

## Søren Stenderup Jensen: "The European Convention on Human Rights in Scandinavian Law - A Case Law Study"

Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1992, 368 sider

ANMELDT AF MARIANNE HOLDGAARD BUKH

Denne bog er en let revideret udgave af forfatterens Ph.D.-afhandling fra 1991 ved the European University Institute. Bogen behandler et praktisk og teoretisk meget interessant emne, som ikke tidligere er blevet dybdegående behandlet i retsteorien, nemlig Den europæiske Menneskerettighedskonventions indflydelse på national ret i Norge, Sverige og Danmark. Emnet indeholder samtidig en del uafklarede problemstillinger og er blevet aktualiseret af, at de nationale domstole i de pågældende lande i stigende omfang er begyndt at anvende Den europæiske Menneskerettighedskonvention.

Spørgsmålet om Den europæiske Menneskerettighedskonventions indflydelse på national skandinavisk ret er i bogen belyst ved fem forskellige aspekter: (1) forholdet mellem international og national ret i de skandinaviske lande, (2) Den europæiske Menneskerettighedskonventions indflydelse på lovgivningsprocessen, (3) anvendelsen af Den europæiske Menneskerettighedskonvention ved de nationale domstole og andre retsanvendende myndigheder, (4) komparativt studium med gennemgang af Den europæiske Menneskerettighedskonventions retsstilling i engelsk, italiensk og spansk ret, og (5) den officielle skandinaviske holdning til den retskildemæssige status tilkendegivet af regeringerne under sager indbragt for Den europæiske Menneskeret-

tighedskommission og Den europæiske Menneskerettighedsdomstol. Bogen er inddeelt således, at disse 5 aspekter er behandlet i del I til V, hvorefter der følger en opsummering og konklusion af bogen i del VI.

I bogens introducerende del I (kapitel 1-3) beskriver forfatteren det traditionelle dualistiske princip, der anvendes i de skandinaviske lande på forholdet mellem national og international ret (kapitel 1), samt de generelle principper, som retsteorien har beskrevet om anvendelsen af international ret i national skandinavisk ret. Forfatteren vælger at anvende den i dansk retsteori udviklede terminologi, fordi han finder, at den er den mest præcise og tillige anvendelig for de øvrige to lande, idet terminologien allerede kan udledes af et *formodningsprincip* om overensstemmelse med national og international ret, som også er gældende i Sverige og Norge.

Der kan opstå konflikter mellem national og international ret, når lovgivningsmagten eller andre retsudstedende myndigheder har vedtaget nye retsregler uden at være opmærksom på, at der er en konflikt, eller når Den europæiske Menneskerettighedskommission eller Den europæiske Menneskerettighedsdomstol fortolker Den europæiske Menneskerettighedskonvention så dynamisk, at der skabes en konflikt i forhold til den nationale retsstilling. For at løse disse konfliktsituationer

har dansk retslitteratur opstillet en fortolknings- og formodningsregel samt en instruktionsregel. *Fortolkningsreglen* anvendes, når der er tvivl om fortolkningen af en national retsregel, forudsat at retsreglen kan fortolkes på flere måder. Domstolene skal da, ved at fortolke den nationale regel efter almindelige fortolkningprincipper og inddragelse af den internationale regel, foretrække den fortolkning, som er bedst overensstemmende med international ret. I de situationer hvor ordlyden af den nationale lovregel er i klar modstrid med en traktatbestemmelse, som er ratificeret før loven, skal *formodningsreglen* anvendes. Domstolene skal i den konfliktsituation antage, at det ikke fra lovgivningsmagtens side var dens intention at lovgive i modstrid med traktatbestemmelsen, og traktatbestemmelsen skal derfor anvendes forud for ordlyden af den nationale bestemmelse. *Instruktionsreglen* betyder, at retsanvendende myndigheder ved udøvelse af deres skønsmæssige beføjelser skal inddrage folkeretlige forpligtelser, således at generelle og konkrete retsakter ikke strider imod den folkeretlige forpligtelse.

Forfatteren sonderer i bogen tilsyneladende mellem fortolknings- og formodningsreglerne ved, at fortolkningsreglen anvendes, når der er flere fortolkningsmuligheder i den nationale lov, hvorimod formodningsreglen anvendes, når loven alene giver én fortolkningsmulighed (siderne 20-21). Dette er ikke helt korrekt, da formodningsreglen er anvendelig, når den ene *eller* de flere måder, hvorpå retsreglen kan fortolkes, ikke er i overensstemmelse med traktatbestemmelsen.

Bogens hovedtese er, at den traditionelle synsvinkel ikke længere er brugbar, idet

den ikke giver nogle klare retningslinjer for løsningen af konflikter mellem national og international ret, og fordi disse generelle regler ikke kan besvare spørgsmålet om den retskildemæssige status i skandinavisk ret. I stedet for konstruerer Søren Stenderup Jensen "retskildedoktrinen" (*the Sources of Law Doctrine*). Som retskilde betegner han faktorer, som en dommer kan og skal tage i betragtning, og som faktisk tillægges vægt i sagen. Ud fra den generelle antagelse, at domstolene taget som en helhed, og med få undtagelser, faktisk anvender international ret og herunder Den europæiske Menneskerettighedskonvention som en retskilde i national ret i videre omfang end fortolknings- og formodningsreglerne tilsiger det, og at det ud fra disse ikke er muligt at løse konflikter, antager forfatteren, at retskildedoktrinen vil være bedre. Retskildedoktrinen fokuserer ikke på konflikter mellem national ret, som den vil have svært ved at løse, men på mindre uoverensstemmelser, der skal løses ud fra en helhedsvurdering af alle retskilderne. Forfatteren vil derfor forsøge at udvikle denne doktrin.

Umiddelbart forekommer forfatterens begrundelse for at forkaste fortolknings- og formodningsreglerne uklar. Men det virkelige spændende spørgsmål er, om retskildedoktrinen kan bibringe med noget, som ikke allerede kan udledes af instruktions-, fortolknings- og formodningsreglerne, som disse anvendes i retspraksis og retsteorien. Det er det spørgsmål, som resten af bogen skal besvare.

Del II gennemgår konkrete sager fra Norge, Sverige og Danmark, hvor Den europæiske Menneskerettighedskonvention er blevet inddraget i lovforberedende arbejder, samt hvordan afgørelser fra Den euro-

pæiske Menneskerettighedsdomstol og Den europæiske Menneskerettighedskommission, både hvor staten har været part, og hvor den ikke har været det, har haft indflydelse på skandinavisk ret.

Del III består af kapitel 5-10, som sammen med del I er bogens vigtigste analytiske dele. I kapitel 6 gennemgås sager, i hvilke nationale domstole har konstateret en konflikt mellem national og international ret, herunder naturligvis også Den europæiske Menneskerettighedskonvention. Det viser sig, at der bare er tre sager i skandinavisk ret, hvor en domstol har valgt at lade national ret gå forud for international ret. Én af disse sager omhandlede Den europæiske Menneskerettighedskonvention. Med det dualistiske princip gældende i national ret i de skandinaviske lande kan dette forekomme noget overraskende. Det konkluderes også, at de nationale domstole generelt er meget uvillige til at konstatere en konflikt. Domstolene undgår, at konflikten reelt opstår ved fortolkning af national ret (fortolkningsreglen), hvorfor det bliver uklart, hvilket resultat en konstateret konflikt vil få, og afgrænsningen mellem fortolknings- og formodningsreglen bliver uklar. At domstolene fortolker Den europæiske Menneskerettighedskonvention viser, at den betragtes som en retskilde; i et "rent" dualistisk system var en fortolkning jo slet ikke nødvendig. Sagerne viser også, at Den europæiske Menneskerettighedskonvention anvendes og citeres i sager, hvor der ikke er fare for, at en konflikt mellem national ret og Den europæiske Menneskerettighedskonvention skal opstå, og den anvendes tillige ex officio – praksis går altså langt videre, end det følger af formodningsprincippet samt fortolknings- og for-

modningsreglerne, hvilket giver forfatteren anledning til at konkludere, at Den europæiske Menneskerettighedskonvention er en retskilde i national skandinavisk ret. Instruktionsreglen antages ligeledes at være anvendelig i Norge og Danmark samt måske i Sverige, således at der er en retlig forpligtelse for retsmyndigheder til at udøve deres skønsmæssige beføjelser i overensstemmelse med Den europæiske Menneskerettighedskonvention.

Af øvrige tendenser, forfatteren udleder af retspraksis, er det særligt spændende at bemærke, at retspraksis har ændret sig, således at de nationale domstole tidligere blot konstaterede, at der ikke forelå nogen konflikt, hvorimod de nu mere går ind i en diskussion af anvendelsen af Den europæiske Menneskerettighedskonvention og praksis fra Strasbourg-organerne. Det kan også konstateres, at der er kommet flere sager om international ret fra 1988 og frem, og at den konvention, som retspraksis anvender mest, klart er Den europæiske Menneskerettighedskonvention.

Kapitel 10 behandler, hvilken retskildemæssig vægt Den europæiske Menneskerettighedskonvention tillægges i national ret. Legalitetsprincippet antages at være den eneste begrænsning for de retsmyndigheder ved anvendelsen af international ret, men det har næppe nogen særlig praktisk betydning med hensyn til Den europæiske Menneskerettighedskonvention. Som konklusion udledes af retspraksis følgende momenter til retskildevoktrinen, som kan benyttes til hindring af, at en reel konflikt opstår: 1) styrken og klarheden af Den europæiske Menneskerettighedskonventionsregel, 2) den nationale regels klarhed og styrke, 3) den natio-

nale regels plads i normhierarkiet, 4) lovgivers intentioner, 5) praktiske og politiske problemer ved konstatering af en konflikt og 6) konfliktens delvise eller fuldstændige natur. *Lex specialis* og *lex posterior*, men ikke *lex superior*, kan ligeledes anvendes. Det antages altså ikke, at hverken Den europæiske Menneskerettighedskonvention eller national ret har absolut forrang, men fortolkningen af national ret og fortolkningen af Den europæiske Menneskerettighedskonvention influerer på hinanden. Det bliver en harmoniserende proces, hvor der i hovedparten af tilfældene ikke findes at foreligge en konflikt.

Del IV opdeles således, at kapitel 11 beskriver anvendelsen af Den europæiske Menneskerettighedskonvention i det dualistiske system i England, kapitel 12 det italienske dualistiske system med inkorporering af Den europæiske Menneskerettighedskonvention og kapitel 13 det monistiske system i Spanien. Konklusionen herpå kommer i kapitel 14, hvor der ligeledes sammenlignes med de skandinaviske landes retstilstand. Det pointeres her, at Den europæiske Menneskerettighedskonvention passer meget dårligt ind i vores normale forståelse af normhierarkiet, og at den ikke kan placeres ind det på nogen bestemt plads.

Del V har til formål at vise, hvorledes de skandinaviske regeringer argumenterer angående den retlige status af Den europæiske Menneskerettighedskonvention i national ret, når de procederer i Strasbourg. Ligeledes undersøges, om der er overensstemmelse mellem den måde, hvorpå de nationale domstole anvender Den europæiske Menneskerettighedskonvention, og den måde, hvorpå Den europæiske Menneskerettighedsdomstol og Den europæiske Menne-

skerettighedskommission ser på den nationale status af konventionen. Herom konkluderes blandt andet, at de skandinaviske regeringer, særligt den danske og norske, i fremtiden vil stå stærkt med hensyn til at argumentere for, at Den europæiske Menneskerettighedskonvention betragtes som en retskilde i national ret. Det skyldes, at Den europæiske Menneskerettighedskommission i en dansk sag har accepteret instruktionsreglen, og at Den europæiske Menneskerettighedsdomstol i en norsk sag har anerkendt, at Den europæiske Menneskerettighedskonvention er en retskilde i norsk ret. Det konkluderes også, at de skandinaviske regeringer, ligesom alle andre, beskriver den nationale retlige status af Den europæiske Menneskerettighedskonvention i lidt mere positive vendinger, end det fremgår af national praksis.

Det faktum, at Den europæiske Menneskerettighedskonvention er en retskilde, blev også fastslået i en dansk Betænkning 1220 i 1991 (s. 80) om emnet inkorporering af Den europæiske Menneskerettighedskonvention i dansk ret. Forskellen på Søren Stenderup Jensens og Betænkningens konklusion er, at betænkningen konkluderer, at fortolknings- og formodningsreglen anvendes af den danske højesteret, og at Højesteret anvender den som en retskilde, hvilket altså ikke hindres af det dualistiske princip. At det dualistiske princip dermed er uden realitet, har Søren Stenderup Jensen ret i, men retskildedoktrinens meget gode fortolkningprincipper kunne måske med fordel have været anvendt sammen med og ikke i stedet for fortolknings- og formodningsreglerne.

Et par negative ting må dog fremhæves til slut. Del IV kunne formentlig have været

udeladt, uden at nogen havde savnet den. Bogen er, som det fremgår af titlen, skrevet på engelsk. Det, finder jeg personligt, kan være et problem. Det skyldes, at en del af de personer, som er direkte berørt af bogens emne, altså nordmænd, svenskere og danskere, kan have svært ved at læse bogen, og dens budskab når derved ikke så langt ud, som det formodentligt ellers ville have gjort. Noget andet er, at analyserne i bogen, af for eksempel nationale skandinaviske domme, foretages på engelsk. Det giver en unøjagtighed, som ikke var nødvendig i og med, at skandinaviske læsere af bogen ville kunne læse disse uddrag på originalsprogene. På den anden side giver det engelske sprog øvrige europæere en mulighed for at kunne stifte bekendtskab med de skandinaviske landes forhold til Den europæiske Menneskerettighedskonvention.

På trods af disse indvendinger til bogen finder jeg, at den er klart læseværdig. Bogen

er særdeles velskrevet, og det er en fornøjelse at følge den entusiasme, som forfatteren ligger i emnet. Den er godt struktureret og velformuleret og behandler grundigt og kvalificeret de mange problemstillinger, der er inden for emnet. Ikke mindst kommer det bogen særligt til gode, at der foretages komparative slutninger mellem Norge, Sverige og Danmark, idet huller i retspraksis eller teori i det enkelte land udfyldes af materiale fra et eller to af de øvrige lande, når dette findes velbegrunderet. Det giver læseren et indblik og en forståelse, det ellers vil være særdeles svært selv at tilegne sig.

*Forfatteroplysninger:*

Marianne Holdgaard Bukh, kandidatstipendiat, Afdelingen for Offentlig Ret, Juridisk Institut, Aarhus Universitet.

## Aslak Syse: Abortloven. Juss og verdier

Ad Notam Gyldendal 1993, 367 s.

### ANMELDT AF KIRSTEN KETSCHER

Der foreligger med denne bog, så vidt vides, for første gang i nordisk ret, en samlet retsvidenskabelig gennemgang af abortproblematikken. Syses fremstilling drejer sig om den norske abortlov, men de principielle problemstillinger vedrørende abort er af generel interesse.

Syses udgangspunkt for at behandle abortloven er, at kvinden står fødselspro-

cessen kvalitativt nærmere end manden. Han er derfor principielt enig i den bestemmelsesret som den nugældende norske abortlov tillægger kvinden. Herefter har kvinden eksklusiv adgang til at vælge abort indenfor de 12 første svangerskabsuger. Efter 12. uge skal begæringen forelægges et nævn.

Abort er et emne, som naturligt nok og-