

Fravigelse af menneskerettigheder i nødsituationer

Dansk konstitutionel nødret i lyset af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Annemette Fallentin Nyborg*

De to primære menneskeretlige retskilder i Danmark – Grundloven og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – åbner begge muligheden for at suspendere individets grundlæggende rettigheder i nødsituationer. Forholdet og forskellene mellem de to fravigelsesadgange er ikke mere indgående behandlet i dansk retsteori. Denne artikel undersøger, hvordan og i hvilken udstrækning Den Europæiske Menneskerettighedskonventions undtagelsestilstandsklausul (artikel 15) kan bidrage til fortolkningen af den uskrevne danske konstitutionelle nødret. Artiklen behandler herigennem en forfatningsretlig kerneproblemstilling; om Grundlovens rettigheder skal eller kan fortolkes i lyset af konventionen eller ej, når der er tale om parallelle bestemmelser.

1. Indledning

Nødretten kan spores tilbage til romerretten med ordsprog som ”necessitas non habet legem” (nød bryder alle love) og ”rei publicae salus suprema lex est” (statens sikkerhed og velfærd er den øverste retskilde). Som jurastuderende lærer man tidligt om, at kontrahenter kan fritages fra en kontrakt ved *force majeure*, og om straffelovens § 14 hvorefter handlinger foretaget i nødret ikke straffes. Lignede undtagelser til reglen findes på tværs af retsområder og jurisdiktioner, også i menneske- og forfatningsretten. Den menneskeretlige nødret er

* Forskningskandidatstuderende ved Det Juridiske Fakultet på Københavns Universitet [annemette.fallentin.nyborg@jur.ku.dk]. Artiklen er baseret på forfatterens speciale med samme titel som blev forsvaret 25. november 2020.

karakteriseret ved, at der sker et skred i balancen mellem stat og individ; staten får mere magt og større manøvrerum til at gøre indgreb i individets grundlæggende rettigheder. Der kan i almindelighed gøres indgreb i individets rettigheder, når der ikke er tale om en nødsituation, hvis der er en legitim grund til indgrebet, og indgrebet er proportionalt; med konventionens ord ”nødvendigt i et demokratisk samfund”.¹ Proportionalitetsprincippet antages også at fungere som en grundbetragtning ved indgreb i grundlovssikrede rettigheder.² Til forskel for de almindelige indgrebsmuligheder, giver nødretten adgang til at sætte individets grundlæggende rettigheder ud af kraft (eller med andre ord *suspendere*, *derogere* eller *fravige*) i større eller mindre omfang. Argumentet og fornuften bag nødretten er, at staten er garant for nogle grundlæggende værdier, samfundsstrukturer og funktioner, som i det lange løb har den højeste beskyttelsesværdi, altså højere end et midlertidigt rettighedsindgreb. Den konstitutionelle nødret og EMRK artikel 15 deler principielt denne funktion og dette normative indhold.

Retshistorisk har der ikke været fast tradition for at skrive nødret (undtagelsestilstandsklausuler) ind i de moderne menneskerettighedskataloger.³ Den Grundlovgivende Rigsforsamling drøftede en undtagelsestilstandsklausul i Junigrundloven med henvisning til andre nye konstitutioner, som havde en sådan klausul. Som bekendt fravalgte forsamlingen at eksplicitere den konstitutionelle nødret.⁴ Først med vedtagelsen af den Europæiske Menneskerettighedskonvention (1953) og FN's Konvention om Borgerlige og Politiske Rettigheder (1966) kom dansk menneskeret i berøring med udtrykkelige bestemmelser om, hvornår og under hvilke omstændigheder menneskerettighederne kan fraviges i nødstilfælde. Fordi en stor del af den danske forfatningsretlige teori er skrevet før (eller ikke forholder sig til) de

¹ Den Europæiske Menneskerettighedskonvention artikel 8(2), 9(2), 10(2) og 11(2). Andre steder er proportionalitetsprincippet udtryk i andre vendinger eller gennem EMDs fortolkning.

² Michael J. Jensen, 'Proportionalitetsprincippet i Forfatningsretlig Belysning' [1994B] Ugeskrift for Retsvæsen 335.

³ Hverken Den Amerikanske Uafhængighedserklæring (1776) eller den franske Erklæring om Menneskets og Borgerens Rettigheder (1789) indeholdt bestemmelser om fravigelse af menneskerettigheder i undtagelsessituationer.

⁴ Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen spalte 2617-2622

internationale menneskerettigheders nødretsbestemmelser, og fordi spørgsmålet om Danmarks internationale forpligtelsers påvirkning af grundlovsfortolkning er et kontroversielt forfatningsretligt spørgsmål, er det indbyrdes forhold mellem dansk konstitutionel nødret og de internationale menneskerettighedskonventioners nødretsklausuler underbelyst.⁵ I en artikel fra 2009 om EMDs efterprøvelse af Storbritanniens undtagelsestilstand i forbindelse med terrorbekæmpelse bemærker Jens Elo Rytter, at sammenhængen mellem dansk konstitutionel nødret og EMRK er en ”problemstilling, som kunne fortjene nærmere undersøgelse”.

I denne artikel belyses og (gen)overvejes en række principielle spørgsmål i relation til den konstitutionelle nødret – i lyset af EMRK artikel 15. Artiklen og dens ærinde hviler på en forudsætning om, at EMRK er en del af den moderne forfatningsret, og at EMRK udgør et relevant indspark til diskussionen om udviklingen af den konstitutionelle nødret og forfatningsrettens grundrettigheder. Den forudsætning er ikke givet. Det generelle spørgsmål om konventionskompleksets betydning i grundlovsfortolkning deler vandene i retsteorien.⁶ I praksis har Højesteret højest gjort tilløb til at benytte EMRK i

⁵ Se dog Jens Elo Rytter, ‘Undtagelsestilstanden og dens judicielle efterprøvelse: suspension af menneskerettigheder i kampen mod terrorisme.’ [2009] *Juristen* 103; Kristian Cedervall Lauta, ‘Egentlig nødret: et forfatningsretligt studium.’ [2008] *Justitia* 53. Hertil kommer at den generelle teoretiske diskussion om konstitutionel nødret også er begrænset. Med Henning Kochs ord ”Efter dansk tradition er nødretten ikke noget, man offentligt taler om i det juridiske liv” i Henning Koch, *Demokrati - slå till: statslig Nødret, ordenspoliti og frihedsrettigheder 1932-1945* (Gyldendal 1994) 17. Ligeledes kritiserede Zahle fraværet af teoretisk diskussion i Henrik Zahle, ‘Slår demokratiet til? Politi i nød mellem politik og menneskeret’ [1995B] *Ugeskrift for Retsvæsen* 32; Se dog Kristian Lauta, ‘Om Den Saakaldte Nødret’ i Helle Krunke mfl. (red), *Rettens Magt – Magtens ret: Festsskrift til Henning Koch* (Djøf Forlag 2014).

⁶ I den ene ende af spektret synes Zahle, at en europæisk påvirkning af Grundlovens rettigheder er ”nødvendig og ønskelig”, Henrik Zahle, *Dansk forfatningsret. Menneskerettigheder* (3. udg., 3. opl, Ejlers 2007) 103, og Christoffersen konstaterer, at Højesteret i ”betydeligt omfang” anvender EMRK som fortolkningsbidrag. Jonas Christoffersen, ‘Højesteret og den Europæiske Menneskerettighedskonvention’ [2000B] *Ugeskrift for Retsvæsen* 593 ff; I den anden ende udtalte Højesterets daværende præsident, Niels Pontoppidan, at det principielt var ”næsten en umulig tanke”, at

grundlovsfortolkning i UfR 1999.1798 H *Rocker-dommen*, hvor Højesteret fortolkede proportionalitetskravet i Grl. § 79 (forsamlingsfriheden) med direkte henvisning til EMRK artikel 11 ("jf. herved også Den Europæiske Menneskerettighedskonvention artikel 11" stod der).⁷ Jeg har haft adgang til at gennemse Rocker-dommens voteringsprotokol.⁸ Voteringer har formelt ikke retskildeværdi, men jeg fandt det relevant at undersøge voteringen for at se, om der her gemte sig mere principielle overvejelser og argumenter, som ikke kom til udtryk i præmisserne.⁹ Essensen af voteringen for så vidt angår spørgsmålet om der skulle henvises til EMRK artikel 11 var, at proportionalitetsprincippet kommer fra EMD, men at det reelt er det samme, der er lagt vægt på i den klassiske danske forfatningsret, og at det er derfor er EMDs *terminologi*, som kan tjene som inspirationskilde i fortolkning af Grundlovens grundrettigheder. Visse højesteretsdommere fremhævede, at prognosen syntes at gå mere og mere i retning af, at det er en naturlig udvikling at lade Grundlovens grundrettigheder blive mere og mere influeret af EMRK og EMDs praksis. Et mindretal ønskede slet ikke at inkludere en henvisning til EMRK og begrundede dette med, at dansk ret var nok. I fraværet af efterfølgende klare præjudikater må det principielle udgangspunkt i dag være, at domstolene ikke er forpligtet til eller

domstolene skulle indfortolke EMRK i Grundloven i 'Domstole vil få mere magt' *Weekendavisen* (28. juni 1996). Synspunktet – som også er fremført i Jens Peter Christensen, 'Højesteret og statsmagten' i Per Magid m.fl. (red), *Højesteret: 350 år* (Gyldendal 2011), bygger på, at en indfortolkning ville indebære, at EMRK reelt fik grundlovsrang udenom den påkrævede grundlovsændringsprocedure, jf. Grl. § 88, og at domstolene herved ikke ville respektere, "at danske domstole ikke er særskilt beføjet til at optræde som grundlovgivende magt". Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen, *Dansk statsret* (3. udgave., Jurist- og Økonomforbundet 2020) 42.

⁷ *Højesterets dom af 16 august 1999 i sag 248/1998*. "Bestemmelsen hindrer imidlertid ikke, at der ved lov fastsættes regler, som – uden at være rettet mod en forsamlings meningstilkendegivelser – begrænser forsamlingsfriheden, når dette sker til beskyttelse af andre væsentlige interesser, herunder andres liv og velfærd. Sådanne begrænsninger må dog ikke gå videre end, hvad der er nødvendigt for en sådan beskyttelse, jf. herved også Den Europæiske Menneskerettighedskonvention artikel 11."

⁸ Højesterets voteringsprotokol af 9.-12. august 1999 i 248/1998, afsagt 16. august 1999.

⁹ Jens Elo Rytter, *Grundrettigheder: Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten* (1 udg., Forlaget Thomson 2000) 41.

forventes at inddrage konventionskomplekset i grundlovsfortolkning, men at de vil tilstræbe en EMRK-konform fortolkning af Grundloven, og at EMRK fortsat er en relevant og tidssvarende inspirationskilde.¹⁰

I danske juristers bevidsthed har den konstitutionelle nødret alene eksisteret på grundlag af erfaringerne fra Anden Verdenskrig, og først og fremmest til brug i krigstider. Coronapandemien (2020-) satte nødretten på dagsordenen i dansk ret efter, at denne kun havde haft historisk værdi i årtier.¹¹ Coronapandemien aktualiserede også de retlige spørgsmål knyttet til artikel 15, da 10 ud af Europarådets 47 medlemsstater i foråret 2020 påberåbte den globale sundhedskrise som grundlag for at fravige konventionen.¹² Tidligere har EMD navnlig været konfronteret med rettighedsfravigelser i forbindelse med terrorisme og kupforsøg. Den begrænsede erfaring med suspension af menneskerettigheder i dansk forfatningsret¹³ fordrer en særlig interesse i de paneuropæiske erfaringer. Praksis fra EMD kan give et indblik i konflikter og løsninger mellem statens og individets interesser i krisetider, som måske er så gode, at de kan bidrage til at oplyse den danske konstitutionelle nødret.

Artiklen indledes først nedenfor med en beskrivelse af artiklens metode. I afsnit 2 og 3 behandles de materielle krav efter de to nødretsdoktriner, først kravene til nødretstilstanden og herefter kravene til nødvendighed og

¹⁰ Jens Elo Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder* (Karnov Group 2021) 85.

¹¹ Eksempelvis Jens Peter Christensen, 'Kan det være lovligt at bryde Grundloven?' *Jyllands-Posten* (Debat, 19. april 2020) 41; Christensen, Albæk Jensen og Hansen Jensen (n 6) 35–36; Jens Elo Rytter, 'Tiltagene mod corona er uhørte i fredstid. Men menneskeretligt er de indtil videre inden for skiven' *Information* (3. april 2020); Jens Elo Rytter m.fl., 'Jura-eksperter om mink-gate: Måske var den ulovlige ordre lovlig?' *Politiken* (20. november 2020); Kristian Cedervall Lauta, Mikael Rask Madsen og Henrik Palmer Olsen, 'Mette Frederiksen flirter med nødret i Minkgate - men argumentet holder ikke' *Berlingske* (24. november 2020); Annemette Fallentin Nyborg m.fl., 'COVID-19 and Emergency Laws in Denmark' [2020] *Svensk Juristtidning*; Kristian Cedervall Lauta, Mikael Rask Madsen og Henrik Palmer Olsen 'Den danske retsstat på prøve: Covid-19, legalitet og mink' [2021] *Juristen* nr. 3.

¹² 10 konventionsstater (Estland, Letland, Armenien, Rumænien, Georgien, Albanien, Serbien, Moldova, Nordmakedonien og San Marino) indgav erklæring om fravigelse af EMRK. Det er uden fortilfælde, at én og samme fare danner grundlag for en fravigelse af EMRK på tværs af så mange lande.

¹³ Retspraksis for den konstitutionelle nødret begrænser sig til omstændigheder i forbindelse med den tyske besættelse under Anden Verdenskrig.

proportionalitet. I begge af disse afsnit analyseres først kravene til den konstitutionelle nødret, herefter kravene til artikel 15, inden disse sammenlignes. I afsnit 4 behandles nærmere spørgsmålet om den konstitutionelle nødret kan eller bør ses i lyset af artikel 15. Artiklen konkluderes i afsnit 5.

1.1 Metode

Artiklen anvender den retsdogmatiske metode. Målet er at iagttage den menneskeretlige nødret som et retligt fænomen, som denne kommer til udtryk i retskilderne. Nødretten er en sjælden gæst i det danske retssystem som er behæftet med betydelige ”blinde vinkler”. Når man vil beskrive den konstitutionelle nødret, stiller de metodiske udfordringer sig derfor i kø. Der lægges vægt på nødretten, som denne er beskrevet i retsteorien.¹⁴ Ud over at beskrive gældende ret gennem den retsdogmatisk metode, sammenlignes den konstitutionelle nødret og artikel 15 for at undersøge deres fællesmængde og undersøge, om det giver mening at tale for en europæisk påvirkning af den nationale nødret. Der er tale om en sammenligning mellem to uens retskilder i to delvist overlappende retssystemer. Sammenligningen bliver uskøn, hvis den ikke skæres til. Derfor behandles udvalgte analysepunkter; krav til nødretstilstanden samt nødvendigheds- og proportionalitetskravet særskilt for begge retskilder og herefter sammenlignes analysepunkterne.

Det komparative element er artiklens merværdi, da den konstitutionelle nødret og især artikel 15 hver for sig er velbeskrevet i litteraturen.¹⁵ Pointen er

¹⁴ Det antages ikke, at retsteorien har en egentlig retskildemæssig værdi i forfatningsretten, men det konstateres, at retsteorien er det eneste vidne til nødrettens materielle krav, og det antages, at den etablerede del af retsteorien vil have en betydning hos domstolene i en nødretlig sag. Valget om at inddrage og tillægge retsteorien betydning hænger også sammen med erkendelsen af, at grundlovsrettighederne fortolkes friere og mere normativt end resten af forfatningsretten. Se Rytter, *Grundrettigheder* (n 9) 29; Jens Peter Christensen, *Forfatningsretten og det levende liv* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1990) 253.

¹⁵ Se fx Lauta, ‘Om Den Saakaldte Nødret’ (n 5); Rytter, ‘Undtagelsestilstanden og dens judicielle efterprøvelse’ (n 5); Triestino Mariniello, ‘Prolonged Emergency and Derogation of Human Rights: Why the European Court Should Raise Its Immunity System’ (2019) 20 *German Law Journal* 46; Aly Mokhtar, ‘Human Rights Obligations v. Derogations: Article 15 of the European Convention on Human Rights’ (2004) 8 *The International Journal of Human Rights* 65.

at se vores eget danske retssystem i et nyt lys. Der er tale om fastlæggelse af gældende dansk konstitutionel nødret, når denne ikke blot ses i sin egen gamle selvforståelse, men når den analyseres og beskrives i lyset af Danmarks menneskeretlige forpligtelser efter konventionen med tilhørende praksis fra menneskerettighedsdomstolen.

Fordi den konstitutionelle nødret er så uopdyrket i retsteori- og praksis, forveksles retsdogmatiske konklusioner på området nemt med retspolitiske udsagn. I fraværet af klare præjudikater søger artiklen væk fra de retsdogmatiske prognoser, og der fremsættes i stedet selvstændige argumenter for, hvordan den konstitutionelle nødret *bør* forstås i overensstemmelse med de principper, der gælder for grundlovsfortolkning. De retspolitiske argumenter drejer sig om fortolkning af eksisterende lovgivning og retter sig metodisk til domstolene (*de sententia ferenda*).¹⁶

2. Nødretstilstanden

Den normative begrundelse for nødretten giver kun belæg for fravigelser i *faktiske* nødsituationer, når det er *nødvendigt* og *forholdsmæssigt*. Tilstedeværelsen af en nødretstilstand og krav om nødretshandlingens nødvendighed og proportionalitet er de to fundamentale krav til at fravige menneskerettighederne med henvisning til nødretten.

I det følgende undersøges hvad der efter henholdsvis dansk konstitutionel nødret og artikel 15 i EMRK definerer en nødretstilstand. I afsnit 2.3 sammenlignes de to.

2.1 Dansk konstitutionel nødret

Grundloven indeholder som bekendt ikke nogen undtagelsestilstandsklausul,¹⁷ selvom nødret blev drøftet på forhandlingerne på Rigsdagen i forbindelse med

¹⁶ For en gennemgang af retspolitisk metode se Jakob v. H. Holtermann og Jens Elo Rytter 'Retspolitik' i Mikkel Jarle Christensen mfl. (red) *De juridiske metoder 10 bud* (Hans Reitzels Forlag 2021).

¹⁷ Den indeholder dog en mulighed for at vedtage provisoriske love, jf. GrL § 23: "I særdeles påtrængende tilfælde kan kongen, når folkettinget ikke kan samles, udstede foreløbige love, der dog ikke må stride mod grundloven og altid straks efter folketingets sammentræden skal forelægges dette til godkendelse eller forkastelse."

ytringsfrihedsbestemmelsen. Ytringsfrihedens undtagelsesløshed (jf. ”ingensinde”) påkaldte sig nødretslignende betragtninger. Det blev fremhævet, at der kunne opstå en situation, som kunne gøre censur nødvendigt, og at der fandtes undtagelsestilstandsklausuler i andre forfatninger.¹⁸ Forslaget om en undtagelsestilstandsbestemmelse blev ikke afvist blankt af alle. Eksempelvis blev det fremhævet, at det lå i ”Sagens Natur”, og at det var ”begrundet i selve Retssystemet”, at en ekstraordinær tilstand kunne hæve gældende love for en kort tid.¹⁹ Når grundlovgiverne alligevel forlod en nødretsbestemmelse, kan der peges på to hovedargumenter.

For det første ønskede man ikke at invitere til magtmisbrug. Det fremgår af forarbejderne med ordene: ”Som et gammelt Ord siger: man skal ikke male Djævelen paa Væggen, og det er derfor heller ikke godt, at Grundloven skulde endog blot antyde Muligheden af en Dictatur”.²⁰ For det andet ansås nødretten – i hvert fald af nogen – som forudsat i Grundloven. Ordføreren for grundlovsudvalget mente, at det var unødvendigt at vedtage en undtagelsestilstandsklausul, da man i en undtagelsestilstand ikke ville være i tvivl om, at der kunne træffes foranstaltninger.²¹ Man kan derfor ikke på denne

¹⁸ Tage Algreen-Ussing, Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen 1848 spalte 2617: ”Der kunde indtræffe saadanne exceptionelle Tilstande, som kunde gjøre Censur nødvendig, vilde denne Betænkelighed ialtfald kunne fjernes ved Tilføielse af en saadan Paragraph, som findes i flere andre Constitutioner, at under Krigstilstande, og, hvad de sidste Tider ogsaa have viist, at der kan indtræde, under Beleiringsstilstand suspenderes en saadan Paragraphs Virksomhed”.

¹⁹ Bernhard Rée, *ibid* spalte 2619: ”Det forekommer mig at ligge i Sagens Natur, og jeg antager, det er Noget, Juristerne bedst kunne bedømme, om det ikke ogsaa er begrundet i selve Retssystemet, at en saa extraordinair Tilstand som den, der indtæder under en Beleiring, maa kunne hæve de bestaaende Love for en kort Tid; i alt fald maate da, som allerede bemærket, en særegen Paragraph med større Tydelighed kunne udtale sig derom”.

²⁰ Bernhard Rée, *ibid* spalte 2620. Det gamle ordsprog Rée henviser til har formentlig rod i et gammel tysk ordsprog: ”Man braucht den Teufel nicht an die Wand zu malen, er kommt auch ohne das herein.” (”Man behøver ikke male Fanden på væggen, han kommer ind alligevel”).

²¹ A.F. Krieger, *ibid* spalte 2622: ”neppe ere nødvendige, da det, naar slige [exceptionelle] Tilstande skulde fremkomme, ikke vilde drages i Tvivl, at i saadanne Foranstaltninger [censur] maatte anvendes”.

baggrund konkludere, at nødretten blev afvist.²² Der er dog heller ikke tilstrækkelig støtte i forhandlingerne til entydigt at anse nødretten for *forudsat* i Grundloven. Konklusionen må derfor være, at grundlovgiverne lod døren stå på klem for nødretten.

Den konstitutionelle nødret blev derimod knæsat i besættelsestidens retspraksis. Med de nødretlige afgørelser i forbindelse med Anden Verdenskrig²³ er det hævet over enhver tvivl, at den konstitutionelle nødret eksisterer i dansk ret. Den konstitutionelle nødret er en uskreven retsgrundsætning, som strider

²² Peter Germer, *Statsforfatningsret* (4., Jurist- og Økonomforbundet 2012) 82. Efter Germers fortolkning af grundlovsforarbejderne blev den konstitutionelle nødret bevidst fravalgt. Han skriver at ”konstitutionel nødret er et farligt begreb, som de danske grundlovgivere ikke har villet anvende”.

²³ I UfR 1940.1095 Ø fandt Østre Landsret ikke, at Grundlovens forsamlingsforbud var til hinder for et midlertidigt forbud mod offentlige møder henset til ”de herskende ekstraordinære Forhold”. I UfR 1941.1070 H fandt Højesteret, at ”kommunistloven”, som var vedtaget uden de tre kommunistiske medlemmer af Rigsdagen, og som gav hjemmel til at frihedsberøve kommunister, ikke var i strid med den grundlovssikrede ret til personlig frihed eller vedtaget i strid med statsretten. Byrettens præmisser lød: ”Da den i nærværende Sag omhandlede Lov efter det for Retten oplyste, er behandlet og vedtaget paa under de foreliggende ekstraordinære Forhold og under behørig Hensyntagen til Nødretsgrundsætningen fuld forsvarlig og grundlovsmæssig Maade, da Grundlovens § 78 ikke er til Hinder for under de nuværende anormale Forhold, at Lovgivningsmagten, naar det er tvingende nødvendigt af Hensyn til Statens Sikkerhed og dens Forhold til fremmede Magter, fastsætter særlige Regler vedrørende en i Grundloven hverken direkte eller indirekte omtalt eller forudset særlig Art af Frihedsberøvelse, da Justitsministerens Bestemmelse om Opretholdelse af Forvaringen af N N foreligger, da der efter det oplyste ikke foreligger nogen Fejltagelse med Hensyn til N N's Identitet eller hidtidige Deltagelse i kommunistisk Virksomhed eller Agitation.” Endelig bør sagen om departementschefstyret, UfR 1945.570 Ø, nævnes. Her havde en borger rejst sag med påstand om, at departementschefstyrets finanslov var uhjemlet skatteopkrævning i strid med grundlovens krav om, at finansloven parlamentarisk skal vedtages, før der kan opkræves skatter eller afgifter (nugældende § 46 i grundloven). Østre Landsret godkendte skatteopkrævningen med præmisserne: ”De i Grundlovens §§ 46-48 indeholdte Bestemmelser forudsætter Tilstedeværelsen af en i enhver Henseende handledygtig Rigsdag og Regering, og det er en Selvfølge, at Vedtagelse i den i Paragrafferne foreskrevne Lov- eller Finanslovsform ikke kan tilsidesættes gennem eller normalt erstattes af andre Statsakter. Heraf følger imidlertid ikke, at Rigsdag og Regering kan anses tilsidesatte ved, at der under de nu herskende Forhold af bestaaende Statsmyndigheder træffes de til Statshusholdningens Førelse uomgængeligt fornødne Bestemmelser.”

mod Grundloven (*contra legem*), og som derfor eksisterer mindst på grundlovsniveau. Ræsonnementet er, at nødretten ellers ikke med forfatningsretlig gyldighed ville kunne medføre fravigelse af Grundloven.

Et af de tidligste forsøg på at definere det nødretlige scenarie ses hos Carl Goos og Henrik Hansen (1890). De definerede dette som ”Krigsforhold eller andre exceptionelle Nødstilstande”.²⁴ Nogenlunde samtidig beskriver Henning Matzen (1908) den konstitutionelle nødret med ordene ”en virkelig Umulighed for at efterleve en Grundlovsforskrift indtræder, saasom naar det paa Grund af fjendtligt Indfald, Krig og Oprørstilstande eller paa Grund af Naturbegivenheder viser sig ugjærligt at overholde [grundloven]”.²⁵ I 1939 beskrev Knud Berlin dette som ”en virkelig Nødstilstand, idet enten Naturhindringer eller Krig eller Oprør eller anden objektiv Hindring”.²⁶ I dag er Max Sørensens definition toneangivende,²⁷ og han definerede den konstitutionelle nødret som ”uforudsete situationer af ekstraordinær karakter hvor selve statens eksistens og uafhængighed står på spil [...]”.²⁸ Heri ligger tre hovedkrav.

For det første et krav om, at der skal være tale om en ”ekstraordinær” situation, hvilket fra en almindelig sprogforståelse dækker over en situation, som i væsentlig grad adskiller sig fra den normale situation i samfundet; som er sjælden og uden for den sædvanlige orden. Kravet er det absolutte særkende og minimumskrav til en nødretstilstand gennem tiden, og ses også i retspraksis fra besættelsestiden, fx henvises der i UfR 1941.1070 H *kommunistisagen* til ”de foreliggende ekstraordinære Forhold [...] nuværende anormale Forhold [...]”.²⁹ Det er selvsagt ikke enhver ”ekstraordinær” situation, som vil møde tærsklen for en nødretssituation. Eksempelvis vil danskere bevidne, at Danmark befandt sig

²⁴ C Goos og Henrik Hansen, *Grundtræk af den danske Statsret* (1890) 66.

²⁵ Henning Matzen, *Den Danske Statsforfatningsret* (4. gennemsete udgave, J.H. Schultz 1908) 235.

²⁶ Knud Berlin, *Den danske Statsforfatningsret* (2. gennemsete udgave, Nyt Nordisk Forlag 1939) 45ff.

²⁷ Zahle, *Dansk forfatningsret*. 3 (n 6) 286; Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder* (n 10) 123; Christensen, Albæk Jensen og Hansen Jensen (n 6) 34.

²⁸ Max Sørensen, *Statsforfatningsret* (1., Juristforbundets forlag 1969) 36.

²⁹ I UfR 1940.1095 Ø om midlertidige forbud mod afholdelse af offentlige møder henvises til ”de herskende ekstraordinære Forhold”.

i en ekstraordinær situation i de dage, der fulgte det danske herrelandsholds Europamesterskabssejr i 1992, men situationen kunne ikke danne grundlag for etablering af konstitutionel nødret. Isoleret set kvalificerer begrebet *ekstraordinær situation* derfor ikke i tilstrækkelig grad, hvad der skal til få at nå tærsklen for et nødretligt scenarie. Det står også ubesvaret om det er kilden til, svaret på eller konsekvenserne af situationen, der skal være ekstraordinær.

For det andet peger Sørensen på et uforudsigelighedskrav. Et krav om uforudsigelighed knytter sig bedre til kravet om nødvendighed, da man ved en *forudsigelig* nødsituation har mulighed for at udvise *rettidig omhu* og tage de nødvendige, grundlovmæssige foranstaltninger på forhånd (fx ved grundlovsændring eller beredskabsmæssige forberedelser). Der kan tænkes tilfælde, hvor en nødsituation kan forudses, og hvor det stadigvæk kan være nødvendigt at fravige Grundloven. Den Kolde Krig er et historisk eksempel herpå. Situationen udviklede sig aldrig til en reel nødsituation, men det ville ikke have været uforudset, hvis en tredje verdenskrig var udbrudt. Situationen ville være forudset, men konsekvenserne – eventuelle derogationsproblematikker – ville ikke kunne forudsiges. Følgelig bør uforudsigelighedskravet afvises.

For det tredje indeholder Sørensens definition et krav om, at der skal være tale om et hensyn til bevarelsen af ”selve statens eksistens og uafhængighed”. Der skal altså være tale om et overordentlig tungtvejende *makrohensyn*. Kravet er helt centralt for at kunne udelukke situationer, hvor grundlæggende samfundsstrukturer- og institutioner og/eller samfundet som helhed ikke er på spil. Tilsvarende blev der i *kommunistsagen* henvist til ”statens sikkerhed” som et legitimt hensyn. I tillæg til Sørensen – og formentlig i lyset af coronapandemien – bemærker Jens Peter Christensen m.fl. i deres nyeste 3. udgave af Dansk Statsret (2020), at ”fravigelsen af grundlovens regler også kan tænkes at være berettiget i tilfælde, hvor der foreligger en virkelig alvorlig fare for omfattende tab af menneskeliv”.³⁰ I forbindelse med fornyelsen af den såkaldte epidemilov i foråret 2021 (før *lov om smitsomme og andre overførbare sygdomme*, nu *lov om epidemier*), er begrebet ”samfundskritiske sygdomme” blevet centralt.³¹ Ved en samfundskritisk sygdom forstås en sygdom, ”hvis udbredelse medfører eller

³⁰ Christensen, Albæk Jensen og Hansen Jensen (n 67) 34.

³¹ Lov nr. 285 af 27/02/2021 Lov om epidemier (epidemiloven).

risikerer at medføre alvorlige forstyrrelser af vigtige samfundsfunktioner”.³² Begrebet ”samfundskritisk” kan i en nødretlig sammenhæng primært tjene til at frasortere hvad der *ikke* kan retfærdiggøre en fravigelse af Grundlovens rettigheder, snarere end at definere endeligt hvilke sygdomme – og situationer – der møder den nødretlige tærskel.

I Henning Kochs doktorafhandling *Demokrati – Slå til!* (1994) om det kæmpende danske demokrati under besættelsen formulerede Koch otte kriterier for, hvornår Grundlovens politiske frihedsrettigheder retmæssigt kan suspenderes. Kriterierne fik en hård medfart blandt fagfæller,³³ men de indeholder efter min opfattelse en række interessante elementer. Koch definerede nødretstilstanden som ”en ekstraordinær situation, en undtagelsestilstand, [...] hvor der foreligger en konkret, påbegyndt eller overhængende fare for statens fred”. Kravet ”konkret, påbegyndt eller overhængende” kan negativt beskrives som et krav om, at det ikke er tilstrækkeligt, at der foreligger indicier eller spekulation om en fremtidig nødtilstand. Nødretssituationen skal være konstaterbar. Hvis en nødtilstand med rimelige sikkerhed kan forudses, men endnu ikke har materialiseret sig, bør staten have sammen konstitutionelle råderum for at iværksætte beredskabstiltag, som hvis staten blev taget på sengen. Det væsentlige er, at der er reelle holdepunkter for, at truslen er på vej. Det skal først og fremmest kunne konstateres *objektivt*, men det bør også tillægges vægt om nødretsaktøren var i *god* eller *ond* tro.³⁴

³² Lov nr. 285 af 27/02/2021 Lov om epidemier (epidemiloven) § 2, stk. 4.

³³ Peter Blume, 'Regering eller folketing. Bemærkninger til Henning Kochs disputats: Demokrati - slå til!' [1994] *Juristen* 358; Zahle, 'Slår demokratiet til? Polit i nød mellem politik og menneskeret' (n 5); Jens Peter Christensen, 'Anmeldelse af Demokrati - slå til! Statslig nødret, ordenspoliti og frihedsrettigheder 1932-1945 af Henning Koch' [1994] *Juristen* 353.

³⁴ Christensen, 'Anmeldelse af Demokrati - slå til! Statslig nødret, ordenspoliti og frihedsrettigheder 1932-1945 af Henning Koch' (n 33) 357 Med Christensens ord ”Myndighedernes egen opfattelse af, om en nødsituation foreligger, og af hvilke initiativer denne fordrer, må tillægges vægt, men myndighedernes subjektive opfattelse kan ikke være det endeligt afgørende”.

2.2 ”[K]rig eller anden offentlig faretilstand, der truer nationens eksistens”, jf. artikel 15(1)

Europarådets forarbejder *travaux préparatoires* viser, at også konventionsstaterne var uenige om, hvorvidt en undtagelsestilstandsklausul skulle inkluderes i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Konventionsforfatterne anså i første omgang klausulen som ”unødvendig”.³⁵ Argumentet var, at undtagelsestilstande, og de menneskeretlig indgreb i forbindelse hermed, kunne rummes inden for de normale fravigelsesmuligheder med henvisning til beskyttelse af statens sikkerhed, og at de historiske erfaringer fra Anden Verdenskrig pegede i retning af, at undtagelsestilstandsklausuler var sårbare over for misbrug, og at man risikerede at legitimere udemokratiske regeringer. Når konventionsforfatterne alligevel endte med at inkludere en undtagelsestilstandsklausul, var det fordi de anså muligheden for internationalt at kontrollere og begrænse undtagelsestilstande som den eneste farbare vej at gå. I askerne af Anden Verdenskrigs menneskerettighedskrænkelser og efter devisen: ”Aldrig igen” endte artikel 15(1) med at betinge muligheden for at fravige konventionens rettigheder på følgende måde:

1. In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under the Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.

Det nærmere indhold af frasen ”krig eller anden offentlig faretilstand, der truer nationens eksistens”, jf. artikel 15(1) var omdrejningspunktet i EMDs første domsafsigelse, *Lawless v. Ireland* (1961), om Irlands brug af administrativ frihedsberøvelse af terrormistænkte under konflikten i Nordirland. I *Lawless* opstod definitionen ”en exceptionel krise- eller nødsituation, som påvirker hele statens befolkning, og som udgør en trussel mod det organiserede samfundsliv i

³⁵ Secretariat of the Human Rights Commission, ‘Preparatory Work on Article 15 of the European Convention on Human Rights’ 4: ”The inclusion of this provision in the European system appears to be unnecessary [...]”.

staten”.³⁶ Definitionen baserede sig ifølge EMD på en nær ordlydsmæssig fortolkning,³⁷ og det var i hovedsagen en stadfæstelse af den definition som Menneskerettighedskommissionens flertal havde formuleret i den forudgående kommissionssag.³⁸ Menneskeretskommissionens mindretal fandt, at ”offentlig faretilstand” skulle forstås i lyset af ”krig”, og at der derfor skulle anvendes en strengere tærskel, hvor nationens eksistens skulle være på spil.³⁹ Kommissionens flertal og EMD mente ikke, at artikel 15’s ordlyd gav anledning til at forstå ”offentlig faretilstand” så strengt, ligesom begrebet i øvrigt skulle fortolkes autonomt af ”krig”.⁴⁰ Truslen skulle ikke nødvendigvis være dødbringende for staten men bare rette sig mod vilkårene for, hvordan statens liv overordnet leves. I dag istemmer visse kommentatorer med Kommissionens mindretal og peger på, at *Lawless*-definitionen – som har været indflydelsesrig for den efterfølgende udvikling – blev sat betydelig lavere end en nær ordlydsmæssig fortolkning umiddelbart ville påkalde.^{41,42}

På grund af juntaregimets dokumenterede brug af tortur, anlagde Danmark, Norge, Sverige og Nederlandene i 1967 en mellemstatslig sag mod Grækenland (*den græske sag*, afsagt i 1969). Her udbyggede og præciserede Kommissionen *Lawless*-definitionen, og udledte af sætningen ”en offentlig faretilstand, der truer

³⁶ *Lawless mod Irland (3)* [1961] Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol 332/57 par. 28: ”An exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed”.

³⁷ *Lawless mod Irland (3)* (n 36) par. 28: ”the natural and customary meaning of the words”.

³⁸ ‘Report of the European Commission of Human Rights on the Case Gerard Richard Lawless against the Republic of Ireland’ (1959) 332/57 par. 90.

³⁹ *ibid* par. 92.

⁴⁰ *ibid* par. 90; *Lawless mod Irland (3)* (n 36) par. 28.

⁴¹ David Harris m.fl., *Law of the European Convention on Human Rights* (fjerde udgave, Oxford University Press 2018) 817; Rytter, ‘Undtagelsestilstanden og dens judicielle efterprøvelse’ (n 5) 114–115.

⁴² Det bemærkes, at selvom den danske oversættelse henviser til trussel mod ”nationens eksistens”, bør en fortolkning hvile på den autentiske engelske (”threatening the life of the nation”) eller franske (”menaçant la vie de la nation”) ordlyd. Postamble til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention : ”done at rome this 4th day of november 1950, in English and French, both texts being equally authentic.”.

nationens eksistens” fire karaktertræk, som alle i hovedregel skal være til stede, før der er tale om en nødretstilstand efter artikel 15.⁴³

For det første skal nødretssituationen være *exceptionel*. Den nødretlige situation skal adskille sig væsentligt fra normaltilstanden i en konventionsstat og skal påkalde sig et modsvar, hvor foranstaltninger som almindeligvis tillades af hensyn til offentlig sikkerhed, orden og sundhed mv. ikke er tilstrækkelige.⁴⁴ Fordi der ikke findes en paneuropæisk standard for normaltilstanden, bliver grænsen – eller målestokken – for undtagelsen relativ. Der skal være tale om en situation, hvor almindeligvis proportionelle eller acceptable indgreb er utilstrækkelige.⁴⁵ Det er statens behov for modsvar og forsvar, der står centralt i vurderingen af, om situationen er exceptionel, og målestokken er derfor defineret klart qua konventionens rettighedsrangering, jf. artikel 15(2).

For det andet stiller EMD krav om, at nødretssituationen skal true *statens organiserede liv*.⁴⁶ Den nøjagtige fastlæggelse af dette krav er i kernen af artikel 15. Fra Kommissionens dissens i *Lawless* til coronapandemien, er det centrale spørgsmål: ”Hvor meget skal der til?”. Det stod allerede klart efter *den græske sag*, at nationens overlevelse ikke behøver at være på spil. Hvis der foreligger flere og

⁴³ ‘Report of the European Commission of Human Rights on the “Greek Case” (1969) 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67 par. 153:

”Such a public emergency may then be seen to have, in particular, the following characteristics:

- (1) It must be actual or imminent.
- (2) Its effects must involve the whole nation.
- (3) The continuance of the organised life of the community must be threatened.
- (4) The crisis or danger must be exceptional, in that the normal measures or restrictions, permitted by the Convention for the maintenance of public safety, health and order, are plainly inadequate.”

⁴⁴ *ibid* par. 153.

⁴⁵ Det drejer sig om indgreb i de rettigheder som kun kan fraviges i undtagelsessituationer: forbuddet mod tvangsarbejde, jf. artikel 4(2), retten til personlig frihed, jf. artikel 5, retten til retfærdig rettergang, jf. artikel 6 og adgangen til effektive retsmidler, jf. artikel 13 eller i rettigheder der også kan fraviges, når staten befinder sig i en normaltilstand, men som i under en normaltilstand ville være uproportionelle: herunder retten til privat- og familieliv, religions-, ytrings-, forenings- og forsamlingsfriheden.

⁴⁶ ‘Report of the European Commission of Human Rights on the “Greek Case” (n 43) par. 153.

alvorlige angreb på myndigheder og befolkning vil statens organiserede liv anses for truet, således som det var tilfældet med kurdernes (PKK's) væbnede kamp for selvstændighed i Tyrkiet,⁴⁷ og Storbritannien i forhold til katolikkernes (IRA's) væbnede kamp for Nordirlands genforening med Irland.⁴⁸ Såfremt den etablerede styreform søges omstyrtet, vil statens organiserede liv også anses for truet, hvorfor det mislykkede militærkup Tyrkiet i 2016 var omfattet af artikel 15.⁴⁹ I den principielle sag *A and others* (2009) skulle EMD tage stilling til, om der i december 2001, i lyset af terrorangrebet i New York 11. september samme år, eksisterede en sådan terrortrussel mod Storbritannien, at tærsklen i artikel 15 var mødt. I det nationale retssystem havde en dissenterende⁵⁰ dommer udtalt, at artikel 15 krævede, at situationen skulle ”indebære en trussel mod statens organiserede liv, som gik videre end en trussel om fysisk skade og tab af menneskeliv”. Truslen skulle ifølge den dissenterende dommer ”true statens institutioner eller det civile samfunds overlevelse”.⁵¹ EMD tog afstand til denne definition og udtalte, at ”Domstolen i tidligere sager har været parat til at inddrage en meget bredere vifte af faktorer og har fundet, at der eksisterede en nødsituation, i tilfælde hvor statens institutioner ikke var truet i det omfang den

⁴⁷ *Aksoy mod Tyrkiet* [1996] Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol 21987/93; *Sakık m.fl. mod Tyrkiet* [1997] Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol 23878/94, 23879/94, 23880/94 et al.

⁴⁸ *Lawless mod Irland (3)* (n 36); *Irland mod Storbritannien* [1978] Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol 5310/71; *Brannigan og McBride mod Storbritannien* [1993] Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol 14553/89; 14554/89.

⁴⁹ *Şahin Alpay mod Tyrkiet* [2018] Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol 16538/17; *Mehmet Hasan Altan mod Tyrkiet* [2018] Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol 13237/17; *Baş mod Tyrkiet* [2020] Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol 66448/17.

⁵⁰ Lord Hoffmann afsluttede sin dissens med ordene: ”the real threat to the life of the nation ... comes not from terrorism but from laws such as these”. *A m.fl. mod Storbritannien* [2009] Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol 3455/05 par. 18.

⁵¹ *ibid* par. 179: ”Lord Hoffman interpreted the words as requiring a threat to the organised life of the community which went beyond a threat of serious physical damage and loss of life. It had, in his view, to threaten ‘our institutions of government or our existence as a civil community’”.

dissenterende dommer krævede”.⁵² Som fremhævet af Rytter, tilkendegav EMD hermed en kvalitativ lavere tærskel for nødretssituationen, end ordlyden umiddelbart giver anledning til.⁵³

Efter *A and others* står det endnu uklart, hvad der som minimum skal være på spil før, artikel 15 finder anvendelse. Det står derimod klart, at EMD sandsynligvis vil foretage en holistisk vurdering og inddrage en ”bred vifte af faktorer”. Det står også klart, at en terrortrussel – medfølgende frygt og utryghed i samfundet og risiko for tab af menneskeliv og fysiske skader – overstiger dette minimum. Det bemærkes, at EMD endnu ikke har taget stilling til, om coronapandemien i tilstrækkelig grad forstyrrede og forstyrrer det organiserede liv i samfundet.

For det tredje stiller EMD principielt et krav om, at situationen påvirker hele befolkningen – og ikke blot en befolkningsgruppe. Kravet er i praksis blevet slækket, eller rettere er der blevet ført et succesfuldt argument for, at hele befolkningen kan blive påvirket af begivenheder, der udspiller sig i dele i af staten. Illustrativt accepterede EMD i *Aksoy v. Turkey* (1996), at Tyrkiet fraveg dets menneskerettighedsforpligtelse i forbindelse med kurdernes (PKK’s) væbnede kamp for selvstændighed, som geografisk begrænsede sig til den sydøstlige del af Tyrkiet.⁵⁴

Endelig skal situationen være *nærværende* eller *overhængende*. Det er som regel ikke svært at vurdere, om en fare er nærværende. Hvornår en fare er overhængende, var genstand for nærmere behandling i *A and others*. Kernen i sagen var, at Storbritannien på tidspunktet for fravigelsens ikrafttræden ikke havde været udsat for nogen terroranslag, og den britiske stat hvilede derfor artikel 15-erklæringen på en risikovurdering. EMD bemærkede, at et terrornedslag kunne ramme som lyn fra en klar himmel; på hvilket som helst

⁵² *ibid* par. 179: ”However, the Court has in previous cases been prepared to take into account a much broader range of factors in determining the nature and degree of the actual or imminent threat to the “nation” and has in the past concluded that emergency situations have existed even though the institutions of the State did not appear to be imperiled to the extent envisaged by Lord Hoffman.”

⁵³ Rytter, ‘Undtagelsestilstanden og dens judicielle efterprøvelse’ (n 5) 107.

⁵⁴ *Aksoy mod Tyrkiet* (n 47) par. 31.

tidspunkt uden forvarsel.⁵⁵ EMD fandt – med henvisning til, at terrortruslen i mellemtiden havde manifesterede sig i London juli 2005 – at truslen allerede i december 2001 havde været ”overhængende”. EMD tilføjede, at selvom vurderingen af artikel 15 primært skulle foretages med udgangspunkt i den viden, der var til stede i december 2001, var EMD ikke afskåret fra at inddrage informationer, som var opstået senere.⁵⁶ Mere almenyldigt bemærkede EMD, at ”overhængende”-kravet, ikke kan fortolkes så snævert, at en stat skal afvente at en katastrofe rammer, før den kan træffe foranstaltning.⁵⁷ Kravet stiller en tidsmæssig grænse; faren må forventes at materialisere sig inden for en rimelig tid,⁵⁸ og herudover stilles krav om sandsynlighed; der må være en vis objektiv risiko for, at truslen materialiserer sig. Kravet om at truslen skal være *nærværende* eller *overhængende* er en effektiv sikring mod mere spekulative grundlag for undtagelsestilstande.

2.3 Sammenligning af dansk konstitutionel nødret og artikel

15

2.3.1 Exceptionel contra ekstraordinær

Usædvanlighed fremstår som en urørlig grundbetingelse efter begge nødretsdoktriner. Det ligger i nødrettens natur, at den ikke må være hverdagskost. Den anerkendte definition i den konstitutionelle nødretsteori ”ufordudsete situationer af ekstraordinær karakter [...]” kvalificerer ikke, om det er kilden til, forsvaret eller konsekvenserne af situationen, der skal være ekstraordinær eller blot usædvanlig. Dette er klart efter artikel 15, hvor ”exceptionelt” knyttes til det påkrævede modsvar. Det er derfor ikke en relevant faktor, om situationen er meget byrdefuld eller meget sjælden. Det centrale er, at de almindelige indgrebsmuligheder er utilstrækkelige.⁵⁹ Hermed knyttes

⁵⁵ *A m.fl. mod Storbritannien* (n 50) par. 177: ”An atrocity might be committed without warning at any time.”

⁵⁶ *ibid* par. 177.

⁵⁷ *ibid* par. 177: ”The requirement of imminence cannot be interpreted so narrowly as to require a State to wait for disaster to strike before taking measures to deal with it.”

⁵⁸ ‘Report of the European Commission of Human Rights on the “Greek Case”’ (n 43) par. 157 og 164.

⁵⁹ *ibid* par. 153.

kravet direkte til rettighedsrangeringen (de ufravigelige, de undtagelsesvist fravigelige og de fravigelige, jf. EMRK artikel 15(2)) og nødvendighedskravet (se afsnit 3). Det er en målestok som forudsigeliggor, hvornår nødretten påberåbes; kun når de almindelige indgrebsmuligheder ikke er tilstrækkelige. At situationen statistisk set er sjælden eller uset *bør* ikke være det afgørende moment. At en situation har store økonomiske eller menneskelige konsekvenser *bør* heller ikke være afgørende, hvis de almindelige indgrebsmuligheder kan imødegå situationen. Svagheden i den konstitutionelle nødret er et definitionsspørgsmål. Konklusionen er derfor ikke, at den konstitutionelle nødret materielt er svagere end artikel 15, men blot at målestokken ikke er tilstrækkelig klar på forhånd, hvormed man risikerer en politisering af spørgsmålet.

2.3.2 En trussel mod statens liv eller levevis

Risikoen for at sætte ”statens sikkerhed” over styr blev allerede i besættelsestidens retspraksis fremhævet som et legitimt hensyn til at fravige Grundloven. Siden har særligt Sørensen’s krav, om at ”statens liv skal være i fare”, vundet indpas. Det vidner om en relativt høj tærskel for *makrohensyn*, der skal være på spil. Til sammenligning kræver EMD blot, at det ”organiserede samfundsliv i staten skal være truet”. Det er oplagt at hæfte sig ved sagen *A and others*, hvor EMD sort på hvidt afviste en tærskel, som tilsvarende den danske. Mindre end ”en alvorlig trussel mod statens institutioner eller det civile samfunds overlevelse” er tilstrækkeligt. Rytter kritiserer denne lave tærskel, da den er ”vanskelig at forene med ordlydens krav om, at ”statens eksistens” skal være truet”.⁶⁰ Sagens kerne er, at menneskerettighederne bedst beskyttes, hvis adgangen til helt at suspendere dem er så snæver og så undtagelsesvis som muligt. EMD balancerer på en knivsæg, når den skal vurdere disse sager om statens sikkerhed, som altid ligger i kernen af statens suverænitet.⁶¹ Det fremstår alligevel ubalanceret, at en ”trussel om fysisk skade og tab af menneskeliv” er tilstrækkelig til at suspendere rygraden i et demokratisk samfund. Samtidig tillader jeg at stille spørgsmålstegn ved, om den tårnhøje tærskel for konstitutionelle nødret er ”gearet” til samtidens risikobillede. Uden er negligere farligheden og glidebanerisikoen i nødretlige

⁶⁰ Rytter, ‘Undtagelsestilstanden og dens judicielle efterprøvelse’ (n 5) 115.

⁶¹ Fx Centrum för Rättvisa mod Sverige [2018] Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol 35252/08 [112].

fravigelsesadgange, kunne man måske løfte blikket fra bagspejlet og diskutere, om definitionen kunne nuanceres og ajourføres med aktuelle problemstillinger.⁶² Nødretten skal indiskutabelt reserveres som en sidste udvej, men med den nuværende forståelse er den konstitutionelle nødret tæt på en juridisk blindgyde. Et forsigtigt forslag kunne være – i lyset af de hændelsestyper, som beredskabsstyrelsen peger på⁶³ (heriblandt højvirulente sygdomme og cyberhændelser) – at lægge vægt på graden af destabiliserende effekt en hændelse har på samfundskritiske funktioner fremfor at insistere på, at angreb skal angå kernen i staten.

2.3.3 Kravet om konstaterbarhed

Både i den konstitutionelle nødretsteori og hos EMD har det været behandlet, hvilke krav der kan stilles til truslens nærhed. I forfatningsretten eksisterer der, hverken i praksis eller teori, et etableret krav om eller beskrivelse af, hvad der kræves, før en trussel kan anses for at være til stede. Det er dog en del af Kochs agenda. Han beskriver som den eneste, at truslen skal være ”påbegyndt eller overhængende”. Til sammenligning er EMD mere konsistent. Konstaterbarhed er en af de fire grundbetingelser siden *den græske sag*. Kochs krav er formentlig identisk med EMDs. Kravet er veletableret og veludbygget i EMDs praksis, selvom det er mindre håndfast, når det drejer sig om en ulmende terrortrussel, jf. *A and others*. Der er potentiale for, at den konstitutionelle nødret – særlig på kravet om konstaterbarhed – ser op til artikel 15’s praksis eller i højere grad inddrager Kochs krav.

2.3.4 Delkonklusion

Det kan groft konkluderes, at den konstitutionelle nødret er indrettet med en væsentligt højere tærskel for, hvornår der er tale om en nødretssituation i forhold til artikel 15. Kombineret med EMDs passive efterprøvelse af nødretstilstanden,

⁶² Der kan allerede i den nyeste litteratur ses en mindre ajourføring i lyset af coronapandemien især Christensen, Albæk Jensen og Hansen Jensen, Dansk Statsret (n 6) 34.

⁶³ Beredskabsstyrelsen, Nationalt Risikobillede 2017.

er kravet nærmest udhulet efter artikel 15.⁶⁴ Artikel 15 indeholder dog væsentlig tidssvarende elementer, som jeg her trækker på i et forslag til en nydefinition af det konstitutionelle nødretsscenarie: *en situation som kræver et ekstraordinær modsvar, og hvor staten og dets samfundskritiske institutioner eller funktioner er i alvorlig, og nærværende eller overhængende fare.*

3. Nødvendighed og proportionalitet

3.1 Proportionalitets- og nødvendighedskrav: dansk konstitutionel nødret

Nødvendighedskravet kan spores tilbage til Holck (1869) som i essayistisk stil skriver, at staten kan ”træffe de Bestemmelser, som Forholdene gjøre Nødvendige”.⁶⁵ *Nødvendighed* var også et nøgleord i det nødretlige sager fra besættelsestiden. Således betinges nødretten i UfR 1941.1070 H *kommunistsagen* af ”tvingende nødvendigt”. Det må regnes for et krav om, at der er sammenhæng mellem nødretstilstanden og grundlovsfravigelsen, og at fravigelsen er nødvendig for og egnet til at afvige truslen. I efterkrigstidens retsteori kvalificeres og uddybes nødvendighedskravet. Kravet om at fravigelsen skal være ”nødvendigjort” står fortsat central.⁶⁶ Særligt Henrik Zahle (2007), Koch (1994) og Sørensen (1969) er bannerfører for et moderne nødvendighedskrav, som eksplicit inddrager proportionalitetskriteriet. Med Zahles ord, må fravigelsen ”ikke være mere indgribende end nødvendigt som følge af den ekstraordinære situation, og der må være et rimeligt forhold mellem fravigelsen og de mål, der opnås”.⁶⁷ Sørensen lægger vægt på, at proportionalitetsvurderingen forsat skal være konkret (”generelle retningslinjer kan næppe opstilles” skriver han) og til grundrettighedernes fordel (”det ofrede

⁶⁴ For en dybdegående analyse af prøvelsesstandarderne af undtagelsestilstande hos EMD henvises til Rytter, ‘Undtagelsestilstanden og dens judicielle efterprøvelse’ (n 5).

⁶⁵ Carl Georg Holck, *Den danske Statsforfatningsret* (Gyldendal 1869) 106.

⁶⁶ Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder* (n 10) 123; Christensen, Albæk Jensen og Hansen Jensen, *Dansk Statsret* (n 6) 34; Zahle, *Dansk forfatningsret* (n 6) 286, fremhæver enstemmigt at ”fravigelsen skal være nødvendigjort.”

⁶⁷ Zahle, *Dansk forfatningsret* (n 6) 286 med henvisning til Koch, *Demokrati - slå till!* (n 5) 414.

gode må være af underordnet værdi i forhold til det der værnes”).⁶⁸ Proportionalitetskriteriet følger sandsynligvis implicit af *nødvendighedskravet* i praksis og i førkrigsteorien, men Zahle, Koch og Sørensen præciserer, konkretiserer og cementerer kravet. I tillæg introducerer de et bagvedliggende princip om, at den nødretlige handling betinges af, at handlingen varetager grundlæggende hensyn til demokrati, retsstat og grundrettigheder, og med henblik på at vende tilbage til en ikke-nødretlig tilstand.⁶⁹ Indgrebets karakter vil derfor også i nødretssituationer have afgørende betydning for om det anses for nødvendigt og proportionelt; eksempelvis vil politiske frihedsberøvelser (§ 71, stk. 1) være mere indgribende end en ulovlig ransagning (§ 72).

3.2 ”[D]et omfang, det er strengt påkrævet af situationen”, jf. artikel 15(1)

Tilstedeværelsen af en undtagelsestilstand betyder ikke, at konventionsstaterne har carte blanche til at fravige konventionen.⁷⁰ Med konventionens ord kan fravigelser kun accepteres ”i det omfang, det er strengt påkrævet af situationen”. Til sammenligning med *nødvendighedskravet* i de almindelige indgrebsmuligheder i konventionen – ”nødvendigt i et demokratisk samfund” – stiller artikel 15 krav om, at fravigelser skal være ”strengt påkrævet”. Der er tale om en ordlydsmæssig skærpelse. I praksis fortolkes det skærpede *nødvendighedskrav* ordlydsnært som et krav om, at konventionsstaterne ”grundigt” skal overveje, om alternative menneskerettighedskonforme løsninger er tilstrækkelige.⁷¹ *Nødvendighedskravet* indebærer, at indgrebet skal være en direkte ”reel reaktion” på truslen.⁷² Der skal være sammenhæng mellem

⁶⁸ Sørensen, *Statsforfatningsret* (n 28) 39.

⁶⁹ Zahle, *Dansk forfatningsret* (6) 286; Sørensen, *Statsforfatningsret* (n 28) 39; Koch, *Demokrati - slå till!* (n 5) 414. Ved Zahle formuleret som: ”De bag grundloven liggende hensyn til demokrati og menneskeret må varetages bedst muligt”, hos Sørensen som: ”Der må ses hen til de interesser som grundlovens regler søger at beskytte” og hos Koch som: ”rettighedssuspensionen skal ske i forfatningens ånd, d.v.s. den skal tilsigte at medvirke til en tilbagevenden til den forfatningsmæssige normaltilstand.”

⁷⁰ *Baş mod Tyrkiet* (n 49) par. 199.

⁷¹ *A. m.fl. mod Storbritannien* (n 50) par. 130; *Lawless mod Irland* (3) (n 36) par. 36.

⁷² *Brannigan og McBride mod Storbritannien* (n 48) par. 48; *A. m.fl. mod Storbritannien* (n 50) par. 184: ”A genuine response.”

nødstilstanden og det valgte menneskerettighedskrænkende middel. I *Brannigan and McBride v. The United Kingdom* (1993) lagde EMD vægt på, at der var en ”klar sammenhæng” mellem varetægtsfængslingen af klagerne og terrorbekæmpelse i Nordirland.⁷³ Om det valgte middel har en effekt (egnethed) er uløseligt forbundet hermed. Den irske regering udfordrede effektiviteten af Storbritanniens brug af administrative frihedsberøvelser i forbindelse med konflikten i Nordirland i *Ireland v. the United Kingdom* (1978). Kommissionen udtalte, at ”som et minimum” skal fravigelsen ”sandsynligvis medvirke” til at bekæmpe truslen.⁷⁴ I den efterfølgende sag hos EMD lød det, at et middels effektivitet ikke skal vurderes fuldkommen i retrospektiv men på baggrund af forholdene og omstændighederne på tidspunktet for beslutningen.⁷⁵ Domstolen stiller ikke krav om reel effektivitet i retrospektiv, men derimod om sandsynlig effektivitet på beslutningstidspunktet.

I EMDs praksis omfatter ”strengt påkrævet” også, at et indgreb skal være ”strengt proportionelt”.⁷⁶ Proportionalitetsvurderingen i relation til indgreb i individets grundlæggende rettigheder tager sædvanligvis udgangspunkt i individets konkrete individuelle sag. Artikel 15 påberåbes i første omgang generelt, når staten ved erklæring, jf. EMRK artikel 15(3), underretter Europarådets generalsekretær om ”de forholdsregler, som den således har taget og grundene hertil”. Det indebærer især, at staten identificerer, hvilke rettigheder der generelt fraviges.⁷⁷ Erklæringen gives med udgangspunkt i statens tilstand og

⁷³ *Brannigan og McBride mod Storbritannien* (n 48) par. 51: ”Accordingly, the power of extended detention without such judicial control and the derogation of 23 December 1988 being clearly linked to the persistence of the emergency situation, there is no indication that the derogation was other than a genuine response.”

⁷⁴ ‘Report of the Commission on the Case Ireland against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland’ (1976) 5310/71 121. ”A minimum requirement must nevertheless be that the arrest is likely to contribute to the aim of finding those who are engaged in organizing or taking part of terrorist actions.”

⁷⁵ *Irland mod Storbritannien* (n 48) par. 214: ”For this purpose the Court must arrive at its decision in the light, not of a purely retrospective examination of the efficacy of those measures, but of the conditions and circumstances reigning when they were originally taken and subsequently applied.”

⁷⁶ *Şahin Alpay mod Tyrkiet* (n 49) par. 74.

⁷⁷ ‘Report of the European Commission of Human Rights on the “Greek Case”’ (n 43) para. 41.

ikke i individet eller de individer, der vil blive eller allerede berøres af fravigelsen. Dette indebærer i praksis at spørgsmålet om hvorvidt et indgreb konkret kan retfærdiggøres, i første omgang afgøres som et spørgsmål om, hvorvidt indgrebets karakter generelt er proportionelt med situationens alvor. Kun hvis det generelle spørgsmål besvares bekræftende, vil EMD vurdere, om det konkrete indgreb også er proportionelt.⁷⁸ EMD helgarderer sig gennem denne to-trinsproportionalitetstest. Både i den generelle og i den konkrete artikel 15-proportionalitetsvurdering lægger EMD navnlig vægt på karakteren af den rettighed som fraviges, fravigelsens varighed og tilstedeværelsen af retsgarantier mod misbrug.⁷⁹ At EMD lægger vægt på karakteren af den fravegne rettighed indebærer, at rettigheder, som kun kan fraviges med henvisning til artikel 15 (det drejer sig om forbuddet mod tvangsarbejde, retten til personlig frihed, retten til retfærdig rettergang og adgang til effektive retsmidler), vil underlægges en strengere proportionalitetsvurdering end rettigheder, som under normale omstændigheder kan begrænses. I samtlige artikel 15-sager har retten til personlig frihed været omdrejningspunktet.⁸⁰ Her udtaler EMD typisk, at ”særligt når en fundamental ret, som retten til frihed fraviges, vil Domstolen sikre sig, at der er tale om en reel reaktion på nødrethssituationen, som fuldt ud kan retfærdiggøres på baggrund af de ekstraordinære omstændigheder, og at der var opstillet tilstrækkelige retsgarantier mod misbrug”.⁸¹ EMD lægger desuden vægt på, om indgrebet udfordrer demokratiet, samt at nødsituationer ikke må bruges som påskud til at undergrave demokratiet. EMD vil derfor anlægge en

⁷⁸ *A. m.fl. mod Storbritannien* (n 50) par. 185.

⁷⁹ Rytter, ‘Undtagelsestilstanden og dens judicielle efterprøvelse’ (n 5) 108 med henvisning til; *Brannigan og McBride mod Storbritannien* (n 48) par. 43 og 66; *Aksoy mod Tyrkiet* (n 47) par. 68; *A. m.fl. mod Storbritannien* (n 50) par. 173 og 184.

⁸⁰ I selskab med artikel 3 fx *Irland mod Storbritannien* (n 48); I selskab med artikel 6 fx *Lawless v. Irland (3)* (n 36); I selskab med artikel 10 fx *Şahin Alpay mod Tyrkiet* (n 49); I selskab med artikel 14 fx *A. m.fl. mod Storbritannien* (n 50).

⁸¹ *Baş mod Tyrkiet* (n 49) par. 214; *A. m.fl. mod Storbritannien* (n 50) par. 184; *Brannigan og McBride mod Storbritannien* (n 48) par. 48; *Aksoy mod Tyrkiet* (n 47) par. 71-84: ”In particular, where a derogating measure encroaches upon a fundamental Convention right, such as the right to liberty, the Court must be satisfied that it was a genuine response to the emergency situation, that it was fully justified by the special circumstances of the emergency and that adequate safeguards were provided against abuse.”

strengere vurdering i de tilfælde, hvor der gøres indgreb i kernen i de demokratibærende rettigheder, navnlig ytrings-, informations-, forsamlings- og foreningsfriheden. Seneste har EMD *Şahin Alpay v. Turkey* (2018), *Mehmet Hasan Altan v. Turkey* (2018) og *Baş v. Turkey* (2020) om varetægtsfængsling af dommere og regeringskritiske journalister i forbindelse med det mislykkede militærkup i Tyrkiet i juli 2016 understreget den frie presse, ytringsfriheden og dommers uafhængighed som hjørnesten i et demokrati.⁸²

3.3 Sammenligning af nødvendigheds- og proportionalitetskravet

3.3.1 Nødvendig og egnet

Egnethed er en urørlig forudsætning for, at indgreb kan anses for nødvendigt både i forfatningsretten og i EMRK. Det er derimod mindre håndfast i hvilken udstrækning, at tvivl om et indgrebs effektivitet overfor en samfundstrussel kan accepteres. Hvor sikker skal staten være på, at indgrebet virker? Indenfor forfatningsretten er det kun Koch, der formulerer krav om, at nødretten skal ”tjene og være tjenelig”. Der gælder utvivlsomt et krav om egnethed både efter artikel 15 og efter den konstitutionelle nødret, men den konstitutionelle nødret angiver ikke, hvilke beviskrav eller effektivitetskrav der stilles til indgrebets egnethed, når det ikke er åbenlyst, at indgrebet er egnet. Sammenholdes dette med EMDs krav om sandsynlig effektivitet på beslutningstidspunktet, synes artikel 15 mere nuanceret og som et velbalanceret minimumskrav.

Erfaringen fra coronahåndteringen peger i retning af, at forsigtighedsprincippet kan blive udslagsgivende i krisehåndtering. Er man i tvivl om et indgreb er egnet, kan nødretsaktøren – for at være på den sikre side – alligevel gøre indgreb. Uden at gå i detaljer om forholdet mellem forsigtighedsprincippet, proportionalitetsprincippet og in dubio pro libertate-princippet, bør det ikke være muligt at suspendere menneskerettighederne baseret på et uindskrænket forsigtighedsprincip, da risikoen for magtmisbrug bliver for stor.

⁸² *Şahin Alpay mod Tyrkiet* (n 49) par. 180; *Mehmet Hasan Altan mod Tyrkiet* (n 49) par. 210. *Baş mod Tyrkiet* (n 49) par. 144.

Nødvendighed er en grundbetingelse både efter artikel 15 og den konstitutionelle nødret. Efter dansk retspraksis skal grundlovsstridige indgreb være ”tvingende nødvendige”.⁸³ Til sammenligning skal fravigelse være ”strengt påkrævet” efter artikel 15, hvilket i praksis indebærer, at almindelige indgreb skal være utilstrækkelige. I den danske nødretsteori kommer Koch tættest på artikel 15. Han skriver, ”at den uskrevne nødret først må bringes i anvendelse, når de nødretlige undtagelser i den positive ret ikke længere tilbyder nogen løsning”.⁸⁴ Det konkluderes, at nødvendighedskravet er ens efter de to nødretsdoktriner; for begge gælder et skærpet nødvendighedskrav.

3.3.2 Proportionalitet

Der er for begge nødretsdoktriner indfortolket et krav om proportionalitet i nødvendighedskravet. For så vidt angår den konstitutionelle nødret er det først i efterkrigstidens nødretsteori, at kravet om forholdsmæssighed etableres eksplicit. Efter EMDs praksis skal fravigelsen være *strengt proportionelt*. Det indebærer både, at der skal foretages en mere nøjeregnende afvejning end sædvanligt, men også at EMD foretager en to-trins-proportionalitetstest. EMDs to-trins-proportionalitetstest medfører, at proportionaliteten først afvejes *generelt* med udgangspunkt i artikel 15-erklæringen, jf. artikel 15(3), og herefter – hvis den generelle proportionalitetsvurdering består – proportionalitetstesten – afvejes i den *konkrete* situation. Det er usikkert om der gælder et tilsvarende dobbelt-proportionalitetskrav i forhold til den konstitutionelle nødret. I UfR 1941.1070 H *kommunistsagen* tog byretten stilling til sagen *generelt* (reglernes grundlovmæssighed), men derefter forholdte byretten sig ikke til om sagen *konkret* var uproportional, idet byretten blot konstaterede, at individet var kommunist og derfor *per se* kunne frihedsberøves.⁸⁵ I praksis kan det konkrete og generelle flyde sammen, og det vil derfor givetvis være svært at aflæse, om der ”bag kulissen” er udført en dobbelt-proportionalitetstest ved en dansk domstol.

⁸³ Højesterets Kæremaalsudvalgs Kendelse af 8 september 1941 i sag 222/1941 (UfR 1941.1070/2 H).

⁸⁴ Koch, *Demokrati - slå til!* (n 5) 414.

⁸⁵ *UfR 1941.1070/2 H* (n 82): ”efter det oplyste ikke foreligger nogen Fejltagelse med Hensyn til N.N’s Identitet eller hidtidige Deltagelse i kommunistisk Virksomhed eller Agitation.”

Det centrale er, at der både efter den konstitutionelle nødret og artikel 15 bør være en efterprøvelse af individets *konkrete* sag. Erfaringerne fra den danske coronahåndteringen peger også i retning af, at behovet for en resolut og effektiv *generel* krisehåndtering kan indebære, at indgreb *konkret* er uproportionelle. Man bør ikke opgive idealet om, at der skal være konkret proportionalitet, men det bør også i nødretsteorien indses og indrømmes, at krisehåndtering sjældent er egnet til at identificere og afveje proportionalitet i alle de individuelle indgreb som en generel regulering medfører. Hvor grænsen mellem nødretshandlingens realitet og det menneskeretlige ideal trækkes, beror i sidste ende på en meget konkret vurdering. Det forekommer dog realistisk og relevant, at nødretsaktøren, den ”træffer afgørelse om undtagelsestilstanden”⁸⁶ (ofte regeringen) i alle tilfælde har et skarpt øje for både den konkrete – men især den generelle proportionalitet.

3.3.3 Rettighedshierarki

Mens der i EMRK eksisterer et klart defineret hierarki, jf. artikel 15(2), findes der ikke et tilsvarende hierarki i Grundloven, og de absolutte rettigheder er ikke beskyttet i Grundloven.⁸⁷ Visse konventionsrettigheder er ufravigelige (selv i nødretssituationer), fordi de anses for et absolut minimum. Efter artikel 15(2) er der også en gruppe rettigheder, der kun kan fraviges i nødretssituationer, og som vil kræve ekstra tungtvejende grunde at fravige. I dansk ret eksisterer der ikke et egentligt hierarki, men rettigheder som forudsættes for et velfungerende demokrati⁸⁸ og fundamentale garantier til beskyttelse af den personlige frihed,⁸⁹

⁸⁶ Carl Schmitt, *Politische Theologie - Vier Kapitel Zur Lehre von Der Souveränität* (Zweite Ausgabe, Verlag von Duncker & Humblot 1934) 19. Den tyske retsfilosof og Nazitysklands kronjurist, Carl Schmitt, definerer berømt *suverænen* som den, der træffer afgørelse om undtagelsestilstanden: ”Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.”

⁸⁷ De absolutte rettigheder er ikke beskyttet eksplicit i grundloven, og det er uafklaret, om de er en del af uskreven forfatningsret. Rytter, *Grundrettigheder* (n 9) 100 ff.

⁸⁸ Eksempelvis *UfR 1999.1798 H Røcker-dommen* (n 8).

⁸⁹ Eksempelvis *Højesterets dom af 19 februar 1999 i sag 295/1998* (UfR 1999.841 H Tvind-dommen).

anses for at have en fortrinsstilling.⁹⁰ Derfor bør disse rettigheder principielt også tillægges en relativt tungere værdi i en nødretlig proportionalitetsafvejning i forfatningsretten. Hierarkiet har størst gennemslagskraft i EMRK grundet den eksplicitte inddeling i artikel 15(2), men princippet eksisterer også i dansk forfatningsret.

Både efter den konstitutionelle nødret og artikel 15 nyder demokratibærende rettigheder en særlig beskyttelse. Koch, Zahle og Sørensen fremhæver dette samstemmigt, men det sås ikke anvendt i kommunistisagen, hvor grundlæggende demokratiske principper var på spil. Til sammenligning lagde EMD vægt på, at journalister og dommere nød en særlig beskyttelse mod frihedsberøvelse på grund af deres ytringer i kølvandet på militærkuppet i Tyrkiet i 2016. Hensynet til demokratiet, den frie meningsudveksling og retsstaten har ikke en ringere betydning i krisetider, og nødrettens iboende magtmisbrugsrisiko bør principielt også tale for, at det civile samfund har mulighed for høj bevågenhed over nødrettens forvaltning. Hensynet er cementeret i EMDs praksis, mens det fremstår svagere i forfatningsretten.

3.3.4 Delkonklusion

Det kan opsummerende konkluderes, at nødvendigheds- og proportionalitetskravet er mere righoldigt defineret og afprøvet hos EMD end i forfatningsretten. På grund af den konstitutionelle nødrets fattige bagkatalog, er dennes begrebsverden for proportionalitets- og nødvendighedskravet smalt, mens EMDs praksis byder på nuancer og mere klare vægtninger af fx hensynet til den frie presse, to-trins-proportionalitetstest, krav om retsgarantier mod misbrug og en forudsigelig vurdering af indgrebs effektivitet. Merværdien i artikel 15 ligger derfor primært i den akkumulerede viden fra de mange forskelligartede trusler og hensynsafvejsninger samt den tilhørende terminologi.

⁹⁰ Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder* (n 10) 104. Anderledes i Christensen, Albæk Jensen og Hansen Jensen, *Dansk Statsret* (n 6) 312: ”Det må dog samtidig fastholdes, at grundloven ikke indeholder nogen udtrykkelig, selvstændig hjemmel for en generel særstilling for visse typer af rettigheder.”

4. Den konstitutionelle nødret – i lyset af artikel 15?

Artiklens hovedærinde er at undersøge, hvorvidt og på hvilke områder udviklingen af den konstitutionelle nødret kan ske i lyset af artikel 15. Jeg skal i det følgende behandle det retskildemæssige spørgsmål om, hvorvidt Grundloven kan eller endda bør fortolkes i lyset af konventionskomplekset i særtilfældet med nødretten. Spørgsmålet blev indledningsvist behandlet artiklens indledning.

I de tilfælde, hvor artikel 15 materielt giver en dårligere rettighedsbeskyttelse, må det afvises, at den konstitutionelle nødret bør fortolkes i lyset af EMRK. Konventionen kan ikke danne grundlag for at fortolke Grundloven på en måde, der giver dårligere rettighedsbeskyttelse end ellers. Som konkluderet i afsnit 2.3 er tærsklen for nødretsscenarioet lavere for artikel 15 end for den konstitutionelle nødret. Rytter når samme konklusion og tilføjer, at danske domstole ikke vil være ”bundet til at lægge den (lavere) tærskel til grund, som EMD’s praksis vedrørende EMRK artikel 15 synes at være udtryk for”.⁹¹ Det forekommer mig vanskeligt at anfægte dette grundlæggende synspunkt. For så vidt angår nødvendigheds- og proportionalitetskravet anses dette for at være nogenlunde ens efter de to nødretsdoktriner, men mere nuanceret, veldefineret og fuldvoksen efter artikel 15 (se konklusionen i afsnit 3.3). Visse af disse nuancer medfører en bedre rettighedsbeskyttelse, navnlig EMDs to-trins-proportionalitetstest og kravet om retsgarantier mod misbrug.

Det strider principielt ikke imod Grundloven, at EMRK giver individet en bedre rettighedsbeskyttelse⁹² – spørgsmålet er derimod, om artikel 15 og menneskerettighedsdomstolens afgørelser kan tillægges betydning og indgå som et fortolkningsmoment ved retsanvendelsen af den konstitutionelle nødret. Det konkrete spørgsmål om artikel 15s betydning for den konstitutionelle nødret er stort set ikke behandlet i retsteorien. Dog betragter Kristian Lauta artikel 15 som ”et seriøst fortolkningsbidrag”.⁹³ Ifølge den islandske professor i forfatningsret, Ragnhildur Helgadóttir, er artikel 15 og præjudikater om denne afgørende for vurdering af, om forudsætningerne for national konstitutionel nødret er til stede i de nordiske lande. Hun skriver, at ”jurister i Norge og Island er enige om, at

⁹¹ Rytter, ‘Undtagelsestilstanden og dens judicielle efterprøvelse’ (n 5) 115.

⁹² Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder* (n 10) 55–56.

⁹³ Lauta, ‘Egentlig nødret’ (n 5) 8.

retstilstanden i folkeretten har betydning for vurderingen af, hvorvidt der er opstået en nødsituation, der retfærdiggør anvendelsen af den uskrevne konstitutionelle nødret”. Det skyldes ikke kun at EMRK er en del af national lovgivning, men også fordi EMRK har indirekte indflydelse på forfatningsretten.⁹⁴

Synspunktet kan ikke uden forbehold oversættes fra islandsk til dansk. Jeg vender mig derfor igen mod den grundlæggende konflikt som beskrevet i Røcker-dommens voteringsprotokol. Her mente et mindretal, at den utilslørede angivelse af, at EMRK mindst inspirerede Højesterets fortolkning af Grundloven (”jf. herved også”-frasen), ikke var nødvendigt. Dansk ret var nok, lød mindretallets argument. Selv efter forfatningsretlige standarder findes der usædvanligt få juridiske holdepunkter, de danske domstole kan basere deres nødretlige vurdering på. I fraværet af en skreven bestemmelse, begrænset juridisk litteratur og undervældende praksis, må man stille spørgsmålet, om *dansk nødret virkelig er nok*? Artikel 15 tilbyder en begrebsverden og erfaringer, som forfatningsretten (forhåbentlig) aldrig selv vil indsamle. Konventionen bør ikke diktere Grundloven, men retsanvenderen, ultimativt domstolene bør – i nødrettens særlige tilfælde – have et friere spillerum end ellers til at lade konventionen inspirere i menneskeretlige nødretssager. Den velbegrundede skepsis overfor fortolkning af Grundloven i lyset af EMRK, navnlig fordi Danmarks tilslutning til EMRK kan ophæves ved almindelig lov, hvorved grundlaget for fortolkningen bortfalder, gør sig i mindre grad gældende ved nødretten. Fordi nødretten ikke har samme eksplicitte eksistensberettigelse, har den heller ikke samme eksplicitte forpligtelse overfor Grundlovens tekst. Det giver en større fortolkningsfrihed, i tillæg til at grundlovsrettighederne i forvejen fortolkes friere og mere normativt end resten af forfatningsretten.⁹⁵ Det udvidede fortolkningsfrirum gælder både for nødretsaktøren og for domstolene. Hvis nødretsaktøren, typisk regeringen, har inddraget artikel 15 som fortolkningsmoment – eksempelvis tilkendegivet i lovforarbejder eller anden

⁹⁴ Ragnhildur Helgadóttir, ‘Nødret i Island og betydningen af den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 15’ i Dag Michalsen (red), *Unntakstilstand og forfatning: brudd og kontinuitet i konstitusjonell rett* (Pax forlag A/S 2013) 398.

⁹⁵ Rytter, *Grundrettigheder* (n 9) 29; Christensen, *Forfatningsretten og det levende liv* (n 15) 253.

kommunikation – er det svært at forestille sig, at domstolen vil tilsidesætte dette i lyset af den brede skønsmargin, der typisk vil indrømmes i nødretlige sager, både ved nationale og overnational efterprøvelse.⁹⁶

At Danmark har tilsluttet sig EMRK vidner også om, at vi principielt har tilsluttet os en rettighedsfravigelsesadgang som artikel 15. Der er derfor ikke noget odiøst i, at en dansk domstol inden for den konstitutionelle nødrets brede fortolkningsfrirum lader sig inspirere af artikel 15 fremfor inspirationskilder, som potentielt intet tilhørsforhold har til Grundlovens rettigheder, eller som ikke har samme forfatningslignende gennemslag som EMRK. Danske dommere udviser sjældent tegn på juridicel aktivisme, og derfor er det oplagt, at en dommer – i mangel af bedre – udnytter artikel 15 som juridisk rygdekning i stedet for at bero fortolkningen på en næsten fuldkommen selvstændig – eller selvopfundne – nødretsdoktrin uden væsentlige juridiske holdepunkter.⁹⁷ Heller ikke nødretten skal opfindes.

5. Konklusion

Mens det blev vist, at den konstitutionelle nødret og artikel 15 deler normativt grundlag og har en række materielle fællesnævner, har artiklen også konkluderet, at den konstitutionelle nødret indeholder en relativt højere tærskel for hvad der skal være på spil, før der er tale om en nødretssituation. Omvendt er nødvendigheds- og proportionalitetskravet mere righoldigt defineret og afprøvet hos EMD end i forfatningsretten. Der er derfor grundlag for, at den konstitutionelle nødret i praksis med fordel kunne fortolkes i lyset af artikel 15 for så vidt angår proportionalitets- og nødvendighedskravet. Med respekt for EMRKs retskildemæssige begrænsninger i dansk ret, bør artikel 15 bidrage som en udfyldende inspirationskilde i fortolkningen af dansk konstitutionel nødret. Artiklen konkluderer at, dansk ret – på dette særlige område – ikke har nok i sig

⁹⁶ For en nærmere gennemgang og sammenligning af national contra EMDs prøvelsesstandard i artikel 15 sager henvises til Rytter, 'Undtagelsestilstanden og dens judicielle efterprøvelse' (n 5).

⁹⁷ Det antages, at en dommer vil inddrage den juridiske nødretsteori, men dommeren *bør* også erkende (i videre omfang end en forskningsartikel), at juridisk litteratur *ikke* er en selvstændig retskilde. Derfor bør vægt alene eller i hovedsagen lægges på besættelsestidens retspraksis.

selv. Artikel 15 er således en stor ressource af viden og udvikling hvor dommere og nødretsaktører kan til- og fravælge blandt de elementer og erfaringer, som medfører en bedre rettighedsbeskyttelse og stærkere misbrugsforhindringer end den konstitutionelle nødret på egen hånd indeholder.