

# EMRK, den nationale interesse og det danske formandskab for Europarådet

*Nærværende analyse indgår som en del af et tematisk projekt om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) under tænk tanken Justitia. Som led i regeringens ønske om at påvirke EMDs fortolkning og retspraksis har Justitia anmodet en række juridiske eksperter om at udarbejde særskilte analyser med fokus på forskellige dele og problemstillinger i henhold til EMRK og EMD. De enkelte analyser er således ikke et udtryk for Justitias holdning, ligesom forfatterne til analyserne ikke skal betragtes som værende en del af Justitia.*

*Nærværende analyse er skrevet af Anders Henriksen, lektor i Folkeret<sup>1</sup>*

## Executive summary

Den danske regering bør bruge det forestående formandskab for Europarådet til at overveje, hvilken Menneskerettighedskonvention Danmark ønsker sig i fremtiden. Regeringen skal finde den rette balance mellem to hensyn. Den skal både tage den aktuelle kritik af Domstolens praksis på især udlændingeområdet alvorligt men også huske, at Danmark har en klar national interesse i at sikre den internationale respekt for demokrati og grundlæggende frihedsrettigheder. Ambitionen bør være at bidrage til, at EMRK bliver mere fokuseret og bedre prioriteret. Analysen peger på to politikområder, hvor Domstolen har flyttet konventionens fokus for langt væk fra det, der i disse år bør optage en moderne international menneskerettighedsdomstol. Det drejer sig om praksis i forhold til sikkerhedsinternering under væbnede konflikter og i forhold til beskyttelsen af kriminelle udlændinge mod udvisning. Især i forhold til det sidstnævnte må en "tilbagerulning" af praksis forventes at imødegå i hvert fald noget af den aktuelle kritik.

---

<sup>1</sup> Indholdet af denne analyse udtrykker alene forfatterens opfattelse og hverken opfattelsen hos Justitia eller Københavns Universitet

## 1. Indledning

Regeringen bekendtgjorde den 9. november 2016, at den nedsætter en særlig taskforce, der skal se kritisk på Den Europæiske Menneskerettighedskonventions (EMRK) indflydelse i Danmark. Taskforcen skal bl.a. vurdere, om den danske regering bør bruge Danmarks formandskab i Europarådet fra november 2017 til maj 2018 til at forsøge at "reformere" selve konventionen og/ eller stræbe efter at få ændret praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ('Menneskerettighedsdomstolen'/'Strasbourg'/ Domstolen). Nedsættelsen af taskforcen ligger i forlængelse af 2025-planen fra august 2016, hvori regeringen bemærker, at den "ønsker at overholde de internationale konventioner", men at der også er "behov for at se kritisk på den praktiske fortolkning af konventionerne", og at regeringen "vil arbejde for, at konventionerne bliver ført tilbage til kernen af de oprindelige beskyttelseshensyn."<sup>2</sup> I det nye regeringsgrundlag for VLAK-regeringen fra november noteres det på samme måde, at "der er behov for at se kritisk på den måde, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dynamiske fortolkning har udvidet rækkevidden af dele af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention".<sup>3</sup>

Det er velkendt, at Strasbourg anlægger en såkaldt "dynamisk" fortolkningsstil, der i praksis betyder, at konventionen anses for at være et "living instrument", hvis bestemmelser ikke fortolkes med udgangspunkt i den opfattelse, der var gældende, da konventionen blev vedtaget i 1950, men derimod på en måde, der (ifølge Domstolen) afspejler den samtid, hvori konventionen finder anvendelse.<sup>4</sup> Den dynamiske fortolkningsstil er i de senere år blevet genstand for øget kritik af såvel politikere som kommentatorer i Danmark. Især Dansk Folkeparti (DF) har i årevis ytret sig kritisk om EMRK, og medlemmer af DF har ved flere lejligheder udtalt, at Danmark bør tage et opgør med de internationale konventioner på menneskerettighedsområdet og om nødvendigt overveje helt at udtræde.<sup>5</sup> Den 25. oktober 2016 fremsatte medlemmer af DF et forslag til

<sup>2</sup> Regeringen, "Helhedsplan – For et stærkere Danmark, august 2016, s. 19, tilgængelig på: [http://stm.dk/multimedia/helhedsplan\\_for\\_et\\_st\\_rkere\\_danmark\\_weba.pdf](http://stm.dk/multimedia/helhedsplan_for_et_st_rkere_danmark_weba.pdf)

<sup>3</sup> Statsministeriet, Regeringsgrundlag, Marienborgaftalen 2016, "For et friere, rigere og mere trygt Danmark", s. 55.

<sup>4</sup> Se her til bl.a. *Tyrer mod Storbritannien*, Appl. No. 5856/72, 25. april 1978, præmis 31 og *Loizidou v. Turkey*, Appl. No. 15318/89, 23. marts 1995, præmis 71.

<sup>5</sup> Se bl.a. "Marie Krarup: Menneskerettigheder er farlige for Danmark", *Kristeligt Dagblad*, 24. august 2016, tilgængelig på: <http://www.kristeligt-dagblad.dk/debat/marie-krarup-menneskerettigheder-er-farlige-danmark>. Se også Martin Kaae og Jesper Hvass, "Thulesen Dahl: Danmark skal fri af internationale konventioner", *Jyllandsposten*, 9. august 2016, tilgængelig på: <http://jyllands-posten.dk/politik/ECE8906271/thulesen-dahl-danmark-skal-fri-af-internationale-konventioner/>

folketingsbeslutning, hvorefter Folketinget skulle pålægge regeringen at ”ophæve inkorporeringsloven ... samt at tage initiativ til, at Danmark får et forbehold ... som sikrer, at den danske regering fremover kan føre den udlændingepolitik, der er flertal for i Folketinget.”<sup>6</sup> I de senere år har også andre partier på Christiansborg meldt sig på banen med kritik, og der tales nu åbent om behovet for – om nødvendigt – at ændre på bl.a. EMRK.<sup>7</sup> En del af inspirationen er tilsyneladende kommet fra England, hvor der i en årrække har været til tider ganske omfattende utilfredshed med Strasbourgs praksis. Briterne benyttede bl.a. sit formandskab af Europarådet i 2012 til at få vedtaget den såkaldte ”Brighton-erklæring”, hvori Rådets 47 medlemsstater gav udtryk for en række frustrationer over Domstolen.<sup>8</sup>

Formålet med denne analyse er at bidrage til den aktuelle debat om Danmarks forhold til EMRK og den danske regerings tilgang til formandskabet i 2017. Analysen indledes i afsnit 2 og 3 med en række overordnede betragtninger, der bør påvirke regeringens holdning til konventionen. Den første af disse betragtninger er, at debatten om EMRK’s fremtid skal ses i lyset af den aktuelle krise i den liberale verdensorden, der bl.a. kommer til udtryk i en stadig mere markant modstand mod diverse former for internationalt institutionelt samarbejde. Den anden betragtning er, at Danmark har en langsigtet strategisk interesse i at bevare respekten for en international retsorden med fokus på demokratiske retsstatsprincipper og grundlæggende frihedsrettigheder. Afsnit 4 vejer de overordnede betragtninger op imod hinanden og konkluderer, at regeringen på den baggrund bør afstå fra at indlede et fundamentalt opgør med EMRK i form af eventuelt at opsig konventionen, men samtidig også bør tage den aktuelle – og helt legitime – kritik af Strasbourgs praksis særdeles alvorligt. Det fremføres derfor også, at regeringen bør bruge det forestående formandskab i Europarådet til at rejse en

<sup>6</sup> Beslutningsforslag B 18, Folketinget 2016/17, fremsat 25. oktober 2016.

<sup>7</sup> Se bl.a. Thue Ahrenkilde Holm, ”Borgerlige vil udfordre ’konventionsregimet’”, *BT*, 9. juni 2015, se <http://www.bt.dk/politik/borgerlige-vil-udfordre-konventionsregimet>. Se også Kristian Klarskov, ”S: europæiske dommere agere politisk”, *Politiken*, se <http://politiken.dk/indland/politik/ECE3497497/s-europaeiske-dommere-agerer-politisk/>

<sup>8</sup> Council of Europe, *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*, se [http://www.echr.coe.int/documents/2012\\_brighton\\_finaldeclaration\\_eng.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/2012_brighton_finaldeclaration_eng.pdf). Se hertil også behandlingen i Jonas Christoffersen og Mikael Rask Madsen, ”Menneskerettighedsdomstolens fremtid: Midtvejsstatus efter Brighton-erklæringen”, *Ugeskrift for Retsvæsen*, U.2016B.392, og de samme forfattere i ”Menneskerettighedsdomstolens fortid, nutid og fremtid: Hvilke veje blæser vindene efter Brighton-erklæringen?”, *Ugeskrift for Retsvæsen*, U.2015B.13. Den britiske premierminister Theresa May har ved flere lejligheder givet udtryk for, at Storbritannien helt bør træde ud af konventionen, se bl.a. Anushka Asthana and Rowena Mason, ”UK must leave European convention on human rights, says Theresa May”, *The Guardian*, se 25. April 2016, se <https://www.theguardian.com/politics/2016/apr/25/uk-must-leave-european-convention-on-human-rights-theresa-may-eu-referendum> Se også Will Worley, ”Theresa May ‘will campaign to leave the European Convention on Human Rights in 2020 election’”, *The Independent*, 29. December 2016, se <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/theresa-may-campaign-leave-european-convention-on-human-rights-2020-general-election-brexit-a7499951.html>

principiel debat om konventionens fremtidige udvikling og i den forbindelse søge at opnå international opbakning til en række *substantielle* ændringer i Domstolens praksis. Afsnit 5 og 6 opregner på den baggrund to konkrete områder, hvor det vil være legitimt for regeringen at gå efter en "justering" af praksis. Afsnit 5 diskuterer Domstolens praksis for regulering af frihedsberøvelser under væbnet konflikt, og afsnit 6 forholder sig til artikel 8 om retten til familie- og privatliv, herunder særligt praksis i forhold til udvisning af kriminelle udlændinge. Analysen rundes af i afsnit 7 med en kort opsummering af de centrale konklusioner.

## 2. Krisen i den liberale orden

En af de mest centrale pointer i denne analyse er, at regeringens aktuelle overvejelser om Danmarks forhold til EMRK bør tage højde for, at den internationale retsorden i disse år befinder sig i den mest alvorlige krise siden Anden Verdenskrig (udfyldes nedenfor). Den øgede kritik af Strasbourg passer herved ind i et billede af en generelt øget skepsis over for internationale institutioner og konventioner, der begrænser nationale beslutningstageres muligheder for at udforme politikken, som de ønsker. De danske politikere bør i den forbindelse særligt have for øje, at den internationale retsorden grundlæggende udgør en central del af en *liberal* verdensorden, der blev skabt på ruinerne af Anden Verdenskrig for at undgå en tilbagevenden til de isolationistiske politikker, der i 1920'erne og 30'erne havde været en medvirkende faktor til udbruddet af krig. Med et visionært USA ved roret skabte Vesten efter krigens ophør flere betydningsfulde internationale institutioner, der var baseret på klare liberale værdier. De centrale af disse institutioner var – og er fortsat – NATO, EU og de institutioner, der skulle fremme international handel, der blev skabt ved Bretton Woods konferencen i 1944. Vedtagelsen af en række centrale menneskerettighedskonventioner udgjorde et vigtigt supplement til den liberale orden, og i Europa var etableringen af Europarådet i 1949 og vedtagelsen af Menneskerettighedskonventionen året efter af særlig betydning. Ved ophøret af den Kolde Krig og kommunismens sammenbrud i Øst blev den vestlige liberale orden *de facto* udbredt til resten af kloden, og den har i det store hele siden da været hele det internationale systems samlede "orden". Udbredelsen af den liberale orden efter ophøret af den Kolde Krig var især tydelig i Europa, hvor de tidligere kommunistiske stater i Øst i løbet af 1990'erne og 00'erne blev nye demokratier og opnåede medlemskab af NATO, EU og Europarådet.

Den generelle retning på udviklingen har derfor været tydelig – især i Europa. Staterne har indgået i stadig tættere samarbejde og accepteret at afgive stadig mere national suverænitet og kompetencer til internationale institutioner, der er blevet tillagt øgede beføjelser. Et af de særlige kendetegn har i den forbindelse været etableringen af et stigende antal juridiske kontrolorganer, der kan begrænse de nationale politikeres handlemuligheder. De klareste eksempler er selvsagt EU Domstolen og Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg. Et helt centralt element i den gradvise udbygning af den vestlige liberale orden i Europa har været en stærk tro på, at globaliseringen grundlæggende er et gode, der skaber øget velstand og værdi, og at territoriale grænser står i vejen for udviklingen og fremskridt. Betonningen af geografisk åbenhed er primært kommet til udtryk i den gradvise udbygning af EU, der fra starten har været baseret på udstrakt frihed for arbejdskraft, varer, tjenesteydelser og kapital, og kulminationen var indførelsen af Schengen og afskaffelsen af den indre grænsekontrol.

Den liberale orden, og i særdeleshed den liberale europæiske orden, er i disse år truet af såvel eksterne som interne kræfter. Det eksterne pres kommer primært fra mere globale magtforskydninger og fra en række regionale magter med Kina og Rusland i spidsen, der aktivt skubber på for at skabe en mere autokratisk verdensorden med mindre respekt for demokrati og grundlæggende frihedsrettigheder. Især Putin bekender sig i stigende grad til en mere national-konservativ, autoritær og illiberal dagsorden. Ruslands fremfærd overfor dissidenter på hjemmefronten og i Ukraine og Kinas tilstedeværelse i det Sydkinesiske Øhav viser herudover med al tydelighed, at hverken Moskva eller Beijing lader til at abonnere på alle de spilleregler, der udgør ryggraden i den eksisterende internationale retsorden.

Det ydre pres forstærkes af, at der på de indre linjer i Vesten i stigende grad stilles spørgsmålstegn ved hele det liberale projekt. Der er for det første en ret tydelig tendens til, at USA gradvist bliver mere tøvende over for at udfylde sin historiske rolle som kaptajnen på det store liberale skib. Præsident Obama har ført en mindre ideologisk "vestlig" udenrigspolitik end sin forgænger, og Donald J. Trump er blevet valgt på en klar "America First" dagsorden, der indikerer et endnu mere afdæmpet og mindre ideologisk USA.<sup>9</sup>

Valget af Trump som USA's næste præsident illustrerer også, at den liberale orden endvidere er under et indre pres fra politikere i de etablerede partier, der i stigende grad giver udtryk for et ønske om at få større national

---

<sup>9</sup> Se hertil også Vibeke Schou Tjalve, "Survival of the fittest: Trump's not-so-simple nationalism", *DIIS Brief*, 16. november 2016.

indflydelse på udformningen af politikken. Der tales således i disse år over en bred kam om nødvendigheden af at "tilbageerobre" magt fra internationale institutioner og at komme ud af snærende internationale forpligtelser. Det er i den forbindelse værd at hæfte sig ved, at det ikke kun er EMRK, der i de senere år er blevet udsat for politisk kritik. Også FN's Flygtningekonvention fra 1951 og – i Danmark i hvert fald – konventionen om statsløse personers retsstilling fra 1954 har stået for skud.

Hertil kommer så et massivt pres fra især såkaldt "højre-populistiske" strømninger, der er endog stærkt kritiske over for centrale dele af den selv samme institutionelle globalisering, som den vestlige liberale orden er bygget på.<sup>10</sup> Den folkelige skepsis' årsager er komplekse, omdiskuterede og ikke nødvendigvis identiske i de forskellige stater.<sup>11</sup> Og selvom denne skepsis ikke kun er et fænomen på den politiske højrefløj<sup>12</sup> er den højreorienterede variant særlig interessant for denne analyse. Det fremgår således af en nyere undersøgelse af 268 politiske partier i 31 europæiske stater, at de højre-populistiske partier i Europa i det store og hele alle nærer udbredt mistillid til "de etablerede" nationale og internationale regeringsstrukturer, herunder især EU; at de har en generel positiv holdning til autoritære styreformere, herunder Putins Rusland; at de udtrykker markant modstand mod immigration og diverse former for "multikultur"; at de bakker op om protektionistiske handelstiltag og endvidere generelt er tilhængere af isolationisme i forsvars- og sikkerhedspolitiske spørgsmål.<sup>13</sup> Højre-populistiske partier har i skrivende stund afgørende indflydelse på regeringerne i en lang række medlemsstater i Europarådet.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Den gennemsnitlige opbakning til de populistiske partier har været støt stigende i Europa siden 1960'erne og ligger aktuelt på ca. 13-14 %, see Ronald F. Inglehart and Pippa Norris, Trump, "Brexit, and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash", *Harvard Kennedy School*, HKS Working Paper No. RWP16-026, s. 23.

<sup>11</sup> Se bl.a. Cas Mudde, *Populist Radical Right Parties in Europe*, Cambridge University Press (2007) og samme forfatter i *On Extremism and Democracy in Europe*, Routledge (2016) og *The Populist Radical Right: A Reader (Extremism and Democracy) (red.)*, Routledge (2016).

<sup>12</sup> Der er for øjeblikket er flere "venstrepopulistiske" partier, der har vind i sejlene rundt omkring i Europa, såsom Podemos i Spanien, Syriza i Grækenland, The Five Star Movement Alliance i Italien, og Die Linke i Tyskland, se bl.a. oversigten i Susi Dennison & Dina Pardjjs, "The World According to Europe's Insurgent Parties: Putin, Migration and People Power", *European Council on Foreign Relations*, June 2016. Det hører med til historien, at det ikke altid er nemt at placere de populistiske partier på en klassisk "højre"/"venstre" politisk akse.

<sup>13</sup> Inglehart and Norris (n 10). Se også Dennison & Pardjjs (n 12).

<sup>14</sup> Dennison & Pardjjs (n 12)

### 3. Danmarks interesse i en liberal retsorden

Man kan mene, hvad man vil, om de politiske valg, som skiftende europæiske regeringer har truffet i de sidste par årtier, men den øgede mistro mod internationalt institutionelt samarbejde bør ikke desto mindre vække bekymring i Danmark, der historisk har set netop opbygningen af internationale institutioner og en international retsorden som en dansk kerne interesse. Som den lille stat i en region med større stater har Danmarks udenrigs- og sikkerhedspolitik i høj grad handlet om at fremme en robust international retsorden, der kanalisere international uenighed væk fra udøvelse af rå magt og over i formaliserede – gerne retlige – rammer. Peter Taksøe-Jensen bemærker da også i sin udenrigs- og sikkerhedspolitiske udredning fra maj 2016, at Danmark trives ”bedst i en stabil, liberal og regelbundet verdensorden og forsvarer bedst danske interesser og værdier ved at bidrage til et regelstyret international system.”<sup>15</sup> Det nye regeringsgrundlag fra november 2016 ligger i forlængelse heraf og noterer sig bl.a., at Danmark ”vinder ved at indgå i forpligtende fællesskaber med andre lande”<sup>16</sup>, at vi ”som en åben økonomi og et internationalt orienteret land er stærkt afhængig af et velfungerende internationalt samarbejde i multilaterale organisationer og sammenhænge”<sup>17</sup>, og at globaliseringen grundlæggende er ”en gevinst for det enkelte individ og for vores fællesskab. Danmark vinder, når idéer, arbejdskraft og varer krydser landegrænser. Vi beriges som mennesker og som samfund.”<sup>18</sup>

EMRK udgør et centralt element i den internationale retsorden, som Danmark har en klar national interesse i at bakke op og værne om. Med Taksøe-Jensens ord, så er beskyttelsen af grundlæggende menneskerettigheder, respekt for retsstatsprincipper og god regeringsførelse ”i de lande, som Danmark og danske virksomheder samarbejder med” i Danmarks interesse.<sup>19</sup> Og som et sikkerhedspolitisk værktøj har EMRK da også historisk tjent både os selv og vores nærområde særdeles godt. Det måske bedste eksempel er den rolle, som konventionen spillede efter den Kolde Krigs ophør, hvor Vesten så en klar sikkerhedspolitisk interesse i at fremme demokratisering og udbredelsen af respekt for menneskerettigheder i de nye demokratier i Øst. Adgangsbilletten til det fine økonomiske selskab i EU og til den sikkerhedspolitiske NATO-paraply var bl.a. en velvillighed til at gennemføre omfattende reformer og respekt for grundlæggende

---

<sup>15</sup> Peter Taksøe-Jensen, *Dansk diplomati og forsvar i en brydningstid: Vejen frem for Danmarks interesser og værdier mod 2030*, s. 3.

<sup>16</sup> Regeringsgrundlaget (n 2) præambel.

<sup>17</sup> Ibid, s. 42.

<sup>18</sup> Ibid. s. 54.

<sup>19</sup> Ibid.



menneskerettigheder.<sup>20</sup> Europarådet og EMRK spillede her en central rolle. Som et liberalt demokrati har Danmark en interesse i et Europa, hvor så mange stater som muligt regeres efter sunde demokratiske retsstatsprincipper med respekt for minoriteter, og det har konventionen bidraget positivt til.

Betoningen af internationale institutioner og retsorden handler herved ikke kun om idealisme og om et blindt forsvar for globalisering, men i høj grad om realisme. Det handler om at hæve blikket fra de konkrete diskussioner af det mere eller mindre fordelagtige i konkrete elementer af det internationale samarbejde eller i konkrete konventionsbestemmelser og tage bestik af Danmarks langsigtede interesser og geopolitiske placering.

## 4. En balanceret dansk politik over for EMRK og Strasbourg

Opgaven for den danske regering er at finde den rette balance mellem – på den ene side – et legitimt indenrigspolitisk ønske om at kaste et mere kritisk blik på dele af Menneskerettighedskonventionen og Strasbourgs praksis og – på den anden – Danmarks strategiske interesse i at sikre respekten for en international retsorden, som EMRK er en del af. Den konkrete balanceakt kan i sagens natur falde ud på forskellig vis alt afhængig af, hvor man placerer lodderne i vægtskålene. Der vil eksempelvis utvivlsomt være nogle, der vil nå til den konklusion, at Danmarks interesse i at værne om respekten for EMRK betyder, at den danske regering skal afstå fra at begynde at fifle for meget ved konventionen og i særdeleshed skal holde sig fra at åbne en debat om dets substantielle indhold. Argumentet vil her være, at det *netop* er fordi, at Danmark har en interesse i en international retsorden, at regeringen skal modstå fristelsen til at åbne op for en mere grundlæggende international debat om EMRK.<sup>21</sup>

I en nyligt offentliggjort artikel i *Ugeskrift for Retsvæsen*, hvor direktør Jonas Christoffersen, Institut for Menneskerettigheder, og professor Mikael Rask Madsen, Juridisk Fakultet, KU, vurderer udviklingen siden Brighton-erklæringen fra 2012, bemærker forfatterne, at "der er gode grunde til at fastholde et kritisk blik på udviklingen i Domstolens virke", og det anbefales, at udviklingen af en dansk strategi for formandskabet i

<sup>20</sup> Se bl.a. de politiske krav i de såkaldte "Københavnkriterier", der blev vedtaget det Europæiske Råd i 1993 med henblik på at opstille de krav, som nye EU ansøgerlande skulle opfylde.

<sup>21</sup> Se også Leder, "Regeringens fifleri med konventioner er farlig", *Politiken*, 12. november 2016



2017 ”tager udgangspunkt i et ønske om at styrke det europæiske samarbejde ved at bane vejen for en udvikling, hvor Domstolen bedre kan fokusere på de centrale forhold af betydning for beskyttelsen af menneskerettighederne i Europa.” Forfatterne peger konkret på tre forhold, hvor der efter deres mening bør fokuseres. Det drejer sig om 1) processen omkring udpegningen af Domstolens dommere, 2) en grundig vurdering og analyse af, hvordan Domstolens sagsmængde kan reduceres, samt 3) en fokusering på subsidiaritetsprincippet, bl.a. i form af en tydeliggørelse af de veje til at styrke dialogen mellem Domstolen og de nationale myndigheder, der vil gøre Domstolen i stand til at løfte sin opgave.<sup>22</sup>

Denne analyse deler Christoffersen og Madsens grundlæggende skepsis over for Domstolens aktuelle måde at håndtere dets oplagte udfordringer på, og analysen er også enig i, at der kan være behov for en indsats på hvert enkelt af de konkrete områder, der opregnes i artiklen. Et fokus på disse primært processuelle forhold bør imidlertid ikke stå alene. Det politiske ønske om at se mere kritisk på konventionen og på dens indvirkning i dansk ret er grundlæggende legitimt og bør behandles derefter. EMRK vedbliver kun med at være et betydningsfuldt instrument, der gavner Danmarks interesser, hvis konventionen til stadighed er omgærdet af respekt, ikke mindst fra de folkevalgte. Danmark har brug for et stærkt demokratisk Europa, og vi har derfor behov for en stærk Menneskerettighedskonvention. Den mest naturlige konsekvens af, at Danmark har en stærk national interesse i at værne om EMRK er derfor ikke, at regeringen helt skal afstå fra at pille ved konventionen men derimod, at den skal sørge for, at konventionen og Strasbourgs praksis ikke fjerner sig for langt fra de europæiske befolkninger. Som Strasbourg selv er den første til at bemærke, så må retlige normer være i stand til at ændre sig i overensstemmelse med samtidens præferencer og ændrede prioriteringer. Hvis der bliver for stor afstand mellem idealer og realiteter, mister idealerne deres troværdighed og opbakning.

Regeringen bør være sig bevidst, at den øgede folkelige skepsis bl.a. er begrundet i, at de etablerede politiske systemer og partier har været for dårlige til at forholde sig substantielt til de bekymringer, som store dele af befolkninger har givet udtryk for. Bekymringerne er i for høj grad blevet affejet med en henvisning til, at ”globaliseringen” åbenbart skulle have sin egen evolutionære kraft og derfor ikke er til at stoppe. Men det er jo ikke hele sandheden, for globalisering er i høj grad også politik. Der er flere af de elementer ved det, man kan betegne som globalisering, som de populistiske partier er kritiske over for, der er et resultat af bevidste

---

<sup>22</sup> Christoffersen og Madsen 2016 (n 8) s. 401. Ser også Jonas Christoffersen og Mikael Rask Madsen, ”Reformer af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol skal sikre stærk europæisk retsorden”, *Dagbladet Information*, 16. december 2016, se <https://www.information.dk/debat/2016/12/reformer-europaeiske-menneskerettighedsdomstol-sikre-staerk-europaeisk-retsorden>

politiske valg, man kan være enig eller uenig i. Det er eksempelvis et politisk valg at indgå en international frihandelsaftale, der nedlægger toldbarrierer og skaber øget konkurrence med dertil hørende tab af arbejdspladser i visse sektorer. Ligesom det er et politisk valg at være med i EU og acceptere at skulle respektere den udbredte grad af frihed for arbejdstagere og tjenesteydelser, der nu engang følger med eksempelvis det indre marked. Og det er også et bevidst politisk valg at underskrive og fastholde støtten til en international konvention som EMRK, der begrænser nationale politikeres råderum til at udforme politikken på særligt følsomme områder, såsom i forhold til udlændingepolitikken. En af moralerne af Brexit og valget af Donald J. Trump som USA's næste præsident er, at befolkningerne ikke føler sig overbevidst om, at de ikke selv kan ændre ved grundlæggende elementer af den orden, de er utilfredse med. Og især Brexit viser med al ønskelig tydelighed, hvad der kan se, hvis en folkelig skepsis over for øgede internationale samarbejder og forpligtelser ikke tages alvorligt. Så forkastes det.

Det vil afgjort ikke være i Danmarks langsigtede strategiske interesse at indlede et egentlig principielt opgør med EMRK i form af en opsigelse af konventionen. Men denne analyse anbefaler, at regeringen lytter til den aktuelle kritik af Strasbourgs praksis og anser det kommende formandskab for Europarådet som en kærkommen anledning til at rejse en debat blandt Europarådets medlemmer om, hvorvidt der er behov for en reel justering af Strasbourgs praksis på visse følsomme politikområder.<sup>23</sup> Opgaven må være at "fremtidssikre" EMRK og på den lange bane sikre den fulde folkelige respekt for konventionen, så den kan blive en garant for en fokuseret og prioriteret beskyttelse af fundamentale og grundlæggende menneskerettigheder i Europa. Denne analyses anbefalinger ligger herved i forlængelse af regeringsgrundlaget, hvoraf fremgår, at regeringen "vil aktivt arbejde for reformer i det multilaterale samarbejde og i de enkelte organisationer, så de hele tiden er i stand til effektivt at levere konkrete og efterspurgte resultater."<sup>24</sup>

I den resterende del af analysen rettes opmærksomheden mod to konkrete områder, hvor Strasbourgs praksis med rette kan beskyldes for at have fjernet sig for langt fra det, der i disse år bør optage en moderne international menneskerettighedsdomstol. De to områder er valgt, fordi de illustrerer forskellige forhold ved

---

<sup>23</sup> Behovet for at lytte til den folkelige kritik af dele af menneskerettighedernes udvikling genfindes i Jacob Mchangama, "Regeringen vil begrænse menneskerettighedernes rækkevidde. Det kan faktisk være i menneskerettens interesse", *Zetland*, 16. december 2016, se <https://www.zetland.dk/historie/seQ3VqYp-aevmJ36a-2e8d1> og Jens Elo Rytter, "Lad os tage de folkelige protester alvorligt – og tage menneskerettighederne op til kritisk revision", *Dagbladet Information*, 3. december 2016, se <https://www.information.dk/indland/2016/12/lad-tage-folkelige-protester-alvorligt-tage-menneskerettighederne-kritisk-revision>

<sup>24</sup> Regeringsgrundlaget (n 2) s. 42.

Strasbourgs praksis, der over tid har vist sig at være kritisable, og fordi der er tale om følsomme sagsområder, hvor folkeretten traditionelt anerkender staterne et stort selvstændigt råderum. Hertil kommer, at en "tilbagerulning" af Domstolens praksis på i hvert fald det andet af områderne må forventes at imødegå noget af den politiske kritik, som Strasbourg for tiden er udsat for. Afsnit 5 redegør for, hvordan Menneskerettighedsdomstolen har udviklet en praksis, der i unødigt omfang komplicerer medlemsstaters deltagelse i militære operationer i udlandet ved at anlægge en fortolkning af retten til frihed i artikel 5 i EMRK, der er vanskelig at forene med indholdet af de dele af folkeretten, der er udarbejdet med henblik på at regulere væbnede konflikter. Eksemplet viser herved, at Domstolen ikke altid udviser den fornødne respekt for et generelt folkeretligt princip om, at medlemsstaternes konkrete traktatbaserede forpligtelser bør fortolkes i overensstemmelse med deres øvrige folkeretlige forpligtelser. Afsnit 6 gennemgår som det andet område, hvorledes Strasbourgs fortolkning af retten til familieliv i artikel 8 er svær at forene med konventionens oprindelige anvendelsesområde, herunder særligt med staternes traditionelle kompetence til at bestemme udlændinges indrejse og ophold på territoriet. Netop spørgsmålet om udlændinges ret til ophold i medlemsstaterne er blevet et endog særdeles følsomt område, hvor staterne i disse år ytrer stærke ønsker om, at der anlægges et kritisk blik på Strasbourgs praksis.

## 5. Strasbourg og frihedsberøvelse under væbnede konflikter.

Det ene af de to områder, hvor den danske regering aktivt bør søge at udfordre Menneskerettighedsdomstolens praksis vedrører medlemsstaternes adgang til at sikkerhedsinternere personer, der under en væbnet konflikt anses for at udgøre en sikkerhedsrisiko. Rækkevidden og indholdet af EMRKs forpligtelser under væbnet konflikt er blevet en dansk kerneinteresse i takt med, at skiftende danske regeringer har udsendt danske militære bidrag til internationale missioner, herunder landmilitære bidrag. Set i det lys er det bemærkelsesværdigt, at Strasbourgs praksis i modsætning til i Storbritannien<sup>25</sup> ikke har genereret mere politisk bevågenhed i Danmark, end tilfældet er. Danske styrker er i skrivende stund udsendt til Irak og Syrien som led i *Operation Inherent Resolve* og kampen mod ISIL. Det aktuelle bidrag består bl.a. af et kapacitetsopbygningsbidrag på ca. 120 personer, et bidrag med kampfly, der gennemfører målrettede

<sup>25</sup> For en særdeles kritisk holdning til Strasbourgs praksis, se Richard Ekins, Jonathan Morgan and Tom Tugendhat, "Clearing the Fog of Law: Saving our armed forces from defeat by judicial diktat", *Policy Exchange*, 2015.

luftbombninger, og et bidrag med specialstyrker. Kampflyene blev som led i den annoncerede rotation trukket hjem inden jul i år.<sup>26</sup>

Menneskerettighedsdomstolen har gentagne gange konkluderet, at EMRK også finder anvendelse under væbnede konflikter, og at en stat som Danmark derfor også vil kunne være bundet af konventionen, når dets styrker deltager i militære operationer uden for landets grænser.<sup>27</sup> Strasbourgs praksis er på dette punkt konsistent med afgørelser fra eksempelvis Den Internationale Domstol i Haag.<sup>28</sup> Den mere præcise afgrænsning af, hvornår en stat er bundet af EMRK uden for territoriet har desværre været temmelig usikker. Det afgørende for konventionens territoriale rækkevidde er fortolkningen af begrebet "jurisdiktion" i artikel 1 i EMRK, og Strasbourgs udlægning af jurisdiktionsbegrebet har været alt andet end konsistent.<sup>29</sup> Det for tiden mest autoritative bidrag fra Strasbourg er Storkammerets afgørelse i *Al-Skeini mod Storbritannien* fra 2011, der udsprang af britiske styrkers brug af dødelig magt mod en række irakiske borgere under den amerikansk/britiske besættelse af Irak i 2003/04.<sup>30</sup> I dommen opregner Domstolen en række tilfælde, hvor den (efter dens egen opfattelse i hvert fald) tidligere har fundet, at en stats handlinger i udlandet – ekstraordinært – vil være at anse som udøvelse af "jurisdiktion" i henhold til konventionens artikel 1.<sup>31</sup> De mest interessante koges i praksis ned til henholdsvis en stats udøvelse af 1) effektiv kontrol over et område som et resultat af militære operationer<sup>32</sup>, 2) udøvelse af fysisk kontrol over personer,<sup>33</sup> og 3) udøvelse af offentlig myndighed med

<sup>26</sup> En oversigt over de danske militære bidrag, herunder bidraget til kampen mod ISIL, kan fås på:  
<http://www2.forsvaret.dk/viden-om/udland/IRAK/Pages/defaultt.aspx>

<sup>27</sup> Se også EMRK art. 15. For nylige afgørelser fra Strasbourg, se *Jaloud mod Holland*, Appl. No. 47708/08, 20. November 2014, *Hassan mod Storbritannien*, Appl. No. 29750/09, 16. september 2014 og *Al-Skeini m.fl. mod Storbritannien*, Appl. No. 55721/07, 7 July 2011.

<sup>28</sup> Se bl.a. *Advisory Opinion on The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports (1996) 226, præmis 24-25, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports (2004) 136, præmis 105-106, og *Case Concerning Armed Activities on the territory of the Congo*, ICJ reports (2005) 000 168, præmis 215-216.

<sup>29</sup> Prøv at sammenhold Strasbourgs afgørelser i *Loizidou, Judgment (Preliminary Objections)*, Case No. 15318/89 23 February 1995, præmis 62; *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, Case No. 52207/99 §§ 67-81, *Issa v. Turkey*, Case No. 31821/96, 16 November 2004, § 71, 74-75, *Ocalan v Turkey*, Case No. 64221/99 12 March 2003, § 93, *Pad and Others v. Turkey*, Case No. 60167/00 28 June 2007, §§ 53-54 and *Medvedyev and Others v France*, Case No. 3394/03 10 July 2008, §§ 64-67. Se også kritikken i Anders Henriksen, "Menneskerettighedsdomstolen i krig", i Jonas Christoffersen og Mikael Rask Madsen (red.), *Menneskerettighedsdomstolen – 50 års samspil med dansk ret og politik*, Thomson Reuters (2009), s. 258-261. For en udførlig gennemgang, se Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford University Press (2011).

<sup>30</sup> *Al-Skeini* (n 25) See also Marko Milanovic, 'Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg', *European Journal of International Law*, Vol. 23, No. 1 (2012), s. 121-139.

<sup>31</sup> *Al-Skeini* (n 27), præmis 131-142.

<sup>32</sup> *Ibid*, præmis 138-139.

<sup>33</sup> *Ibid*, præmis 136.

samtykke fra territorialstaten.<sup>34</sup> De tre ”typetilfælde” genfindes alle i Forsvarets nyligt udkomne Militærmanual.<sup>35</sup> I *Al-Skeini* konkluderede Domstolen konkret, at de irakiske statsborgere, der blev skudt af britiske soldater på patrulje i det britiske område ved Basra, var omfattet af britisk ”jurisdiktion”, fordi Storbritannien i perioden fra fjernelsen af det irakiske Baath-regime til den nye irakiske regerings tiltræden (sommeren 2004) udøvede nogle af de ”public powers”, der normalt udøves af en suveræn stat.<sup>36</sup> Og da det er svært at se, at besættelse kan sidestilles med udøvelse af offentlig myndighed ”med samtykke fra territorialstaten”, ser det derfor også ud til, at Strasbourg her har fundet endnu et tilfælde, hvor udøvelse af myndighed i udlandet ”undtagelsesvis” vil være omfattet af begrebet ”jurisdiktion” i artikel 1.<sup>37</sup>

Konsekvensen af Strasbourgs praksis er under alle omstændigheder bl.a., at danske styrker vil være bundet af EMRK, hvis de pågriber personer som led i udførelsen af militære operationer uden for dansk territorium. Det er ikke *i sig selv* problematisk, at EMRK finder anvendelse under væbnede konflikter og på danske styrkers handlinger uden for Danmark, og det er ikke umiddelbart påstanden i denne analyse, at konventionens generelle anvendelsesområde eller dets geografiske rækkevidde bør ”rulles tilbage”. Det er også klart, at der under alle omstændigheder bør gælde de fornødne retssikkerhedsgarantier. Men det er problematisk, hvis Strasbourgs fortolkning af staternes forpligtelser i henhold til konventionen afviger fra indholdet af de forpligtelser, som staterne er underlagt i henhold til den humanitære folkeret, der – i modsætning til de internationale menneskerettigheder – er blevet udviklet med henblik på at regulere netop væbnede konflikter. Og et blik på relevant Strasbourgs praksis indikerer beklageligvis ret tydeligt, at Domstolen ikke gør sig de store anstrengelser for at tilse, at indholdet af konventionen fortolkes i overensstemmelse med den humanitære folkeret.<sup>38</sup>

Den – korrekte – samtidige anvendelse af menneskerettigheder og den humanitære folkeret er blevet diskuteret udførligt i litteraturen<sup>39</sup>, og det er ikke en debat, der skal gentages i denne analyse. Det interessante

---

<sup>34</sup> Ibid, præmis 135.

<sup>35</sup> Forsvarsministeriet, *Militærmanual om folkeret for danske væbnede styrker i internationale militære operationer*, september 2016, s. 56

<sup>36</sup> *Al-Skeini* (n 27) præmis 149.

<sup>37</sup> Nærværende fortolkning af *Al-Skeini* er herved forskellig fra den opfattelse, der anlægges på side 58 i Militærmanualen (n 33).

<sup>38</sup> Se hertil også kritikken i Henriksen (n 29)

<sup>39</sup> For danske bidrag, se bl.a. Anders Henriksen, *Krigens folkeret – og international væbnet terrorbekæmpelse*, Jurist- og Økonomforbundets forlag (2010), s. 274-280, 291-314, 327-346; For et nyligt bidrag, se bl.a. Peter Vedel Kessing, ”Hvilke folkeretlige regler gælder under krig – Menneskeret og væbnet konflikt”, i Peter Vedel Kessing & Andreas Laursen (red.),

for diskussionen på dette sted er, at Strasbourg praksis i forhold til staters beføjelser til at sikkerhedsinternere medlemmer af fjendtlige styrker under ikke-internationale væbnede konflikter forekommer svær at forene med den eksisterende folkeret.

Den humanitære folkeret sonderer mellem interstatslige konflikter – de såkaldte ”internationale væbnede konflikter” – og alle andre konflikter, der udkæmpes mellem en stat og en privat aktør eller mellem flere private aktører indbyrdes – de såkaldte ”ikke-internationale væbnede konflikter”. Internationale væbnede konflikter er udførligt reguleret i den humanitære folkeret, og Geneve-konventionerne indeholder en udtrykkelig hjemmel til at sikkerhedsinternere medlemmer af fjenden og civile personer, der anses for at udgøre en sikkerhedsrisiko.<sup>40</sup> Det primære formål med sikkerhedsinternering er *ikke* at retsforfølge den tilbageholdte person men derimod at imødegå den sikkerhedstrussel, som personen udgør. Interneringen er herved i praksis en form for forebyggende frihedsberøvelse, der er særegen for den humanitære folkeret, og som er baseret på en grundlæggende præmis om, at de involverede stater bl.a. søger at nedkæmpe deres modstanders militære kapacitet ved at sætte fjendens kombattanter ud af spillet. Det kan ske enten ved at bruge dødelig magt mod de pågældende personer eller ved at pågribe og frihedsberøves dem, indtil de ikke længere udgør en sikkerhedsrisiko – det vil i praksis som oftest sige, indtil den væbnede konflikt er ophørt. Brug af dødelig magt og sikkerhedsinternering er herved to sider af samme mønt, så hvis en kombattant ikke vil risikere at blive gjort til genstand for dødelig magt, så må pågældende overgive sig og lade sig internere, indtil konflikten er afsluttet. Hvis sikkerhedsinternering ikke var en mulighed, vil det ikke kunne kræves, at hans modstander afstår fra brug af dødelig magt. Som den amerikanske højesteret har bemærket, så er internering ganske enkelt ”a fundamental incident of waging war”.<sup>41</sup>

Den humanitære folkerets konventionsmæssige regulering af *ikke-internationale væbnede konflikter* er imidlertid mere sporadisk end reguleringen af de interstatslige konflikter, og der er ingen af de relevante konventioner, der *eksplicit* berører sikkerhedsinternering. Det har fået nogle eksperter til at gøre gældende, at den humanitære folkeret slet ikke tillader sikkerhedsinternering i denne type konflikter<sup>42</sup>, og det var også det

---

*Robust mandat – juridiske udfordringer ved danske militære missioner i det 21. århundrede*, Jurist- og Økonomforbundets forlag (2016), s. 181-212.

<sup>40</sup> Se bl.a. III. og IV. Geneve-konvention fra 1949.

<sup>41</sup> *Hamdi et al. v. Rumsfeld*, 03-6696, 28. juni 2004, s. 12.

<sup>42</sup> Se bl.a. Peter Vedel Kessing, *Terrorbekæmpelse og Menneskeret*, Jurist- og Økonomforbundets forlag (2009), s. 542. Se også Françoise J. Hampson, ”Is human rights law of any relevance to military operations in Afghanistan?”, i Michael N. Schmitt (ed.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis*, International Law Studies, Vol. 85, se s. 503-504.



resultat en britisk appeldomstol nåede i juli 2015 i en ganske bemærkelsesværdig afgørelse.<sup>43</sup> Der er ikke desto mindre flere grunde til at konkludere, at den humanitære folkeret faktisk tillader internering – også i en ikke-international væbnet konflikt. Det er for det første svært at se, hvorfor klassificeringen af en væbnet konflikt som "ikke-international" frem for "international" skulle gøre nogen afgørende forskel for en stats adgang til at sikkerhedsinternere. Også i en ikke-international væbnet konflikt søger de involverede parter jo at nedkæmpe hinandens militære kapaciteter ved bl.a. at sætte modstanderens kombattanter ud af spillet. Og det er derfor også her mest naturligt at anse brug af dødelig magt og sikkerhedsinternering som gensidigt afhængige. Det lader da også til at være en *implicit* forudsætning i den eksisterende regulering af ikke-internationale væbnede konflikter, at personer *kan* sikkerhedsinterneres.<sup>44</sup> Påstanden om, at den humanitære folkeret også hjemler sikkerhedsinternering i en ikke-international væbnet konflikt bakkes endvidere op af den amerikanske højesteret<sup>45</sup>, af Internationalt Røde Kors (ICRC)<sup>46</sup> og af en lang række af de mest toneangivende eksperter i den humanitære folkeret.<sup>47</sup> Sidst – men bestemt ikke mindst – så er forsvarets nye militærmanual også baseret på en antagelse om, at sikkerhedsinternering kan være lovlig i ikke-internationale væbnede konflikter.<sup>48</sup>

Det interessante – og bekymrende set med den danske regerings øjne – er, at Strasbourg i en afgørelse fra 2014 i ret tydelige vendinger indikerede, at EMRK *ikke* tillader en stat at ty til sikkerhedsinternering under dets deltagelse i en ikke-international væbnet konflikt. EMRK regulerer retten til frihed i artikel 5, og sikkerhedsinternering under væbnet konflikt er ikke at finde blandt de fem tilladte undtagelser til forbuddet mod frihedsberøvelse i artiklens stk. 1. Selvom man umiddelbart skulle tro, at den logiske konklusion så måtte være, at sikkerhedsinternering *altid* strider med artikel 5, medmindre den internerende stat har benyttet sig af muligheden i artikel 15 for i visse tilfælde at fravige sine forpligtelser i henhold til konventionen<sup>49</sup>, så fandt Strasbourg ikke desto mindre alligevel i *Hassan mod Storbritannien*, at en stat – konkret Storbritannien – var

<sup>43</sup> *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence* [2014] EWHC 1369 (QB), § 310 og § 239-268. Sagen er pt. under behandling i den britiske højesteret.

<sup>44</sup> Se bl.a. Fælles artikel 3 til Geneve-konventionerne fra 1949 og art. 5 i Anden Tillægsprotokol.

<sup>45</sup> *Hamdi* (n 41) s. 12.

<sup>46</sup> Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law (Volume I)*, Cambridge University Press (2005), se Rule 128, s. 453-456. Se også ICRC resolution 32IC/15/R1 af 10. december 2015.

<sup>47</sup> Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press (2012) p. 98-99, Yoram Dinstein, including his *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (2<sup>nd</sup> ed.) Cambridge University Press (2010) s.-226-230; Ryan Goodman, 'The Detention of Civilians in Armed Conflict', *American Journal of International Law*, Vol. 103 (2009) s. 50. Se også Jelena Pejic, 'Procedural principles and safeguards of violence' (2005), *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, Issue 858 (2005), s. 377.

<sup>48</sup> Militærmanualen (se note 35) s. 419.

<sup>49</sup> Se også *Al-Jedda mod Storbritannien*, Appl. No. 27021/08, 7 juli 2011, § 100.



berettiget til at internere en person, der udgjorde en sikkerhedstrussel, i en international væbnet konflikt mellem Irak og Storbritannien.<sup>50</sup> Ved at fortolke indholdet af retten til frihed i artikel 5 i lyset af den humanitære folkeret fandt Domstolen herved på kreativ vis plads til sikkerhedsinternering inden for rammerne af EMRK. Domstolen bemærkede imidlertid ved samme lejlighed også:

The Court is mindful of the fact that internment in peacetime does not fall within the scheme of deprivation of liberty governed by Article 5 of the Convention without the exercise of the power of derogation under Article 15 ... It can only be in cases of international armed conflict, where the taking of prisoners of war and the detention of civilians who pose a threat to security are accepted features of international humanitarian law, that Article 5 could be interpreted as permitting the exercise of such broad powers.<sup>51</sup>

Vendingen om, at det "only" er i "cases of international armed conflict" at "Article 5 could be interpreted as permitting the exercise of such broad powers" må umiddelbart fortolkes på den måde, at Domstolen ikke mener, at artikel 5 tillader sikkerhedsinternering i en ikke-international væbnet konflikt.

Det skal understreges, at det langt fra er sikkert, at "problemet" med sikkerhedsinternering under ikke-internationale væbnede konflikter "bare" kan løses ved, at en medlemsstat gør brug af konventionens artikel 15 og adgangen til at fravige artikel 5, hvis udsendte styrker har behov for at kunne sikkerhedsinternere. Retten til frihed er ganske vist anerkendt som en ret, der kan fraviges fra, men den britiske højesteret udtalte i 2007, at artikel 15 ikke nødvendigvis kunne bringes i anvendelse ved deltagelse i 'peace keeping operations abroad'.<sup>52</sup>

Det vil have uheldige konsekvenser for Danmark, hvis Strasbourg på sigt udvikler en praksis, der forbyder en medlemsstat at sikkerhedsinternere personer, der under en væbnet konflikt anses for at udgøre en sikkerhedsrisiko. Det vil for det første kunne skabe store praktiske problemer for udsendte danske styrker, der vil kunne ende med at have personer i deres hænder, der udgør en sikkerhedsrisiko, men som de ikke er berettiget til at tilbageholde. Og hvis de ikke kan overdage personerne til en anden stat (som det for øjeblikket er tilfældet i Syrien), vil de danske styrker være nødsaget til at løslade dem. Strasbourgs modstand mod at tillade sikkerhedsinternering i en ikke-international væbnet konflikt skaber herved i praksis et særdeles

---

<sup>50</sup> Hassan (se note 27) præmis 104.

<sup>51</sup> Ibid, præmis 104.

<sup>52</sup> HoL R (on the application of Al-Jedda) v Secretary of State for Defence, [2007] UKHL 58, 12. december 2007, se præmis 38.

uheldigt incitament til, at soldaterne tyer til overdreven brug af dødeligt magt. Hvis Strasbourg ikke tillader sikkerhedsinternering i ikke-internationale væbnede konflikter vil det for det andet betyde, at Danmark underlægges markant strengere folkeretlige forpligtelser end flere af de allierede vestlige stater, vi ofte er involveret i væbnede konflikter med. Det gælder eksempelvis USA og Canada. Der vil nemlig i så fald være ét sæt regler for medlemmer af Europarådet og et sæt regler for andre vestlige stater. Det vil kunne komplicere dansk deltagelse i visse internationale militære koalitioner.

## 6. Artikel 8 – med særlig fokus på udvisning af kriminelle udlændinge

Det andet område, hvor det er legitimt for regeringen at rejse en substantiel debat om Strasbourgs praksis, vedrører konventionens beskyttelse af kriminelle udlændinge, som medlemsstaterne ønsker at udvise. De danske regler om udvisning findes i kapitel 4 i Udlændingeloven, og det fremgår eksplicit af artikel 26, stk. 2, at en udlænding "skal udvises ... medmindre dette vil være i strid med Danmarks internationale forpligtelser." Det er en klassisk folkeretlig grundsætning, at stater i udgangspunktet selv bestemmer, hvem der må indrejse og tage ophold på statens territorium<sup>53</sup>, men stater kan begrænse denne umiddelbare frihed til selv at bestemme ved at indgå konventioner, der giver udlændinge beskyttelse mod udsendelse. EMRK er et eksempel på en konvention, som Strasbourg i stigende grad har fortolket på en sådan måde, at den beskytter udlændinge mod udsendelse. I dette afsnit er det den form for beskyttelse mod udsendelse, der indeholdes i artikel 8's beskyttelse af retten til privat- og familieliv, der er i fokus.<sup>54</sup> Det hører i øvrigt med til historien, at også EU-retten efter omstændighederne kan yde udlændinge beskyttelse mod udsendelse.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> Grundsætningen genfindes da også i Strasbourgs egne afgørelser, se bl.a. *Chahal mod Storbritannien*, Appl. No. 22414/93, 15. november 1996, se præmis 73.

<sup>54</sup> Beskyttelse mod udsendelse vil også følge af forbuddet mod udsendelse til en behandling i strid med artikel 3 og forbuddet mod kollektiv udsendelse af udlændinge i artikel 4 i Protokol 4 til EMRK.

<sup>55</sup> Se bl.a. Europaparlamentet og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29. april 2004, herunder i særdeleshed art. 28, der er af relevans i forhold til udvisningen af kriminelle EU borgere. For relevant retspraksis, se bl.a. EU-Domstolens afgørelse i de forenede sager C-482/01 og C-493/01, *Orfanopoulos m.fl.*, 29 april 2004. Diskussionen i denne analyse er begrænset til beskyttelsen i EMRK

Essensen i artikel 8 i EMRK er, at en stat kun må gøre indgreb i en persons privat- og familieliv, hvis det sker med lovhjemmel, og hvis det er ”nødvendigt i et demokratisk samfund” for at forfølge et sagligt hensyn.<sup>56</sup> Kravet om ”nødvendighed” er i realiteten en proportionalitetsafvejning, der pålægger en stat at foretage en konkret afvejning af – på den ene side – hensynet til en persons privat- og familieliv og – på den anden – det hensyn, som et konkret indgreb i denne rettighed søger at varetage. Så jo mere intensive indgreb i retten til privat- og familieliv, jo mere tungtvejende skal hensynet være.

Artikel 8 i EMRK har i dag et meget bredt anvendelsesområde, og Strasbourg har bl.a. fundet krænkelse af artikel 8 i sager om alt fra støj fra barer, diskoteker<sup>57</sup>, computer cafeer<sup>58</sup> og lufthavne<sup>59</sup> til mangelfuld afhentning af skrald.<sup>60</sup> Men sådan har det ikke altid været, og det interessante for denne analyse er, at forarbejderne til EMRK og Domstolens praksis i de første par årtier viser, at det slet ikke var intentionen, at artikel 8 skulle yde udlændinge beskyttelse mod udsendelse. Den oprindelige tanke var faktisk, at denne del af konventionen skulle respektere det oprindelige folkeretlige udgangspunkt om, at staterne selv bestemmer, hvem der gives ophold på territoriet. Det bemærkes eksempelvis af forarbejderne til Protokol Nr. 4 til EMRK fra 1963, at der ikke kunne samles opbakning til en ny bestemmelse, hvorefter staterne forpligtede sig til at afstå fra at udvise udlændinge med lovligt ophold i staten, medmindre den pågældende udlænding udgjorde en fare for statens sikkerhed eller gjorde sig skyldig i krænkelse af den offentlige orden eller moral. Det fremgår i den forbindelse, at den relevante ekspertkomité ikke ville have ”accepteret a provision that limited the reasons for expulsion.”<sup>61</sup> Flertallet af eksperter fastholdt i stedet:

... that the State concerned should alone be competent, in applying such a provision, to judge of the reasons which, according to its internal law, could motivate expulsion and that such decisions should not be subject to control by the organs envisaged by the Convention.<sup>62</sup>

---

<sup>56</sup> For en oversigt over artikel 8, se bl.a. Jens Elo Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder* (2. udg.), Karnov Group (2016) s. 195-233. Se også Héléne Lambert, ”The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights”, *Human rights files*, No. 8, Council of Europe Publishing (2007).

<sup>57</sup> *Moreno Gomez mod Spanien*, Appl. No. 4143/02, 16. november 2004

<sup>58</sup> *Mileva m.fl. mod Bulgarien*, Appl. No. 43449/02 og 21475/04, 25. november 2010.

<sup>59</sup> *Hatton m.fl., mod Storbritannien*, Appl. No. 36022/97, 8. juli 2003

<sup>60</sup> *Di Sarno m.fl. mod Italien*, Appl. No. 30765/08, 10 January 2012

<sup>61</sup> *Explanatory Report to Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto*, Strasbourg, 16. IX. 1963, s. 11.

<sup>62</sup> *Ibid.*, s. 12.

Den pågældende bestemmelse i protokollen – art. 4 – er derfor også begrænset til at forbyde den kollektive udvisning af udlændinge.<sup>63</sup>

Det var da (så vidt vides) heller ikke før i midten af 1970'erne, at Strasbourg ved brug af dets såkaldte "dynamiske" fortolkningsstil begyndte at konkludere, at artikel 8 kunne beskytte udlændinge mod udsendelse.<sup>64</sup> Og fra slutningen af 1980'erne og starten af 1990'ere begyndte det at gå stærkt, og Domstolen har ved flere lejligheder udvidet beskyttelsen af især udlændinge med længerevarende ophold i en medlemsstat i en sådan grad, at der i dag skal ganske meget til for, at en udvisning af en kriminel udlænding, der er født i staten eller, som er indrejst som barn og har tilbragt det meste af deres barn- og ungdom i staten, er foreneligt med artikel 8.<sup>65</sup> Strasbourg har ved dynamisk fortolkning tillige fundet, at artikel 8 ikke kun beskytter udlændinge, der har etableret en familie (ægtefælles, børn osv.) i en medlemsstat mod udsendelse, men også udlændinge, der "blot" har etableret mere generelle sociale forbindelser til staten.<sup>66</sup>

Den praktiske konsekvens af Strasbourgs udvidelse af anvendelsesområdet for artikel 8 er, at en udvisning af en kriminel udlænding kan udgøre et "indgreb" i udlændingens ret til privat- og familieliv, hvorfor en medlemsstat, der ønsker at udvise udlændingen er forpligtet til at foretage en konkret afvejning af, om det hensyn, som udvisningen skal imødekomme (som regel en beskyttelse af samfundet mod udlændingens kriminelle aktiviteter), overstiger hensynet til det privat- og familieliv, som den kriminelle udlænding har skabt under sit ophold i staten. Strasbourg har endvidere opregnet de kriterier, som den *de facto* pålægger de nationale myndigheder at lægge vægt på i deres skønsmæssige proportionalitetsvurdering. Kriterierne

---

<sup>63</sup> Proceduremæssige krav til udvisningen af udlændinge blev dog indført tillægsprotokol nr. 7 fra 1984, se hertil protokollens art. 1.

<sup>64</sup> De tidligste sager synes at være *X mod Tyskland*, Appl. No. 6357/73, af 8. oktober 1974, *X mod Schweiz*, Appl. 7031/75, af 12. juli 1976 og *X og Y mod Tyskland*, Appl. No. 7816/77 af 19. maj 1977. I ingen af de tre sager blev der fundet en krænkelse af art. 8. En afgørelse, hvor der blev statueret krænkelse, er *Berrehab mod Holland*, Appl. No. 10730/84, 21. juni 1988. Sagen vedrørte dog ikke udsendelse af en udlænding, der har begået kriminalitet. Se hertil også *Moustaquim mod Belgien*, Appl. No. 12313/86, 18. februar 1991, præmis 43. For udvisning af kriminelle udlændinge og artikel 8, se bl.a. *Boultif mod Schweiz*, Appl. No. 54273/00, 2. august 2001, præmis 39, 46 og *Uner mod Holland*, Appl. No. 46410/99, 18. oktober 2006, præmis 54.

<sup>65</sup> Se også *Maslov mod Østrig*, Appl. No. 1638/03, 23. juni 2008, præmis 75. Domstolen referer ofte til en række anbefalinger, hvori Europarådets Ministerråd og Rådets parlamentariske forsamling anbefaler, at medlemsstaternes udvisningspraksis tager særlig hensyn til "long-term immigrants", der skønnes at have en særlig tilknytning til opholdsstaten, se bl.a. henvisningerne til Ministerrådets anbefaling Rec(2000)15 og Rec(2002)4 og den parlamentariske forsamlingens anbefaling 1504 (2001) i *Uner* (n 62) præmis 35-38 og i *Maslov* (n 53) præmis 33-35. Se også Jacob Mchangama, "Er der sket en udvikling i Menneskerettighedsdomstolens praksis angående udvisning af kriminelle udlændinge?", *EU-ret & Menneskeret* nr. 1, Jurist- og Økonomforbundet, 2013, s. 26-37.

<sup>66</sup> Se bl.a. *Uner* (n 64) præmis 59. Se også *Maslov* (n 66) præmis 63 og 71-73.

inkluderer en lang række forhold bl.a. om karakteren og alvoren af den begåede kriminalitet; længden på den kriminelle udlændings ophold i medlemsstaten; udlændingens opførsel siden kriminaliteten blev begået; om en domfældt udlænding har fortsat sine kriminelle aktiviteter efter, at myndighederne har advaret om, at yderligere kriminalitet kan føre til udvisning; den kriminelle udlændings familieforhold, herunder hvor længe et eventuelt ægteskab har varet og andre relaterede forhold, såsom karakteren af familielivet; hvorvidt der er børn involveret, og i givet fald hvilken alder disse børn har; de eventuelle vanskeligheder, som en ægtefælle eller børn må forventes at have ved at følge med den udviste udlænding til et andet land; karakteren og styrken på de sociale, kulturelle og familiære forbindelser til henholdsvis territorialstaten og den stat, hvortil udlændingen søges udvist.<sup>67</sup>

Strasbourg påpeger i sin praksis, at dets opgave består i at vurdere, om myndighedernes beslutning om at udvise en udlænding "struck a fair balance between the relevant interests, namely the applicant's right to respect for his family life, on the one hand, and the prevention of disorder or crime, on the other."<sup>68</sup> Da proportionalitetsvurderinger indebærer afvejningen af modsatrettede hensyn, er de altid meget konkrete<sup>69</sup>, og Strasbourg anerkender generelt stater en særlig skønsmargin – den såkaldte "margin of appreciation" – i den konkrete vurdering af, om et indgreb strider med en persons rettigheder i henhold til konventionen.<sup>70</sup> Baggrunden for denne skønsmargin er bl.a., at nationale myndigheder i sagens natur er i bedre kontakt med nationale strømninger og traditioner end Strasbourg og derfor som regel også vil være bedre til at foretage den konkrete afvejning af, hvilken vægt de konkrete hensyn i en proportionalitetsafvejning skal tillægges. Grundantagelsen er altså et princip om "subsidiaritet" (som det også kendes fra EU-retten), hvorefter Strasbourg ikke skal agere appelinstant for afgørelser truffet af nationale myndigheder men alene skal holde øje med, at staternes konkrete vurderinger ligger inden for skiven af det, konventionen tillader.

Det er i praksis ikke helt klart, hvor stor skønsmargin Strasbourg giver staterne i sager om udvisning af kriminelle udlændinge. Det var indtil for et par år siden ret tydeligt, at marginen ikke var særlig stor. I *Maslov*

---

<sup>67</sup> Se bl.a. *Boultif* (n 64) præmis 48; *Uner* (n 64) præmis 57-58.

<sup>68</sup> *Boultif* (n 64) præmis 47.

<sup>69</sup> For en oversigt og diskussion af praksis, se Rytter (n 56) s. 228-232. Se også *Maslov* (n 65) præmis 70.

<sup>70</sup> For klassiske afgørelser, se *Handyside mod Storbritannien*, Appl. No. 5493/72, 7. december 1976, se præmis 48-49 og *Wingrove mod Storbritannien*, Appl. No. 17419/90, 25. november 1996. Se hertil også Jonas Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primacy in the European Convention on Human Rights*, Brill Nijhoff (2009).

*mod Østrig* fra 2008 bemærkede Domstolen i hvert fald i generelle vendinger følgende om staternes skønsmargin:

... the Court reiterates that national authorities enjoy a certain margin of appreciation when assessing whether an interference with a right protected by Article 8 was necessary in a democratic society and proportionate to the legitimate aim pursued ... However, the Court has consistently held that its task consists in ascertaining whether the impugned measures struck a fair balance between the relevant interests, namely the individual's rights protected by the Convention on the one hand and the community's interests on the other ... Thus, the State's margin of appreciation goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court ... The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether an expulsion measure is reconcilable with Article 8.<sup>71</sup>

Så fremfor at forlade sig på et princip om subsidiaritet insisterede Domstolen altså på at agere *de facto* appelsinstans, og den afstod ikke fra at "give the final ruling" og sætte sig udover komplekse nationale skøn.

Det er imidlertid blevet hævdet, at Strasbourg i de senere år er begyndt at anerkende stater en større skønsmargin i sager om udvisning af kriminelle udlændinge. I en analyse af relevant praksis, gør Jacob Mchangama, Justitia, i hvert fald i 2013 gældende, at der nu kan spores en "signifikant forskel i EMD's tilgang i retning af større respekt for subsidiaritetsprincippet og den nationale skønsmargin."<sup>72</sup> Baggrunden for den påståede ændring i praksis skulle være den kritik, som staterne siden 2010 har rejst af bl.a. Strasbourgs relativt snævre skønsmargin i udlændingesager. I erklæringerne fra Interlaken (2010)<sup>73</sup>, Izmir (2011)<sup>74</sup> og Brighton (2012)<sup>75</sup> opfordrede Europarådets medlemsstater således Strasbourg til at respektere subsidiaritetsprincippet. Det påpeges eksempelvis i Izmir-erklæringen, at Strasbourg ikke er en "immigration Appeals Tribunal or a Court of fourth instance", og det noteres også, at Domstolen i dets behandling af sager relateret til asyl og migration bør "take full account of the effectiveness of domestic procedures and, where these procedures are seen to operate fairly and with respect for human rights, to avoid intervening except in the most exceptional

<sup>71</sup> *Maslov* (n 63) præmis 76. Se også *Sarkozi and Mahran mod Østrig*, Appl. No. 27945/10, 2 april 2015, præmis 65.

<sup>72</sup> Mchangama (n 63) s. 34-36.

<sup>73</sup> *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration 19. February 2010*, se [http://www.echr.coe.int/documents/2010\\_interlaken\\_finaldeclaration\\_eng.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/2010_interlaken_finaldeclaration_eng.pdf)

<sup>74</sup> *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Izmir, Turkey, 26 – 27 April 2011*, se [http://www.echr.coe.int/Documents/2011\\_Izmir\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/2011_Izmir_FinalDeclaration_ENG.pdf)

<sup>75</sup> *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights* (se n 7).

circumstances.”<sup>76</sup> Det politiske pres på Domstolen er også kommet til udtryk i Protokol Nr. 15 til EMRK, der blev formuleret i juni 2013. Protokollen – der endnu ikke er trådt i kraft – henviser til de tre erklæringer fra Interlaken, Izmir og Brighton, og det fremgår af protokollens artikel 1, at der skal indføres følgende formulering til sidst i konventionens præambel:

Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention

Selvom Justitsministeriet i december 2012 konkluderede, at der efter dets opfattelse ikke var ”grundlag for at antage, at Domstolen skulle have ændret praksis på området”<sup>77</sup>, skulle påstanden om det modsatte tilsyneladende også understøttes i en endnu ikke offentliggjort artikel af professor Mikael Rask Madsen, der har analyseret Domstolens praksis i løbet af en tiårig periode.<sup>78</sup> Og at der *kan* være noget om snakken, illustreres af Strasbourgs afgørelse den 1. december 2016 i den såkaldte ”Fez Fez” sag, der var anlagt mod Danmark. Sagen vedrørte en kriminel libanesisk statsborger med otte børn i Danmark, der var blevet udvist af Danmark efter omfattende kriminalitet, og som gjorde gældende, at hans udvisning krænkede artikel 8. Domstolen afviste Fez Fez’ klage med den begrundelse, at de danske domstole nøje havde inddraget – og lagt vægt på – de kriterier, som Strasbourg selv har opstillet i artikel 8 sager. Den noterede sig også den alvorlige karakter af Fez Fez’ kriminalitet, det traditionelle folkeretlige udgangspunkt om, at det er en stat selv, der regulerer udlændinges ophold på territoriet, og at indgrebet i Fez Fez’ ret til familieliv var proportionalt med det ønske, som udvisningen skulle tilgodese.<sup>79</sup> Domstolens tilbageholdenhed i forhold til at foretage sin egen meget konkrete afvejning indikerer muligvis, at den kan være begyndt at indtage en mere tilbagetrukket rolle.

Hvis det er korrekt, at Strasbourg har indtaget en mere tilbagetrukket rolle i sager om udvisning af kriminelle udlændinge, må den umiddelbare konsekvens også være, at de danske domstole i højere grad vil kunne udvise

---

<sup>76</sup> *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Izmir, Turkey* (n 72), se s. 3. Pkt. A, 3.

<sup>77</sup> Justitsministeriet, Udvalget for Udlændinge- og Integrationspolitik 2012-13, UUI Alm. Del., endeligt svar på spørgsmål 151, 21. december 2012, se <http://www.ft.dk/samling/20121/almDEL/uuI/spm/151/svar/932450/1200634/index.htm>

<sup>78</sup> Artiklen forventes offentliggjort i *Journal of International Dispute Settlement* i 2017 og vil også rumme en vurdering af udviklingen inden for andre retsområder.

<sup>79</sup> *Salem mod Danmark*, Appl. No. 77036/11, 1. december 2016, præmis 82.



kriminelle udlændinge af Danmark.<sup>80</sup> Den mulige ændring i Strasbourgs praksis er derfor også interessant i lyset af den meget omtalte Levakovic-sag, der vedrørte den eventuelle udvisning af Danmark af en kroatisk statsborger, der i maj 2016 blev idømt halvandet års fængsel for ulovlig våbenbesiddelse og trusler om vold. Da Levakovic havde gjort sig skyldig i talrige lovovertrædelser over en længere årrække – i alt 27 domme siden det fyldte 18. år – nedlagde anklagemyndigheden påstand om udvisning med indrejseforbud i 12 år, men Højesteret fandt, at en udvisning ville stride med Danmarks forpligtelser i henhold til EU-retten og artikel 8 i EMRK.<sup>81</sup> Højesteret henviste til relevant praksis fra EU-Domstolen og Strasbourg og lagde ved sin afgørelse særlig vægt på, at Levakovic har boet næsten hele sit liv i Danmark, og at han har eneforældremyndigheden over to mindreårige børn, der ikke har kontakt til deres mor. Det bemærkes også, at han har meget begrænset kontakt til Kroatien, hvor han aldrig har været samt, at der ikke tidligere har været nedlagt påstand om udvisning.<sup>82</sup> Højesterets afgørelse gav anledning til omfattende kritik blandt danske politikere<sup>83</sup>, og den lader til at have været den direkte årsag til, at medlemmer af DF i oktober 2016 fremsatte det beslutningsforslag, der berøres i indledningen, og som søgte at pålægge regeringen at tage initiativ til, at ”den danske regering fremover kan føre den udlændingepolitik, der er flertal for i Folketinget.”<sup>84</sup> Regeringen reagerede på Højesterets afgørelse ved at gentage, at den agter at tage initiativ til at stramme udvisningsreglerne.<sup>85</sup> Selvom det er meget muligt, at EU-retten *i sig selv* yder en udlænding som Levakovic beskyttelse mod udvisning af Danmark, er det ikke (længere) sikkert, at det samme vil være tilfældet for så vidt angår EMRK.

Hvad enten det er korrekt eller ej, at Strasbourg er begyndt at indrømme staterne en større skønsmargin i sager om udvisning af kriminelle udlændinge, er det legitimt, at den danske regering opretholder det politiske pres på Domstolen på netop dette område. For dels er spørgsmålet om udlændinges ret til adgang og ophold

---

<sup>80</sup> Se hertil også Mchangama (n 65) s. 37.

<sup>81</sup> H.2016.258-2015

<sup>82</sup> Ibid, se s. 11.

<sup>83</sup> Se bl.a. Mads Brandsen, ”Støjberg: Pivhamrende kriminelle typer som Levakovic er ikke velkomne her”, TV2, 12. maj 2016, se <http://nyheder.tv2.dk/politik/2016-05-12-stoejberg-pivhamrende-kriminelle-typer-som-levakovic-er-ikke-velkomne-her>. Se også Mads Brandsen, ”Partier raser over Levakovic-dom: Vi er til grin”, TV2, se <http://nyheder.tv2.dk/politik/2016-05-12-partier-raser-over-levakovic-dom-vi-er-til-grin>

<sup>84</sup> Beslutningsforslag B 18 (n 5), se bemærkningerne til forslaget, s. 2-3.

<sup>85</sup> Ritzau, ”Løkke vil stramme udvisningsregler efter Levakovic-dom”, se <http://nyheder.tv2.dk/politik/2016-05-12-lokke-vil-stramme-udvisningsregler-efter-levakovic-dom>

på en medlemsstats territorium i disse år et endog særlig følsomt politisk anliggende, og dels befinder vi os her endog ganske langt fra det, der må anses for at være konventionens kerneområde.<sup>86</sup>

## 7. Konklusion

Det centrale budskab i denne analyse har været, at den danske regering skal bruge det forestående formandskab for Europarådet til at gøre sig nogle mere grundlæggende strategiske overvejelser om, hvilken Menneskerettighedskonvention Danmark ønsker sig i fremtiden. I lyset af den aktuelle krise i den vestlige liberale orden bør ambitionen fra dansk side være at bidrage til, at EMRK "fremtidssikres" ved, at den bliver mere fokuseret og bedre prioriteret. Danmark har brug for et stærkt demokratisk Europa, og vi har behov for en stærk Menneskerettighedskonvention. Der er for tiden en ret markant kritik af Strasbourgs praksis på især udlændingeområdet, og det skal regeringen tage alvorligt. Men regeringen skal huske på, at Danmark har en klar national interesse i at sikre den internationale respekt for demokrati og grundlæggende frihedsrettigheder. Det er balancegangen mellem disse to hensyn, der er regeringens udfordring.

Analysen har anbefalet, at regeringen bruger det kommende formandskab til at rejse en debat blandt Europarådets medlemmer om, hvorvidt der er behov for en substantiel re-orientering af Strasbourgs praksis på visse følsomme politikområder, hvor Domstolen har flyttet konventionens fokus langt fra den oprindelige kerne, og hvor udviklingen møder folkelig modstand. Der er her blevet peget på to konkrete områder, hvor regeringen passende kan sætte ind. Det drejer sig om praksis i forhold til sikkerhedsinternering under væbnede konflikter og i forhold til beskyttelsen af kriminelle udlændinge mod udvisning.

Det interessante spørgsmål er så, *hvordan* den danske regering i praksis skal forsøge at få gennemført de konkrete ændringer i Strasbourgs praksis. Der er i sagens natur mange tilgange, og Peter Vedel Kessing opregner i et nyligt indlæg i *Advokaten* fire konkrete retlige muligheder.<sup>87</sup> Det drejer sig for det første om at anvende dansk lovgivning til at "skubbe menneskerettighederne" tilbage, herunder eksempelvis ved at ændre i inkorporeringsloven fra 1992, der foreskriver, at EMRK er gældende ret i Danmark.<sup>88</sup> Den anden mulighed er at

<sup>86</sup> Se også Mchangama (n 23)

<sup>87</sup> Peter Vedel Kessing, "Kan menneskerettighederne begrænses"?, *Advokaten*, nr. 09 (2016) s. 36-40.

<sup>88</sup> Se hertil Lov nr. 285 af 29. april 1992 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

opsige konventionen og – eventuelt – forsøge at genindtræde med et eller flere traktatforbehold på de områder, der fra dansk side anses for at være uacceptable.<sup>89</sup> Det var, som berørt, den tilgang, som medlemmer af DF anbefalede regeringen i det folketingsbeslutning, der blev fremsat i Folketinget i oktober 2016.<sup>90</sup> Danmark kan for det tredje søge at få gennemført en ændring af selve EMRK, i praksis i form af vedtagelsen af en tillægsprotokol. Og endelig er der ifølge Kessing den – fjerde – mulighed, at der indgås en efterfølgende aftale med de øvrige medlemsstater om, hvorledes konventionens bestemmelser bør *fortolkes*. Sigtet med den sidste tilgang er altså ikke at ændre i selve konventionen men alene at præcisere, hvorledes staterne mener, at konventionen i praksis skal forstås.

Der er ingen af de tilgange, som Kessing opregner, der er problemfrie, og det må forventes, at der især venter regeringen en hård kamp, hvis den går efter at få vedtaget en egentlig tillægsprotokol til konventionen. Og en egentlig udtræden med efterfølgende genindtræden vil næppe heller være uden store politiske omkostninger. Men mindre kan måske også gøre det.<sup>91</sup> For det første vil det være oplagt, hvis den danske regering presser på for, at de stater, der endnu ikke har ratificeret Protokol Nr. 15, får det gjort. Som berørt ovenfor, har protokollen bl.a. til formål at indføre en tilføjelse til konventionens præambel, der betonger subsidiaritetsprincipper. For det andet så viste gennemgangen i afsnit 6, at Strasbourg – muligvis – allerede har lyttet til den politiske kritik, der bl.a. blev rejst ved erklæringerne i Interlaken, Izmir og Brighton. Det er med andre ord muligt, at Domstolen er begyndt at indtage en mere tilbagetrukket rolle og tillade staterne en større skønsmargin i vurderingen af, om udvisning af en kriminel udlænding krænker artikel 8. Hvis det er korrekt, så viser det, at Domstolen er modtagelig over for klare politiske signaler fra medlemsstaternes side, og at der derfor er al mulig grund til, at den danske regering som minimum bruger det kommende formandskab til at gå efter at få vedtaget en politisk erklæring, der i klare vendinger opretholder det politiske pres

---

<sup>89</sup> Traktatforbehold reguleres i Wienerkonventionen om traktater af 1969, se hertil art. 19-23. EMRK art. 58 indeholder en procedure for opsigelse af konventionen.

<sup>90</sup> Beslutningsforslag B 18 (n 5).

<sup>91</sup> Se hertil også Kessing (n 87) og hans henvisninger på s. 40 til Izmir-, Interlaken- og Brightonerklæringerne.