærmere nedenfor Kapitel 6, afsnit 6.2.

51 Se nærmere nedenfor Kapitel 14, afsnit 3.

frihedsrettigheder i overensstemmelse med klassisk tradition er formuleret som negative rettigheder til værn mod statens indgreb.<sup>52</sup> EMD har imidlertid også i nogle tilfælde ud fra formålsbetragtninger indskrænket den rettighedsbeskyttelse, der ellers syntes at følge af ordlyden. Eksempelvis har EMD tilladt indgreb, som vanskeligt kan forenes med ordlyden af artikel 5 om frihedsberøvelse;<sup>53</sup> og EMD har ikke anset det for et absolut krav, at en anklaget i en straffesag altid skal have haft adgang til at modafhøre anklagemyndighedens vidner, selv om dette efter ordlyden af EMRK artikel 6, stk. 3, litra d, er et minimumskrav.<sup>54</sup>

*Forarbejder* spiller typisk en yderst begrænset rolle i EMD's retlighedsfortolkning (om end der er undtagelser). Dette er helt i overensstemmelse med Traktatretskonventionen. Heller ikke historiske forudsætninger eller ældre fortolkninger lægger større bindinger på EMD. Domstolen lader generelt ikke fortiden stå i vejen for en fortolkning, som ud fra principielle betragtninger og den stedfundne rets- og samfundsudvikling anses for den rigtige.

EMD fortolker i stedet EMRK *dynamisk* i lyset af den teknologiske, sociale og moralske samfundsudvikling, samt ikke mindst retsudviklingen i staterne. Domstolen har gentagne gange fastslået, at »the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions«.<sup>55</sup>

Den teknologiske udvikling fører nye menneskeretlige problemstillinger med sig. Eksempelvis nødvendiggør de nye muligheder for digital overvågning, samt anvendelsesmulighederne for den stadigt mere avancerede genteknologi en dynamisk fortolkning af, hvad begrebet privatliv dækker; og internettets eksistens udfordrer massemediernes særstatus som offentlighedens informationskilde.

Den generelle sociale udvikling kan tilsige en ændret fortolkning eller vurdering. EMD har anerkendt, at begrebet »familieliv« i EMRK artikel 8 (i dag) også kan omfatte ugifte samlevende par uden børn.<sup>56</sup> Også forståelsen af ejendomsretten kan udvikle sig med tiden; det gælder f.eks. i forhold til spørgsmålet, om sociale ydelser bør nyde ejendomsretlig beskyttelse.<sup>57</sup> Tilsvarende gælder for spørgsmålet, om afsonere har ret til et privat- og familieliv, om børn har rettigheder uafhængigt af deres forældre, og om mænd og kvinder kan behandles forskelligt.

---

52 Se nærmere ovenfor afsnit 1.2.

53 Se nærmere nedenfor Kapitel 6, afsnit 4.2.

54 Se nærmere nedenfor Kapitel 15, afsnit 6.3.

55 Jf. *Tyrer* (1978, para. 31); *Mazurek* (2000, para. 49).

56 Se *X, Y and Z v. the United Kingdom* (1997, para. 36).

57 Se EMD i *Stec* (2005, para. 50-55).

En ændring i de herskende moralopfattelser kan påvirke fortolkningen. Det gælder f.eks. i forhold til beskyttelsen af homoseksuelle og transseksuelles ret til privat- og familieliv; EMD fastslog i *Christine Goodwin* (2002) – efter i mange års tilløb – at retten til privatliv i EMRK artikel 8 nu, i lyset af udviklingen, gav transkønnede personers krav på at få anerkendt deres nye køn.

I sin løbende videreudvikling af EMRK-retten orienterer EMD sig til stadighed efter, om der kan spores en *fælles standard* («European consensus») i staternes nationale retssystemer, som kan danne grundlag for en dynamisk udbygning af EMRK-beskyttelsen. Ved således at basere sig på en tilsvarende udvikling i staternes egne retssystemer, styrker EMD legitimiteten af sin dynamiske fortolkning.<sup>58</sup>

Den dynamiske fortolkning betyder, at en retstilstand, som på et tidspunkt har været forenelig med EMRK, senere kan komme i strid med Konventionen som følge af en dynamisk udvikling i EMD's praksis. På en række områder udvider EMD således løbende rettighedsbeskyttelsen til fordel for individet.

### 2.3. Påvirkes grundlovsfortolkningen af den internationale fortolkningsstil?

Grundloven har sit historiske udspring i en fælleseuropæisk friheds- og demokratiseringsbevægelse. Den øgede integration i Europa efter 1945 har yderligere styrket sammenhængen mellem den nationale og over-/internationale retsudvikling.<sup>59</sup> Det kan på den baggrund synes nærliggende at fortolke Grundlovens rettigheder i lyset af Danmarks internationale menneskerettighedsforpligtelser, især EMRK.<sup>60</sup> Oplagt er det dog også, at en sådan harmoniserende fortolkning aldrig kan være et krav, og at Grundloven »må forstås på egne præmisser«.<sup>61</sup>

Nogle har påpeget, at en afsmitning fra EMRK på danske domstoles grundlovsfortolkning næppe i længden kan undgås, da Grundlovens og EMRK's rettigheder grundlæggende har samme beskyttelsesformål;<sup>62</sup>

58 Se nærmere herom Kanstantsin Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge 2015.

59 Jf. Henning Koch i Juristen 1998, s. 217 ff.

60 Jf. Rytter, *Grundrettigheder*, 2000, s. 165 ff. og 198 ff.; Zahle, *Dansk forfatningsret* 3, 2003, s. 47 og 56 ff.; Peer Lorenzen, i H. Zahle (red.), *Danmarks Riges Grundlov med kommentarer*, 2006, s. 38.

61 Børge Dahl, i *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, 2003, s. 105.

62 Se Peer Lorenzen, i H. Zahle (red.), *Danmarks Riges Grundlov med kommentarer*, 2006, s. 38.

nogle anser endog en sådan påvirkning som både nødvendig og ønskelig.<sup>63</sup>

Andre har derimod anført, at fortolkningen af grundloven og EMRK bør holdes adskilt og Grundloven fortsat fortolkes efter traditionel dansk juridisk metode. En indfortolkning af EMRK-praksis i parallelle rettighedsbestemmelser i Grundloven ville efter dette standpunkt reelt indebære, at danske domstole gav en international traktat grundlovs kraft, hvilket ville være en omgåelse af den demokratiske og vanskelige procedure for grundlovsændring i Grl § 88.<sup>64</sup> Sidstnævnte argument forekommer måske en smule fordrejet. Ingen har vist ment, at danske domstole skulle være forpligtet til at indfortolke EMRK-praksis i parallelle grundlovsbestemmelser; synspunktet er alene, at EMRK-praksis byder sig til som en relevant og tidssvarende inspirationskilde ved fortolkningen af åbne rettighedsbestemmelser i Grundloven. At det tilkommer danske domstole at fortolke Grundlovens rettighedsbestemmelser vil ingen vel betvivle, og den traditionelt anvendte fortolkningsmetode gælder jo ikke med grundlovs kraft.

Hidtidig retspraksis giver ikke grundlag for at antage, at danske domstole vil være villige til at fortolke grundlovens rettigheder i lyset af EMRK. Generelt har Højesteret holdt fortolkningen af Grundloven og EMRK adskilt. Det nærmeste man kommer en harmoniserende fortolkning er »Rocker-dommen« UfR 1999.1798 H, hvor Højesteret i Grl § 79 indfortolkede et krav om nødvendighed ved begrænsninger i forsamlingsfriheden og herved henviste til EMRK artikel 11.

Selv hvis der på et tidspunkt måtte opstå vilje hos danske domstole til at anlægge en noget friere fortolkning af Grundlovens rettigheder (herunder i lyset af EMRK), sætter Grundlovens gamle tekst og fortolkningshistorie dog grænser herfor. Med Grundlovens høje alder er det således også bundetheden i dag af den fortolkning, som historisk har været anlagt ved domstolene, i litteraturen og i lovgivningspraksis, som hæmmer en nyfortolkning af grundlovens rettigheder. Fortolkningen af Grundlovens rettigheder er i langt højere grad, end tilfældet er med EMRK (og EUC), fanget i et dilemma mellem *fornyelse* og *kontinuitet*.

---

63 F.eks. Zahle, *Dansk forfatningsret* 3, 2003, s. 56-58.

64 Se Jens Peter Christensen, Højesteret og statsmagten, i P. Magid m.fl. (red.), *Højesteret – 350 år*, 2011, s. 211 ff. (254 f.).