



**RETSKRAFT
COPENHAGEN JOURNAL
OF LEGAL STUDIES**

VOLUME 6 | NUMBER 2 | WINTER 2022-23

Published by students at the Faculty of Law,
University of Copenhagen



RETSKRAFT
COPENHAGEN JOURNAL
OF LEGAL STUDIES

VOLUME 6 | NUMBER 2 | WINTER 2022–23

Editorial Board

Editor-in-Chief

Matthias Smed Larsen

Editors

Anders Lindquist

Catharina K. Christiansen

David Larsen

Elif Nida Vardar

Emilie Graff

Emma Blandford

Mathias Kelm

Nanna Vang Christensen

Oscar Langstrup Marcher

Rachel Bodtker

Advisory Board

Mikkel Jarle Christensen

Michael Gøtze

Helle Vogt

Andreas Bloch Ehlers

Henrik Palmer Olsen

Rasmus Kristian Feldthusen

Mette Hartlev

Jens Kristiansen

Jakob Wested

Hin-Yan Liu

Beatriz Martinez Romera

Contents

Editorial		1
Articles		
<i>Annemette Fallentin Nyborg</i>	Fravigelse af menneskerettigheder i nødsituationer	4
<i>Katrine Albrechtsen</i>	Fravalg af livet	36
<i>Matthias Smed Larsen</i>	A Right to Post?	65
<i>Elena-Mathilde Heiring</i>	Mass Surveillance and the Right to Privacy	93
Varia		
<i>Christoffer de Neergaard</i>	Interview med højesteretsdommer Jens Peter Christensen	114

Editorial

We hereby proudly present Volume 6, Issue 2 of *Retskraft – Copenhagen Journal of Legal Studies*, the seventh overall issue of the journal. This issue marks our return to the publication of general issues after our previous two special issues on Artificial Intelligence and EU Law & Politics,¹ and is primarily based on articles submitted in response to a Call for Papers in June 2022.

For a long time, the inside of the cover of the print journal read ‘[p]ublished twice annually’, which became something of an inside joke since various circumstances meant that the journal has historically been published once a year. As mentioned in the previous issue, we have modified our publication workflow to facilitate faster publication, and we hope that this issue will mark the beginning of consistent running publication of articles.



A theme which spans across the articles in this issue, although not intentionally, is *human rights*.

Annemette Fallentin Nyborg considers the issue of derogation from human rights in time of emergency, something which the events of the last three years have certainly brought to the fore.² Nyborg conducts a comparative analysis of the law of necessity in Danish constitutional law (*konstitutionel nødret*) and the rules regarding derogation from the European Convention on Human Rights in times of emergency, noting both differences and similarities. She concludes by considering whether Danish constitutional law, which has had limited

¹ Special Issue, ‘Artificial Intelligence and Legal Disruption’ (2021) 5(1) *Retskraft – Copenhagen Journal of Legal Studies* 1; Special Issue, ‘EU Law & Politics’ (2022) 6(1) *Retskraft – Copenhagen Journal of Legal Studies* 1.

² Council of Europe Treaty Office, ‘Derogations Covid-19’ (3 January 2022) <<https://www.coe.int/en/web/conventions/derogations-covid-19>> accessed 27 December 2022; Permanent Representation of Ukraine to the Council of Europe, ‘Note Verbale No 31011/32-017-3’ (28 February 2022) Annex (on Ukraine’s derogations from the International Covenant of Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights due to the Russian invasion).

experience with emergency situations, can find inspiration in practice concerning derogation from the ECHR in emergencies.³

Katrine Albrechtsen looks at the Danish rules on rejection of life-sustaining treatment by so-called permanently incompetent patients (*varigt inhabile patienter*) in light of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Denmark has generally not been receptive toward the Committee on the Rights of Persons with Disabilities' more 'radical' interpretation of the CRPD,⁴ opting to maintain substitute decision making schemes across a variety of sectors.⁵ Albrechtsen evaluates the current rules in the Health Act and proposes changes to make sure the patient remains the primary decision maker to the widest extent possible.

Matthias Smed Larsen tackles the issue of user access to social media platforms through the lens of European human rights law – specifically whether the European Convention on Human Rights either requires states to mandate user access to private social media platforms or allows states to do so if they wish.⁶ The analysis is situated in a broader discussion about whether (international)

³ On this, see Peer Lorenzen, 'Den Europæiske Menneskerettighedskonventionens retlige stilling i Danmark' in Henrik Zahle (ed), *Danmarks Riges Grundlov med kommentarer* (2nd edn, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006).

⁴ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 'General Comment No 1: Article 12, Equal Recognition Before the Law' (19 May 2014) UN Doc CRPD/C/GC/1, pts II–III; cf Ministry of Children, Gender Equality, Integration and Social Affairs, 'Response from the Government of Denmark with regards to Draft General Comment on Article 12 of the Convention – Equal Recognition before the Law' (File 2014-448).

⁵ Aside from the rules in the Health Act covered by Albrechtsen, other examples include the Guardianship Act (Consolidated Act No 1122 of 28 May 2021, as amended by Act No 569 of 10 May 2022) ch 2, and the Act on Coercion in Psychiatry (Consolidated Act No 185 of 1 February 2022).

⁶ In the US, a bevy of lawsuits have centered on this question through the lens of the U.S. Constitution. Eg, *Freedom Watch Inc v Google Inc*, 368 F Supp 3d 30 (DC 2019); *Fed Agency of News LLC v Facebook Inc*, 432 F Supp 3d 1107 (ND Cal 2020); *Prager Univ v Google LLC*, 951 F 3d 991 (9th Cir 2020). All have failed due to a lack of state action.

human rights law needs to be more wary and proactively controlling of private power.⁷

Elena-Mathilde Heiring addresses how the European Court of Human Rights case law impacts the right to privacy, and whether it provides an adequate legal basis for the protection of this human right in the online world. To address this question, the development of the European Court of Human Rights' case law on mass surveillance and bulk interception as it relates to the right to privacy under the European Convention on Human Rights are examined. She critically analyzes the ECtHR's recent findings in the *Big Brother Watch* case⁸ along with practice from the Court of Justice of the European Union, and evaluates those courts' assessment of mass surveillance and consideration of whether the benefits of bulk interception for national security outweigh the invasion of privacy of affected individuals.

The varia section of this issue features an interview (in Danish) with Danish Supreme Court Judge Jens Peter Christensen on judge-made law, conducted by *Christoffer de Neergaard* as part of his LL.M.-thesis. Since the interview, Christensen has become President of the Supreme Court.



Publishing a journal like *Retskraft* is dependent on many different types of contributions. The work of the Editorial Board itself, the generosity of the Faculty of Law at the University of Copenhagen which has supported our work since the journal's inception, the contributions of the peer reviewers who generously lend their time and knowledge to us, and of course the work of the authors who see *Retskraft* as an attractive venue to publish their scholarship.

We want to extend our thanks to all contributors to and readers of the journal, and hope that you enjoy reading this issue.

⁷ Cf Berdien van der Donk, 'Restricting Access to Legal Content in House Rules: The Platform's Freedom to Conduct a Business as a Counterargument to Limit Users' Freedom of Expression' [2021] YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions 33, on the rights of platforms under the EU Charter of Fundamental Rights.

⁸ *Big Brother Watch and Others v UK* (2021) 74 EHRR 17.

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 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 suverænit.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 bannerførere 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 dommeres 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 nødretsscenariet 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 judiciel 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.

Fravalg af livet

Varigt inhabile patienters adgang til at træffe beslutninger om livsforlængende behandling

Katrine Albrechtsen *

I sundhedsvæsenet er det et grundlæggende krav, at sundhedsfaglig behandling hviler på patientens informerede samtykke. Formålet er at beskytte retten til selvbestemmelse. Selvbestemmelsesretten betyder, at ”habile” patienter kan fravælge behandling, selvom de herved afgår ved døden. Formålet med denne artikel har været at undersøge, i hvor høj grad denne ret også tilkommer de patienter, der ikke er habile, fordi de har en mental funktionsnedsættelse. Artikel 12 i FNs Konvention om rettigheder for personer med handicap kræver, at sådanne personer har rets- og handleevne på lige fod med andre. I undersøgelsen er kravene i konventionens artikel 12 først klarlagt. De danske regler om samtykke til livsforlængende behandling er efterfølgende sammenlignet med disse krav. Undersøgelsen har vist, at patientens selvbestemmelsesret er retligt beskyttet i et størst omfang, når patienten, imens denne var habil, enten har fremsat sit ønske i forbindelse med en aktuel behandlingssituation eller har indført sit ønske i et behandlingstestamente. Den inhabile patients ønsker til behandling er kun vejledende. Dansk ret fokuserer ikke på, at den inhabile patient bør støttes til selv at træffe beslutningen mest muligt. På baggrund heraf har artiklen diskuteret problemer, der er forbundet med at respektere den inhabile patients selvbestemmelsesret ved beslutninger om livsforlængende behandling. Til slut er der fremsat en retspolitisk forslag til, at loven bør fremhæve inhabile patienter som de primære beslutningstagere.

* Jurastuderende, Københavns Universitet [katrinealb@gmail.com].

1. Introduktion

Patientens autonomi og selvbestemmelsesret er efter regeringens opfattelse helt fundamentale principper i sundhedsvæsenet. Enhver borger skal efter regeringens opfattelse have mulighed for at øve indflydelse på eget liv, herunder i forhold til beslutninger om sundhedsfaglig behandling og fravalg deraf.¹

Sådan lyder de indledende bemærkninger til regeringens lovforslag fra 2017, der havde til formål at styrke patienters mulighed for selv at til- og fravælge livet inden for sundhedsvæsenet.

Retten til selvbestemmelse er en kernerettighed for patienter. Det klare udgangspunkt er, at enhver sundhedsfaglig behandling skal hvile på patientens frivillige, informerede samtykke, jf. sundhedslovens (SUL) § 15, stk. 1. Selvbestemmelsesretten betyder, at patienter som udgangspunkt gerne må træffe ”ufornuftige” og skadelige valg om deres sundhed uden andres indblanding. Patienter kan tilbagekalde eller nægte at give samtykke til behandling, selvom de vil dø uden.² Dette gælder uanset, om patienten i forvejen er døende eller ej.³ Dette blev understreget i det vedtagne lovforslag, ovennævnte citat stammer fra. Målet med forslaget er at sikre, at alle patienter kan fravælge livet, når de ikke længere betragter det som værdigt.⁴

Selvom selvbestemmelsesretten er fundamental, er den ikke uden undtagelser. Nogle patientgrupper er ikke i stand til selv at give samtykke. Heriblandt tæller mindreårige patienter, samt patienter, der midlertidigt er ude af stand til at give samtykke. Nogle voksne patienter anses for at være varigt ude af stand til at give samtykke. I SUL § 18 har man reguleret denne patientgruppe, der kaldes ”varigt inhabile patienter”, særskilt. Når en varigt inhabil patient (VIP) skal behandles, er det dennes pårørende, værge eller fremtidsfuldmægtige, der samtykker på vegne af patienten, jf. SUL § 18, jf. § 14.

¹ Pkt. 1.1 i L 99 (2017-18) forslag til lov om ændring af sundhedsloven.

² Samtykke til behandling kan tilbagekaldes på ethvert tidspunkt, jf. SUL § 15, stk. 2.

³ Pkt. 2.3.1 i L 99 (2017-18) forslag til lov om ændring af sundhedsloven.

⁴ Pkt. 1.1 i L 99 (2017-18) forslag til lov om ændring af sundhedsloven.

Alt imens har Danmark ratificeret FN-konventionen om rettigheder for personer med handicap.⁵ Traktatens artikel 12(2) forpligter deltagerstaterne til at sikre, at handicappede personer har rets- og handleevne på lige fod med andre i alle livets forhold. Ifølge præambelens litra n anerkender alle deltagerstater ”vigtigheden af, at personer med handicap har ret til personlig autonomi og uafhængighed, herunder frihed til at træffe egne valg”. De forpligtelser, der udspringer af CRPD, synes altså at trække i retning af, at handicappede patienter også skal have en vid ret til *selv* at træffe beslutninger om blandt andet sundhedsfaglig behandling.

Dette giver anledning til at undersøge, hvilken grad af selvbestemmelse VIP’er har ved beslutninger om fravalg af livet, og hvordan denne retsstilling stemmer overens med CRPDs artikel 12. Med denne undersøgelse tilsigtes et fokus på, om respekten for VIP’ers ret til selvbestemmelse ved beslutninger om livsforlængende behandling er afspejlet i gældende ret i et omfang, der lever op til den politiske og menneskeretlige understregning af selvbestemmelsesretten.

Før undersøgelsen igangsættes, vil den blive afgrænset.

2. Artiklens personkreds

Artiklen fokuserer på retsstillingen for VIP’er over 18 år. Ifølge forarbejderne til SUL § 18 er en VIP en patient, der ikke kan forholde sig ”fornuftsmæssigt” til information om sin helbredstilstand, behandlingsmuligheder og konsekvenser ved til- eller fravalg af behandling, som lægen har pligt til at give forud for behandling efter SUL § 16, stk. 1 og stk. 4.⁶ Ifølge forarbejderne omfatter dette både patienter med medfødte og erhvervede nedsatte mentale funktionsevner.

Vurderingen af om en patient er habil, er en sundhedsfaglig vurdering.⁷ Lægen har et bredt skøn. Der stilles krav om, at vurderingen skal foretages konkret ved det aktuelle behandlingsskridt, og at patienten i videst mulige

⁵ BKI nr. 35 af 15. september 2009 om bekendtgørelse af FN-konvention af 13. december 2006 om rettigheder for personer med handicap (herefter CRPD).

⁶ Se de specielle bemærkninger til § 9 i L 15 (1997-98) forslag til lov om patienters retsstilling (i dag SUL § 18).

⁷ Pkt. 2.1.3.3 i L 185 (2016-17) forslag til lov om anvendelse af tvang ved somatisk behandling af varigt inhabile.

omfang selv skal samtykke.⁸ Lægen skal også tilpasse sin information, så patienten sættes mest muligt i stand til at forstå den, jf. SUL § 16, stk. 3. Herudover er der dog ikke fastsat nogen retningslinjer eller kriterier for, hvad lægen skal lægge lægt på i vurderingen af, om patienten kan forstå informationen og konsekvenserne af sit valg i et tilstrækkeligt omfang til at være habil.

Personkredsen i SUL § 18 vil ofte være ”handicappede” i CRPDs forstand. En handicappet person er ifølge artikel 1, 2. afsnit, en person med en ”langvarig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre.”⁹ Patienters inhabilitet skyldes formentlig ofte en mental funktionsnedsættelse, fx demens. Denne tilstand vil dermed afskære dem fra at kunne udøve deres ret til selvbestemmelse på lige fod med ikke-funktionsnedsatte patienter.

VIP’er er en bred patientgruppe. Artiklen fokuserer på patienter, der er eller har været i stand til at kommunikere et valg af behandling. Derfor omfatter undersøgelsen ikke patienter, der befinder sig i en vegetativ tilstand,¹⁰ eller som er diagnosticeret med en udtalt intellektuel funktionsnedsættelse i henhold til FN’s internationale klassifikation af sygdomme mv.¹¹ Det afgørende er, om patienten i henhold til diagnosen er i stand til at opfange og bearbejde sanseindtryk og kommunikere meningsfuldt til omverdenen.

⁸ Pkt. 2.1.2.1 i vejl. nr. 161 af 16. september 1998 om information og samtykke og om videregivelse af helbredsoplysninger m.v. (herefter vejl. om information og samtykke). Se endvidere de specielle bemærkninger til § 11 i L 15 (1997-98) forslag til lov om patienters retsstilling (i dag SUL § 20).

⁹ Artikel 1, 2. afsnit, i CRPD.

¹⁰ ”Vegetativ tilstand” er defineret i SUL § 26, stk. 2, nr. 2, som patienter, der lider af ”[...] så svær invaliditet, at patienten varigt vil være ude af stand til at tage vare på sig selv fysisk og mentalt.”

¹¹ Se World Health Organization (2019). 6A00.3 Disorder of intellectual development, profound: *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems* (11. udg.). <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2f%2fid%2fentity%2f1017992057> (besøgt d. 29-06-2022).

3. Artiklens struktur

Da afgrænsningen af selvbestemmelsesretten over for lægens hjælpepligter har en nær tilknytning til nærværende undersøgelse, vil første del af artiklen kort berøre dette. I den næste del vil det blive afklaret, hvilke krav CRPD artikel 12 stiller til national regulering af VIP'ers samtykke til behandling. Når kravene i artikel 12 er fastlagt, undersøges det i artiklen, i hvilken udstrækning loven er egnet til at sikre, at en VIP får respekteret tre forskellige typer af tilkendegivelser om behandling. I forbindelse hermed vil artiklen kommentere på reguleringens overensstemmelse med CRPD artikel 12.

Det skal bemærkes, at Styrelsen for Patientsikkerheds vejl. om fravalg og afbrydelse af livsforlængende behandling¹² anvendes som en væsentlig retskilde i det følgende. Ligeså er vejl. om information og samtykke anvendt som et fortolkningsbidrag til reglerne om information og samtykke ovenfor. I almindelighed er vejledninger ikke en stærk retskilde. Da de pågældende vejledninger er faglige vejledninger, der præciserer, hvad sundhedsmyndighederne anser for god lægefaglig skik, har de dog en styrket retskildeværdi. Man må nemlig forvente, at Sundhedsvæsenets Disciplinærnævn og Styrelsen for Patientsikkerhed følger vejledningerne, når de blandt andet vurderer, om en læge har handlet med omhu og samvittighedsfuldhed, jf. AUL § 17, KEL § 2, stk. 1, og AUL § 5, stk. 1.

4. Lægens hjælpepligt

Kravet om at respektere patientens selvbestemmelsesret grænser op til andre centrale regler og principper inden for sundheds- og strafferetten. Lægen er forpligtet til på begæring at hjælpe dem, der måtte have behov for akut lægehjælp, jf. autorisationslovens (AUL) § 42. Straffelovens (STRFL) § 253, stk. 1, forpligter desuden enhver til at hjælpe en person, der øjensynligt er i livsfare samt at træffe de nødvendige foranstaltninger for at redde en livløs person med videre. Læger må endvidere, ligesom andre, hverken hensætte eller efterlade en person i en hjælpeløs tilstand, når personen er i hans varetægt, jf. STRFL § 250. I henhold til SUL § 1 er sundhedsvæsenets formål at forebygge og behandle

¹² Vejl. nr. 9935 af 29. oktober 2019 om fravalg og afbrydelse af livsforlængende behandling (herefter vejl. om fravalg af livsforlængende behandling).

sygdom, lidelse og funktionsbegrænsning for den enkelte. Disse pligtbestemmelser og sundhedsvæsenets mål om at behandle sygdom med videre kan konflikte med patientens ret til at fravælge behandling, der er påkrævet af hensyn til dennes liv eller helbred.

En læge vil dog ikke tilsidesætte sine hjælpepligter, hvis vedkommende undlader at behandle en habil patient, der fravælger behandling på et informeret grundlag.¹³ Lægen kan heller ikke straffes efter straffelovens drabsbestemmelser, selvom undladelsen af at behandle patienten umiddelbart medfører dennes død.¹⁴

5. CRPD artikel 12

Før de danske regler om fravalg af livsforlængende behandling analyseres, skal kravene i CRPD artikel 12 klarlægges.

Inledningsvist er det vigtigt at bemærke, at CRPD ikke er inkorporeret i dansk ret.¹⁵ Derfor er traktatens retlige betydning tvivlsom, idet folkeret ikke er umiddelbart anvendelig i dansk ret uden en inkorporering eller omskrivning.¹⁶ I artiklen anvendes CRPD som et afsæt til en analyse af, hvordan VIP'ers selvbestemmelsesret varetages i dansk ret. Formålet er altså ikke at fastslå, i hvilket omfang patienten har et retskrav efter CRPD artikel 12, der kan påberåbes over for danske domstole og myndigheder.

CRPD er valgt, da formålet med traktaten er at fremme og beskytte handicappede personers adgang og ret til de samme menneskerettigheder, som ikke-handicappede personer har adgang og ret til, jf. artikel 1, 1. afsnit. Heriblandt tæller retten til autonomi (selvbestemmelse), jf. litra n i præamblen. CRPD er også interessant, fordi lovgiver folkeretligt er forpligtet til at gennemføre traktaten. Dertil følger det af formodnings- og fortolkningsreglen,

¹³ De specielle bemærkninger til § 1, nr. 1 i L 128 (1991-92) om ændring af lægeloven.

¹⁴ Se herom i pkt. 2.3.1 i L 99 (2017-18) forslag til lov om ændring af sundhedsloven.

¹⁵ Se det forkastede beslutningsforslag B 238 (2020-21) Forslag til folketingsbeslutning om inkorporering af FN's handicapkonvention i dansk ret fremsat 9. marts 2021.

¹⁶ Koch, P. B. (2019). Lovgivers rolle som fortolker af internationale retskilder. *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 132(1), pp. 3-50, p. 4.

at danske domstole og myndigheder skal fortolke dansk ret i overensstemmelse med CRPD, medmindre en klar dansk lovregel er imod dens bestemmelser.¹⁷

Som nævnt forpligter artikel 12(2) deltagerstaterne til at ligestille handicappedes rets- og handleevne med andre i alle livets forhold. Endvidere forpligtes staterne til at sørge for støtte til de handicappede personer, der måtte have behov for det for at kunne udøve deres rettigheder, jf. artikel 12(3). Artikel 12(4) kræver, at udøvelse af rets- og handleevne via støtte beskyttes mod misbrug, interessekonflikter og utilbørlig påvirkning. Efter bestemmelsen skal formålet med støtten være at respektere den handicappedes vilje og præferencer.¹⁸

For at undersøge indholdet af CRPD artikel 12 anvendes Handicapkomitéens¹⁹ *General comment No. 1* (GC No. 1).²⁰ I regeringens kommentar til udkastet af dette dokument understreges det, at det ikke er juridisk bindende. Regeringen bemærker dog samtidig, at det kan være et fortolkningsbidrag.²¹ Den internationale litteratur omtaler GC No. 1 som et autoritativt fortolkningsbidrag.²² Anvendelsen af GC. No. 1 sker altså med forbehold for, at Handicapkomitéens fortolkning ikke er juridisk forpligtende, og at den danske regering har erklæret sig uenig i dele af GC No. 1 i førømtalte kommentarer. Denne uenighed bliver italesat i det følgende, hvor det er relevant.

¹⁷ Se Blume. P. (2020). *Retssystemet og juridisk metode*. (4. udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, p. 270.

¹⁸ Begreberne “vilje og præferencer” bliver behandlet nærmere i afsnit 5.2.1.

¹⁹ Committee on the Rights of Persons with Disabilities (herefter Handicapkomitéen).

²⁰ Committee on the Rights of Persons with Disabilities. (2014). General comment No. 1: Article 12: Equal recognition before the law.

²¹ Ministry of Children, Gender Equality, Integration and Social Affairs. Response from the Government of Denmark with regards to Draft General Comment on Article 12 of the Convention – Equal Recognition before the Law. File 2014-448. <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/DenmarkArt12.doc> (herefter Response to Draft GC on Article 12), p. 1.

²² Szmukler, G. (2019). “Capacity”, “best interests”, “will and preferences” and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *World Psychiatry*, 18(1), pp. 34–41, p. 40.

5.1 Den handicappede er beslutningstager

CRPDs artikel 3(a) angiver, at den handicappedes selvbestemmelsesret, herunder ret til at træffe egne valg og at være uafhængig af andre, er et af traktatens principper. *Dinerstein* beskriver artikel 12 som en bestemmelse, der opfordrer alle til at betragte handicappede som de primære beslutningstagere.²³

Handicapkomitéen fortolker artikel 12 sammenholdt med artikel 25 således, at der skal indhentes et informeret samtykke fra den handicappede patient forud for enhver sundhedsfaglig behandling.²⁴ Komitéen mener, at det er diskriminerende at fratage en handicappet patient kompetencen til at samtykke med henvisning til, at vedkommende har en nedsat mental funktionsevne. For det første er habile patienter ikke genstand for den samme vurdering af deres beslutningsevner; for andet er det ikke muligt at vurdere præcist, hvordan et sind fungerer; og for det tredje kan alle personers mentale funktionsevner variere fra situation til situation.²⁵

I kommentaren til GC No. 1s udkast erklærer den danske regering sig uenig i denne opfattelse. Regeringen bemærker, at nogle patienter fx er så demente eller har så udtalte mentale handicap, at det er uforsvarligt ikke at lade en anden give et samtykke på vegne af patienten.²⁶ Regeringen argumenterer for, at artikel 12 bør fortolkes i overensstemmelse med tilsvarende diskriminationsforbud i andre menneskeretsinstrumenter, hvorefter ikke enhver forskelsbehandling er udelukket, hvis den kan retfærdiggøres.²⁷ *Nilsson* og *Litins'ka* er enige i, at man må kunne retfærdiggøre *noget* forskelsbehandling efter artikel 12, ligesom man kan efter andre FN-diskriminationsforbud.²⁸

²³ Dinerstein, R. D. (2012). Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making. *Human Rights Brief*, 19(2), pp. 8-12, p. 9.

²⁴ GC No. 1, para. 41.

²⁵ GC No. 1, paras 12-13.

²⁶ Response to Draft GC on Article 12, p. 1.

²⁷ Response to Draft GC on Article 12, p. 2.

²⁸ Nilsson, A. (2021). *Compulsory mental health interventions and the CRPD: Minding equality*. (1. udg.). Oxford: Bloomsbury Publishing Plc, p. 35f. Litins'ka, Y. (2018). *Assessing capacity to decide on medical treatment*. Uppsala: Uppsala University, p. 141.

På den baggrund er artikel 12 formentlig ikke et absolut forbud mod at fratage patienter retten til at give samtykke til behandling. Fortolkes artikel 12 i lyset af CRPDs formål, er det dog det klare udgangspunkt, at den handicappede patient skal træffe beslutningen så vidt muligt.

5.2 Støttet beslutningstagning

I GC No. 1 præsenterede Handicapkomitéen en ny beslutningstagningsmodel, der har til formål at placere individet i centrum af beslutningsprocessen. Modellen kaldes *supported decision-making* (støttet beslutningstagning), og den kan antage mange former.²⁹ Centralt er, at den handicappede bevarer sin rets- og handleevne, og at vedkommende er beskyttet mod andres misbrug og utilbørlige påvirkning, jf. artikel 12(4). Formålet er at støtte den handicappede, så vedkommende får de bedste forudsætninger for at træffe en beslutning. Støtten skal respektere vedkommendes vilje og præferencer (*will and preferences*).³⁰ Hvis det efter væsentlige bestræbelser ikke er muligt at udlede disse, skal støttepersoner foretage ”the ’best interpretation of will and preferences’”. Der må aldrig træffes en beslutning ud fra kriteriet om, hvad der er i den handicappedes tarv.³¹ Ifølge komitéen indebærer dette sidste kriterium en objektiv vurdering af, hvad man tror der er i vedkommendes ”bedste interesse”.³²

”Patientens tarv” er kendt fra den bioetiske litteratur, hvori det bruges som ét blandt flere vejledende kriterier, når der skal træffes en beslutning på vegne af en patient. Det Ethiske Råd beskriver kriteriet som en standard, der ikke begrundes “[...] i en rekonstruktion af patientens eventuelt særegne livsværdier” men snarere i “[...] almenmenneskelige interesser.”³³

²⁹ GC No. 1, paras 17 og 28.

³⁰ GC No. 1, para. 17.

³¹ GC No. 1, para. 21.

³² GC No. 1, para. 27.

³³ Det Ethiske Råd. (2002). *Behandling af døende - De svære beslutninger*, p. 13f.

5.2.1 ”Vilje og præferencer”

Selvom CRPD og Handicapkomitéen anvender udtrykket ”vilje og præferencer”, definerer hverken konventionsteksten eller komitéen, hvad begreberne er, eller hvordan forholdet er mellem dem.³⁴ Det er imidlertid nødvendigt at vide, hvornår fx en tilkendegivelse repræsenterer en vilje og en præference, der er omfattet af bestemmelsen. Det er også vigtigt at kunne sondre mellem viljer og præferencer. Man kan hævde, at der kan opstå situationer, hvor en persons holdninger er inkonsistente eller modstridende med personens andre holdninger. I en sådan situation bliver man nødt til at vide, hvilken holdning, der har forrang for andre.

I lyset heraf er det gavnligt for diskussionen af VIP’ernes selvbestemmelsesret, at der i artiklen anvendes en klar definition af begreberne, der samtidig formår at skille dem ad. *Szmuklers* definition af vilje og præferencer tilbyder netop dette.³⁵

I artiklen skal ”vilje” herefter forstås som en struktur bestående af et individs mere eller mindre stabile og sammenhængende overbevisninger, værdier, forpligtelser og opfattelser af, hvad der er ”det gode”. Ifølge *Szmukler* er ”vilje” ikke det samme som ”[...] a desire, inclination or a currently held ‘preference’, even a strongly expressed one.”³⁶ En ”præference” forekommer altså at være en lyst eller en tilbøjelighed, der har en mere midlertidig karakter, end en vilje har. En person kan anses for at have ændret sin vilje, hvis der er en tilstrækkelig stabilitet og sammenhæng i det nye sæt af opfattelser og værdier med videre. *Szmukler* giver som udgangspunkt viljen forrang for en præference. Dette udgangspunkt kan dog fraviges ved en konkret vurdering.³⁷

Det er ikke kun begreberne vilje og præferencer, der giver anledning til fortolkningstvív. Også rækkevidden af artikel 12s krav er uklár.

³⁴ Se *Szmukler* (2019), p. 38.

³⁵ Se *Szmukler* (2019), p. 38f.

³⁶ *Szmukler* (2019), p. 38.

³⁷ *Szmukler* (2019), p. 39.

5.2.2 Rækkevidden af støttet beslutningstagning

Rækkevidden af artikel 12 har været genstand for en del kritik og diskussion i den internationale litteratur.³⁸ Der har været rejst tvivl om, hvorvidt der er situationer, hvor det er tilladeligt, at andre træffer en beslutning på vegne af patienten. Sammenfattende har det være hævdet, at der kan gøres undtagelser i situationer, hvor 1) personen ikke kan kommunikere sin vilje og præferencer, og det er heller ikke muligt (utvetydigt) at fortolke sig frem til dem,³⁹ og 2) personens valg opfattes som skadeligt for personen selv eller andre.⁴⁰

Ad 1) Komitéen mener ikke, at såkaldt ”stedfortrædende beslutningstagning”, hvor andre træffer beslutninger på vegne af en person, bør eksistere parallelt med støttet beslutningstagning.⁴¹ Støttet beslutningstagning skal desuden være tilgængeligt for alle, også selvom personen kræver meget støtte.⁴² Da komitéen afviser beslutninger truffet ud fra kriteriet om varetagelse af den handicappedes tarv, er holdningen formentlig den, at det er bedre at skønne personens vilje og præferencer på et spinkelt grundlag, end det er at basere den på en klassisk forståelse af den pågældendes tarv. Man kan dog sætte spørgsmålstegn ved, om man i en situation med meget begrænsede oplysninger *de facto* ender med at træffe en beslutning i patientens tarv.

Komitéen fortolker artikel 12(3) ganske vidtrækkende, idet pligten til at sikre adgang til støtte er absolut; den kan ikke fraviges med henvisning til, at staten ikke har ressourcerne til det, eller at det ville være en uforholdsmæssig og unødvendig byrde.⁴³ Selve konventionsteksten er dog ikke klar med hensyn til, hvor vidt pligten til at tilbyde støtte rækker. Den mest sikre fortolkning er formentlig den, at beslutningen som det altovervejende udgangspunkt skal følge den handicappedes (skønnede) vilje og præferencer.

³⁸ Se Parker, M. (2016). Getting the Balance Right: Conceptual Considerations Concerning Legal Capacity and Supported Decision-Making. *Journal of Bioethical Inquiry*, 13(3), pp. 381-393, p. 282; Bhalilís, C. & Flynn, E. (2017). Recognising legal capacity: commentary and analysis of Article 12 CRPD. *International Journal of Law in Context*, 13(1), pp. 6-21, p. 9; Szmukler (2019), p. 37.

³⁹ Se Bhalilís & Flynn (2017), p. 15f; Parker (2016), p. 386 og 389.

⁴⁰ Se Bhalilís & Flynn (2017), p. 16; Szmukler (2019), p. 40.

⁴¹ GC No. 1, para. 28.

⁴² GC No. 1, para. 29, litra a.

⁴³ Se GC No. 1 paras. 30 og 34.

Ad 2) På trods af opfordringer,⁴⁴ har komitéen ikke udtalt sig om muligheden for at fravige støttet beslutningstagning, hvor der eksisterer en risiko for skade. Komitéen har dog bemærket, at tvangsmæssig behandling i psykiatrien og i somatikken er en krænkelse af artikel 12, og at denne praksis skal afskaffes.⁴⁵ Det er min vurdering, at komitéens fortællinger næppe er en forglemmelse. I lyset af holdningen til tvangsmæssig behandling, fortolker komitéen formentlig artikel 12 således, at den handicappedes beslutning skal respekteres, også hvor den ud fra en objektiv vurdering er skadelig, fx ved fravalg af livsnødvendig behandling.

Komitéens vidtgående fortolkning af artikel 12 kan diskuteres. Den habile patients ret til at træffe ”dårlige” valg i dansk ret er ikke unik. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) har udtalt, at det er vigtigt, at individet har ret til at træffe ufornuftige, ”ukloge” eller uforsigtige valg, hvis retten til selvbestemmelse, der er beskyttet af EMRK artikel 8, ikke skal blive illusorisk.⁴⁶ Et holdepunkt for komitéens fortolkning kan således være, at handicappede personer skal nyde den samme ret til at træffe ”dårlige” valg som andre. Dette understøttes af princippet om, at handicappede personer skal kunne træffe egne valg og være uafhængig af andre i CRPDs artikel 3(a).

Omvendt har det ikke været hensigten med CRPD, at den skulle skabe nye menneskerettigheder, men blot fremhæve dem, der allerede gælder.⁴⁷ I kommentaren til GC No. 1s udkast pointerer regeringen, at det følger af andre menneskeretsinstrumenter, at selvbestemmelsesretten kan begrænses, når individet handler skadeligt.⁴⁸ Retten til at træffe ufornuftige valg efter EMRK artikel 8 er ikke absolut beskyttet. EMD har nemlig udtalt, at EMRK artikel 2 om retten til liv skaber en positiv pligt til at redde en patients liv, hvis vedkommende har fravalgt livsnødvendig behandling uden at have forstået konsekvenserne af dette valg.⁴⁹ Regeringen forsøger formentlig at undgå en

⁴⁴ Se Response to Draft GC on Article 12. Se også The Danish Institute for Human Rights. Draft General Comments on Article 9 and 12, 21st of February 2014.

⁴⁵ GC No. 1, para. 42.

⁴⁶ *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia* (2010), app. no 302/02, pr. 135-136.

⁴⁷ Litins'ka (2018), p. 117: CRPDs præambel litra a-d og y.

⁴⁸ Response to Draft GC on Article 12, p. 1f.

⁴⁹ *Arskaya v. Ukraine* (2014) app. no. 45076/05, pr. 69.

normkonflikt imellem CRPD og EMRK ved at opfordre Handicapkomitéen til at fortolke CRPD artikel 12 på en tilsvarende måde.

I sin afhandling har *Litins'ka* undersøgt, hvordan patienters selvskadende ønsker er stillede i FN-regi, herunder i CRPD. Hun finder, at staterne har en bred skønsmargin med hensyn til opfyldelsen af pligten til at beskytte livet, der dog ikke må diskriminere på baggrund af blandt andet handicap.⁵⁰ *Litins'ka* udlægger CRPD artikel 12 således, at man skal undersøge, hvorvidt et *udtrykt* ønske om selvskade også er noget, personen *faktisk* ønsker (*true intention*). I bekræftende fald må ønsket accepteres.⁵¹

Artikel 12 kan fraviges, hvis det kan retfærdiggøres. *Litins'kas* fortolkning af CRPD kan betragtes som en kontrol af, hvorvidt et ønske om selvskade repræsenterer en vilje og/eller en præference, der skal respekteres. Det må være sagligt efter CRPD at tilsidesætte et selvskadende ønske med henvisning til, at ønsket konflikter med en vilje eller en præference hos patienten, der konkret har forrang for ønsket.

Med forbehold for uklarhederne med hensyn til rækkevidden af artikel 12, må den mest holdbare fortolkning være, at den handicappedes beslutninger i udgangspunktet skal respekteres. Udgangspunktet kan fraviges, hvis det kan retfærdiggøres efter konventionen. En VIPs ønske kan blandt andet tilsidesættes, hvis det konflikter med en vilje og eller en præference hos vedkommende, der skal have forrang.

6. Beslutninger om livsforlængende behandling

I dette afsnit analyseres reglerne om VIP'ers selvbestemmelse i forhold til livsforlængende behandling i sundhedslovens kapitel 6, vejl. om fravalg af behandling og i bekendtgørelse⁵² og vejl. om information og samtykke. Reglerne sammenholdes med den ovenstående gennemgang af CRPD for at reflektere over, i hvilket omfang lovgivningen beskytter en VIPs ret til selvbestemmelse.

⁵⁰ Litins'ka (2018), p. 154f.

⁵¹ Litins'ka (2018), p. 127.

⁵² Bkg. nr. 359 af 4. april 2019 om information og samtykke i forbindelse med behandling og ved videregivelse og indhentning af helbredsoplysninger m.v. (herefter bkg. om information og samtykke).

Som det skal ses i det følgende, kan selvbestemmelse i forhold til fravalg af livsforlængende behandling udøves på flere måder. For det første kan VIP'en fremsætte en aktuel tilkendegivelse i forbindelse med, at beslutningen om livsforlængende behandling skal træffes. For det andet kan en habil patient fravælge livsforlængende behandling i ét eller flere hypotetiske scenarier ved et behandlingstestamente, hvis patienten senere bliver inhabil. For det tredje kan VIP'en tidligere, mens vedkommende endnu var habil, have fremsat en forudgående tilkendegivelse uden for et behandlingstestamente.

De tre tilkendegivelsestyper bliver herefter gennemgået i den rækkefølge, de netop er omtalt i.

6.1 Patientens aktuelle tilkendegivelser

Ligesom ved behandling generelt kan VIP'er *ikke* give samtykke til livsforlængende behandling, jf. SUL § 22, jf. § 15. Patientens pårørende, værge eller fremtidsfuldmægtige skal ikke give samtykke.⁵³ Beslutningen træffes dermed kun af den behandlingsansvarlige læge.⁵⁴

Som det også er nævnt, skal lægen iagttage sine hjælpe- og handlepligter i henhold til autorisations- og straffeloven. Lægen kan dog undlade at iværksætte eller fortsætte en livsforlængende behandling af en inhabil patient, der er uafvendeligt døende, uden at det tilsidesætter disse pligter, jf. SUL § 25, stk. 1. Behandling af en døende patient kaldes ”udsigtsløs behandling”. Anden udsigtsløs behandling kan være, hvor patienten er i en vegetativ tilstand, eller hvor behandlingen eller sygdommen medfører fysiske konsekvenser, der er meget alvorlige eller lidelsesfulde. Lægen kan, uden at tilsidesætte AUL § 17, fravælge udsigtsløs behandling, hvis patienten er alvorligt syg eller døende.⁵⁵

Lægen skal imidlertid ikke kun tage hensyn til klinisk viden og erfaring; ifølge AUL § 17 skal lægen også inddrage patienten i overvejelserne og lægge vægt på dennes holdning.⁵⁶ Denne pligt følger endvidere af SUL § 22, jf. § 20. Derfor

⁵³ Se SUL § 22, 2. pkt., pkt. 2.1.1.1 i L 99 (2017-18) forslag til lov om ændring af sundhedsloven og pkt. 3.1 i vejl. om fravalg af livsforlængende behandling.

⁵⁴ Pkt. 3.1 i vejl. om fravalg af livsforlængende behandling.

⁵⁵ Pkt. 3.2 i vejl. om fravalg af livsforlængende behandling.

⁵⁶ Pkt. 3.2 i vejl. om fravalg af livsforlængende behandling.

er det relevant at undersøge, i hvilket omfang loven giver patienten adgang til at udøve selvbestemmelse via kravet om patientinddragelse.

6.1.1 Patientinddragelse

Bestemmelsen om patientinddragelse kræver, at en VIP skal informeres og inddrages i behandlingsovervejelserne i det omfang, VIP'en kan forstå behandlingssituationen, medmindre dette skader patienten, jf. SUL § 20, stk. 1, 1. pkt. Tilkendegivelser fra patienten skal tillægges betydning, i det omfang de er "aktuelle" og "relevante", jf. SUL § 20, stk. 1, 2. pkt. Spørgsmålet er, i hvor høj grad § 20 medfører, at lægen træffer sin beslutningen om livsforlængende behandling med respekt for patientens vilje og præferencer, som CRPD kræver det.

Hvornår en tilkendegivelse er "aktuel", undersøges nedenfor i afsnit 6.3 om andre forhåndstilkendegivelser.

Hverken forarbejderne til § 20, vejl. om information og samtykke eller administrativ praksis har uddybet, hvornår informering og inddragelse af en patient kan være "skadelig".

Bestemmelsen i stk. 1, 1. pkt. kan perspektiveres til den tidligere regulering af habile patienters ret til information i Sundhedsstyrelsens cirkulære af 1991. Her kunne lægen tilbageholde information, hvis lægen antog, at patientens "tarv eller ønske" tilsagde det. Styrelsen anførte som eksempel tilfælde, hvor informationen ville skabe "unødigt ængstelse og utryghed" hos patienten.⁵⁷ I denne kontekst kan SUL § 20, stk. 1, 1. pkt., formentlig tænkes anvendt, hvis en patient skønnes at blive så negativt påvirket af information og inddragelse, at det konkret skønnes at være mere byrdefuldt end gavnligt for patienten. Formålet synes at være at beskytte sårbare patienter.

Forarbejderne, vejledningerne eller praksis har heller ikke præciseret, hvornår en patients tilkendegivelse er "relevant".

⁵⁷ Se § 2, stk. 2, i Sundhedsstyrelsens cirkulære nr. 70 af 17. maj 1991 om information og samtykke m.v. "Lægers pligt og patienters ret". Denne undtagelse til udgangspunktet om informering af habile patienter udgik ved lov nr. 482 af 1. juli 1998 om patienters retsstilling.

En tilkendegivelse må anses for relevant, hvis patienten fremstår habil i forhold til en konkret (del)beslutning om behandling. Forarbejderne til § 20 fremhæver, at nogle VIP'er ofte kan forstå dele af sin sygdomsproblematik, og at tilkendegivelser derfor bør ”medtages mest muligt”.⁵⁸

I en afgørelse fra 2002 fandt Patientklagenævnet,⁵⁹ at en dement patient kunne træffe beslutning om behandling med et lægemiddel, idet han på ”gode dage” var i stand til at forstå informationen, der var relativ enkel. På såkaldte ”dårlige dage” ville patienten dog ikke være ”[...] fuldt ud i stand til at forstå en sådan information [...]” og kunne dermed ikke give samtykke.⁶⁰

§ 20, stk. 1, 2. pkt., omfatter formentlig mere end ”habile tilkendegivelser”. Som nævnt ovenfor skal lægen lægge vægt på patientens holdning i beslutningen om livsforlængende behandling. Ifølge forarbejderne til reglerne om livsforlængende behandling, er målet at sikre en for patienten værdig afslutning på livet. En forudsætning herfor er, at ”[...] patienter kan frasige sig behandling, når livet og behandlingen af patienten opleves som uværdig.”⁶¹ Endvidere fremhæves det, at det er afgørende, at ”[...] enhver borger i sit møde med sundhedsvæsenet modtages med respekt for forskellighed og livssyn”.⁶² I lyset heraf kan en tilkendegivelse være relevant, hvis den udtrykker patientens livssyn og eller opfattelse af, hvad der er et værdigt liv.

Som nævnt tidligere kan en ”vilje” opfattes som noget, der blandt andet består af individets værdier og opfattelser af ”det gode”. Således ser det ud til, at beslutninger om livsforlængende behandling efter gældende ret bør inddrage patientens vilje i overensstemmelse med CRPD.

Der er imidlertid flere punkter, hvor den beskrevne retstilstand ikke harmonerer med konventionen.

Formålet med støttet beslutningstagning er at forsøge at få patienten til selv at træffe en beslutning. Kan man ikke få patienten til at fremsætte sin vilje og

⁵⁸ Specielle bemærkninger til § 11 i L 15 (1997-98) forslag til lov om patienters retsstilling (i dag SUL § 20).

⁵⁹ I dag Sundhedsvæsenets Disciplinærnevnet.

⁶⁰ SDN0016908.

⁶¹ Pkt. 1.1 i L 99 (2017-18) forslag til lov om ændring af sundhedsloven.

⁶² Pkt. 1.1 i L 99 (2017-18) forslag til lov om ændring af sundhedsloven.

sine præferencer, skal man forsøge at fortolke sig frem til dem. Gældende ret om beslutninger om livsforlængende behandling af en VIP hverken fremhæver eller præciserer, at det centrale i beslutningsprocessen er at identificere, fremhæve og respektere VIP'ens vilje og præferencer. Selvom SUL § 16, stk. 3, kræver, at information tilpasses patientens individuelle forudsætninger med hensyn til modenhed med videre, hverken kræver eller opfordrer lovgivningen til at anvende fx pædagogiske eller tekniske hjælpemidler i et forsøg på at støtte VIP'en i beslutningssituationen.

Endvidere kan patientens muligheder for at udøve selvbestemmelse blive begrænset af, at patienten ikke bliver informeret og inddraget, hvis lægen har skønnet, at patienten bliver skadet heraf. Denne undladelse kan formentlig ikke retfærdiggøres efter CRPD. Både information og inddragelse af patienten må være centrale elementer i støttet beslutningstagning. Ifølge Handicapkomitéen er det det altovervejende udgangspunkt, at *enhver* person skal støttes til at træffe sin egen beslutning.⁶³ En undladelse af at informere og inddrage kan kun harmonere med artikel 12, hvis det følger af patientens vilje og præferencer, fx fordi vedkommende har frabedt sig involvering. En konklusion om, at informering og inddragelse er skadelig med henvisning til patientens tarv, harmonerer ikke med artikel 12.

VIP'ens adgang til at få respekteret sine "habile tilkendegivelser" kan kritiseres ud fra CRPD artikel 12(4). Ifølge Handicapkomitéen er bedømmelsen af en patients mentale evner ofte hverken objektiv eller videnskabelig, men i stedet påvirket af sociale og politiske forhold.⁶⁴ Desuden påpeger komitéen, at det ikke er muligt at vurdere det menneskelige sind præcist.⁶⁵ Der kan altså være en risiko for, at lægens vurdering af patientens forståelsesevner er fejlbehæftet eller usaglig.

Yderligere kan det kritiseres, at det er begrænset, hvor meget betydning VIP'ens vilje kan få i beslutningen om livsforlængende behandling. På grund af lægens hjælpepligter, kan lægen kun undlade at give en VIP livsnødvendig behandling, hvis patienten er alvorligt syg eller døende, og videre behandling er

⁶³ GC No. 1, para. 29, litra a.

⁶⁴ GC No. 1, para. 14.

⁶⁵ GC No. 1, para. 15.

udsigtsløs.⁶⁶ Patientens livssyn og opfattelse af værdighed indgår altså blot som momenter i lægens ellers kliniske skøn af, om livsforlængende behandling er indiceret.

Gældende ret kan opsummeres således, at loven kun i et begrænset omfang giver VIP'en mulighed for at udøve selvbestemmelse via kravet om patientinddragelse. Lægen skal skønne, at VIP'ens aktuelle tilkendegivelser er relevante. Selvom lægen ved sin beslutning om livsforlængende behandling bør tilstræbe en for patienten mest værdig afslutning på livet, er det ikke garanteret, at VIP'ens relevante og aktuelle tilkendegivelser har en afgørende betydning i beslutningen. Endvidere kan VIP'ens forudsætninger for at udøve selvbestemmelse blive forringet ved, at lægen skønner, at patienten ikke bør informeres eller inddrages i behandlingsovervejelserne.

De næste afsnit undersøger, i hvilket omfang patientens selvbestemmelse kan udøves via tidligere tilkendegivelser, der har været fremsat imens en patient var habil.

6.2 Behandlingstestamenter

Patienter kan oprette et behandlingstestamente, hvori der kan optages bestemmelser om, at vedkommende ikke ønsker livsforlængende behandling i de situationer, der er opregnet i SUL § 26, stk. 2, nr. 1-3, hvor patienten fx er døende eller svært invalideret. Desuden er det muligt at fravælge somatisk tvangsbehandling efter tvangsbehandlingsloven.⁶⁷ Testamentet bliver først aktuelt, når patienten er varigt inhabil.⁶⁸ Behandlingstestamentet er en undtagelse til hovedreglen om, at samtykke skal gives i forhold til en aktuel sygdomssituation, jf. afsnit 6.3. Fravalg af livsforlængende behandling og tvang er bindende for lægen, jf. SUL § 26, stk. 7. Lægen er forpligtet til at undersøge, om der er et behandlingstestamente, hvis denne regner med at indlede eller fortsætte livsforlængende behandling, jf. SUL § 26, stk. 5.

⁶⁶ Se artiklens afsnit 6.1, SUL § 25, stk. 1, og pkt. 3.2 i vejl. om fravalg af livsforlængende behandling.

⁶⁷ SUL § 26, stk. 4.

⁶⁸ Pkt. 2.3.2 i L 99 (2017-18) forslag til lov om ændring af sundhedsloven.

Adgangen til at oprette et behandlingstestamente tilkommer kun habile patienter over 18 år, jf. SUL § 26, stk. 1.⁶⁹ Dette kan kritiseres ud fra CRPD. Handicapkomitéen har pointeret, at handicappede skal have adgang til at oprette formaliserede forhåndstillkendegivelser, da dette er en form for støtte efter artikel 12(3).⁷⁰

Reglerne harmonerer dog med artikel 12 i den situation, hvor VIP'en ikke er kontaktbar eller er ude af stand til at kommunikere meningsfuldt.⁷¹ I denne situation træffes beslutningen kun ud fra patientens (tidligere) ønske. En forudsætning for at udøve selvbestemmelse via behandlingstestamentet er dog, at lægen skønner, at en af sygdomssituationerne i § 26, stk. 2, nr. 1-3, foreligger. Af den grund kan fravalg af tvang efter SUL § 26, stk. 4, indebære en større styrkelse af retten til selvbestemmelse. Hvis behandling med tvang er fravalgt, skal lægen respektere VIP'en, når denne i handling eller ord modsætter sig livsforlængende behandling.

Hvor patienten *kan* kommunikere sin vilje og præferencer til behandling, er det imidlertid ikke i overensstemmelse med CRPD artikel 12(3) at lægge behandlingstestamentet til grund uden også at inddrage den inhabile patients aktuelle tilkendegivelser.⁷² Et testamente kan ikke automatisk tages til indtægt for en patients vilje og præferencer, når VIP'en aktuelt er i stand til at udtrykke sig om disse. Ifølge *Bianchi* er testamentet i stedet ét iblandt flere relevante momenter, man bør sammenholde for at udlede patientens vilje og præferencer.⁷³

⁶⁹ Pkt. 2.3.2 i L 99 (2017-18) forslag til lov om ændring af sundhedsloven. Se også Hartlev, M., Jakobsen, P. & Cathaoir, K. Ó. (2022). *Sundhed og Jura: Sundhedsretlige perspektiver på sundhedsvæsen, sundhedspersoner og patientrettigheder*. (3. udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, p. 250.

⁷⁰ GC No. 1, para. 17.

⁷¹ GC No. 1, para. 17.

⁷² Modsætningsvist GC No. 1, para. 17. Se også Bianchi, D. (2020). Advance directives: Addressing the obligations of support as part of the right of a person with disabilities to equal recognition before the law? *International Journal of Law and Psychiatry*, 70, pp. 101561, p. 12.

⁷³ Bianchi (2020), p. 12.

En analyse af VIP'ers adgang til at tilbagekalde og ændre et behandlingstestamente efter dansk ret viser,⁷⁴ at behandlingstestet som udgangspunkt har forrang for VIP'ens senere tilkendegivelser.

Bkg. om behandlingstestamenter, forarbejderne til SUL § 26 og vejl. om fravalg af livsforlængende behandling angiver ikke, om VIP'er kan ændre og tilbagekalde testamentets bestemmelser. En række argumenter kan dog anføres for, at der må stilles et krav om habilitet. For det første vurderer bet. nr. 1184/1989 om afkald på livsforlængende behandling, at der kan stilles krav til patientens habilitet ved disse dispositioner, men at kravene må være minimale.⁷⁵ I et høringsnotat fra 2017 korrigerer Sundhedsministeriet ikke seks interessenter, der har indfortolket et krav om habilitet.⁷⁶ Et habilitetskrav svarer endvidere til arvelovens regler om tilbagekaldelser af arvetestamenter.⁷⁷ Det ville også være inkonsistent, hvis en VIP var afskåret fra at oprette et behandlingstestamente, men på samme tid kunne ændre det ved at indsætte nye bestemmelser.

Man kan argumentere for, at VIP'er bør kunne tilbagekalde bestemmelser i et behandlingstestamente, idet det må anses for en mindre alvorlig disposition, end det er at fravælge fremtidig behandling. Til dette kan man indvende, at der er et behov for at beskytte patientens behandlingstestamente i mod, at vedkommende senere ændrer eller tilbagekalder det i en konfus eller virkelighedsfjern tilstand.

Mest taler for, at loven stiller et krav om habilitet. Habilitetskravet må dog være lempet eller skærpet i forhold til dispositionens alvor. Barren for, hvornår en patient er habil, bliver påvirket af, hvor komplekst indholdet af lægens informationspligt er. Ifølge vejl. om information og samtykke skal informationen være mere omfattende, når behandlingen medfører nærliggende risici for alvorlige komplikationer og bivirkninger.⁷⁸ Jo mere omfattende

⁷⁴ §§ 4 og 5 i bkg. Nr. 1345 af 16. november 2018 om Behandlingstestamenter (herefter bkg. Om behandlingstestamenter).

⁷⁵ Betænkning nr. 1184/1989 om afkald på livsforlængende behandling (livstestamenter m.v.), p. 50.

⁷⁶ Høringsnotat vedr. L 99 – Forslag til lov om ændring af sundhedsloven (Øget selvbestemmelse for patienter i forhold til fravalg af behandling, herunder oprettelse af en behandlingstestamente-ordning), p. 6.

⁷⁷ Arveloven § 67, jf. § 72, nr. 2, § 73 og § 74.

⁷⁸ Pkt. 3.3 i vejl. om information og samtykke.

information er, desto mindre er sandsynligheden formentlig for, at en mentalt udfordret patient kan forstå den og dermed være habil. Muligvis vil sådanne patienter have en videre adgang til at ophæve et behandlingstestamente helt eller delvist, end de vil have i forhold til at indsætte nye bestemmelser, der fravælger livsforlængende behandling.

Det er ikke klart, hvordan lægen bør håndtere en situation, hvor VIP'en modsætter sig sit eget behandlingstestamente efter CRPD. På den ene side vil det være i strid med CRPD artikel 12, hvis ikke en VIP på lige fod med habile patienter kunne tilbagekalde og ændre i et testamente. På samme tid kan man komme i tvivl om, hvordan man overhovedet kan respektere patientens vilje og præferencer i en sådan situation. Fortolkes behandlingstestet som et udtryk for patientens vilje, og fortolkes protesten som et udtryk for en præference, kan lægen og støttepersonerne blive tvunget til at vælge imellem at respektere viljen eller præference, fordi det ikke er muligt at respektere dem begge på samme tid. Spørgsmålet om VIP'ers adgang til at tilbagekalde behandlingstestamenter illustrerer, hvorfor det er vigtigt, at CRPD eller Handicapkomitéen forklarer forholdet mellem vilje og præferencer, og hvordan man løser en indbyrdes modstrid eller inkonsistens efter CRPD.

Sammenfattende viser reglerne, at VIP'en kun har en begrænset adgang til at udøve selvbestemmelse via et behandlingstestamente. Er VIP'ens vilje og præferencer sammenfaldende med det behandlingstestamente, der blev tegnet da patienten var habil, er respekten for selvbestemmelsesretten størst. Har patienten fravalgt tvangsbehandling, kan der ikke iværksættes somatisk behandling imod VIP'ens protest. En VIP kan ikke efter dansk ret oprette et behandlingstestamente. Desuden har VIP'er begrænsede muligheder for at tilbagekalde eller ændre i et oprettet testamente, idet dette kræver, at VIP'en skønnes at være habil i forhold til dispositionen.

6.3 Andre forhåndstilkendegivelser

I følgende afsnit undersøges det, om patienten kan udøve selvbestemmelse ved forhåndstilkendegivelser, der ikke er formaliserede i et behandlingstestamente. Der tænkes på den situation, hvor en habil patient har udtrykt et ønske om fremtidig behandling, hvorefter patienten senere er blevet inhabil.

Som nævnt i artiklens indledning, kan og skal habile patienter samtykke forud for enhver behandling efter SUL § 15. Habile patienter kan fravælge behandling, selvom det medfører døden. Det er dog et krav, at fravalget sker i forhold til en *konkret* behandling i forbindelse med den *aktuelle* sygdomssituation.⁷⁹

Afsnittet sonderer derfor mellem tilkendegivelser, der er givet i henhold til aktuelle sygdomssituationer, og mere generelle tilkendegivelser om hypotetisk behandling.

6.3.1 ”Aktuelle sygdomssituationer”

En læge er bundet af en habil patients ønske om fravalg af en bestemt livsforlængende behandling, når det er fremsat i en aktuel sygdomssituation i forhold til en forudsigelig situation – også selvom patienten senere bliver inhabil.⁸⁰ Fravalget skal ske på baggrund af fyldestgørende information om konsekvenserne herved.⁸¹ En ”aktuel sygdomssituation” er en situation, som patienten havde forudset med en vis grad af sandsynlighed. Det afgørende er, om omstændighederne har ændret sig siden tilkendegivelsen, og ikke hvor lang tid, der er gået.⁸² Vejl. om fravalg af livsforlængende behandling præciserer, at der foreligger en ny sygdomssituation, hvis patientens tilstand ændrer sig væsentligt til det bedre.⁸³ Samtykkets rækkevidde begrænses også, hvis der fremkommer nye oplysninger i mellemtiden.⁸⁴

Har lægen skønnet, at tilkendegivelsen er fremsat i en aktuel sygdomssituation i forhold til en konkret behandling, er det positivt i forhold til CRPD artikel 12, at beslutningen følger patientens tidligere ønske.

I det næste afsnit skal det undersøges, hvilken vægt en tilkendegivelse har, når lægen skønner, at den ikke er aktuel eller konkret.

⁷⁹ § 3, stk. 1, i bkg. Om information og samtykke mv.

⁸⁰ Pkt. 3.1 smh. pkt. 9, litra d, i vejl. om fravalg af livsforlængende behandling.

⁸¹ SUL § 16, jf. § 15, stk. 3, og bkg. Om information og samtykke § 4, jf. § 1, stk. 2.

⁸² Pkt. 9, litra d, i vejl. om fravalg af livsforlængende behandling, pkt. 9.

⁸³ Pkt. 3.3 i vejl. om fravalg af livsforlængende behandling.

⁸⁴ § 3, stk. 2, i bkg. om information og samtykke.

6.3.2 Generelle tilkendegivelser om hypotetiske eller fremtidige sygdomssituationer

I dansk ret er en læge ikke forpligtet til at respektere et tidligere fravalg af behandling, når fravalget hverken fremgår af et behandlingstestamente eller er fremsat i forhold til en aktuel og konkret behandlingssituation.⁸⁵ Det følger dog af AUL § 17, at lægen skal lægge vægt på patientens tidligere tilkendegivelser, når patienten ikke længere kan udtrykke sin holdning.⁸⁶ Lovgivningen præciserer ikke med hvor stor vægt sådanne tidligere tilkendegivelser skal indgå i behandlingsovervejelserne.

Formentlig er retsstillingen den, at princippet om bevarelse af liv,⁸⁷ som udgangspunkt vejer tungere end en patients tidligere fravalg af behandling, når fravalget medfører patientens død.

Dette kommer til udtryk i to afgørelser fra Patientklagenævnet,⁸⁸ der handlede om en beslægtet problemstilling; nemlig om fravalg af genoplivningsforsøg ved hjertestop. Nævnet udtalte kritik af de involverede sundhedspersoner, fordi de undlod at genoplive patienterne. Der blev lagt vægt på, at patienternes journaliserede fravalg af genoplivning ikke var sket i forhold til en aktuel og konkret behandlingssituation, og at fravalgene heller ikke var formaliserede i livstestamente.⁸⁹ Nævnets praksis har en væsentlig retskildeværdi, da domstolene normalt afholder sig fra at prøve faglige skøn.⁹⁰ Nævnets afvejning mellem bevarelse af liv og selvbestemmelsesretten harmonerer endvidere med Sundhedsministeriets holdning til forhåndstilkendegivelser.

⁸⁵ Pkt. 2.1.1.3 i L 99 (2017-18) forslag til lov om ændring af sundhedsloven. Se også pkt. 9, litra h, i vejl. om fravalg af livsforlængende behandling og pkt. 2.3 i vejl. om information og samtykke. Se også Hartlev, m.fl. (2022), p. 236.

⁸⁶ Pkt. 3.2 i vejl. om fravalg af behandling. Dette er også et krav i henhold til Bioetikkonventionens artikel 9.

⁸⁷ Retten til livet er beskyttet af EMRK artikel 2.

⁸⁸ I dag Sundhedsvæsenets Disciplinærnævn.

⁸⁹ PKN0869708 og PKN0868505. Livstestamenteordningen blev ændret til den nuværende behandlingstestamenteordning ved L 99 (2017-18) forslag til lov om ændring af sundhedsloven.

⁹⁰ Revsbech, K., Garde, J., Jensen, J. A., Jensen, O. F., Madsen, H. B & Mørup, S. H. (2022). *Forvaltningsret. Almindelige emner*. (6. udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, pp. 541 og 555.

I 1998 afviste ministeren at gøre generelle forhåndstilkendegivelser bindende i et svar til Folketingets Sundhedsudvalg. Begrundelsen var, at de medfører for store udfordringer i forhold til dokumentationen af patientens endelige og egentlige vilje, ligesom der kan være fremkommet nye oplysninger i mellemtiden, der ville have ændret patientens holdning.⁹¹

Betydningen af en patients forhåndstilkendegivelse var også omdrejningspunktet i U 2021.1073 Ø og U 2022.1423 H. Sagen handlede om en patient, der havde fravalgt blodbehandling på grund af sin religiøse overbevisning. Selvom sagen handlede om blodbehandling, viser den noget generelt om betydningen af patientens forudgående fravalg af livsnødvendig behandling. I sagen havde patienten tidligere frasagt sig behandling med blod ved flere journaliserede tilkendegivelser såvel som i et forhåndsdirektiv, han bar i lommen på sine bukser. Alligevel valgte lægerne at behandle patienten med blod, fordi han ellers ville afgang ved døden. Lægerne henholdt sig til SUL § 24, stk. 2, hvorefter en patient kun kan afvise blodbehandling i forbindelse med den aktuelle sygdomssituation.

To af Østre Landsrets tre dommere mente, at lægerne havde handlet i strid med patientens ret til privatliv og religionsfrihed i EMRK artikel 8 og 9. Først bemærkede de, at selv en ”begrænset usikkerhed” om patientens holdning til behandling må føre til, at forhåndstilkendegivelsen ikke skal respekteres, hvis patienten ikke aktuelt har tilkendegivet sit ønske til behandling og senere er inhabil. Dette gælder særligt, hvis patienten risikerer at miste livet. Dog mente dommerne, at man er forpligtet til at respektere patientens forhåndstilkendegivelse i en sag som denne, hvor den er fuldstændigt dokumenteret, utvivlsom og ubestridt.

Omvendt fandt Højesteret, at forhåndstilkendegivelsen ikke var bindende for lægerne. Højesteret lagde vægt på kravet i SUL § 24, stk. 2. Retten refererede desuden til Sundhedsministeriets holdning i ovenstående svar til Folketingets Sundhedsudvalg fra 1998. Højesteret konkluderede, at lovgiver har ønsket en retstilstand, hvor patienter ikke risikerer at dø på grund af en tidligere beslutning, som de ikke ville have truffet i den aktuelle behandlingssituation. Opfattelsen er,

⁹¹ SUU (2. samling, 1997-98) L 15 bilag 25, Sundhedsministeriets besvarelse af spørgsmål nr. 4 stillet den 2. april 1998.

at lovgiver med denne retstilstand har foretaget en afvejning mellem selvbestemmelsesretten, patientsikkerheden og dokumentationen af patientens endelige vilje.⁹²

Gældende ret ser ud til at være, at patientens forudgående tilkendegivelse om fremtidig behandling blot er af vejledende betydning for lægen. I afvejningen af hvorvidt man skal respektere en tidligere beslutning om fravalg af behandling over for hensynet til at sikre patientens overlevelse, er sidstnævnte hensyn det mest tungtvejende.⁹³

Ud fra CRPD artikel 12 kan denne retstilstand kritiseres, idet støttet beslutningstagning skal respektere VIP'ens vilje og præferencer. I den forbindelse er tidligere fremsatte tilkendegivelser, hvad end de er formaliserede eller ej, relevante for udledningen af viljen og præferencerne. Beslutninger truffet efter patientens tarv er i strid med CRPD. Bevarelsen af patientens liv bør kun have forrang for en forhåndstilkendegivelse, der har fravalgt livet, hvis denne forrang følger af patientens vilje og præferencer. Landsrettens afgørelse harmonerer således bedst med CRPD.

⁹² Forskellen på landsrettens og Højesterets begrundelse kan skyldes, at landsrettens flertal i højere grad anskuer problemstillingen fra et individperspektiv, imens Højesteret anskuer den fra et samfundsmæssigt perspektiv. Landsrettens dommerne foretog en konkret afvejning af de nævnte hensyn og fandt på baggrund heraf, at hensynet til patientens religionsfrihed og selvbestemmelsesret vejede tungere. Dermed blev anvendelsesområdet for SUL § 24, stk. 2, udvidet. Højesteret lagde vægt på omverdenens behov for at sikre sig, at ønsket om at dø var vedkommendes egentlige ønske. Højesterets begrundelse og resultat kan derudover betragtes som et udtryk for traditionen om at fortolke restriktivt og med respekt for lovgivers intention.

⁹³ Der tages herved forbehold for, at Højesterets dom er indbragt for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

7. Rimelige grænser for inhabiles selvbestemmelsesret?

Undersøgelsen har vist, at patientens selvbestemmelsesret træder i baggrunden til fordel for hensynet til at sikre patientens liv og sundhedspersoners hjælpepligter, når patienten er varigt inhabil, og der skal tages stilling til livsforlængende behandling.

Man kan argumentere for, at det er rimeligt, at disse hensyn er de mest tungtvejende, når patienten hverken forstår informationen om eller konsekvenserne ved til- eller fravalget af behandling. Man kan sætte spørgsmålstegn ved, om en person overhovedet *kan* udøve selvbestemmelse i en sådan situation. Hvis ikke, er der måske slet ikke et hensyn til selvbestemmelsesretten at tage.

I nogle situationer kan det være vanskeligt at respektere VIP'ens selvbestemmelsesret. Det er uklart, hvordan man håndterer inkonsistente eller selvmodsigende ønsker fra patienten. Yderligere er det uklart, hvornår et udtrykt ønske overhovedet skal respekteres, og hvornår det ene ønske skal respekteres frem for det andet. Særligt for selvskadende beslutninger er der et problem i forhold til, hvornår og hvordan omverdenen bliver sikker på, at selvskade er patientens "egentlige" ønske.

Disse spørgsmål har i høj grad filosofisk karakter og kan måske ikke besvares generelt. Lovgiver har valgt en retstilstand, hvor en fravigelse af udgangspunktet om livets bevarelse kræver, at omverdenen er sikker på, at patienten forstår sit valg og virkelig vil det. Formodningen om, at det er i patienters interesse at bevare livet, bygger på objektive, almenmenneskelige betragtninger. Når dansk ret tillader objektive, almenmenneskelige overvejelser i beslutninger om livsforlængende behandling af en VIP, skånes danske læger i et vidt omfang for at skulle besvare filosofiske spørgsmål om VIP'ens "egentlige og endelige" ønsker til behandling.

Til ovenstående opfattelser kan der rejses navnlig tre kritikpunkter.

For det første er en almenmenneskelig vurdering af, hvad der er bedst for patienten, en retssikkerhedsmæssigt problematisk målestok for, hvilket valg, der bør træffes. Hvem er i stand til at beslutte dette, og hvordan ved man, at noget er almenmenneskeligt? Hvordan sikrer man sig mod, at der inddrages uvedkommende hensyn i skønnet?

For det andet kan det være problematisk at træffe en beslutning på vegne af en VIP ud fra en objektiv målestok, idet oplevet livskvalitet er noget, der kun kan fastlægges subjektivt af patienten selv.⁹⁴ Formålet med reglerne om livsforlængende behandling i sundhedsloven er at sikre en *for patienten* værdig død.⁹⁵ Selvom en VIPs fravalg af livsforlængende behandling er en alvorlig og irreversibel beslutning, kan det også være alvorligt at fratage patienten en følelse af værdighed, trivsel og respekt i den sidste del af livet. Dette gælder særligt, når det modstående hensyn er omverdenens ønske om at holde patienten i live i nogle uger eller måneder længere.

For det tredje kan man argumentere for, at det er uetisk at gennemføre en livsforlængende behandling uden tilslutning fra patienten, hvis vedkommende føler, at ulemperne ved den smerte og lidelse, der er forbundet med behandlingen, overstiger fordelene af flere levedage.

Beslutninger om livsforlængende behandling af en VIP rejser således dilemmaer og svære, filosofiske spørgsmål. På den ene side er det rimeligt, at man vil sikre sig, at patienten har forstået konsekvensen af en beslutning, når konsekvenserne er alvorlige. På den anden side kan det være indgribende at få frataget muligheden for at fravælge behandling. Der er endvidere en risiko for, at uvedkommende hensyn i lægens brede skøn begrænser VIP'ens selvbestemmelsesret uberettiget. Problematikken bliver yderligere kompliceret af, at det er uklart, hvordan man respekterer patientens selvbestemmelsesret, når der findes flere, inkonsistente eller selvmodsigende ønsker til behandling.

7.1 Retspolitiske overvejelser

På trods af dette kan man fremhæve to punkter, hvor dansk ret kunne styrke VIP'ers selvbestemmelsesret ved fravalg af livsforlængende behandling.

For det første kunne lovgivningen understrege, at også den inhabile patient i videst mulige omfang er den *primære* beslutningstager. Lovgivningen bør italesætte, at VIP'en skal modtage den faglige eller tekniske støtte, der kan forbedre patientens mulighed for at træffe et informeret valg. For det andet bør lovgivningen præcisere, hvornår en VIPs tilkendegivelse har en afgørende eller

⁹⁴ Zachariae, B. & Bech, P. (2008). Livskvalitet som begreb. *Ugeskrift for Læger* 170(10), pp. 821-825, p. 821f.

⁹⁵ Pkt. 1.1 i L 99 (2017-18) forslag til lov om ændring af sundhedsloven.

væsentlig betydning. I forbindelse hermed bør der være garantier mod, at lægen usagligt eller uproportionelt devaluerer patientens holdning på baggrund af, at patienten har et mentalt handicap. Dette kunne ske ved at forsøge at fremme tolerancen og respekten dels for kognitive funktionsmåder, der afviger fra ”normalen”, og dels for forskellige livsværdier og livsførelser.⁹⁶ Da graden af VIP’ens selvbestemmelse afhænger af måden, lægen udøver sit skøn på, bør loven understrege tydeligt, at udgangspunktet i lægens beslutning er at respektere VIP’ens selvbestemmelsesret.

8. Opsamling

Patienters ret til selvbestemmelse er et fundamentalt princip i sundhedsvæsenet. Formålet med artiklen har været at undersøge, i hvilket omfang en VIP kan udøve selvbestemmelse ved beslutninger om livsforlængende behandling. Anledningen til at undersøge dette er, at der er en stor politisk og menneskeretlig betoning af retten til selvbestemmelse, og at CRPD kræver, at handicappede patienter har ret og adgang til at nyde menneskerettigheder på lige fod med andre.

En VIP kan ikke selv samtykke til livsforlængende behandling. Beslutningen træffes kun af den behandlingsansvarlige læge. I modsætning hertil kræver CRPD artikel 12, at den primære beslutningstager er VIP’en.

Loven giver VIP’en den bedste mulighed for at udøve selvbestemmelse i en situation, hvor et ønske til behandling er fremsat imens patienten endnu var habil i forhold til en aktuel behandlingssituation. Det samme gælder, hvor patienten har tegnet et behandlingstestamente, der stemmer overens med VIP’ens aktuelle holdning til behandling. Er VIP’ens ønske derimod ændret siden behandlingstestamenteets oprettelse, har VIP’en kun en snæver adgang til at ændre eller tilbagekalde det. Er somatisk tvangsbehandling fravalgt i behandlingstestet, skal lægen dog respektere VIP’ens protester mod livsforlængende behandling.

⁹⁶ Det er indregnet, at forarbejderne til ændringen af sundhedsloven i 2018 netop fremhæver respekten for forskellighed og livssyn som noget, patienterne bør mødes med i sundhedsvæsenet. Se pkt. 1.1 i L 99 (2017-18) forslag til lov om ændring af sundhedsloven.

I andre tilfælde er VIP'ens tilkendegivelser om behandling alene vejledende for lægen. Respekten for disse kræver, at lægen skønner dem aktuelle og relevante. Der er ikke nærmere retningslinjer for disse skøn. Patienten er ringe beskyttet imod uvedkommende hensyn i den forbindelse. Loven kræver desuden ikke, at lægens beslutning skal centrere sig omkring patientens vilje og præferencer. Det er heller ikke et krav, at man forsøger at støtte VIP'en til at tilkendegive sit valg af behandling. Retsstillingen for patientens generelle fravalg af hypotetisk eller fremtidig, livsnødvendig behandling viser, at hensynet til bevarelsen af livet og lægens hjælpepligter vejer tungere end hensynet til selvbestemmelsesretten, når man ikke med sikkerhed kan fastslå patientens ”endelige og egentlige vilje”.

I artiklen argumenteres der for, at respekten for VIP'ers selvbestemmelsesret bør have en fremtrædende rolle ved beslutninger om livsforlængende behandling, idet oplevet livskvalitet og værdighed er noget, der opleves subjektivt. Derfor bør loven kræve, at støttet beslutningstagning skal forsøges anvendt ved beslutninger om livsforlængende behandling af en VIP.

A Right to Post?

Structural Human Rights Law and Social Media

Matthias Smed Larsen *

A large part of public and private discourse in the modern world takes place on social media platforms. Most participants in public life, from individuals to political parties to companies, feel that a presence on these platforms is necessary to properly disseminate their messaging. Considering their market share, it is generally agreed that these platforms wield a large influence on public discourse. Relatedly, recent years have seen a debate on whether civil and human rights law is sufficiently cognizant of market power, with some arguing for a more structural conception of international human rights law that takes into account the power wielded by private actors.

Using these two themes, the present article investigates whether the European Convention on Human Rights, as interpreted by the European Court of Human Rights, either *requires* states to restrict the content moderation of social media platforms or *permits* states to do so, and whether European human rights law can be said to be sufficiently cognizant of market power in this regard. It concludes that while the European Convention does not require states to restrict content moderation except in cases that are almost purely theoretical, it does permit states to introduce such restrictions. While not taking a stand on the desirability of regulation in this area, it is argued that this ‘permissive structuralism’ is sufficient and preferable to micro-management of content moderation via the application of states’ positive obligations.

* LL.B., LL.M. student at the Faculty of Law, University of Copenhagen. Project Student at iCourts – Centre of Excellence for International Courts.

1. Introduction

In the days following January 6th, 2021 – where supporters of the incumbent U.S. president Donald Trump had attempted to storm the U.S. Capitol to prevent the confirmation of his election loss – many social media platforms permanently banned Trump from using their services, citing threats to public safety.¹ While it was not in itself unusual that a social media platform removed content for inciting violence,² the removal of an incumbent world leader from the platforms which had arguably been his main mode of communication and the source of his rise to power showed the influence which these platforms wield in the modern information ecosystem.

A little more than a year later, the United States District Court of the Northern District of California ruled on a motion to dismiss a lawsuit brought by Trump against Twitter for banning his account.³ Unsurprisingly to anyone with knowledge of U.S. constitutional law, the District Court rejected Trump’s claim that the ban violated his freedom of expression under the U.S. Constitution, as there was no evidence of state involvement in the decision.⁴

Without commenting on the moral merits of the judgment, the judgment of the District Court is a poignant illustration of a central issue regarding human rights on the internet, namely that most civil and human rights regimes only recognize states as duty bearers, not private actors.⁵ In response to this perceived indifference to market power, found both in constitutional and international

¹ Sara Fischer and Ashley Gold, ‘All the Platforms that have Banned or Restricted Trump So Far’ (*Axios*, 11 January 2021) <<https://www.axios.com/2021/01/09/platforms-social-media-ban-restrict-trump>> last checked 24 May 2022.

² For a general overview of content moderation procedures and philosophies, see the seminal article by Kate Klonick, ‘The New Governors: The People, Rules and Processes Governing Online Speech’ (2018) 131 *Harv L Rev* 1598.

³ *Trump v Twitter Inc*, No 21-cv-08378-JD, 2022 WL 1443233 (ND Cal, 6 May 2022).

⁴ *ibid* *2 ff.

⁵ The question of the human rights obligations of corporations has generally remained in the area of soft law. See UNHRC, ‘Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework’ (21 March 2011) UN Doc A/HRC/17/31.

law,⁶ some have argued that the present form of international human rights law (IHRL) is insufficient and needs to be reshaped to, e.g., recognize corporations as duty bearers or at least to be more permissive of state intervention.⁷

The present article aims to investigate the merits of this proposed reorientation IHRL by analyzing the issue of freedom of forum vis-à-vis social media under the European Convention on Human Rights⁸ (ECHR), in essence asking *whether the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) provides an effective legal basis for the protection of freedom of expression – as a free-standing value – in the area of social media content moderation*. I aim to answer this research question through an analysis of the ECtHR's case law, followed by a normative⁹ discussion about whether the proposed reorientation of IHRL is necessary, at least concerning the ECHR regime. The choice of the ECtHR as the object of study is motivated by the fact that the ECtHR is the court which most often deals with issues of fine-tuning democracy,¹⁰ under which the somewhat boutique issue of posting to social media certainly fits.

The article begins with a note on methodology when doing doctrinal analysis of ECtHR case law (2), followed by a brief description of the trends towards a

⁶ In a US constitutional context, see generally Jedediah Britton-Purdy and others, 'Building a Law-and-Political-Economy Framework: Beyond the Twentieth-Century Synthesis' (2020) 129 Yale LJ 1784, 1806–13 (arguing that US constitutional law is blind to or even conducive to expansive market power). In an international law context, see, eg, Amy Kapczynski, 'The Right to Medicines in an Age of Neoliberalism' (2019) 10 *Humanity* 79 (summarizing both existing critiques and illustrating the issue vis-à-vis access to medicines).

⁷ Barrie Sander, 'Democratic Disruption in the Age of Social Media: Between Marketized and Structural Conceptions of Human Rights Law' (2021) 32 *EJIL* 159, 162; Dafna Dror-Shpoliansky and Yuval Shany, 'It's the End of the (Offline) World as We Know It: From Human Rights to Digital Human Rights – A Proposed Typology' (2021) 32 *EJIL* 1249, 1269–70.

⁸ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (opened for signature 4 November 1950, entered into force 3 September 1953) 213 UNTS 221 (ECHR).

⁹ Normative in the sense of expressing a value judgment, not in the sense of expressing a legal rule.

¹⁰ Wojciech Sadurski, 'Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments' (2009) 9 *HRL Rev* 397, 407.

structural orientation of IHRL, or introduction of new duty bearers, in the literature (3). The article then describes the issue of content moderation and ‘must carry’-obligations (4). It then addresses the issue of whether the ECHR mandates the introduction of ‘must carry’-obligations for social media companies (5.1) or at least permits the introduction of such obligations by the national legislator (5.2) Based on the results of this analysis, the article discusses whether the proposed structural reorientation or introduction of new duty bearers in IHRL is necessary, at least in this particular area (6). The article then concludes.

2. A Note on Methodology

Doctrinal legal analysis is in essence a claim about what the state of the law is at any given time. This claim is usually based on what has been done in the past, assuming legal actors will do something similar in the future. However, when studying the jurisprudence of the ECtHR, one needs to be cognizant of the fact that the Court is not a static actor. It has stated that it will overturn its own case law if societal conditions change,¹¹ and both inside and outside observers often describe case law in terms of distinct periods of change, sometimes based on outside influence.¹² Thus, any proper doctrinal analysis of ECHR law must to some extent take account of the fact that the Court is a social actor, and that change might come from outside the sources of law, strictly defined.¹³ The following will thus make claims about current law based not only on traditional legal sources such as judgments, but also broader institutional trends.

¹¹ *Tyrer v UK* (1978) Series A no 26, para 31; *Christine Goodwin v UK* ECHR 2002-VI 1, para 74.

¹² Robert Spano, ‘Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity’ (2014) 14 HRL Rev 487; Mikael Rask Madsen, ‘Rebalancing Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?’ (2018) 9 JIDS 199; Peter Cumber and Tom Lewis, ‘Blanket Bans, Subsidiarity, and the Procedural Turn of the European Court of Human Rights’ (2019) 68 ICLQ 611.

¹³ Jakob v H Holtermann and Mikael Rask Madsen, ‘European New Legal Realism and International Law: How to Make International Law Intelligible’ (2015) 28 LJIL 211, 228–29.

3. Background: Marketized IHRL, Content Moderation, and the Proposed Turn to Structural IHRL

Unlike the national jurisdictions which either recognize some form of horizontal application of civil and human rights provisions (*drittwirkung*)¹⁴ or IHRL instruments which explicitly provide duties for persons or groups,¹⁵ normally, the duty bearers of IHRL are states.¹⁶ Thus, by definition, private actors cannot violate these IHRL treaties,¹⁷ and complaints against private actors at their associated tribunals will be dismissed because of a lack of jurisdiction *ratione personae*.

The classic *negative* conception of human rights, whereby the only obligation of states is to not interfere with (or ‘respect’ to use modern parlance) the human rights of rights bearers,¹⁸ does not leave a role for human rights in circumscribing private behavior, as it – by definition – is not relevant to a state’s obligations. In fact, this historical conception might be seen as extremely *conducive* to private power, as most restrictions on private behavior will be considered restrictions of this negative right.

IHRL frameworks generally don’t subscribe to this conception of human rights, as even negatively formulated human rights are seen to contain positive obligations, such as protecting against violations of the substance of those rights

¹⁴ See the sources cited in Olha Cherednychenko, ‘Towards the Control of Private Acts by the European Court of Human Rights?’ (2006) 13 MJ 195, 196, fns 3–4.

¹⁵ African Charter of Human and Peoples’ Rights (adopted 27 June 1981, entered into force 21 October 1986) 1520 UNTS 217, arts 27–29.

¹⁶ Eg, ECHR, arts 1, 33–34; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976) 993 UNTS 3, art 2(1); International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171, art 2(1).

¹⁷ It must be acknowledged that this is an oversimplification. Corporations can be held liable for violations of the *substance* of IHRL treaties through, eg, tort law, special compliance mechanisms or national codifications of soft law instruments like the UN Guiding Principles (n 5) into law.

¹⁸ Whether this conception ever existed in its pure form can be disputed, Patrick Macklem, ‘Human Rights in International Law: Three Generations or One?’ (2015) 3 Lond Rev Int Law 61, 69, but is used here for the sake of simplicity.

by private actors or balancing conflicting rights against each other.¹⁹ Despite this, the critique that IHRL is insufficiently responsive to market power because of a ‘marketized’ view of state intervention as suspect, remains.²⁰ In the area of content moderation on social media, this market power expresses itself through the market share of social media companies and the perceived need by actors in the information ecosystem to have a presence on their platforms.

On a more general level, the perception of IHRL as marketized has led some commentators to argue that IHRL needs to be reoriented toward a more ‘structural’ approach. That is, acknowledging non-state power imbalances as suspect and in turn approving of state intervention to remedy these.²¹ For instance, Kapczynski argues that an individual-focused right to medicine that does not address the economic power held by pharmaceutical companies risks undermining health care planning.²² Davidson argues that the movement to recognize domestic violence as torture is part of a reorientation of IHRL which ‘draws on a structural understanding of power relations to provide a basis for legal intervention’.²³

¹⁹ Cherednychenko (n 14) 201–02; Sandra Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties* (OUP 2008) 73–76.

²⁰ Kapczynski (n 6); Sander, ‘Democratic Disruption in the Age of Social Media’ (n 7). Sander positions this conception explicitly in the area of social media: ‘Marketized conceptions of [human rights law] are premised on the laissez-faire free market assumption that the primary aim of [human rights law] is to protect individual choice and agency against state intervention. Such conceptions tend to adhere to a form of abstract individualism that neglects power asymmetries between individual users and other actors that participate in the social media ecosystem and pays minimal attention to the systemic effects of state and platform practices on the social media environment as a whole.’

²¹ Sander, ‘Democratic Disruption in the Age of Social Media’ (n 7), ie: ‘[S]tructural conceptions of [human rights law] are characterized by a greater openness to positive state intervention as a means of safeguarding public and collective values such as media pluralism and diversity. In addition, structural conceptions tend to adopt more systemic perspectives that strive to take into account imbalances of power in the social media ecosystem as well as the effects of state and platform practices on the social media environment as a whole.’

²² Kapczynski (n 6).

²³ Natalie R Davidson, ‘The Feminist Expansion of the Prohibition of Torture: Towards a Post-Liberal International Human Rights Law?’ (2019) 52 *Cornell Int’l LJ* 109, 114.

In the area of internet policy, a similar development has taken place, with some commentators arguing that the traditional view of states as being the sole duty bearers under IHRL should be abandoned in favor of viewing technology companies as duty bearers as well.²⁴ However, this discourse has mostly stayed in the area of soft law, including the UN Guiding Principles and Corporate Responsibility frameworks.²⁵

The question is whether these reorientations are necessary, or whether existing regimes can accommodate the more interventionist framework envisioned by these commentators. In the following, I will use the delimited area of content moderation on social media and free speech under the ECHR to see whether existing concepts in IHRL can accommodate issues related to market power.

4. The Issue in Brief

There are many issues related to content moderation – i.e., the removal or upkeep of user content – on social media platforms.²⁶ For instance, many governments and interest groups have focused on mandated removal of illegal content or harassment.²⁷ However, the reverse issue of ensuring that content stays on platforms has also been receiving attention,²⁸ and is the most relevant issue relating to free speech.

The legislative and policy discourse often centers around the issue of so-called ‘must carry’-obligations, i.e., an obligation for a social media platform to host a

²⁴ Dror-Shpoliansky and Shany (n 7).

²⁵ See the sources cited in *ibid* 1255, fn 48.

²⁶ For a more general introduction to content moderation as a concept and its practice, see Klonick (n 2).

²⁷ A paradigmatic example is Germany’s Network Enforcement Act: Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzdurchsetzungsgesetz, NetzDG), and the EU TCO/TERREG Regulation: Regulation (EU) 2021/784 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2021 on addressing the dissemination of terrorist content online [2021] OJ L172/79. See also the recent proposal for a 24-hour takedown obligation for any illegal content by the Danish government, which was ultimately withdrawn: FT 2021-22, tillæg A, L 146 som fremsat.

²⁸ On the EU level, see Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) [2022] OJ L277/1.

piece of content whether it wants to or not.^{28a} For instance, an extreme policy proposal has been that platforms should carry all content that is legal in a given jurisdiction, making social media platforms more akin to viewpoint neutral services like telephone companies.²⁹

When a user has their content removed from a platform, the question is whether IHRL, in casu the ECHR, offers any mode of redress. This issue can be split into two sub-questions: First, does the ECHR *mandate* ‘must carry’-obligations for social media platforms in certain situations? Second, if the former question is answered in the negative or only in a limited fashion, does the ECHR *permit* the introduction of ‘must carry’-obligations by the national legislator?

The following section tries to answer the first question through an analysis of the main relevant precedent, *Appleby and Others v. UK*,³⁰ as well an analysis of the ECtHR’s reticence to get into micromanagement of content moderation as shown in the case *Delfi AS v. Estonia* and its progeny.³¹ It then attempts to answer the second question through an evaluation of ECtHR case law on compelled speech, property rights, as well as the ‘procedural turn’ that the ECtHR has taken in cases like *Animal Defenders International v. UK*.³²

^{28a} The term ‘must carry’ is borrowed from telecommunications law, where it refers to a carrier’s obligation to carry certain types of content. For instance, Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 establishing the European Communications Code (Recast) [2018] OJ L321/36, art 114 on “‘must carry’ obligations’ allows Member States to impose obligations to transmit ‘specified radio and television broadcast channels and related complementary services’ on telecommunications providers.

²⁹ For a critique of this approach, see Mike Masnick, ‘Elon Musk Demonstrates How Little He Understands About Content Moderation’ (*Techdirt*, 15 April 2022) <<https://www.techdirt.com/2022/04/15/elon-musk-demonstrates-how-little-he-understands-about-content-moderation/>> last checked 24 May 2022.

³⁰ *Appleby and Others v UK* ECHR 2003-VI 185.

³¹ *Delfi AS v Estonia* ECHR 2015-II 319; *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v Hungary* (2016) 42 BHRC 52; *Pihl v Sweden* (2017) 64 EHRR SE20; *Høiness v Norway* (2019) 69 EHRR 19.

³² *Animal Defenders International v UK* ECHR 2013-II 203.

5. Case Law Analysis

5.1 Positive Obligations: *Must* States Introduce ‘Must Carry’-Obligations?

5.1.1 The Rights Implicated

As mentioned in pt. 4, most IHRL instruments, including the ECHR,³³ do not recognize non-state actors as duty bearers. Thus, any complaint *directly* toward a social media company filed at the ECtHR would be rejected as incompatible *ratione personae* with the Convention. The ECHR also does not directly apply horizontally in private relations (*drittwirkung*).³⁴

However, as was also mentioned above, the ECtHR has interpreted the ECHR in such a way that the rights contained therein also entail positive obligations for contracting states.³⁵ Of relevance here is the obligation to strike a fair balance when the rights of private parties conflict. A paradigmatic example is the freedom of expression of the press weighed against the right of privacy of those subject to press coverage.³⁶

There are two principal rights of the ECHR implicated in the issue of ‘must carry’-obligations, which would have to be balanced under the doctrine of positive obligations:

Article 10 ECHR on freedom of expression is implicated in two ways. First, there’s the freedom of expression for the user who wishes to express themselves on a platform. Second, there’s the freedom of expression of the platform, who might wish to convey a certain message to users, such as not allowing violent or

³³ ECHR arts 1, 33–34.

³⁴ DJ Harris and others, *Harris, O’Boyle and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights* (4th edn, OUP 2018) 26–27. However, the Convention might indirectly have an effect in horizontal relations when national courts interpret rules in private law to comply with the state’s positive obligations. See, eg, the German courts’ approach in *Von Hannover v. Germany (No 2)* ECHR 2012-I 351, paras 27–53, or the judgment of Rechtbank Amsterdam 18 August 2021, NJF 2021/384, NL:RBAMS:2021:4308, paras 4.9–4.11, which concerns removal of content from social media. However, as pointed out by Harris et al., this does not constitute *drittwirkung*.

³⁵ See n 19.

³⁶ Eg, *Von Hannover v Germany* ECHR 2004-VI 41; *Von Hannover (No 2)* (n 34) in toto; *Von Hannover v Germany (No 3)* App no 8772/10 (ECtHR, 19 September 2013).

hateful content, and therefore not wish to publish certain content. These two facets can somewhat reductively be referred to as the positive freedom of expression for the user and the negative freedom of expression of the platform.³⁷

Article 1 of Protocol 1 (P1-1) of the ECHR³⁸ on the right to property is also implicated, as the platform's refusal to publish the content of the user, is an exercise of its property right, and any requirement that the platform publish content is a restriction hereof.

Thus, the issue of a person being denied access to broadcast their speech in any private forum, or conversely, mandating that the platform host their speech, becomes an exercise in balancing the involved parties' rights under articles 10 and P1-1. The paradigmatic example of this balancing is the 2003 case of *Appleby and Others v. UK*.

5.1.2 A High Bar for Freedom of Forum: *Appleby and Others v. UK*

The applicants in *Appleby* were a group of citizens living in the town of Washington in the UK. Although originally constructed by a governmental corporation, the town center of Washington, called 'the Galleries', had been sold to the company Postel, and thus most of the areas in the center of town were privately owned.³⁹

In 1997, a construction permit was granted to a local college, allowing construction on an area known as 'the Arena', which was the only playing field available to the local community. The applicants were against this proposed development and wished to collect signatures to protest the permit.⁴⁰ Since the Galleries was the most trafficked area of town, they wanted to collect signatures there, but they were rebuffed by Postel, who refused to grant them permission to do so, despite other private groups having been allowed to promote their cause

³⁷ Not to be confused with positive and negative obligations.

³⁸ Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (adopted 20 March 1953, entered into force 18 May 1954) 213 UNTS 262 (Protocol 1) art 1.

³⁹ *Appleby* (n 30) paras 10–12.

⁴⁰ *ibid*, para 13.

previously.⁴¹ Instead, they had to collect signatures on a much less trafficked public footpath further away.⁴²

At the time, British common law conferred an ‘unfettered’ right of landowners to decide who was allowed on their property and for what purpose, meaning that Postel was acting entirely within its rights under domestic law.⁴³

The applicants filed a complaint with the ECtHR under articles 10, 11 (freedom of assembly) and 13 (effective remedies), arguing both that the UK had violated its negative obligations under article 10 by transferring the public development to private ownership without ensuring some access for the public for the purposes of canvassing, and that the UK had violated its positive obligation to balance the freedom of the expression of the campaigners against the right to property of Postel in such a way as to ensure some sort of access for the purposes of canvassing.⁴⁴

Conversely, the government argued that no negative obligation was engaged by the fact that they had transferred ownership to Postel prior to the company rejecting the applicants’ wish to use the Galleries for canvassing. Additionally, the government argued that while there was a positive obligation to balance the rights of landowners against speakers, the fact that there was an excess of other avenues to engage the public meant that no violation arose.⁴⁵

The Court rejected the applicants’ argument regarding negative obligations, finding that the transfer of ownership to Postel did not engage any convention rights.⁴⁶ As regarded the question of positive obligations, the Court agreed with both parties that a positive obligation could arise in this area.⁴⁷ It found that the activity undertaken by the applicants concerned an essential public interest. However, it also found that freedom of expression was not unlimited and had to be balanced against countervailing rights.⁴⁸

⁴¹ *ibid*, paras 14–17, 20.

⁴² *ibid*, para 18.

⁴³ *ibid*, paras 22–23.

⁴⁴ *ibid*, paras 33–35.

⁴⁵ *ibid*, paras 36–38.

⁴⁶ *ibid*, para 41.

⁴⁷ *ibid*, para 39 citing *Özgür Gündem v Turkey* ECHR 2000-III 1, paras 42–46 and *Fuentes Bobo v Spain* (2001) 31 EHRR 50, para 38.

⁴⁸ *Appleby* (n 30) para 43.

Referring to comparative law materials from other jurisdictions, it concluded the following:

[Article 10], notwithstanding the acknowledged importance of freedom of expression, *does not bestow any freedom of forum* for the exercise of that right. While it is true that demographic, social, economic and technological developments are changing the ways in which people move around and come into contact with each other, the Court is not persuaded that this requires the automatic creation of rights of entry to private property, or even, necessarily, to all publicly owned property ... *Where, however, the bar on access to property has the effect of preventing any effective exercise of freedom of expression or it can be said that the essence of the right has been destroyed, the Court would not exclude that a positive obligation could arise* for the State to protect the enjoyment of the Convention rights by regulating property rights. A corporate town where the entire municipality is controlled by a private body might be an example.⁴⁹

Because the applicants had alternative avenues to pursue their interests, as evidenced by the fact that they ended up collecting 3,200 letters of support and their own admission that these avenues were at their disposal, the Court did not find that ‘any effective exercise of freedom of expression’ or ‘the essence of the right’ had been restricted and held that there had been no violation of the ECHR.⁵⁰

As is evident from the Court’s own pronouncements in the case, *Appleby* sets a high bar for when states may be obliged to mandate individuals get access to private property.⁵¹ Unless ‘any effective exercise’ of freedom of expression is denied, or ‘the essence of the right has been destroyed’ no such obligation arises.

⁴⁹ *ibid*, para 47 (emphasis added, internal citations omitted).

⁵⁰ *ibid*, paras 48–50. No violation of article 11 was found, referring to the same reasons (para 52). No violation of article 13 was found due to other circumstances not relevant for our purposes (paras 54–57).

⁵¹ The issue of a platform’s negative freedom of expression would presumably only strengthen this high bar and is thus not touched upon here. The article considers the issue in part 5.2.1.

Applying this standard to social media, the fact that any prospective applicant is free to, e.g., move to a different service or set up their own website, means that the obligation will virtually never be engaged. Given the importance the Court has given to internet access,⁵² a complete boycott of a person by *all* platforms, internet service providers and internet infrastructure providers would most likely engage the obligation, but this scenario is so unlikely as to be academic.

This is consistent with the Court's view on access to traditional private media, where it has held that a state's positive obligations under article 10 do not entail that it provides unfettered access to private media except in situations where a legal or factual monopoly on media exists.⁵³

5.1.3 Will the Court Embrace a More Expansive Approach to Freedom of Forum?

As it stands, the case law appears to not support any positive obligations of states to provide access to social media platforms or any other property except in the most extreme and unlikely cases. However, as mentioned in pt. 2, the Court is open to overturning its case law when societal conditions change. Given that public and policy discourse in recent years have centered around the outsized market power of these platforms, would the Court be willing to reconsider the *Appleby* threshold in the area of social media?

There are several reasons to believe that this would be unlikely. First, there's no indication in the Court's practice that *Appleby* is considered bad law. The passage on freedom of forum continues to be cited in newer cases,⁵⁴ albeit mostly

⁵² *Times Newspapers Ltd v UK (Nos 1 and 2)* ECHR 2009-I 377, para 27; *Ahmet Yıldırım v Turkey* ECHR 2012-VI 505, para 67; *Delfi AS* (n 31) paras 110, 133; *Cengiz and Others v Turkey* ECHR 2015-VIII 177, para 52; *Kalda v Estonia* (2016) 42 BHRC 145, para 52; *Jankovskis v Lithuania* App no 21575/08 (ECtHR, 17 January 2017) para 49.

⁵³ *Saliyev v Russia* App no 35016/03 (ECtHR, 21 October 2010) paras 52–53 and the authorities cited therein. Cf Aleksandra Kuczerawy, 'Does Twitter Trump Trump?' (*Verfassungsblog*, 29 January 2021) <<https://verfassungsblog.de/twitter-trump-trump/>> who perhaps deploys a more differentiated application of the freedom of forum doctrine.

⁵⁴ It should be noted that citations to case law might not always indicate that judges were guided by that case law, as the Court's registry is often responsible for drafting judgments

concerning access to non-public governmental premises.⁵⁵ Second, the Court's case law on intermediary liability shows that it might be reluctant to enter into micromanagement of internet policy:

In *Delfi AS v. Estonia*, the Court was seized by an online news portal (Delfi), who had been fined by the Estonian authorities, for not proactively removing comments on a news article which were of an antisemitic nature and contained death threats and incitements to violence.⁵⁶ Delfi argued that the standard of liability, which essentially mandated that Delfi actively monitor every single new comment left on its articles, was in violation of article 10.⁵⁷ Essentially the case turned on whether the state could require proactive monitoring, or whether a so-called 'notice and takedown'-system was sufficient.⁵⁸

The court found that, *in casu*, it was not a violation of Estonia's negative obligations under article 10 to fine the company.⁵⁹ In subsequent commentary, Spano characterized the decision as having taken a stand between two opposing viewpoints on internet regulation: the 'no regulation'-approach promoted by certain technology activists and the total equivalency approach holding that liability etc. should be the same online as offline, concluding that the Court took somewhat of a middle ground.⁶⁰

and finding case law which supports the points made in a judgment. See William Hamilton Byrne, 'Legal Scholarship at Work: An Empirical Analysis of the Use of Theory in the Practice of International Courts and Tribunals' (University of Copenhagen 2020) 115. It might thus be more accurate to say that the precedent is still considered relevant by the Court as an institution.

⁵⁵ *Mariya Alekhina and Others v Russia* (2018) 68 EHRR 14, para 213; *Tuskia and Others v Georgia* App no 14237/07 (ECtHR, 11 October 2018) para 72; *Handzhiyski v Bulgaria* (2021) 73 EHRR 15, para 52; *Ekrem Can and Others v Turkey* App no 10613/10 (ECtHR, 8 March 2022) para 81.

⁵⁶ *Delfi AS* (n 31) paras 11–31.

⁵⁷ *ibid*, paras 66–67, 72–80.

⁵⁸ On the case generally, see Lisl Brunner, 'The Liability of an Online Intermediary for Third Party Content: The Watchdog Becomes the Monitor: Intermediary Liability after *Delfi v Estonia*' (2016) 16 HRL Rev 163; Robert Spano, 'Intermediary Liability for Online User Comments Under the European Convention on Human Rights' (2017) 17 HRL Rev 665.

⁵⁹ *Delfi AS* (n 31) paras 140 ff. See, in particular, paras 140, 159.

⁶⁰ Spano, 'Intermediary Liability for Online User Comments Under the European Convention on Human Rights' (n 58) 667.

However, taking a position on intermediary liability was not without effects.

First, the question arose of how severe anonymous comments needed to be to make intermediary liability permissible. Thus, in *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete*, the Court had to underscore that sanctioning a small website for comments that were simply ‘vulgar’ was not permissible.⁶¹

Second, now that the Court had held that it was *permissible* to apply intermediary liability in certain circumstances, the question inevitably rose of when it was *obligatory* to apply intermediary liability. In subsequent years, the Court was seized multiple times with this very question. In *Pihl*, the applicant complained that the authorities’ refusal to sanction a web portal for an anonymous comment referring to him as a ‘hash-junkie’ was a violation of the states’ positive obligations under article 8 (right to privacy),⁶² and in *Høiness*, the applicant made the same argument concerning anonymous comments of a vulgar and sexist character.⁶³ In both cases, the Court had to reiterate the narrowing of *Delfi* in *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete* to hate speech and incitements to violence.⁶⁴

Delfi and its progeny illustrate why the Court might be reluctant to liberalize the rules on freedom of forum and enter into case-by-case considerations of when a state must mandate user access to a platform. The current ‘effective exercise’/‘essence of the right’ approach of *Appleby* provides a workable high bar akin to the hate speech/violence delimitation of *Delfi*, and it is unlikely that the Court would want to engage in a very fact-specific case-by-case evaluation of user access to platforms.

Given the combination of the current high bar set by *Appleby* and the likely reluctance of the Court to micromanage the question of social media access as evidenced by *Delfi*, it is my conclusion that no positive obligation to mandate user access to social media platforms exist, except in situations which must be

⁶¹ *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete* (n 31) paras 75–77, 91.

⁶² *Pihl* (n 31) paras 2–16, 21.

⁶³ *Høiness* (n 31) paras 5–42, 48.

⁶⁴ *Pihl* (n 31) para 37; *Høiness* (n 31) para 69. The cases were also decided on other grounds, such as states living up to their procedural obligations and acting within their margin of appreciation.

considered purely hypothetical such as total boycotts of a user by all internet actors or a total monopoly on content distribution on the internet.

As an aside, it is worth noting that the *Delfi* line of case law is explicitly based on considerations of the freedom of expression of *platforms* balanced against the right to privacy of the subjects of anonymous comments.^{64a} While there are traces of a general appreciation of the democratic potential of the internet in those cases,^{64b} the rights of the users themselves were not really considered other than through *passim* references.^{64c}

This could indicate that the positive aspect of article 10 is not engaged by private content moderation at all, or that any such engagement is so miniscule as to not be considered in weighing the rights of other parties in cases that tangentially touch upon it. However, I would caution against the former interpretation. *Appleby* is still considered good law, and thus it must be assumed that its principle of article 10 being principally engaged, but setting a high bar for its violation, is still applicable. Also, while it did not consider the rights of users directly, the Court has stated in *Standard Verlagsgesellschaft mbH v Austria (No 3)* – a case about unmasking of anonymous users – that the chilling effect on user speech must be considered when determining whether mandating an online platform reveal their identities violated the *platform's* rights under article 10.^{64d}

While this case was likewise not about user rights directly, it shows that the Court is cognizant of the expressive rights of users themselves, and thus an interpretation that the positive aspect of article 10 is not – principally – engaged in cases of content moderation must be rejected. However, as concluded above, a violation would not be found in virtually all circumstances.

^{64a} *Delfi AS* (n 31) para 118; *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete* (n 31) para 45; *Pihl* (n 31) para 29; *Høiness* (n 31) para 68.

^{64b} In particular *Delfi AS* (n 31) para 110.

^{64c} Eg *ibid* para 44, which concerns user anonymity, not freedom of expression.

^{64d} *Standard Verlagsgesellschaft mbH v Austria (No 3)* App no 39378/15 (ECtHR, 7 December 2021) para 74.

5.2 Negative Obligations: *Can* States Introduce ‘Must Carry’-Obligations?

5.2.1 Negative Freedom of Expression and Compelled Speech

As touched upon in pt. 5.1.1, a state mandating that users be allowed to distribute content via a social media platform restricts that platform’s negative freedom of expression, i.e., the right to not be compelled to speak.

The issue of compelled speech⁶⁵ is most well-developed in U.S. constitutional law,⁶⁶ where compelled speech is seen as a restriction of freedom of speech and thus subject to constitutional scrutiny by the courts. Conversely, according to Harris et al., it remains underdeveloped in ECtHR case law.⁶⁷

Before touching upon the issue of compelled speech in ECtHR case law, I want to address an argument having been made against seeing content moderation as a speech act under U.S. constitutional law, whose logic might be transferred to the ECtHR space.

Langvardt has argued that social media content policies and their application are not protected speech under the free speech provision in the U.S. Constitution.⁶⁸ He first argues *de lege ferenda*, that the speech rights of, e.g., Facebook is ‘overbalanced many times over by the speech interests of its ... users’.⁶⁹ He then argues *de lege lata*, that moderation decisions cannot be seen as protected speech, since that would mean that many determinations made by companies based on what they see as desirable, such as placement of offices, could also be seen as speech since they are expressive of company views.⁷⁰

⁶⁵ Because the term compelled speech is mostly associated with US law, the following switches between ‘compelled speech’ and ‘negative freedom of expression’ or ‘negative freedom of speech’ depending on context. It is referring to the same concept.

⁶⁶ *W Va State Bd of Ed v Barnette*, 319 US 624 (1943), on government mandated saluting of the national flag, is the genesis of the compelled speech doctrine.

⁶⁷ Harris and others (n 34) 595.

⁶⁸ Kyle Langvardt, ‘Platform Speech Governance and the First Amendment: A User-Centered Approach’ (2020) *The Digital Contract: A Lawfare Paper Series*, 4–10 <<https://www.lawfareblog.com/platform-speech-governance-and-first-amendment-user-centered-approach>> last checked 24 May 2022.

⁶⁹ *ibid* 5.

⁷⁰ *ibid* 7

Second, he argues that if Facebook (and presumably other social media) was a state actor, its moderation decisions would not be seen as government speech.⁷¹

The first argument is unconvincing, as content moderation is simply not like choosing a new office space or increasing employee wages.⁷² Text and audiovisual messages are at the *core* of freedom of expression, and therefore the choice to host or not host them are as well.^{72a} The argument might hold more merit regarding more ancillary decisions related to content, but not whether to allow it on a platform or not.

The second argument is also unconvincing, as it completely neglects that most free speech regimes treat government speech completely differently from private speech.⁷³ Therefore, arguments akin to the ones made by Langvardt must be discarded, and restrictions on content moderations must therefore be seen as principally engaging negative freedom of expression.

However, as mentioned, ECtHR practice on compelled speech is extremely limited.⁷⁴ Early Commission practice from the nineties appeared to acknowledge a protection against compelled speech in article 10. In the Commission report in *K v. Austria*, the Commission said that ‘the right to freedom of expression by implication also guarantees a “negative right” not to be compelled to express

⁷¹ *ibid* 8–10.

⁷² *ibid* 7.

^{72a} Since the initial writing of this article, two rulings by US federal appeals courts have brought this issue to the fore. The federated states of Florida and Texas have enacted legislation restricting social media platforms’ ability to moderate content. See Fla Stat §§ 106.072, 287.137, 501.2041; Tex Bus & Com Code §§ 120.001–151; Tex Civ Prac & Rem Code §§ 143A.001–08. In *Netchoice, LLC v Att’y Gen, Florida*, 34 F 4th 1196 (11th Cir 2022), the Florida law was found to partially violate platforms’ right to freedom of speech. In *NetChoice LLC v Paxton*, 49 F 4th 439 (5th Cir 2022) – which has been widely criticized as inconsistent with precedent – no such violation was found. Parties in both cases are in the process of attempting an appeal to the Supreme Court.

⁷³ In the US, acts which would be considered speech if done by private actors could be seen as censorship, and in the ECHR system, government speech is not protected directly. The latter is not strictly due to the substantive aspect of article 10, but the fact that governmental entities cannot be victims under the Convention. See *Municipal Section of Antilly v France* ECHR 1999-VIII 435. A state actor might have success invoking the ECHR before national courts, however.

⁷⁴ ‘[C]ase law on the “negative” right protected under Article 10 is scarce.’ *Gillberg v Sweden* (2012) 34 BHRC 247, para 85.

oneself' subject to the limitations in article 10(2).⁷⁵ However, the case was settled once it reached the Court.⁷⁶ In *Strohal v. Austria*, the Commission accepted the applicant's invocation of this negative right but found the restriction justified.⁷⁷

The issue did not come to the fore again before 2012 in the case of *Gillberg v. Sweden*. The case concerned a professor of adolescent psychiatry who had conducted a research project on ADHD and DAMP over a period of 15 years. According to the applicant, he had promised participants that the study data would be kept confidential. Ten years after the study, two people wished to get access to the study materials, a request which was in the final instance granted by the administrative courts. However, the applicant refused to grant access to the locker where the files were stored, and they were ultimately destroyed by his colleagues. He was subsequently prosecuted and convicted for misuse of office.⁷⁸

In deciding the question of whether the criminal prosecution violated article 10, the Court did not unequivocally affirm the Commission case law, but instead said that it 'does not rule out that a negative right to freedom of expression is protected under Article 10 of the Convention, but finds that this issue should be properly addressed in the circumstances of a given case.'⁷⁹ In the specific case, where the property rights belonged to the University where the study was conducted, and the people requesting access had a countervailing right to access public documents under article 10, no violation was found.⁸⁰

A clearer affirmation of negative freedom of expression came four years later in *Semir Güzel v. Turkey*.⁸¹ The case concerned a chairman of a meeting of a

⁷⁵ *K v Austria* App no 16002/90 (Commission Report, 13 October 1992) para 45. It should be noted that the issue of negative freedom of expression had been touched upon in the area of refusing to give evidence before this, but the argument was rejected. *Ezelin v France* (1991) Series A no 202, para 33.

⁷⁶ *K v Austria* (1993) Series A no 255-B.

⁷⁷ *Strohal v Austria* App no 20871/92 (Commission Decision, 7 April 1994) 'The Law', para 2.

⁷⁸ *Gillberg* (n 74) paras 9–38.

⁷⁹ *ibid*, para 86.

⁸⁰ *ibid*, paras 85–94.

⁸¹ *Semir Güzel v Turkey* App no 29483/09 (ECtHR, 13 September 2016).

political party who was sanctioned for not interfering when participants in the meeting started speaking in Kurdish.⁸²

In *Semir Güzel* the Court explicitly affirmed that ‘the Convention organs have ... considered that the right to freedom of expression by implication also guarantees a “negative right” not to be compelled to express oneself.’⁸³ However, it also qualified the assessment by stating that ‘in deciding whether a certain act or form of conduct falls within the ambit of Article 10 of the Convention, an assessment must be made of the *nature of the act or conduct in question*, in particular of *its expressive character* seen from an objective point of view, as well as of the *purpose or the intention* of the person performing the act or engaging in the conduct in question.’⁸⁴ *In casu*, the Court found that the decision by the chairman not to intervene could be seen as expressive, and that article 10 was therefore engaged.⁸⁵

In light of the above, it appears that article 10 does entail a negative freedom of expression, but that any refusal to speak (or in this case host content) must have some sort of expressive purpose. One might ask whether the automatic nature of most of the content removal on social media platforms lives up to this requirement.⁸⁶ However, I would argue that, if it can be substantiated that a removal is motivated by normative values regarding content,⁸⁷ such as not wanting to host violent, abusive or sexual content, even if it’s legal, a content moderation decision can still be seen as expressive.

In conclusion, introducing ‘must carry’-obligations regarding content which social media platforms find disagreeable will – at least in some cases – constitute a restriction of the right to negative freedom of expression under article 10. Because of the sparse case law on negative freedom of expression, it is difficult to make an isolated assessment of the factors involved in determining whether any

⁸² *ibid*, paras 7–8.

⁸³ *ibid*, para 27 (internal citations omitted).

⁸⁴ *ibid*, para 28.

⁸⁵ *ibid*, para 29.

⁸⁶ At this point it should be acknowledged that a different, less platform-friendly reading of the Court’s holding in *Semir Güzel* than the one I advance below could support Langvardt’s first argument. See the text accompanying n 70.

⁸⁷ According to Klonick, platforms are guided by normative values when moderating speech. Klonick (n 2) 1618–22.

restriction would be deemed permissible under article 10(2). However, most of the considerations advanced below in pt. 5.2.2 regarding article P1-1, would likely apply to article 10(2) as well, albeit with a stricter proportionality assessment. A final analysis is conducted in pt. 5.2.3.

5.2.2 Property Rights

As evidenced by the Court's holding regarding public access to private property in *Appleby*, it seems safe to assume that a 'must carry'-restriction would constitute a restriction of platforms' property rights under article P1-1.

Article P1-1 contains three limbs concerning state intervention in property rights.⁸⁸ States might expropriate property ('deprived of his possessions'⁸⁹) or 'control the use of property' in accordance with the general interest or for tax purposes.⁹⁰ State conduct which falls short of these restrictions might still constitute restrictions on peaceful enjoyment of property.⁹¹ However, expropriation and control of use of property also constitute restrictions on peaceful use.⁹²

Mandating that third parties should be allowed access to, and use of private property falls under the limb of control of the use of property. Analogies can be drawn to protected tenancy schemes, which also limit property owners' ability to refuse access to their property.⁹³

Despite nominally containing different standards for the permissiveness of restrictions, in practice, all article P1-1 restrictions are subjected to a fair balance test.⁹⁴ However, the weighing of factors in the balancing test varies depending on what type of restriction is referred to.⁹⁵ In addition to the fair balance test, control of property must pursue a legitimate aim and be lawful – both in the

⁸⁸ *Sporrong and Lönnroth v Sweden* (1982) Series A no 52, para 61.

⁸⁹ Protocol 1, art 1, 1st paragraph, 2nd sentence.

⁹⁰ *ibid*, art 1, 2nd paragraph.

⁹¹ *ibid*, art 1, 1st paragraph, 1st sentence. It follows from *Sporrong and Lönnroth* that recourse to restriction of peaceful enjoyment as a ground of restriction is subsidiary to the other two. Harris and others (n 34) 863.

⁹² *James and Others v UK* (1986) Series A no 123, para 37.

⁹³ *Statileo v Croatia* App no 12027/10 (ECtHR, 10 July 2014) para 117.

⁹⁴ Harris and others (n 34) 863–64.

⁹⁵ *ibid* 864–65.

sense of having a formal legal basis and living up to standards of accessibility, precision and foreseeability.⁹⁶

As regards the question of a legitimate aim, it is not difficult to imagine various grounds for introducing a ‘must carry’-obligation, at least for larger platforms. Considerations of promoting robust public debate,⁹⁷ ensuring a plurality of views⁹⁸ or – in certain cases – reducing monopoly-like effects,⁹⁹ would all satisfy the criteria of a legitimate aim. According to Harris et al., the Court does not subject the invoked legitimate aim to strict scrutiny,¹⁰⁰ and thus, if the aim is sincere, it would most likely satisfy the requirements of article P1-1.

As regards the question of legality, it is difficult to say anything in the abstract. However, it is clear that when identifying *who* legislation applies to, and *what* obligations are incumbent on them, recourse to broad terms like ‘social media platform’, ‘large market share’, ‘dominant’ and ‘due regard for freedom of expression’ etc., runs the risk of falling afoul of the precision and foreseeability requirement. While the ECHR’s quality of law-requirement is not a requirement of absolute certainty,¹⁰¹ more specific definitions of what a platform is, how large a market share it must have, as well as its obligations under the law, improves the chance of the law living up to the requirement of legality.

Finally, there is the question of a fair balance. States are generally given a wide margin of appreciation in this area, and the principal argument for a measure being in violation of article P1-1 is whether an applicant bears an ‘individual and excessive burden’.¹⁰² This leads to two principal considerations:

⁹⁶ *ibid* 865–69. This conception of legality is sometimes referred to as quality of law.

⁹⁷ The interest of promoting public debate runs through the totality of article 10 case law. See, eg, in the area of freedom of information, *Társaság a Szabadságjogokért v Hungary* (2009) 53 EHRR 3, para 27; *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes v Austria* (2013) 36 BHRC 697, para 36.

⁹⁸ *Melnychuk v Ukraine* ECHR 2005-IX 397, 406. See also, *mutatis mutandis*, *Manole and Others v Moldova* ECHR 2009-IV 213, para 100.

⁹⁹ *Mutatis mutandis*, *Manole and Others* (n 98) paras 98–99; *Centro Europa 7 SRL and Di Stefano v Italy* ECHR 2012-III 339, para 134.

¹⁰⁰ Harris and others (n 34) 866 citing *Ambruosi v Italy* (2000) 35 EHRR 125, para 28.

¹⁰¹ *Sunday Times v UK* (1979) Series A no 30, para 49.

¹⁰² Harris and others (n 34) 863 citing *Sporrong and Lönnroth* (n 88) para 73.

First, it is likely that a blanket ‘must carry’-obligation for all social media platforms regardless of their size, governance structure or thematic scope, would be seen as excessively burdensome in some cases. For example, if a law viewed a small volunteer-run community with 500 users as covered by the law, it would be burdensome to introduce stringent limits on moderation considering the limited economic and personal resources available to that community. Similarly, such an obligation for a community with very explicit thematic delimitations – not just general conduct guidelines – for instance a platform dedicated only to discussion of a certain TV-show, would be disproportionate seeing as there is a limited need under the legitimate aims listed above to interfere with them.

Second, it is likely that very stringent requirements, such as carrying all legal content, would be disproportionate, as this would virtually take away all agency given to a platform, which would go above what legitimate aims of monopoly controls and furthering public debate can justify, and also not facilitate furthering of public debate or similar, as it would risk creating a hostile environment. In this context, it is worth noting that content which is not illegal under domestic law can still engage obligations under the Convention.¹⁰³

In conclusion, while the requirements of legality and legitimate aim should be easy to satisfy, any law introducing ‘must carry’-obligations must be sufficiently and clearly delimited to be in accordance with article P1-1. Namely, the law must be limited to market actors of a certain size, and probably also thematic breadth, and any requirements made of the platforms must be circumscribed by the legitimate aims, and thus a total prohibition on removing legal content would be excessive.

However, the question remains of what the limits of these required delimitations are.

¹⁰³ See *Beizaras v Lithuania* (2020) 71 EHRR 28, where hateful anti-LGBT internet comments which were deemed not to be illegal by a national prosecutor still engaged the positive obligations of the state under article 8.

5.2.3 The Proportionality Assessment, Margin of Appreciation, and the ‘Procedural Turn’

Pt. 5.2.2 gave a broad overview of what article P1-1, and most likely article 10(2), requires of any law mandating ‘must carry’-obligations. However, as with most assessments of proportionality under the ECHR, it is difficult to say anything more specific about where the ECtHR would draw the line.¹⁰⁴

In this context, it is worth looking at the broader institutional developments at the ECtHR in recent years. It has been argued by commentators that, from the first half of the 2010’s forward, the ECtHR has been willing to give a larger margin of appreciation to states in situations where it is evident that the national decision-maker has conducted a loyal and thorough weighing of all relevant human rights considerations related to the decision (the ‘procedural turn’).¹⁰⁵ This applies both to decisions in concrete cases,¹⁰⁶ and the legislative process.¹⁰⁷

This development is evidenced by the Court’s judgment in *Animal Defenders v. UK*, which concerned a blanket ban on political advertising. The applicant contended that such a ban was a violation of article 10, with reference to the Court’s judgment in *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, which had found a similar Swiss ban to be in violation of the Convention.¹⁰⁸ However, in *Animal Defenders*, the Court found that, despite the fact that the margin of appreciation was – in principle – narrow due to the fact that the restriction concerned political debate, due regard had to be given to the fact that both the UK legislator and the UK courts had carefully considered the implications of *VgT* and why – in their view – the UK rule was Convention compliant. Taking this into account, and because there was no European consensus on the question,

¹⁰⁴ Jonas Christoffersen, ‘Menneskerettens proportionalitetsprincip’ [2015] UfR 115, 116 and the sources cited in fns 8–9.

¹⁰⁵ Spano, ‘Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity’ (n 12) 497–99; Mikael Rask Madsen, ‘The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash’ (2016) 79 LCP 141, 171; Cumber and Lewis (n 12) 611–12 and the sources cited in fn 1.

¹⁰⁶ *Savran v Denmark* App no 57467/15 (ECtHR, 7 December 2021) para 189.

¹⁰⁷ *Animal Defenders* (n 32) paras 108–10, 113–16.

¹⁰⁸ *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland* ECHR 2001-VI 243.

the Court found that the prohibition on political advertising was not in violation of the Convention.¹⁰⁹

What *Animal Defenders* and subsequent case law shows, is that when the national legislator performs a thorough, reasoned, and loyal assessment of the human rights implications of legislation, and the Courts do the same, the relevant law will be subject to less strict scrutiny in Strasbourg.

Thus, considering the previous sections, it is likely that any *well-reasoned* delimitation of a ‘must carry’-obligation, which is sufficiently precise, limits itself to somewhat large market players and does not introduce a total prohibition on taking down legal content, would survive scrutiny by the Court.¹¹⁰

6. Is a ‘Structural Turn’ or New Duty Bearers Necessary in the Area of Content Moderation?

To sum up the preceding sections, the ECHR does not *require* that states introduce ‘must carry’-obligations for social media companies, but it probably *allows* for such obligations to be introduced by the national legislator, provided that they are sufficiently circumscribed. With this in mind, is a further ‘structural turn’ or the addition of new duty bearers necessary in this area?¹¹¹

This of course largely depends on how one sees the desirability of state intervention in this area. The present article does not take a stand on whether introducing ‘must carry’-obligations is a good idea,¹¹² but assumes that a proponent of a structural approach to IHRL might think so.

¹⁰⁹ *Animal Defenders* (n 32) paras 102–25.

¹¹⁰ In the same direction, Sander, ‘Democratic Disruption in the Age of Social Media’ (n 7) 168–69.

¹¹¹ To avoid wordiness, the following simply refers to the structural turn as encompassing both.

¹¹² There are cogent normative arguments against such an obligation. See, eg, concerning an obligation to host all legal content, Masnick (n 29); Berin Szoka and Ari Cohn, ‘Musk, Twitter, Why The First Amendment Can’t Resolve Content Moderation (Part I)’ (*Techdirt*, 4 May 2022) <<https://www.techdirt.com/2022/05/04/musk-twitter-why-the-first-amendment-cant-resolve-content-moderation-part-i/>> last checked 24 May 2022. However, as Facebook’s own practice shows, it is possible to use IHRL as a guiding

With this viewpoint in mind, is it sufficient that the ECHR *allows* for intervention in this area, or should European human rights law proactively take into account market power and mandate such intervention or view social media companies as duty bearers?¹¹³ The normative priors for this question will most likely be influenced by whether one considers states to be sufficiently proactive within the space left to them by the ECtHR.

One perception, which could be labeled the ‘proactive structural turn’, views the allowance of state intervention by IHRL as insufficient, as the rules of IHRL should themselves proactively regulate market power. While not a full-throated example of this, Kapczynski’s argument that IHRL should take into account the market power of pharmaceutical companies approaches this direction.¹¹⁴

Another perception, which could be labeled the ‘permissive structural turn’, views the allowance of state permission as sufficient, as it is then up to states to introduce the regulation, they deem necessary. This is essentially the approach of the ECtHR in *Animal Defenders* and thus the status quo.

The proactive structural turn seems attractive at first glance. After all, introducing what is essentially a continent-spanning minimum regulatory rule – either as a positive obligation or as directly applying to social media companies – through IHRL, could be a powerful counterweight against the influence of large tech companies. However, I would argue that the permissive structural turn is preferable.

My view is informed by the same considerations which I argued would make the Court reticent to extend the freedom of forum doctrine.¹¹⁵ Essentially, human rights are designed to be minimum standards, and in their practical

principle for content moderation decisions. See, most recently at the time of writing, Case decision 2021-016-FB-FBR (Oversight Board, 1 February 2022) pt 4 <<https://oversightboard.com/decision/FB-P9PR9RSA/>> last checked 24 May 2022. But see Barrie Sander, ‘Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: The Promise and Pitfalls of a Human Rights-Based Approach to Content Moderation’ (2020) 43 *Fordham Int’l LJ* 939, 968 ff.

¹¹³ In essence, whether the space between the proverbial floor and ceiling of the ECHR needs to be narrower than it is. Federico Fabbrini, *Fundamental Rights in Europe* (OUP 2014) 37–38.

¹¹⁴ Kapczynski (n 6).

¹¹⁵ See pt 5.1.3.

application by the ECtHR, it has been acknowledged that states need a certain room for maneuver in their implementation. A detailed regulation of content moderation via positive obligations would essentially entail the ECtHR becoming more akin to a court like the Court of Justice of the European Union, which interprets regular legislation concerning content providers. This is not the role envisioned for the ECtHR, and the ECHR is a poor instrument on which to base such detailed regulations.

A secondary consideration is that there might very well be many ways of implementing ‘must carry’-obligations with various benefits and drawbacks, and which take into account local interests. Superseding these by introducing a rigid ‘must carry’-obligation via positive obligations would prevent potential constructive developments in this area. I realize that this is an argument to subsidiarity, which might not convince opponents of the procedural turn in the Court’s case law. It is also akin to the ‘laboratories of democracy’ concept from U.S. constitutional law,¹¹⁶ which has been criticized for leading to a regulatory race to the bottom in some contexts.¹¹⁷ However, I do not believe the latter criticism is justified, considering that a European consensus seems to be emerging in favor of regulating tech giants. Additionally, harmonization can be achieved in other ways than directly through human rights treaties, which the EU Digital Services Act shows.¹¹⁸

Thus, in my view, the ECHR – through its permissive view of government intervention in this area – sufficiently addresses the concern of proponents of the structural turn in IHRL. It is, in fact, quite structuralist already. However, the present article only investigates a small part of IHRL and should not be taken as saying that a more structural approach to IHRL in other areas, such as the one proposed by Kapzcynski, is not warranted.

7. Conclusion

In this article, I wished to investigate the merits of a proposed structural reorientation of IHRL by analyzing the issue of freedom of forum vis-à-vis social

¹¹⁶ *New State Ice Co v Liebmann*, 285 US 262, 311 (1932).

¹¹⁷ *Liggett Co v Lee*, 288 US 517, 559 (1933) (Brandeis J, dissenting).

¹¹⁸ Reg (EU) 2022/2065 (n 28).

media under the ECHR, by asking whether the ECtHR provides an effective legal basis for the protection of freedom of expression in the area of social media content moderation. Through my analysis of ECtHR case law, I found that current case law does not support a positive obligation to introduce ‘must carry’-obligations except in exceptional circumstances, and that it is unlikely that this case law will change. However, my analysis of the case law on negative freedom of expression, property rights, and the ‘procedural turn’ of the ECtHR led to a conclusion that states are free to introduce ‘must carry’-obligations (within certain limits), should they wish to do so. I argued that ECHR law – at least as it stands in this limited area – is sufficiently structuralist already, in that it largely allows states to intervene against social media market power in the way they see fit.

Thus, the answer to the research question posed at the beginning must be that the ECtHR *does* provide an effective legal basis for the protection of freedom of expression in the area of social media content moderation, so long as states utilize the room for maneuver given to them.

Mass Surveillance and the Right to Privacy

The approach of the European Court of Human Rights on Surveillance and the Right to Privacy

Elena-Mathilde Heiring*

This paper examines the development of the European Court of Human Rights (ECtHR) case law on the area of mass surveillance and bulk interception. First, by assessing what is enshrined within the right to privacy and what concerns are to be approached by the legislators and legal entities such as the ECtHR. The privacy concerns in the digital age concerning mass surveillance are presented briefly to map out why it is essential for the ECtHR to progress in its jurisprudence. To analyse and discuss the ECtHR's development concurrently with the advancements of technology, its early case law is explored and later the most recent case law of the past decade. The paper then critically analyses the ECtHR's recent findings of safeguards towards mass surveillance of communications in the case of *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*. It then concludes that the ECtHR's assessment provides proper standards in relation to mass surveillance but fails to approach whether the States' benefits of bulk interception in the form of national security outweigh the invasion of privacy of the affected individuals.

1. Introduction

Technology is a push for positive change in society, but the more we depend on it, the more data we generate. That is why the privacy of one's personal data has become such a critical concern; while users demand it, governments enforce it, and companies apply it to their strategies. The increased digitalisation of our

* LLM Student, University of Copenhagen [elenamheiring@gmail.com]

daily lives has a significant effect on the protection and respect of our Human Rights.

After the events of 9/11 and subsequent attacks in Europe, mass surveillance was enacted to protect Western democracies from the prominent threat of terrorism. As the surveillance of citizens and modern technologies continue to develop and introduce new opportunities and risks, which is far from a novel fact, it is crucial for Article 8 to remain relevant and capable of responding to increasingly complex capabilities. Hence it is strictly necessary for the ECtHR to similarly enhance the principles and minimum safeguards set forward by its caselaw. The ECtHR has developed an important set of principles and minimum safeguards to govern secret surveillance of communications in its case law on Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR). These safeguards have played an essential role in shaping data privacy standards within Europe. This paper explains the standards of the right to privacy within the ECHR and then critically examines the development of the ECtHR's approach to the principles and safeguards posed by Article 8 ECHR. The last section provides an assessment on how the ECtHR has applied these data privacy standards specifically to secret surveillance measures.

2. Research Question

How does the European Court of Human Rights case law impact the human right to privacy, and in what way does it provide an adequate legal basis for the protection of the right to privacy in the online world?

3. Methodology

The paper aims to thoroughly examine the current human rights protection of privacy online, focused on the practice of the ECtHR. Furthermore, it will provide an in-depth discussion of the efficiency of the current ECtHR case law on surveillance and possible remedies. For this study, a literature review via desk research was conducted as the primary step by reading books, journal articles, and other online sources. This review aims to map the law consisting of the relevant legal instruments and relevant case law. A further examination of these human rights laws and cases requires the legal doctrinal method. The doctrinal method aims to gather, organise, and describe the current legal framework. Once

the relevant human rights rules are known, the paper can identify ambiguities, criticisms, and solutions. Additionally, qualitative legal research aims to untangle the workings of legal, social, and cultural processes, which is highly relevant to the paper's focus on how surveillance may continuously breach the human rights of individuals.

4. The Human Right to Privacy

4.1 Standards of the Human Right to Privacy

The right to privacy is a universal human right protected in several international, regional, and national laws, conventions, and treaties. Most notably, it is enshrined in one of the foundations of international human rights law; Article 12 of the United Nations Universal Declaration of Human Rights (UDHR),

No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.¹

Similarly, Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) mentions the protection of the right to privacy and Article 8 of the ECHR which will be discussed further in this paper.²

The right to privacy enables individuals to create their own private space and protects them from any unjustified and unwarranted interference or disturbance in their lives.

Although there is no universal notion of the human right to privacy, it is often associated with the ability to exercise control over one's personal information and generally protects against arbitrary and unjustified use of power by States. As a general principle, human rights are universal, and interpretations

¹ Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948) (UDHR), art. 12.

² International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) (ICCPR), art. 17; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), art. 8.

by expert bodies and national courts have eventually generated a relatively consistent frame of international law on the right to privacy. However, the need for understanding and clarity of the human right to privacy is growing rapidly in response to individuals being increasingly connected to the online world, in which data gradually travels national boundaries. As the need to develop the standards of the right to privacy grows, the question becomes; where should the protection of the human right to privacy online go from here? This paper will solemnly examine the right to privacy in the scope of the ECHR.

4.2 Concerns about the Human Right to Privacy Online

Mass surveillance can subject people to indiscriminate monitoring while interfering with people's right to privacy, and the rights that privacy enables, such as the freedom of expression. The Snowden revelations in 2013 demonstrated an extraordinary scale of government mass surveillance programmes; surveillance programmes which constituted an intrusion into private lives all over the world. These revelations of the intrusive governance surveillance caused the frameworks for lawful access to be pressured and revealed the need of a rigorous internationally coordinated update. The reveal of details about the usage of pervasive surveillance technology only heightened anxieties about the loss of privacy. The first United Nations Human Rights Council (UNHRC) report on digital privacy after the Snowden revelations noted that:

digital platforms were vulnerable to surveillance, interception and data collection [...] Surveillance practices could have a very real impact on people's human rights, including their rights to privacy [and] to freedom of expression [...] In particular, information collected through digital surveillance had been used to target dissidents and there were credible reports suggesting that digital technologies had been used to gather information that led to torture and other forms of ill treatment.³

³ Human Rights Council, *Summary of the Human Rights Council panel discussion on the right to privacy in the digital age* (2014), page 3, para. 6.

The UNHRC report provides examples of the risks posed by surveillance technologies and underlines the newfound importance of protecting the right to privacy in order to protect other political freedoms.

The years following the Snowden revelations have been highly focused on how to protect the right to privacy online as well as offline, however, the Office of the High Commissioner argued in a UN special rapporteur in 2018 that it is impossible to protect the same rights online as are a given offline; “when dealing with technologies such as the internet, it is simplistic and naïve to be content with a statement that ‘whatever is protected offline is protected online’”.⁴ Nonetheless, the UNHRC stated in its latest report in 2021 that “the same rights that people have offline must also be protected online, including the right to privacy”.⁵

They additionally note that the increasingly obscure limit between the offline and online space can affect the individual’s right to privacy; hence breaches of privacy online may have a severe effect even on the individual’s rights offline.⁶ This clearly shows how existing human rights are becoming relevant for the whole extent of human activity online.

The discussion proceeds to legal literature, and certain scholars have argued that the current international human rights framework is no longer designed to deal with the scenarios we face online. For example, Shany and Dror-Shpoliansky argue that cyberspace’s unique features raise the question of whether extending offline human rights to the online world is desirable.⁷ One of the reasons is that non-state actors play a significant role in constructing and operating within cyberspace, whereas States occupy the physical space in which the current human rights framework was created.⁸ Hence new interests and needs present themselves, and the previous challenges of the offline world will evolve into new implications

⁴ Special Rapporteur on the Right to Privacy, *Report on Security and Surveillance* (2018), page 25, para. 6.

⁵ Human Rights Council, *Resolution on right to privacy in the digital age* (2021), page 2.

⁶ Human Rights Council, *Resolution on right to privacy in the digital age* (2021), page 2.

⁷ Dror-Shpoliansky, D. and Shany, Y. “*End as we Know it*”, page 33.

⁸ *Ibid.*, page 4.

While mass surveillance is not a new concept, it has evolved rapidly over the years, which has led to an industry focused on technological advancements designed for the purpose of mass surveillance. One of the most recent examples is the automation of face recognition that has been suggested in public spaces for optimising, for example, border control.⁹ The European Parliament raises concerns about the risk of discrimination and surveillance of people who are not suspected of a crime.¹⁰ It is evident that embracing technology in a responsible way is essential for the protection of the right to privacy.

5. The European Convention on Human Rights and the Right to Privacy

5.1 Scope of Article 8(1) of the European Convention on Human Rights

The ECtHR was created following the Second World War to guarantee the safeguard of certain rights and freedoms of the ECHR.¹¹ Article 8 of the Convention places an obligation on the contracting States to respect and protect specific personal interests and is written down as follows:¹²

- (1) Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
- (2) There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.¹³

⁹ Glusac, E. “*What You Need to Know About Facial Recognition at Airports*” (2022).

¹⁰ European Parliament Press Release, “*Use of artificial intelligence by the police: MEP oppose mass surveillance*” (2021).

¹¹ Harris et al. “*Law of the European Convention on Human Rights*” (2018), pages 3–4.

¹² *Ibid*, page 501.

¹³ ECHR, *supra* note 2, Article 8.

The framework on the freedom of privacy is summarised in the first section of article 8, by which the freedom protects an individual's private life, family life, home, and confidentiality of correspondence. However, like certain other rights under the ECHR, the second paragraph clearly states that the right to respect for private life is not absolute, and public authorities may intervene within specific requirements. The right to private life is a notion too broad to define fully, which is illustrated through the dynamic interpretation of Article 8 by the ECtHR.¹⁴ The Court has interpreted the scope broadly under Article 8(1), considering social and technological developments to keep up to date with the emerging technologies and surveillance practices.¹⁵ In the 1976 case *X v Iceland*, the Commission explained that the right to private life was not limited to privacy but also included the “right to establish and to develop relationships with other human beings, especially in the emotional field for the development and fulfilment of one's own personality”.¹⁶ Following the Commission's explanation in the 1976 case, the Court similarly stated in *Niemietz v Germany* which concerned the search of a lawyer's office, that “[...] it would be too restrictive to limit the notion to an ‘inner circle’ in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings.”¹⁷ Consequently, the claims within Article 8 include any place where an individual's interaction with others is affected.¹⁸

The ECtHR guide on Article 8 provides three categories within the definition of “private life”. First is the category of “physical, psychological or moral integrity”, which includes issues such as victims of violence, forced medical treatment, reproductive rights, sexual life or orientation, and professional

¹⁴ See for example the Court's statement in *Costello-Roberts v. the United Kingdom* (1993), para. 36.

¹⁵ See for example *X v Germany* (1981), in which Article 8 was applied to a complaint regarding preservation of a police file, and thereby raised an issue of data protection. It was ruled to be within the broad scope of Article 8 ECHR, page 107.

¹⁶ *X v Iceland* (1976), page 87, para. 5.

¹⁷ *Niemietz v. Germany* (1992), para. 29.

¹⁸ Harris et al, *supra* note 11, page 504.

activities.¹⁹ The second category is “identity and autonomy”, which includes the right to personal development and autonomy, religious and philosophical convictions, gender identity, and ethnic identity.²⁰ Last is the category that incorporates the right to “privacy”, concerning the right to one’s photographs and image, protection of individual reputation and defamation, data protection, and access to personal information.²¹ Privacy is the central aspect of this paper and will be examined below within the caselaw of the ECtHR.

5.2 Negative Obligations under Article 8 of the Convention

Article 8 of ECHR imposes both positive and negative obligations; hence the approach of the ECtHR depends on which type of obligation arises.²² The positive obligation requires that the States take positive steps to protect the rights guaranteed under Article 8(1); however, it will not be treated further in this paper as it is of minimal relevance to the analysis of the ECtHR’s approach to Article 8.

The latter imposes an obligation on States to avoid interference with any rights protected under Article 8 unless the conditions for justifying an interference are fulfilled. Most of the legal cases brought against surveillance measures under Article 8 concern negative obligations and are thus subject to a two-stage test.²³ The first stage considers whether the complaint is within the scope of Article 8(1). If the alleged interference is covered by Article 8(1), the Court will then examine whether the interference meets the conditions of Article 8(2). It is important to note that under the rule of law, governmental powers are limited by law and may be exercised only based on law, which provides that in order for a state to interfere with a user’s privacy legally, the actions must meet

¹⁹ The ECtHR, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights* (2021), page 30, para. 104.

²⁰ *Ibid*, page 60, para. 243.

²¹ *Ibid*, pages 44-51.

²² Akandji-Kombe, J-F. “*Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*”, page 10.

²³ Roagna, I. “*Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights*”, page 10; see also Feldman “*Civil Liberties and Human Rights*”, page 665-667.

the terms of legality, necessity and proportionality. These requirements are written down in Article 8(2) of ECHR and Article 52 of the European Charter and are additionally confirmed in various cases by the ECtHR.²⁴ The three conditions of Article 8(2) are cumulative and must be complied with for a State to interfere. Since these requirements are cumulative, a failure to meet one of the three is enough to cause a violation of Article 8.²⁵ The first condition is the requirement of legality; any State intervention must be “in accordance with law”.²⁶ Additionally, the legislation must contain foreseeability and accessibility as safeguards against arbitrariness in implementation.²⁷ Secondly, the intervention must pursue one of the several legitimate aims identified under Article 8(2). Finally, the measure must be proportional and “necessary in a democratic society”; nevertheless, adequate measures against abuse are still required.²⁸ When it comes to defining the margins of necessity, national authorities are granted a bit of leeway, as some cases can be very complex and sensitive; hence the national authorities may have a better position to evaluate each case in their circumstances and ascertain what direction is proper.²⁹ A further assessment of the necessity requirements will be examined below.

6. Case Law of the European Court of Human Rights on the Right to Privacy

6.1 Early Case Law

The ECtHR has gradually laid down specific requirements for contracting States’ legal regimes to minimise the risk of arbitrary use of power. For example, in the landmark case *Klass v Germany* the Court found that the contested

²⁴ Council of the European Union, *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, article 52; For rule of law cases see for example *Vavříčka and Others v The Czech Republic*, para. 271 and *Big Brother Watch v United Kingdom* (2021), para. 332.

²⁵ Harris et al, *supra* note 11, page 511.

²⁶ Roagna, *supra* note 23, page 11.

²⁷ ECtHR, *supra* note 19, para. 11, para. 18, and page 137, para. 629.

²⁸ The requirement of “necessary in a democratic society” was underlined by the ECtHR in *Zakharov v. Russia* (2015), para. 232.

²⁹ *Weber Saravia v Germany* (2006), para. 106.

domestic legislation founded a system of surveillance under which the communications of all individuals could be monitored. In other words, the Court established early in its caselaw that the scope of Article 8 ECHR included the rights of all those whose communications were monitored and who were not the primary focus of the surveillance.

As a result, an individual may claim to be the victim of secret surveillance based on its mere existence or on legislation permitting surveillance without having to provide evidence that such measures were applied to them. However, a complainant will have to establish a reason as to why such measures *may* apply to them and whether there has been an interference with their rights due to the possible threats posed by secret measures.³⁰ The Court later clarified in *Zakharov v Russia* that this possibility only applies in cases with no domestic remedies.³¹ Recognising this status under Article 8 ECHR is ever more important given the significantly increasing use of bulk collection and surveillance regimes. The focus on adequate safeguards against abuse of power appeared in the two parallel cases of *Kruslin* and *Huvig*, in which the Court concluded that only some safeguards were provided for in law; hence the system did not provide adequate safeguards.³² A few of the reasons cited by the Court concerned unclarity in the categories of people liable to have their phones tapped, absence of a limit on the duration of phone tapping, and unclarity about under what circumstance the recordings must be erased. The Court has continuously highlighted the requirements of the law to scrutinise surveillance.³³

6.2 Recent Case Law

Following the legal and political fallout of the Snowden revelations, data retention and surveillance regimes have been subject to challenge and reform. An essential step in the ECtHR's practice was taken in 2015 in the judgment of *Zakharov v Russia* which revolved around secret surveillance of selected persons or groups. The Court made it clear that in cases of secret surveillance, where people generally are not aware that data gathering activities are targeting them,

³⁰ Harris et al, *supra* note 11, page 533.

³¹ *Ibid*, page 534.

³² *Kruslin v France* (1990), para. 45; and *Huvig v France* (1990), para. 34.

³³ See for example *Weber and Saravia v Germany*, *supra* note 29, paras. 94-95.

the principle of rejecting *in abstracto* claims could no longer be upheld.³⁴ Hence applicants may still claim to be victims of an interference violating Article 8 ECHR due to the mere existence of the surveillance practice without having to prove that such measures were applied to them. The Court clarified the importance of this measure with the following statement in the *Zakharov* case:

in such circumstances the threat of surveillance can be claimed in itself to restrict free communication [...], thereby constituting for all users, or potential users, a direct interference with the right guaranteed by Article 8. There is therefore a greater need for scrutiny by the Court, and an exception to the rule denying individuals the right to challenge a law in abstracto is justified. In such cases the individual does not need to demonstrate the existence of any risk that secret surveillance measures were applied to him.³⁵

However, in cases where no exact period for review is specified, when the law and practice are examined *in abstracto*, the ECtHR Grand Chamber specified that the Court could not be expected to assess the “compatibility with the Convention before and after every single legislative amendment”.³⁶ When the Court is examining bulk interception regimes *in abstracto*, and not how the laws have been applied at the material time, it primarily looks at the quality of the domestic regulatory framework without analysing its application in the specific case at hand.

The recent Grand Chamber judgment of *Big Brother Watch v United Kingdom* is highly relevant when mapping the scope of Article 8 ECHR. This case, as opposed to the *Zakharov* case, revolved around mass surveillance regimes, and while the claimant in *Zakharov* was a natural person, the *Big Brother Watch* case included both legal and natural persons. In both cases, the minimum

³⁴ *Zakharov v Russia*, *supra* note 28, para. 171.

³⁵ *Ibid*, para. 171; See also the continued statement: “By contrast, if the national system provides for effective remedies, a widespread suspicion of abuse is more difficult to justify. In such cases, the individual may claim to be a victim of a violation occasioned by the mere existence of secret measures or of legislation permitting secret measures only if he is able to show that, due to his personal situation, he is potentially at risk of being subjected to such measures.”

³⁶ *Centrum för Rättvisa v Sweden* (2021), para. 150.

requirements of the law are linked to the requirement of “in accordance with the law” and particularly to the preamble of the ECHR, in which the requirements of proportionality and necessity in a democratic society are outlined:

The “quality of law” in this sense implies that the domestic law must not only be accessible and foreseeable in its application, it must also ensure that secret surveillance measures are applied only when “necessary in a democratic society”, in particular by providing for adequate and effective safeguards and guarantees against abuse.³⁷

The Court follows this statement by outlining the minimum requirements set out to avoid abuses of power, which date back to the *Weber and Saravia* case.³⁸ Examples of the minimum requirements are a definition of the circumstances in which intercepted data may or must be erased and destroyed and the procedure to be followed for examining the data.³⁹ These minimum requirements to be upheld by States seem somewhat similar to privacy by design, which usually refers to an approach in systems engineering that aims to protect the users’ privacy. It does so by the beginning of the development when integrating considerations of privacy issues. Similarly, the Court requires States to embed in their laws a certain standard to ensure that the management of personal data and privacy is kept to what is strictly necessary.

In the 2018 *Big Brother Watch* judgment, the dissenting judges Koskelo and Turković pleaded for a Grand Chamber (GC) decision, arguing that the assessment should not have been carried out based on criteria developed in outdated existing case-law such as *Weber and Saravia* (2006), as the global events, especially in a technological perspective, has developed drastically since the judgment was handed in 2006.⁴⁰ In the recent *Big Brother Watch* case the GC marks the end of a battle that started with the first *Big Brother Watch* case in 2013 following the Snowden revelations about the surveillance programs in

³⁷ *Big Brother Watch*, *supra* note 24, para. 334.

³⁸ *Weber and Saravia*, *supra* note 29, para. 95.

³⁹ *Big Brother Watch*, *supra* note 24, para. 335.

⁴⁰ *Weber and Saravia*, *supra* note 29; for the dissenting judges statement see the partly dissenting opinion in *Big Brother Watch v United Kingdom* (2018), para. 4.

the United States and United Kingdom. The GC agreed with the applicants that the United Kingdom's Regulation of Investigatory Powers Act (RIPA) failed to operate "in accordance with the law". However, the GC did not support the claim that the receipt of foreign intercept material violated the ECHR. The GC thus upheld the findings of the 2018 Chamber judgment that bulk interception by intelligence services is *per se* compatible with the ECHR, supported by the fact that bulk interception primarily is used for "foreign intelligence gathering, the early detection and investigation of cyber-attacks, counter-espionage and counter-terrorism".⁴¹ Additionally, the Grand Chamber states that the internet is the most dangerous place and a platform for the "proliferation of threats that States currently face from networks of international actors, using the Internet both for communication and as a tool, and the existence of sophisticated technology which would enable these actors to avoid detection".⁴² The partly dissenting judge Pinto de Albuquerque points out that these statements and arguments are not supported by any empirical evidence.⁴³ Similarly, the Grand Chamber recognised that its case law on bulk interception has to be further developed, which was illustrated when the end-to-end safeguards – originally developed in *Weber and Saravia* – evolved from a six-part to a new eight-part set of criteria.⁴⁴ The GC further outlines the "necessity" requirement, as it found that for an interference to be necessary and proportionate, there must be "end-to-end safeguards", such as an assessment of each stage of the process.⁴⁵ Consequently, it held that the legislation lacked the necessary safeguards and oversight measures to protect from abuse by the regime. Furthermore, the GC recognised that a wide margin still exists, within which the authorities can choose "how to best achieve the legitimate aim of protecting national security", but in contrast to previous judgments, added that "a system of secret surveillance set up to protect national security may undermine or even destroy democracy under the cloak of defending it".⁴⁶

⁴¹ *Big Brother Watch*, *supra* note 24, para 322.

⁴² *Ibid*, para. 340.

⁴³ *Ibid*, partly dissenting opinion of judge Pinto de Albuquerque, para. 4 *ff*.

⁴⁴ *Big Brother Watch*, *supra* note 24, para. 361.

⁴⁵ *Ibid*, para. 361.

⁴⁶ *Ibid*, para. 339.

Through this judgment, the Court has put down a marker that state powers do not have a free hand with secret surveillance practice, as there needs to be much greater control of safeguards. It could be argued that with the somewhat sensible approach on *in abstracto* claims, the ECtHR is providing research on the most recent legal developments within surveillance technology in the contracting State. By doing so, the ECtHR contributes to the development of the newest standards for all members of the Council of Europe within an area that is rapidly evolving. However, this rather broad approach may potentially undermine the most important issue presented to the Court in defending the right to privacy, determining whether a disputed surveillance law amounts to a justified interference under Article 8(2) of the ECHR.

7. Assessing the Future of the European Court of Human Rights on the Right to Privacy

The ECtHR has, since the 1970s, developed several influential principles and safeguards governing secret surveillance under its Article 8 ECHR case law. However, concerns have been expressed regarding how the ECtHR has assessed whether mass surveillance is an appropriate tool in the 21st century and whether the Article 8 ECHR standards should be updated.

As demonstrated through the *Big Brother Watch* case at the Grand Chamber, the ECtHR might end up examining very different legal regimes for different periods, as regimes that were not compliant with Article 8 of the ECHR at the material time may inescapably evade any oversight or inspection by the ECtHR, resulting in few – if any – consequences for unsatisfactory State surveillance. This might send a deeply challenging message to public authorities who are granted extensive powers to use secret surveillance programs and collect significant amounts of data, as such powers by their very nature involve enormous risks of arbitrary abuse. Moreover, gaps in oversight may suggest that there is no meaningful assessment of whether Article 8 safeguards remain adequate and effective, thus encouraging a culture where public authorities believe they can perhaps act within a small field of immunity. Consider, for example, the *Big Brother Watch* case from 2018, first submitted to the ECtHR in 2013, just after the Snowden revelations. The ECtHR considered findings

from reports and legal challenges concerning surveillance programs delivered between 2013 and 2017.⁴⁷ This means that the Court did not have to consider whether the disputed system *had* been operating based on a clear, transparent, and foreseeable legal framework but rather whether it met the legality requirements at the time of the case in 2017. One would assume that where no specific time is given for what legal framework is to be examined, the ECtHR should apply the approach in which its examination is limited to the exact material time of when the disputed surveillance was in operation. An example of this approach is seen in the case of mass surveillance *Liberty v United Kingdom* from 2008.⁴⁸ The Court based the case on the Interception of Communications Act 1985 and deemed the breach of the legality condition a violation of Article 8 ECHR. Even so, the Court outlined legal reforms adopted *after* the material time of the dispute. However, it did so without combining its assessment of the different periods and legal frameworks and thus avoided any oversight gaps. The ECtHR thus managed to meet its progressive role of acknowledging any legal developments that could guide other contracting States when assessing the compliance of their national legal framework with Article 8 of ECHR. The Grand Chamber (GC) in the 2021 *Big Brother Watch* case seems to take an approach similar to the one in *Liberty*, as the judgment does not concern itself with the legality of the interception and the States' obligations under Article 8 ECHR but rather whether the means of the operation meet the necessary standards.

Overall, the Court provides some useful standards and safeguards in relation to mass surveillance and addresses the challenges of not only data but also metadata by stating that “any intrusion occasioned by the acquisition of related communications data will be magnified when they are obtained in bulk”.⁴⁹ Additionally, the Court recognises that its jurisprudence from the past decade cannot stand the test of the internet innovation, in which “lives are increasingly

⁴⁷ *Big Brother Watch*, *supra* note 24, para. 1.

⁴⁸ *Liberty v United Kingdom* (2008), para. 34 *ff.*

⁴⁹ *Ibid*, para. 341; Metadata includes data left on the internet such as location information, author of the information, and other identifiers.

lived online”.⁵⁰ The consequence of this statement is the extension of the end-to-end safeguards as bulk interception gets closer to the individual, the more advanced it becomes. In conclusion, the GC made reasonable advancements to protect the human right to privacy in the online environment; however, it arguably missed the opportunity to address the technology of the last decade, namely Big Data. The approach still seems to be based on the logic of surveillance, in which the protection of privacy increases the closer the surveillance is to the individual, meaning the more a camera closes on the individual, the more guarantees are required to protect the privacy. Nevertheless, the Big Data system resembles more of an infinite set of cameras installed in everything from public streets to private homes and pockets, which intelligence services can access on demand. This failure to recognise and effectively regulate the current risks of data gathering imperils the Court’s capability to protect the human rights of people subject to bulk interception.

From the perspective of privacy and data protection the standard set by the GC is a rather thin one, as the Court endorsed mass-surveillance as acceptable, by upholding the findings of the previous judgment that mass surveillance by intelligence services is “*per se*” compatible with the ECHR. The decision reinforces the ECtHR’s longstanding liberal approach to the possibility of governments deploying mass surveillance regimes, where certain procedural safeguards are incorporated. Even when those safeguards may be seen as a vague attempt to protect privacy. The GC neither engages with the broader question of whether the benefits of bulk interception outweigh the invasion of privacy of the affected individuals. It is more or less assumed that better-placed institutions within the contracting States have already made such determinations. Thus, the effect marker put down by the Court in the previously mentioned statement (note 51) is yet to be seen.

The possible consequences of this judgment are grave. One of the highest European jurisdictions accepts the removal of online anonymity for law enforcement purposes and mass surveillance by government authorities for national security purposes as a new normal. Following the GC’s judgment on the *Big Brother Watch* case, the United Kingdom can now argue that it will easily

⁵⁰ *Ibid.*, para. 341.

bring itself in line with the Strasbourg requirements and that its mass surveillance regime is, *per se*, not violating the Convention. Moreover, the judgment tends to fit the latest trend in Europe that instead of challenging or simply banning an intrusive intelligence measure at the outset, the trend is to allow it and then rather burden it with technical and procedural safeguards. Part of the judges, however, acknowledged some of the dangers of bulk interception as the judges Lemmens, Vehabović and Bošnjak warned that “in performing the balancing exercise, the majority have failed to assign proper weight to private life and correspondence which in several respect remain insufficiently protected in the face of interference by bulk interception”.⁵¹ On a similar but more alarming note, judge Pinto de Albuquerque notes in his dissenting opinion that “for good or ill, and I believe for ill more than for good, with the present judgment the Strasbourg Court has just opened the gates for an electronic ‘Big Brother’ in Europe”. Judge Albuquerque also observed that it “fundamentally alters the existing balance in Europe between the right to respect for private life and public security interests in that it admits non-targeted surveillance”⁵² Having said that, the GC did recognise that domestic law must contain specified rules on authorisation and circumstances in which communications must be intercepted.⁵³ However, mass surveillance of foreign communications was recognised in the judgment as an indispensable tool for states to safeguard national security. With the result of this case, the ECtHR has reaffirmed that bulk interception is here to stay.

The ECtHR is not the only legal organ within the EU that can, and attempts to, protect the right to privacy online. An example of a legal framework that is an excellent step for human rights is the EU Declaration on Digital Rights issued by the Commission to the European Parliament in January 2022.⁵⁴ The new principles call for democratic oversight of the digital society and economy, “in

⁵¹ *Big Brother Watch*, *supra* note 24, partly dissenting opinion of judges Lemmens, Vehabović and Bošnjak, para. 30.

⁵² Pinto de Albuquerque, *supra* note 43, paras. 60 and 59.

⁵³ *Big Brother Watch*, *supra* note 24, para. 348.

⁵⁴ European Commission “*Declaration on European Digital Rights and Principles*” (2022).

full respect of the rule of law principles, effective justice and law enforcement.”⁵⁵ The declaration may guide legislators as they explore the possible implications of the continuous digital transformation or serve as a reference point for businesses as they expand and implement new technologies. Furthermore, the Commission highlights that the rights and freedoms enshrined in the EU's legal framework should be respected online as they are offline and thus put forward the necessary principles to ensure the protection of fundamental rights such as privacy. Essentially it establishes a framework to ensure that fundamental rights are a part of current and future digital policies. It is, of course, still unclear whether this proposal by the Commission will solemnly add to a declaration on digital rights such as the Lisbon declaration or if it will become a new digital pillar for the EU. Nevertheless, it is a small step in the right direction, and it is to be hoped that the ECtHR will follow a similar path and revisit its jurisprudence from the *Big Brother Watch* case in future cases to more effectively ensure that it provides efficient protection of human rights within the challenges of today's technologies and not those of the past.

8. A Judicial Dialogue on Data Retention Jurisprudence

The European Court of Justice (CJEU) has similarly delivered landmark cases concerning bulk data retention for national security purposes, most recently in *Privacy International* and *La Quadrature du Net*.⁵⁶ In these seminal decisions, the CJEU affirmed that bulk data retention laws for national security purposes fall within the scope of EU data protection law and presented the limitations and conditions under which permissible surveillance can be carried out. The data retention narrative of the CJEU commenced in 2014 with the case *Digital Rights Ireland*, in which the CJEU invalidated the Data Retention Directive as being incompatible with EU law.⁵⁷ In *Privacy International*, the CJEU maintains this expansive data protection jurisprudence by acknowledging the importance of

⁵⁵ *Ibid*, preamble, number 6.

⁵⁶ *Privacy International*, Case C-623/17 (CJEU 2020); *La Quadrature du Net*, Joined Cases C-511/18, C-512/18 and C-520/18 (CJEU 2020).

⁵⁷ *Digital Rights Ireland*, Case C-293/12 (CJEU 2014), para. 69.

national security purposes whilst maintaining the general prohibitory rule of indiscriminate bulk retention even when undertaken for national security purposes.⁵⁸

Nevertheless, in *Quadrature du Net*, the CJEU departs from its prohibitive approach to bulk data retention and reaches a more nuanced one that allows for various diverse permissible surveillance measures if these are carried out under certain criteria and applicable safeguards. Additionally, *Quadrature du Net* maps out a hierarchy of legitimate public interests with national security at the top of the list, followed by combating serious crime and safeguarding public security; this is thus the first case developing a comprehensive assortment of permissible national data retention laws.⁵⁹ By the judgment of *Quadrature du Net*, the CJEU expands its assessment of data retention both vertically and horizontally to ensure European fundamental rights at a national level where data retention measures may be fragmented and vary between Member States. Contrary to the ECtHR's starting point in *Big Brother Watch*, which declares bulk interception regimes as "a valuable technological capacity to identify new threats in the digital domain", the CJEU maintained that bulk data retention, *per se*, is incompatible with fundamental rights.⁶⁰ Both Courts have prescribed several procedural guarantees regarding access and oversight, retention, and authorisation; however, contrary to the ECtHR's different stages of bulk interception processes in which the degree of interference increases as the process progresses, the CJEU views each step as a separate interference. Additionally, the CJEU started by declaring bulk data retention incompatible with fundamental rights, whereas the ECtHR's starting point provided a broader acceptance of bulk data retention.

Nevertheless, the Courts are currently not walking in different directions. The acceptance by the CJEU of the permissibility of bulk surveillance for national security purposes moves the Court closer to the case law of the ECtHR and could be seen as a reasonable approach aiming to make bulk surveillance an exception rather than the rule by ensuring national data retention regimes are subject to certain stringent criteria and safeguards. Both Courts demonstrate a

⁵⁸ *Privacy International*, *supra* note 56, para. 81.

⁵⁹ *Quadrature du Net*, *supra* note 56, para. 135.

⁶⁰ *Big Brother Watch*, *supra* note 24, para. 323.

more proceduralised approach to surveillance whilst backtracking from red lines and moving towards a more gradual acceptance, though within strict safeguards. Thus, the recent case law and the shift of the ECtHR, most notably in the recent *Big Brother Watch* case, signals a progressive re-alignment of the Courts, departing from previous case law. As the Courts harmonise their jurisprudence, it is to be hoped that the recent, more lenient approach of the ECtHR will not lead to a further downgrading of the stricter safeguards developed by the CJEU.

9. Conclusion

The digital technology era offers significant opportunities for a better quality of life, innovation, economic growth, and sustainability whilst also creating growing concerns and challenges for society's security, function, and stability.

The ECtHR outlined the framework of bulk interception of communications in the mid-2000s and elaborates on this policy line through the latest *Big Brother Watch* judgment, which will most likely be the guiding precedent for the ECtHR when confronted with cases on mass surveillance. The judgment aligns with the judicial thinking implemented through the *Liberty* and *Weber* cases but acknowledges a need to develop the case law further. The Court's judgment sets a precedent that State bodies should be transparent to their citizens; meanwhile, the latter's private life and communications should enjoy a guaranteed degree of privacy. The requirement that a secret surveillance system must provide adequate protection against abuse, including an independent supervisory body, is a strong message from the Court that will hopefully be seen in future judgments from Strasbourg. However, the Court's failure to truly develop any significant new requirements or identify where there is explicitly a need for new developments may be justified by the immense number of cases it has to process each year and, as a result, the tendency to apply already established principles when the disputing parties fail to provide a well-reasoned challenge. Despite people being willing to give up their privacy in exchange for some benefit here and now, they will not be able to control how that information will be used in the future. It is impossible to withdraw private information once it has been disclosed entirely.

We must be aware of the ethical threats to privacy in the digital age and realise that there is an urgent demand for transparency, accountability, and proportionality to meet the ethical issues that mass surveillance presents. Even

though citizens are protected by democratic rights and legislation such as the GDPR, it is crucial that there is greater protection from abuse of power. The prospects for privacy and data protection seem somewhat gloomy due to the latest Grand Chamber judgment. As of right now, the ECtHR does not prove to provide an adequate legal basis for the protection of the right to privacy from mass surveillance; however, it is yet to be seen if the dissenting statements of the Court and the potential legislation within the EU will bring new and more effective measures to the table. Perhaps in the future, the surveillance capitalists will be obliged by law to grant access to their data assets and allow users to customise their profiles used for ad targeting. Surveillance institutions are powerful entities, but they are not untouchable. They fear the law, lawmakers, and citizens who insist on a different path ahead. These are bound together in the pursuit of rescuing the digital future for the sake of democracy.

Interview med højesteretsdommer Jens Peter Christensen

Christoffer de Neergaard*

Interviewet nedenfor med højesteretsdommer, dr.jur. Jens Peter Christensen er blevet udarbejdet af daværende stud.jur. Christoffer de Neergaard d. 5. august 2020 til brug for Christoffers specialeafhandling på Københavns Universitet med titlen ”Højesterets retsskabende virksomhed”. Christoffer indleverede specialeafhandlingen på Det Juridiske Fakultet i december 2020 og forsvarede den i januar 2021 til karakteren 12. Christoffers specialevejleder var Mikael Rask Madsen, som er professor i europæisk ret og integration og centerleder for iCourts – Danmarks Grundforskningsfonds Centre of Excellence for Internationale Domstole på Københavns Universitet. Specialeafhandlingens problemformulering lød: ”I hvilket omfang og på hvilke måder udøver Højesteret retsskabende virksomhed?”. For at besvare problemformuleringen fyldestgørende og videnskabeligt opererede Christoffer med fire kernebegreber, nemlig ”retsanvendende virksomhed”, ”retsudfyldende virksomhed”, ”retsskabende virksomhed” og ”aktivisme”, som Christoffer definerede i et afsnit ved navn ”Begrebsafklaring”. Det er årsagen til, at Christoffer bl.a. spurgte Jens Peter Christensen om hans forståelse af de fire begreber. Den fulde specialeafhandling kan rekvireres ved at rette henvendelse til Christoffer.

Interviewet med Jens Peter Christensen er det andet af tre, eftersom Christoffer også interviewede højesteretsdommer og dommer ved EU-Domstolen Lars Bay Larsen og fhv. kammeradvokat og adjungeret

Jens Peter Christensen blev d. 3. juni 2022 indstillet til hvervet som højesteretspræsident og tiltrådte rollen d. 1. november 2022. Da interviewet fandt sted i 2020, er Jens Peter Christensen tituleret med sin daværende titel. Af samme grund er henvisninger til lovgivning m.v. som de stod pr. december 2020. *Red.*

* Cand.jur., MJur (Oxon), Advokatfuldmægtig hos Bruun & Hjejle Advokatpartnerselskab [cjtdn@gunderslevholm.dk]

professor Karsten Hagel-Sørensen. Interviewet med Lars Bay Larsen er blevet bragt i det foregående nummer af Retskraft, mens interviewet med Karsten Hagel-Sørensen vil blive bragt i det kommende nummer af Retskraft. De tre interview, der bl.a. vedrører respondenternes syn på Højesterets virkemåde og rolle i det danske samfund, havde til formål at bidrage til specialeafhandlingens retsdogmatiske analyse af Højesterets retsskabende virksomhed. Hvert interview fandt sted ved et enkelt fysisk møde. Efterfølgende blev interviewene undergivet en omfattende efterbehandling, som havde til formål at sikre en retvisende gengivelse af dem. Interviewene er desuden blevet forsynet med henvisninger til relevant lovgivning, retspraksis og litteratur.

Christoffer de Neergaard: I min specialeafhandling anvender jeg forskellige begreber fra den retsvidenskabelige litteratur. Daværende højesteretsdommer Torben Jensen skrev f.eks. om Højesterets ”retsudfyldende” og ”retsskabende” virksomhed i en af sine retsvidenskabelige artikler,¹ mens andre retsvidenskabelige forfattere sommetider taler om domstolenes ”retsanvendende” og ”retsudviklende” virksomhed. Må jeg spørge dig, hvad du forstår ved de begreber?

Jens Peter Christensen: Det er i mine øjne et meget abstrakt spørgsmål. Som højesteretsdommer er min opgave at afgøre konkrete sager, hvor hver part argumenterer for sin side af sagen. I Højesteret er det ofte sådan, at sagen ikke passer som fod i hose ned i de retsregler, som parterne påberåber sig. Det er sjældent, at lovens ordlyd alene kan løse det retlige problem. Vi må derfor også studere forarbejderne, overveje sammenhængen med andre retsregler, tage højde for reelle hensyn og analogibetragtninger samt i det hele taget spørge den sunde fornuft, som vi forhåbentlig selv besidder. I praksis er der et glidende kontinuum fra den simple subsumption, hvor man ”bare” subsumerer et tilfælde under en lovregel og ”retsanvender”, til situationer, hvor man ”retsudfylder”, ”retsudvikler” eller på mere bar bund ”retsskaber”.

¹ Jf. T. Jensen, ”Domstolenes retsskabende, retsudfyldende og responderende virksomhed”, *Ugeskrift for Retsvesen*, UfR.1990B.441, 1990, s. 441-448.

Jeg kan måske eksemplificere det med en nylig dom om afskedigelse af en arbejdstager.² Inden afskedigelsen havde arbejdstageren og arbejdsgiveren mundtligt aftalt nogle særlige vilkår mellem sig. Arbejdsgiveren havde det dog ifølge arbejdstageren med at løbe fra sit ord, hvorfor arbejdstageren havde lydoptaget samtalen uden arbejdsgiverens vidende. Da arbejdsgiveren senere afskedigede arbejdstageren, og det gav anledning til en sag ved byretten, ønskede arbejdstageren at fremlægge den skjulte optagelse. Det fik dog arbejdsgiveren til at udvide sine anbringender med endnu en afskedigelsesgrund, nemlig at arbejdstageren havde lydoptaget samtalen uden arbejdsgiverens vidende. Det problem, som vi stod med i Højesteret, var, at der ikke gjaldt nogen egentlige retsregler på området. Spørgsmålet var så, hvordan man som dommer bør afgøre et retligt spørgsmål, som den lovgivende magt ikke har forholdt sig til. Man kan jo ikke bare fortælle parterne, at de må tage hjem igen med uforrettet sag. Men hvad gør man så? Er der i sådanne tilfælde tale om ”retsudvikling” eller endda ”retsskabelse”? Muligvis befinder det, som vi gjorde i sagen, sig et sted imellem de to begreber. Vi skelede til forarbejderne til lovgivning om beslægtede spørgsmål, f.eks. databeskyttelseslovgivningen. Der var derfor ikke tale om ”juridisk frihåndstegning”. Men man kan godt sige, at der var tale om en vis form for ”retsskabelse”.

Christoffer de Neergaard: Men når man som dommer støder på et ”retstomt rum”, kan det så ikke være fristende selv at skabe ny ret?

Jens Peter Christensen: Måske, men vi har en lang tradition for ikke at kaste os ud i juridisk frihåndstegning i Højesteret. Højesteret holder sig så vidt som overhovedet muligt inden for de rammer, som den lovgivende magt har udstukket, men rammerne kan være brede eller snævre. Det kan være lidt en smagssag, om man vil sige, at vi i en sag er ”retsanvendende”, ”retsudfyldende”, ”retsudviklende” eller ”retsskabende”. Ofte kan der være elementer af det hele i lidt varierende blandingsforhold i dommens forskellige dele. En anden nylig dom kan måske illustrere dette.³ Spørgsmålet var, om krydstogtsejls faldt

² Jf. Højesterets dom af 19. august 2019 i sag nr. BS-42617/2018-HJR, gengivet i UfR.2019.3878.H.

³ Jf. Højesterets dom af 17. marts 2020 i sag nr. 67/2019, gengivet i UfR.2020.1716.H.

inden for tonnageskattelovens § 8, stk. 1, nr. 10, hvorefter sejlads med ”sports-, udflugts- og fritidsformål” beskattes lempeligere. I sådan en dom kan det være svært at sætte dommerens fortolkning på formel. Det er ikke altid til at sige, hvor grænsen går mellem almindelig subsumption og ”retsudfyldning” eller ”retsudvikling”. Ved siden af en lovbestemmelse er der jo altid en konkret virkelighed, som kan have forskellig karakter, og som udvikler sig over tid.

Sommetider taler nogle universitetsjurister om Højesterets ”fortolkningsstrategi” eller ”fortolkningsprogram”. Man kunne næsten få indtryk af, at vi i Højesteret skulle afholde plenarmøder, hvor vi vedtager, hvordan bestemte sagstyper skal afgøres i fremtiden. Det er ikke tilfældet. I Højesteret pådømmer vi hver enkel sag på grundlag af retsreglerne og sagens konkrete omstændigheder. Højesteret har en lang tradition herfor, og hver gang vi afgør en sag, gør vi brug af almindelig juridisk metode med udgangspunkt i den eller de pågældende bestemmelsers ordlyd og forarbejder. Det er anderledes end Menneskerettighedsdomstolen og EU-Domstolen, hvis fortolkningsstil er mindre tekstnær, og hvor man har tradition for at deducere sig frem på baggrund af abstrakte retsprincipper.

Christoffer de Neergaard: Så det er din opfattelse, at Menneskerettighedsdomstolen og EU-Domstolen er mere retsskabende end Højesteret?

Jens Peter Christensen: Ja, det er oplagt. De fleste af menneskerettighedskonventionens bestemmelser er jo med tiden blevet givet et langt videregående indhold af Menneskerettighedsdomstolen, end nogen oprindeligt havde forestillet sig. Og EU-Domstolens retspraksis er ofte karakteriseret ved, at EU-Domstolen på grundlag af et abstrakt retsprincip deducerer sig frem til konkrete resultater, som efter traditionel dansk juridisk tænkemåde er overraskende. Som et eksempel kan nævnes den såkaldte vandscooter-sag. I 2009 traf EU-Domstolen præjudiciel afgørelse i en svensk sag, hvor myndighederne havde begrænset adgangen til at benytte vandscootere.⁴

⁴ Jf. EU-Domstolens dom af 4. juni 2009, *Mickelsson og Roos*, C-142/05, EU:C:2009:336.

Det kunne ifølge EU-Domstolen være i strid med EU-rettens regler om varernes fri bevægelighed. EU-Domstolens afgørelse har betydning for danske myndigheders muligheder for at begrænse adgangen til at benytte vandscootere i Danmark. Selv om EU-Domstolens ræsonnement led for led overholder logikkens regler, er resultatet set fra en traditionel dansk juridisk synsvinkel langt ude. Et klassisk eksempel på Menneskerettighedsdomstolens retsskabende virksomhed er dens anerkendelse af retten til negativ foreningsfrihed til trods for, at konventionens forfattere bevidst undlod at skrive denne ret ind i konventionens artikel 11. I inkorporeringslovens⁵ forarbejder⁶ er det udtrykkeligt forudsat, at konventionens inkorporering i dansk ret ikke må medføre en forskydning af kompetence fra den lovgivende magt til den dømmende magt. Menneskerettighedsbeskyttelsen i dansk ret hviler således på en forudsætning om, at Højesteret ikke skal kaste sig ud i kreative fortolkninger af menneskerettighedskonventionen.

I henhold til grundlovens § 64, 1. pkt., har dommerne i deres kald ”alene at rette sig efter loven”. Sommetider må Højesteret derfor ”give fortabt”, selv om en sag dermed kan få et udfald, som måske ikke harmonerer med almindelig sund fornuft eller rimelighed. Jeg mindes, at jeg i 2009 medvirkede i en sag om en svært hjerneskadet kvinde på et plejehjem.⁷ Da kvindens mand og børn flyttede bopæl, blev det vanskeligt for dem at besøge kvinden på hendes plejehjem. De anmodede derfor om at få hende flyttet til et andet plejehjem, men deres anmodning blev afslået, da kvinden kun kunne flyttes til et andet plejehjem, hvis hun gav sit samtykke til det. Det var hun selvsagt ikke i stand til, og det ville derfor være i strid med serviceloven at flytte hende. Det var en bestemmelse, hvor princippet om samtykke så at sige havde taget overhånd. Men da bestemmelsen var klokkeklar, var der ikke noget at stille op for os i Højesteret. For dog alligevel at gøre noget, indføjede vi en bemærkning om, at ”det [måtte] være lovgivningsmagtens opgave at tage stilling til, om bestemmelsen for så vidt

⁵ Jf. lovbekendtgørelse nr. 750 af 19. oktober 1998 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

⁶ Jf. betænkning nr. 1220/1991 om Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret, s. 147-150.

⁷ Jf. Højesterets dom af 11. juni 2009 i sag nr. 357/2008, gengivet i UfR.2009.2356.H.

angår situationer som den foreliggende [...] [havde] fået et mere restriktivt indhold end tilsigtet”.

Christoffer de Neergaard: Men i sager, hvor en lovbestemmelse fører til et uhensigtsmæssigt resultat, hvorfor sætter Højesteret sig så ikke ud over lovbestemmelsens ordlyd og forarbejder og tager sagen i egen hånd?

Jens Peter Christensen: Fordi vores opgave er at afgøre sagerne i overensstemmelse med loven, jf. grundlovens § 64, 1. pkt. Højesteret er ikke en selvstændig lovgivende magt i konkurrence med Folketinget og regeringen. Det er Folketinget og regeringen, der har det demokratiske mandat til at afveje pærer med bananer. Hertil kommer, at processen i Højesteret er stærkt begrænset i sammenligning med lovgivningsprocessen. Når den lovgivende magt beslutter sig for at vedtage en lov, pågår der typisk et betydeligt lovforberedende arbejde med bl.a. udvalg, kommissioner, betænkninger, høringer osv. Det har til formål at sikre, at loven tager højde for alle de hensyn, som ud fra politiske, tekniske og bredere samfundsmæssige betragtninger er relevante. I Højesteret har vi hørt to advokater fremlægge retsregler og faktum – skåret til efter det, som deres sag angår. Det er ikke noget sikkert grundlag at give sig til at lege lovgivende magt på. Af samme årsag har Højesteret altid været tilbageholdende med at afsige obiter dicta.

I øjeblikket afsiges der mange domme i det såkaldte Umbrella-sagskompleks, der består af mere end 1.000 enkeltstående sager. Sagerne angår deling på internettet af videoer med pornografisk indhold af to unge mennesker under 18 år. Højesteret afsagde i 2019 en principiel dom om, at forholdet var strafbart efter straffelovens § 235, stk. 1, og at de to forurettede var berettigede til tortgodtgørelse efter erstatningsansvarslovens § 26, stk. 1.⁸ I Højesteret forsøgte vi at være ”retsafklarende” for de lavere retsinstanser, idet vi anførte, at der i ”fremtidige sager [måtte] tages hensyn til de godtgørelser, der allerede måtte være tilkendt de to forurettede”. I de sager, som vi skal til at afgøre, er det principielle spørgsmål – nu, hvor der er blevet afgjort rigtig mange sager i by- og

⁸ Jf. Højesterets dom af 11. januar 2019 i sag nr. 159/2018, gengivet i UfR.2019.1232.H.

landsretterne – om de to forurettede har fået en tilstrækkeligt høj godtgørelse. Bør pengeskassen nu klappes i, eller bør den fortsat være åben? Reglerne om tort tager slet ikke sigte på en situation som den, der her er opstået, hvor videoer deles af mere end 1.000 personer. Hver deling er en selvstændig krænkelse, men bør der alligevel være en grænse for, hvor meget den samlede tortgodtgørelse kan blive? Også her kan man spørge sig selv, om Højesterets dom i 2019 har karakter af ”retsudfyldning”, ”retsudvikling” eller ”retsskabelse”. Og det samme vil man måske kunne spørge sig selv om, når det gælder den dom, som vi snart afsiger her i 2020.

I 2017 medvirkede jeg i en sag om ægteskabelig vielse af personer af samme køn.⁹ Spørgsmålet var navnlig, om grundlovens § 4 og § 66 forhindrede den lovgivende magt i at påbyde folkekirken at vie personer af samme køn. Højesteret fandt, at ”den gennemførte ordning” lå ”inden for rammerne af grundlovens § 4”, og at der ikke ”af grundlovens § 66 [fulgte] nogen begrænsning i lovgivningsmagtens kompetence”. I forhold til grundlovens § 4 overlod Højesteret en betydelig skønsmargin til den lovgivende magt, når det gælder vurderingen af, hvad der er i overensstemmelse med den evangelisk-lutherske lære. Hvad angår grundlovens § 66, fulgte resultatet sådan set helt simpelt af ordlyden.

En anden interessant højesteretsdom angik umyndige personers manglende valgret til Folketinget.¹⁰ Grundlovens § 29, stk. 1, 1. pkt., sidste led, foreskriver udtrykkeligt, at ”umyndiggjorte” personer ikke har valgret til Folketinget. I dommen anlagde Højesteret en tekstnær fortolkning af grundloven og afholdt sig dermed fra en kreativ fortolkning i stil med den, som Menneskerettighedskonventionen undergives af Menneskerettighedsdomstolen.

Christoffer de Neergaard: Jeg kan forstå på dig, at Højesterets fortolkningsstil som regel er tilbageholdende, og at Højesteret kun sjældent er retsskabende. Højesteret afsagde dog i 1984 en dom om ugifte samlevendes formueforhold.¹¹

⁹ Jf. Højesterets dom af 23. marts 2017 i sag nr. 159/2016, gengivet i UfR.2017.1795.H.

¹⁰ Jf. Højesterets dom af 18. januar 2018 i sag nr. 159/2017, gengivet i UfR.2018.1460.H.

¹¹ Jf. Højesterets dom af 18. januar 1984 i sag nr. 527/1982, gengivet i UfR.1984.166/2.H.

Er den ikke et eksempel på retsskabelse? Højesterets flertal anerkendte jo et kompensationskrav mellem sagens parter, hvorimod Højesterets mindretal udtalte: ”Hvorvidt et langvarigt faktisk samliv i retlig henseende kan sidestilles med et ægteskabeligt samliv, findes at være et spørgsmål af en sådan betydning, at det bør afgøres af lovgivningsmagten og ikke af domstolene ud fra billigheds- eller forudsætningsbetragtninger eller analogier fra lovreglerne om ægteskabets retsvirkninger.”

Jens Peter Christensen: Jo, det var klart en retsskabende dom, hvor Højesteret i realiteten gjorde sig til lovgivende magt. Men den dom står ret alene.

En efterhånden klassisk højesteretsdom om forholdet mellem den lovgivende magt og den dømmende magt er Tvind-dommen.¹² Højesteret fandt med stemmerne 11-0, at det var i strid med grundlovens § 3, 3. pkt., at den lovgivende magt havde vedtaget singularær lovgivning, der reelt afgjorde en konkret retstvist mellem Tvind-skolerne og Undervisningsministeriet. Jeg, der dengang var professor i statsret på Aarhus Universitet, var overrasket over sagens udfald. Jeg skrev derfor en artikel i Ugeskrift for Retsvæsen sammen med en universitetskollega, hvor vi redegjorde for det statsretligt overraskende ved dommen.¹³ Vi fastslog, at dommens mere principielle rækkevidde for, hvordan Højesteret fremover ville gribe grundlovsfortolkning an, nok var begrænset. Det har da også vist sig at holde stik. Tvind-dommen har ikke indvarslet en ny æra, hvor Højesteret har kastet sig ud i en ny og mere ”kreativ” grundlovsfortolkning.

Christoffer de Neergaard: Men hvordan kan det være, at Højesteret ikke har afsagt flere domme, hvor love er fundet at være i strid med grundloven?

Jens Peter Christensen: Det indlysende svar er, at der ikke har været flere sager om spørgsmålet. Det hænger givetvis sammen med, at grundlovens bestemmelser om frihedsrettighederne er ganske begrænsede, og at det derfor i virkelighedens verden er ganske svært for en lov at komme i konflikt med grundloven. Hertil

¹² Jf. Højesterets dom af 19. februar 1999 i sag nr. 295/1998, gengivet i UfR.1999.841.H.

¹³ Jf. J.P. Christensen og M.H. Jensen, ”Højesterets dom i Tvind-sagen”, *Ugeskrift for Retsvæsen*, UfR.1999B.227, 1999, s. 227-237.

kommer, at Justitsministeriets rådgivning af Folketinget og regeringen om grundlovsspørgsmål traditionelt har været præget af forsigtighed, således at man har holdt sig på den sikre side for ikke at komme på kant med grundloven.

Christoffer de Neergaard: Du har tidligere skrevet, at Højesteret har udviklet sig fra at være en ”appeldomstol” til at være en ”præjudikatdomstol”.¹⁴ Kunne du forestille dig, at de senere års ændringer af retsplejeloven¹⁵ vil tilskynde Højesteret til mere retsskabelse?

Jens Peter Christensen: De senere års ændringer af retsplejeloven er vigtige for Højesterets virke. Enhver læser af Ugeskrift for Retsvæsen vil vide, at Højesterets domsbegrundelser er blevet væsentligt mere omfattende. Det er Højesterets ambition, at domsbegrundelserne skal være selvlæsende i den forstand, at læseren ved blot at læse dommens præmisser skal kunne forstå, hvad sagen handler om, og hvad Højesteret har lagt vægt på i sin afgørelse. Højesterets domsbegrundelser er afgørende, hvis Højesteret skal kunne varetage opgaven som præjudikatdomstol. Højesterets to domme fra 2016 om flyforsinkelse kan ses som et eksempel på grundige domsbegrundelser, som de lavere retsinstanser kan støtte sig til i fremtidige sager.¹⁶ De senere års ændringer af retsplejeloven har skabt grundlaget for, at Højesteret kan afklare og udvikle retstilstanden i endnu videre omfang end tidligere. Højesterets opgave er i dag afgrænset til at pådømme sager af principiel karakter, som har generel betydning for retsanvendelsen og retsudviklingen eller væsentlig samfundsmæssig rækkevidde i

¹⁴ Jf. B. Dahl og J.P. Christensen, ”Danmarks Højesteret siden 1814 – Kontinuitet og forandring” i T. Schei, J.E.A. Skoghøy og T.M. Øie (red.), *Lov, sannhet, rett: Norges Høyesterett 200 år*, Oslo, Universitetsforlaget, 2015, s. 49-52, og B. Dahl og J.P. Christensen, ”Højesteret og retsplejen” i U.R. Bang-Pedersen m.fl. (red.), *Retsplejeloven 100 år*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019, s. 615-619.

¹⁵ Jf. lov nr. 538 af 8. juni 2006 om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love (Politi- og domstolsreform) og lov nr. 84 af 28. januar 2014 om ændring af retsplejeloven, lov om retsafgifter, konkursloven og lov om fuldbyrdelse af straf m.v. (Sagstilgangen til Højesteret m.v.).

¹⁶ Jf. Højesterets domme af 4. april 2016 i sag nr. 39/2015, gengivet i UfR.2016.2357.H, og i sag nr. 41/2015, gengivet i UfR.2016.2377.H.

øvrigt.¹⁷ Det er oplagt, at det også jævnligt vil kunne bringe Højesteret ud i grænselandet for det ”retsanvendende”, ”retsudfyldende”, ”retsudviklende” og ”retsskabende”.

¹⁷ Jf. retsplejelovens § 226, stk. 1, og § 368, stk. 4, 2. pkt.