

Tolknings- och tillämpningsproblem i mötet
mellan nordisk och internationell juridisk metod

Sektionsmöte

Torsdagen den 18. augusti 2005 kl. 13:30

Sektionsmöte

Tolknings- och tillämpningsproblem i mötet mellan nordisk och internationell juridisk metod (sektionsmöte)

(Se sidorna 317–345 i Bind I)

Debattledare: Försteamanuensis *Henrik Bull* (Norge)

Referent: *Allan Rosas*, EG-domare i Luxembourg (Finland)

Korreferent: Højesteretsdommer *Peer Lorenzen* (Danmark)

Debattledaren, försteamanuensis *Henrik Bull*, Norge, hälsade alla välkomna och inledde med en kort presentation av debattämnet:

De nordiske rettssystemers forhold til de internasjonale rettssystemer er et tema man stadig kommer tilbake til i nordiske sammenheng. Det blir en stadig mer aktuell, noen vil kanskje si påtrengende, problemstilling. Under dette nordiske juristmøtet skal dette belyses fra flere forskjellige sider, som dere sikkert har sett av temaene: Det er ikke bare vårt tema her nå, det er også en sesjon viet spørsmålet om menneskerettigheter og grunnrettigheter har ført til en innsnevring av lovgivers spillerom. Det skal tales om EU-rettsens betydning for skatteretten, og det skal tales om grunnrettigheter som unionsrett. Vi starter naturlig nok med det mest generelle, nemlig tolknings- og tillempningsproblemer i møtet mellom nordisk og internasjonal juridisk metode. Det har slått meg at det allerede i tittelen kan ligge et lite nordisk forståelsesproblem, i den forstand at det som på svensk heter "tillämpning", på norsk og dansk snarere heter "anvendelse" enn "tilpasning" slik det står i programmet. Men jeg håper at det ikke sjenerer noen. De som har forberedt innlegg, har vel gjort det på grunnlag av referentenes innlegg, og ikke utelukkende på grunnlag av ordet "tilpasning".

Som referent og ko-referent har vi fått to personer med helt spesielle kvalifikasjoner til å lede oss inn i dette emnet. Det er som referent dommer Alan Rosas ved EF-domstolen og som ko-referent dommer Peer Lorenzen ved Den europeiske menneskerettighetsdomstol i Strasbourg.

Ettersom vi bare har én og en halv time, går vi like løs på referentens og koreferentens innlegg. De har til sammen ca. en halv time til disposisjon. Så kommer jeg tilbake med noen retningslinjer for debatten før vi slipper den løs.

Därefter redogjorde debattledaren för mötesordningen och lämnade ordet till referenten.

Referenten, *Allan Rosas*, EG-domare i Luxembourg, Finland, inledde med en redogörelse för huvuddragen i den av honom inför mötet författade avhandlingen.

Korreferent, højesteretsdommer *Peer Lorenzen*, Danmark:

Emnet for den foreliggende diskussion er ganske bredt formuleret og åbent for en række forskellige problemstillinger. Jeg kan imidlertid ganske tilslutte mig referenten, dommer Allan Rosas afgrænsning af emnet til primært at vedrøre de udfordringer, som de nordiske landes deltagelse i internationalt samarbejde med et håndhævelsessystem, der kan træffe bindende afgørelser – såsom EU, EES og EMRK – stiller nationale domstole og andre retshåndhævelsesorganer over for.

Emnet er efter min opfattelse særdeles velvalgt og aktuelt, hvilket bl.a. bekræftes af den kritiske debat, der i de seneste måneder har været i danske juridiske kredse om Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning og anvendelse af den europæiske menneskerettighedskonvention (EMRK) og konsekvenserne heraf for de nationale retssystemer. Problemstillingen har nær sammenhæng med andre af de debattemner, der er på Juristmødets dagsorden – ikke mindst drøftelsen i morgen om, hvorvidt menneske- og grundrettigheder har indsnævret lovgivers råderum for meget.

Genstanden for drøftelsen i dag vedrører i første række forskelle i principper for fortolkning og retsanvendelse mellem internationale og nationale domstole, og spørgsmålet om hvorledes sådanne forskelle bør håndteres af nationale domstole og andre retshåndhævelsesorganer. Referenten har i sit tankevækkende indlæg indgående redegjort for udviklingstendenserne i de seneste 20 år. Hans indgangsvinkel til problemstillingerne er naturligt nok mest præget af udviklingen inden for EU og overvejende eksemplificeret med EF-Domstolens praksis. Det vil næppe overraske, at jeg i min egenskab af dommer ved Menneskerettighedsdomstolen på denne baggrund i særlig grad vil fokusere på denne domstols retsanvendelse, der jo er bindende for domstolene i *alle* de nordiske lande – i hvert fald i den forstand, at undladelse af at følge den vil kunne indebære konventionsbrud.

Jeg kan i mangt og meget tilslutte mig referentens teser og de analyser, der ligger til grund for dem – ikke mindst i det omfang de vedrører forholdet til EU. Som referenten med rette har peget på, er problemstillingen i forhold til EMRK og Menneskerettighedsdomstolen imidlertid på en række punkter anderledes og konklusionerne derfor ikke nødvendigvis de samme. Lad mig i denne forbindelse

blot pege på, at der i Europarådet, hvorunder EMRK hører, ikke er nogen „lov-givningsmagt“ eller foregår nogen regelfastsættelse, der kan sammenlignes med, hvad der sker inden for EU, at EMRK's materielle bestemmelser har stået uændret i mere end 50 år, at konventionen vel er suppleret med tillægsprotokoller, der indeholder yderligere rettigheder, men at den seneste nu er mere end 20 år gammel (bortset fra P13 om dødsstraf), at såvel konventionen som tillægsprotokollerne i vid udstrækning er lapidarisk affattet, og at Menneskerettighedsdomstolen derfor antagelig har en mere dominerende indflydelse på fastlæggelsen af regelgrundlagets indhold end EF- og EFTA-Domstolene. EMRK og Menneskerettighedsdomstolens praksis giver på denne baggrund anledning til en række supplerende bemærkninger.

Som referenten med rette har påpeget, adskiller de fortolkningsprincipper, der anvendes af internationale domstole, sig i nogen grad fra, hvad der har været – og vel fortsat er – tradition for i Norden, selvom man ikke skal overvurdere betydningen heraf. Selv mellem internationale domstole indbyrdes er der antagelig også forskelle, som kan variere fra tid til anden. Det er imidlertid væsentligt at påpege, at de ikke nødvendigvis skyldes divergerende hermeneutiske grundholdninger, men meget vel kan have sammenhæng med regelgrundlagets forskellighed. At ordlydsfortolkning spiller en mindre rolle for EMD end for nationale domstole og muligt EF-Domstolen har utvivlsomt sammenhæng med, at det regelgrundlag (EMRK), som Menneskerettighedsdomstolen anvender, ikke blot daterer sig mange år tilbage, men også – og navnlig – at det i vidt omfang er affattet i form af bredt formulerede klausuler eller retsstandarder (f.eks. art. 8, hvorefter enhver har ret „til respekt for sit privat- og familieliv, hjem og korrespondance“) eller anvender retsbegreber af ubestemt karakter (f.eks. „retfærdig rettergang“ i art 6). Anvendelsen af sådanne retsnormer rejser mere spørgsmål om udfyldning end om egentlig fortolkning. Når forarbejder ikke synes at være tillagt væsentlig betydning af EMD, har det givet sammenhæng med, at forarbejderne til EMRK ikke er udformet med samme detaljeringsgrad eller præcision som det ofte er tilfældet i forbindelse med national lovgivning samt at de daterer sig til tiden umiddelbart efter 2. Verdenskrig. Betydningen af sådanne fortolkningsbidrag mindskes nødvendigvis med alderen. Nordiske domstole ville næppe reagere væsentligt anderledes på forhold som de nævnte. Hvor forarbejderne indeholder relevante fortolkningsbidrag tillægges de også betydning, jf. f.eks. Bankovic afvisningsafgørelse af 12/12 2001 om forståelsen af jurisdiktionsbegrebet i art 1.

Derimod ser jeg en markant forskel i anvendelsen af teleologisk fortolkning („formålsfortolkning“).

For det første spiller denne antagelig en mindre rolle i nordisk retsanvendelse på grund af større præcision i lovgrundlaget.

For det andet: Når formålsfortolkning anvendes af nordiske domstole, er det oftest med henblik på at fastslå, hvad der må formodes at være lovgivers inten-

tioner („subjektiv formålsfortolkning“), der ofte er lettere at udfinde på grund af fyldige forarbejder af nyere dato. Eksempler herpå findes da også i EMD's praksis. Lad mig blot nævne den velkendte dom Soering mod UK af 7/7 1989, hvor anvendelse af dødsstraf ikke blev fundet i strid med art. 3 bl.a. med henvisning til medlemsstaternes intentioner med Protokol 6 (§ 103) og dommen Maaouia mod Frankrig af 5/10 2000, hvor sager om udvisning m.v. af udlændinge ikke blev anset for omfattet af art 6 fordi medlemsstaterne med Protokol 7 art 1 „clearly intimated their intention not to include such proceedings within the scope of Article 6 § 1“ (§ 37).

Men langt oftere anvender EMD formålsfortolkning til selvstændigt at fastlægge, hvad formålet med en bestemmelse indebærer („objektiv formålsfortolkning“). EMD foretager da en vurdering af, hvad „present day conditions“ fører til, og anvender bl.a. følgende principper for fortolkningen:

- a centrale begreber i EMRK som f.eks. udtrykkene „civil rights and obligations“ og „criminal charge“ i art. 6, undergives en fælleseuropæisk fortolkning, der ikke nødvendigvis falder sammen med forståelsen af de tilsvarende begreber i medlemslandenes lovgivning (autonom fortolkning).
- b EMRK anvendes således, at den sikrer „not rights that are theoretical or illusory, but rights that are practical and effective“ (det såkaldte „effektivitetsprincip“ eller „Effectiveness Principle“, der svarer til det af EF-Domstolen udviklede princip om „effet utile“). Fortolkningsprincippet anvendes bl.a. til at sikre, at en rettighed (f.eks. retten til domstolsprøvelse efter art. 6) bliver „effektiv“ ved at skabe afledede rettigheder (f.eks. ret til fri proces i civile retssager, hvis særlige forhold taler herfor) selvom dette ikke har nogen støtte i konventionens ordlyd.
- c og måske mest vidtgående det dynamiske fortolkningsprincip, der bygger på, at konventionen „is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions“. Hvad dette indebærer generelt set har EMD måske klarest givet udtryk for i dommen Christine Goodwin mod UK af 11/7 2002, hvor det med henvisning til at EMRK har til formål at beskytte menneskerettigheder bl.a. anføres: „... the Court must have regard to the changing conditions within the respondent State and within Contracting States generally and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved....“ og „A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed rendering it a bar to reform and improvement“ (§74).

Disse fortolkningsprincipper er ikke af nyere dato, men er fastslået i Domstolens retspraksis adskillige år tilbage og udviklet siden. Tiden tillader ikke nogen mere indgående analyse af, hvad de har ført til. Lad mig blot med nogle få eksempler illustrere, at EMD's retsanvendelse har ført til resultater, som vanskeligt kunne være opnået med traditionel nordisk juridisk metode.

- 1 EMD indfortolker rettigheder – i visse tilfælde også begrænsninger – selv om dette ikke har nogen støtte i bestemmelsernes ordlyd. Jeg har allerede nævnt eksemplet med fri proces i civile retssager. Et andet eksempel er, at EMD i art 11 har indfortolket en ret til beskyttelse for den såkaldte „negative foreningsfrihed“ – friheden til at stå uden for en forening – selvom denne er uomtalt i bestemmelsen og efter forarbejderne ikke ønskedes inkluderet i art 11. Det er dog endnu uafklaret, om beskyttelsen har samme omfang som i forhold til den positive foreningsfrihed.
- 2 En principielt vidtgående anvendelse af de nævnte principper er indfortolkningen af såkaldt „positive forpligtelser“ i mange af konventionsbestemmelserne. Disse er i vidt omfang formuleret som forbud mod at foretage indgreb i nærmere angivne rettigheder eller som et påbud om kun at gøre det, når bestemte betingelser er opfyldt. EMD har imidlertid i en lang række domme fastslået, at medlemsstaterne i betydeligt omfang er forpligtet til ikke blot – negativt – at afstå fra indgreb, men – positivt – til at træffe foranstaltninger, der findes nødvendige for at sikre en effektiv opfyldelse af rettighederne. Staterne er således blevet anset for forpligtede til at gribe ind overfor sundhedsfarlig forurening (Lopez Ostra 9/12 1994) at træffe nødvendige foranstaltninger med henblik på at gennemføre samvær mellem en far og hans barn (Nuutinen 27/6 2000) og at sikre, at retten til at danne fagforeninger og forhandle kollektive overenskomster er effektiv (Wilson m.fl. 2/7 2002). Området for positive forpligtelser er under udvikling, og dets nærmere udstrækning er vanskeligt at angive. Dette illustreres ikke mindst af det forhold, at konventionen efter EMD` s praksis også efter omstændighederne pålægger medlemsstaterne
- 3 at gribe ind i retsforhold mellem private. EMD har således antaget, at en privat arbejdsgivers afskedigelse af en medarbejder, fordi denne havde fremsat kritiske udtalelser om denne i forbindelse med en arbejdskonflikt, indebar en krænkelse af art 10, idet nationale domstole havde fundet afskedigelsen lovlig (Fuentes Bobo 29/2 2000). I en ny dom af 13/7 2004 (Pla og Puncernau mod Andorra) har EMD fundet, at art 14, sammenholdt med art 8, var krænket, fordi en andorransk domstol havde fortolket et testamente således, at en testator havde tilsigtet alene at tilgodese biologiske børnebørn på bekostning af adoptivbørn.

Også EMD` s retskildeanvendelse adskiller sig i flere henseender fra, hvad der er sædvanligt i nordisk ret. Lad mig blot nævne:

- 1 EMD tillægger ikke sine domme præjudikatværdi i samme omfang som det er normalt for nordiske domstole. Selvom EMD anerkender, at man af retssikkerhedsmæssige grunde ikke bør fravige tidligere retspraksis „without good reason“, er der flere eksempler på, at domstolen ikke har følt sig bundet af afgørelser truffet selv få år tidligere, hvis „present-day conditions“

har ændret sig eller den tidligere afgørelse af andre grunde er fundet at bygge på en retsopfattelse, der ikke længere er holdbar (Stafford 28/5 2002 og Goodwin 11/7 2002).

- 2 Det forekommer således nu ganske ofte, at EMD i sin fastlæggelse af konventionsforpligtelserne tager EMD i stigende grad andre internationale traktater i betragtning, ligesom også „soft law“ i form af rekommandationer, deklARATIONER o.s.v. spiller en rolle. Det forekommer ligeledes ikke sjældent, at EMD i sine præmisser – ofte ganske udførligt – redegør for og henviser til domme fra forfatningsdomstole og højesteretter såvel i som uden for Europa – ikke mindst den amerikanske og canadiske højesteret og bruger deres retsfastlæggelse som begrundelse for en udvidende fortolkning af konventionen. Selvom det er EMD's praksis ikke at tilkendegive nogen opfattelse om fortolkningen og anvendelsen af andre internationale konventioner end EMRK, er der i nyere praksis eksempler på det modsatte. I en dom af 5/4 2005 (Morany mod bl.a. Rumænien) om udlevering til en far af et barn, som moderen havde flyttet fra Ungarn til Rumænien, udtalte EMD således bl.a., at de rumænske myndigheder „were bound to comply with all obligations set out in Article 7 of the Hague Convention“ (§79) og at de rumænske domstoles fortolkning af denne „contradicts the obvious meaning of the Hague Convention which transpires from its very text, its Explanatory Report and the recognised common practice (§ 81).

Det lader sig næppe bestride, at de nævnte fortolkningsprincipper har medført – og stadig medfører – en gradvis udvidelse af området for menneskerettighederne. Selvom vurderingen heraf formentlig næppe vil være udelt positiv i alle lande, kan der være grund til at bemærke, at EMD's praksis mig bekendt ikke er søgt imødegået af medlemsstaterne hverken i forbindelse med Protokol 11 om reform af håndhævelsessystemet under EMRK eller Protokol 14 om foranstaltninger for at afbøde EMD's voksende sagstal, der blev åbnet for undertegnelse den 13/5 2004.

Referenten konkluderer i sit indlæg, at nordisk retsliv, selvom udviklingen er gået hurtigt, har været i stand til på en tilfredsstillende måde at tilpasse sig de krav, som EU- og EES-retten og EMRK stiller. Jeg kan kun erklære mig enig heri. Referenten udtrykker samtidig mere generelt ønsket, om at såvel nordisk retspraksis som nordisk doktrin tager mere aktivt del i en dialog mellem internationale, regionale og nationale domstole og myndigheder og mellem folkeretlig, europarettlig og national juridisk doktrin. Også dette er det svært at erklære sig principielt uenig i, men hvordan kan det udmøntes mere konkret? Referenten har i sin analyse af spørgsmålet om gældende ret givet udtryk for, at de krav som bl.a. EMRK stiller til nordisk retsanvendelse først og fremmest rejser et „kundskabs- og bevidsthedsproblem“. Det er selvfølgelig også tilfældet langt hen ad vejen, selvom det næppe er let for nordiske domstole, der dækker alle

eller meget brede retsområder, at følge med i den hastigt voksende strøm af internationale afgørelser. Men problemstillingen rummer efter min opfattelse mere end blot et spørgsmål om viden og følgen med. Jeg ser således følgende spørgsmål som meget centralt i denne forbindelse, og jeg håber, at debatten i dag vil forholde sig til det: Hvor langt bør nordiske domstole gå i retning af at anvende de fortolkningsprincipper, der følges af internationale domstole, i deres anvendelse af national ret? Spørgsmålet er centralt ikke mindst fordi det også berører kærneområdet af forholdet mellem domstole og lovgivningsmagt.

Lad mig slutte mit indlæg af med kortfattet at give mit personlige bud herpå i forhold til EMRK:

EMRK er inkorporeret ved lov i alle de nordiske lande med henblik på at sikre, at konventionskrænkelser undgås. Dette gælder også i tilfælde, hvor et konventionsstridigt forhold skyldes lovgivning – og i Sverige følger det endda af Regeringsformen, at domstolene kan tilsidesætte konventionsstridig lovgivning, hvis uoverensstemmelsen er tilstrækkelig klar.

Hvis EMRK's rækkevidde i en bestemt situation er afklaret ved en eller flere domme fra EMD, bør nationale domstole lægge samme forståelse til grund. Det er i denne henseende uden betydning i forhold til hvilket/hvilke lande, det er sket. Fortolkningen bør følges også selvom uoverensstemmelsen skyldes lovgivning – hvor konventionen ikke er inkorporeret med forfatningsrang dog kun, hvis konflikten ikke er tilsigtet af lovgivningsmagten.

Foreligger der ikke nogen afgørelse fra EMD, der direkte har taget stilling til det pågældende fortolkningsspørgsmål, men hvor det dog på grundlag af praksis med betydelig grad af sikkerhed kan fastslås, hvorledes dette må forventes afgjort af EMD, bør det samme gælde – i hvert fald som det klare udgangspunkt.

Foreligger der derimod ingen praksis eller giver denne ikke grundlag for slutninger med rimelig sikkerhed, er situationen en anden. Har nationale domstole efter gældende ret et større eller mindre råderum, f.eks. med hensyn til afgørelser om forældremyndighed, samvær, børnefjernelse o.s.v. eller er den nationale retstilstand uafklaret, finder jeg det rigtigst, at de træffer afgørelse i lyset af de fortolkningsprincipper, der fremgår af konventionspraksis. I denne situation bør nationale domstole derimod være forsigtige med at tilsidesætte lovgivning som konventionsstridig. Og jeg vil heller ikke anbefale, at man ændrer en retstilstand baseret på retspraksis alene på grundlag af mere eller mindre sikre formodninger om, hvad Menneskerettighedsdomstolen kan tænkes at nå frem til.

En særlig problemstilling foreligger, hvor der er spørgsmål om at udmønte EMD's praksis om „positive forpligtelser“ – ikke mindst i situationer, hvor den nationale domstol skal tage stilling til retsforhold mellem private. Jeg skal ikke gå nærmere ind herpå, men blot anføre, at der kan være grund til forsigtighed med at pålægge en borger forpligtelser overfor en anden borger på grundlag af en konventionspraksis, som den pågældende ikke har haft rimelig anledning til

at indrette sig på. Jeg tænker herved særligt på situationer, hvor vedkommende borger har handlet lovligt efter national ret, men hvor den nationale retstilstand som følge af ny eller ændret praksis fra EMD viser sig konventionsstridig. Ansvar for en sådan uoverensstemmelse bør i første række påhvile regering og lovgivningsmagt.

Debattledaren, försteamanuensis *Henrik Bull*, Norge:

Takk skal du ha! Da har vi fått emnet belyst fra to forskjellige synsvinkler. De to referentene var vel ikke avslørt stor uenighet seg imellom, men vi vet at dette temaet er kontroversielt i mange land. Fra norsk side er det naturlig å tenke på en artikkel som stod i tidsskriftet „Lov og Rett“ for ett års tid tilbake. Forfatter var professor Jo Hov og tittelen var „Menneskerettigheter – en trussel mot retts-sikkerheten?“. Her kan vi bl.a. lese om norske domstoler: „Det reservasjonsløse knefallet for EMK og Menneskerettighetsdomstolens praksis har etter min oppfatning ført til en degenerering av norsk straffeprosess.“ Det er straffeprosess som er professor Hovs fag. Og videre at „fordi denne domstolen er forholdsvis uforutsigbar, samtidig som avgjørelsene er tungt tilgjengelige og vanskelige å tolke, har straffeprosessen fått et visst preg av „juridisk kabbalisme“ – det vil si en „hemmelig kunnskap“ – utilgjengelig for folk flest – som forvaltes av liten gruppe skriftlærde, som i sin tur mottar åpenbaringer fra Strasbourg.“ Nå er vel ikke professor Hov her, men det er mitt inntrykk at i alle fall litt ut på kvelden og i godt lag er det mange jurister som er villige til å uttale seg på den måten, og mange vil nok også gjøre det om europaretten.

Når det gjelder temaene i debatten, slår det meg at det i alle fall har utkry-stallisert seg tre emner. Det ene er hvor forskjellig tolkningslæren egentlig er, slik den praktiseres i europaretten og det europeiske menneskerettighetssystemet i forhold til det vi er vant til, og hvordan kan forskjellene forklares? Er det for eksempel snarere forskjeller i rettsgrunnlaget enn et forskjellig grunnsyn det dreier seg om? Man kan også spørre seg om nordisk metode tradisjonelt kanskje har vært vel servil overfor de andre statsmakter når den, i alle fall i enkelte land, legger så stor vekt på å finne frem til lovgivers subjektive intensjoner. For det annet: Hvordan virker nå egentlig EU- og EØS-retten og menneskerettighetssystemet inn på det nasjonale rettssystem? Det er jo dels et spørsmål om hvordan domstolene resonnerer, hvordan de oppfatter sin egen rolle i forhold til de andre statsmakter, men det er vel så mye et spørsmål om hvordan europeiseringen påvirker juridisk teori, hvordan man i juridisk teori tilnærmer seg rettsproblemen. Hvem og hva er det som bestemmer dagsordenen? Er det slik at det som er av dynamikk i stor grad er bestemt av Europa? Virker det inn på hvordan vi lærer kommende jurister jus – undervisningen i jus? For det tredje: Bør vi i større grad engasjere oss i en europeisk juridisk debatt? Det ble fremhevet at

både europarettens og menneskerettighetssystemet i en viss grad er åpne og pluralistiske, og kanskje har vi noe å bidra med fra nordisk side. Hvordan gjør vi i så fall det rent praktisk?

Min erfaring med slike debatter er imidlertid at det er vanskelig å strukturere i den forstand at man forsøker først å diskutere ett spørsmål og så et annet spørsmål og dernest et tredje spørsmål. De som tar ordet, sier det de har lyst å si, uansett.

Advokat *Olav Willadsen*, Danmark:

Det store problem er, at rettigheder er et spejlbillede af pligter.

Rettigheder er altså gensidige, selv om de formelt er ensidigt fremlagt.

Betragtes rettigheder – herunder menneskerettigheder – som frit i luften svævende dynamiske rettigheder, der er dalet ned som manna fra himlen, så slippes kontakten til de borgere, der skal finde sig i forbryderes og indvandreres rettigheder.

Derved mister retsordenen sin accept, så den uden varsel kan bryde sammen.

Hvad kan vi gøre ved det?

Vi kan fremhæve den centrale kontrolrettighed fra den franske revolution, nemlig: OPRØRSRETTE! JUS SEMPTIONE!

Oprørsretten kendes i øvrigt under navnet „modstandsret“ fra den tidlige middelalder og var lovfæstet i flere danske kongers håndfæstninger og kendes også som tysk „Widerstandsrecht“. OPRØRSRETTE er kontrollen med, at magthaverne ikke går for langt.

Glemmer vi kontrollen – der f.eks. findes i den svejtsiske ret til at borgerne kan KRÆVE folkeafstemninger – vil retssystemet gå i opløsning, fordi kontrol er forudsætningen for borgernes accept af systemet.

Et af Den europæiske menneskeretsdomstols problemer er, at den i stor mængde afviser klager med den begrundelse, at de er åbenbart ugrundede, selv det i langt fra alle tilfælde er åbenbart.

Det er f.eks. set i menneskeretsdomstolens afgørelse af 14. december 2001, i sagen PN 21214 og 63208/00 Erik Martin Tidsvilde mod Danmark, hvor domstolen anvendte dommere, der ikke forstod sproget i klagesagen (dansk), og hvor den eneste, der forstod det, og som var tilstede ved afgørelsen, var den justitsekretær, der tidligere havde skrevet, at sagen ikke havde udsigt til fremgang.

I den situation mister menneskeretsdomstolen sin troværdighed.

Så er det franski NO og det hollandske NEE kun vindpustet inden en torden, der skyller alt væk.

Mine damer og herrer!

Send de europæiske menneskerettigheder og deres udvidende politisk korrekte fortolkning til forbrændingsanstalten!

Behold kun de få centrale regler, så loven kan overleve.

Ellers vil den drukne i paragraffer.

Hvis hver mand ikke kan forstå og acceptere loven, så er den hverken demokratisk eller kan overleve.

(et kort finskt referat)

Tak.

Høyesteretsadvokat *Gunnar Nerdrum*, Norge:

Jeg er advokat og vel bevandret i norsk juridisk metode. Men jeg er også *Avocat à la Cour de Paris* og har de siste femten år tilbrakt halvparten av min tid i Paris. Etter et studieopphold i 1988 i Moskva har jeg likeledes i stor utstrekning arbeidet med russisk rett og rettslige problemstillinger i Russland. Metodene atskiller seg i alle disse land, men man vet hvor man er og finner ut av det.

Nå har vi fått en situasjon hvor regelverk og domstoler på europeisk basis har direkte effekt, eller må i alle fall tas i betraktning i våre interne rettssystemer. Rettsstoffet har vokst kollossalt, og alt er blitt meget vanskeligere enn før. Jeg har lest diskusjonsgrunnlaget fra hovedinnlederen Allan Rosas, og jeg har lyttet med interesse til begge innledere, og jeg har en følelse av at de fra sine posisjoner ikke helt ser problemene for det daglige rettsliv i det enkelte land. Begge er de høyst aktete dommere i ytterst ansette europeiske domstoler. Jeg er ikke i særlig tvil om at de klarer å fortolke sine respektive regelverk uten helt store problemer. Men det må sies at de har støtte av advokater, som kanskje har arbeidet år med sakene og som ofte har hjelp av spesialister fra de akademiske miljøer. De har videre et spesialisert apparat omkring seg. Jeg vil ikke si at maten er ferdig tygget når den kommer på dommernes bord, men den er i alle fall godt tilberedt.

Hva skal vi så si, vi på grunnplanet? I mange saker, fortsatt, behøver vi heldigvis ikke å tenke på verken menneskerettigheter eller Europarett. Men oftere og oftere kommer det opp problemstillinger, hvor vi i alle fall kan ha en mistanke om at det kan skjule seg et troll i esken. Vi kan da enten lukke øynene for det, eller vi kan begynne å søke. Og da løper tiden fort avsted. Rettsstoffet er meget stort, rettsavgjørelsene mange, og de er vanskelige å orientere seg i. Det må i alle fall jeg bekjenne. Man må være god i engelsk og gjerne også i fransk. Lovtekstene er uendelige i Europarett med, som Allan Rosas bemerker, en merkelig blanding av generelle prinsipper og den ytterste detaljregulering. Det kan også være nødvendig å se på tekstene i forskjellige språklige versjoner. Når vi videre får høre at domstolene henviser til hverandres avgjørelser og også til avgjørelser i de enkelte land, sier det seg selv at den dommer eller advokat som skal søke til bunns i et konkret rettsstille, han har en tung jobb!

I tillegg har vi problemet med trinnhøyde og gjennomslagskraft i forhold til

resultatene basert på rent nasjonal lov. Dette er et spørsmål som jeg i dette innlegget ikke kommer inn på, men jeg ville gjerne ha sett om en av våre tilstedeværende dommere kunne si noe om det.

Mitt innlegg munner ut i et hjertesukk: Det er blitt så vanskelig!

Debattledaren, førsteamanuensis *Henrik Bull*, Norge:

Dette minner meg om et tidspunkt under EØS-forhandlingene da det hadde gått opp for oss hva vi egentlig hadde bedt om når vi ville gjøre EFTA-landene til en del av det indre marked. Da var det en av forhandlerne som lenet seg tilbake i stolen og utbrøt: „Herregud, vi har jo levet i en rettskildeidyll i Norden!“ At det er blitt vanskeligere, er det vel ingen tvil om. Jeg er sikker på at innlederne plukker opp det poenget, om ikke annet så i sluttinnleggene.

Det er en jernhard regel under Nordiske Juristmøter at vi taler skandinavisk. Men neste taler har en helt patent unnskyldning for ikke å kunne gjøre det. Det dreier seg om presidenten for EFTA-domstolen, professor Carl Baudenbacher, som har bedt om å få si noen ord. Han må nødvendigvis få lov å snakke engelsk, så vi gjør dette ene unntaket fra regelen. Please Professor Baudebacher, you have the floor.

Professor, Dr. *Carl Baudenbacher*, presidenten för EFTA-domstolen, Schweiz:

Thank you very much. Mr. Chairman, ladies and gentlemen, I apologize for not speaking in a Nordic language here, but there is a simple reason for that: I am not capable of doing it. But with the permission of the chairman and after having worked with colleagues from the north for ten years, I dare to take the floor.

Let me first congratulate Henrik Bull on his appointment to the EFTA bench. Thorgeir Örlygsson and I are looking forward to collaborate with him. I am an alpine guy and there are certain similarities between the Nordic countries and the alpine countries, not only in terms of mountains and glaciers but also in terms of stubbornness of the people and of a certain reluctance to orient ourselves towards a political center.

With regard to methods of interpretation, I would just say that the EFTA Court essentially uses the same methods as its big sister court, the Court of Justice of the European Communities. This is also due to the homogeneity goal which underlies the EEA Agreement. That means that we are not following the rules of interpretation of the Vienna Convention. The main focus is clearly on teleological interpretation and that includes, as we call it in Europe, dynamic interpretation. At the European Court of Human Rights, it would be referred to as interpretation in the light of present day conditions. You will notice that Europeans tend to use notions which have a positive connotation when it comes

to judges rewriting the law. They do not like to talk about judicial activism, but they speak about present day conditions and the like. But there are limits to dynamic interpretation. The EFTA Court has recently decided in the Pedicel case that it cannot by way of dynamic interpretation extend the scope of the EEA Agreement to agricultural products which are exempted under the product coverage rules. On the other hand, the EFTA Court has in a number of cases faced the problem of being obliged to go first within the European Economic Area and it has not avoided dealing with politically sensitive questions in the landmark cases Sveinbjörnsdóttir and Karlsson, in which the principle of State liability has been recognized as a principle of EEA law. Even if there may be a difference with regard to the use of travaux préparatoires between the European courts and the Nordic courts, I have the feeling that courts all over the world are essentially in the same business. Probably with one big exception: European courts, i.e. national courts, the Luxembourg and the Strasbourg courts, have been spared a discussion on so-called originalism as is going on in the US Supreme Court. In the light of what we know about the process of understanding and of pre-understanding in judicial decision making, I find this American discussion rather awkward.

As far as judicial dialogue is concerned, I want to point to the series of cases decided by the Courts in Luxembourg concerning the use of the precautionary principle in food law and related matters, in particular the EFTA Court's decision in Kellogg's and the European Court of Justice's judgments in *Commission v Denmark* and in *Bellio Fratelli*. I am well aware that Allan Rosas was the judge-rapporteur in *Bellio Fratelli*. These cases have dealt with new problems and it has turned out that rigid homogeneity rules had to give way to dialogue. It could be said that homogeneity in these cases was guaranteed by the dialogue itself. One could also speak of a very successful cross-pillar cooperation within the European Economic Area as a whole. My second point concerns the fact that the Nordic courts are not only passively participating in the dialogue with the EFTA Court, but that they have made important contributions. I may mention here the judgments of the Icelandic Supreme Court in *Sveinbjörnsdóttir*, of the Norwegian Supreme Court in the first *Finanger* case and in the *Paranova* case where Justice Bruzelius wrote the opinion. But also the two judgments of the Swedish Supreme Court in the *Andersson* cases, in which that Court acknowledged that State liability is part of EEA law and made reference not only to the EFTA Court but also to the Icelandic Supreme Court. One could call this series of cases an example of a vertical and horizontal and cross-pillar dialogue.

Let me finally address the issue of judicial style. From a dialogue standpoint but also in reaction to the opposition to the EU Constitutional Treaty, I ask myself whether courts should change their style and try to move closer to the citizens. The Luxembourg courts, I am exaggerating a little bit, act like common

law courts when it comes to taking the freedom to act in a dynamic way, but behave as if they were civil law courts when it comes to giving reasons. Whether they can go on with their dry legalistic and some say even minimalist style in times of judicial dialogue is an open question. We at the EFTA Court are trying to be more comprehensive, but we have to work without an Advocate General. So I would like to ask in particular two questions: First, should we start to systematically refer to national Supreme Courts or even to academic literature? As far as I can see, the ECJ has once referred to the German Constitutional Court and we once cited the Danish Supreme Court. And the second question is, isn't it time to put all the reasons that have crossed the judges' mind on the table, the real reasons? It could be argued that this is not only a matter of policy, but also of intellectual honesty. And it would enhance the framework conditions for dialogue. Thank you very much.

Professor em. *Jacob W.F. Sundberg*, Sverige:

Jag har bara en komplettering till synpunkterna på olikheter mellan nordisk och internationell – eller snarare europeisk – juridisk metod. Det är ju nämligen så att konventionssystemet i Strasbourg från början dominerades av skandinaverna. Före 1954 var fyra av de åtta deltagande länderna nordiska: Danmark, Island, Norge och Sverige. Därefter föll proportionerna något men intill 1958 var de nordiska länderna fyra av tretton. Och om man tittar på hur många som medgivit individuell klagorätt enligt Art. 25 så var de fyra av nio. Den dominansen har förstås senare brutits med naturnödvändighet med anslutningen av fler länder till konventionssystemet. Nu är de bara fem länder av 45, och då har man inte så mycket att säga till om. Icke desto mindre var det nordiska inflytandet påtagligt ändå genom att ledande poster bekläddes av skandinaver. De var sålunda presidenter i Europeiska Kommissionen 1962–1972 (först svensken Sture Petrén och sedan 1967 dansken Max Sörensen), och sedan, mellan 1982 och 1996, var dansken Carl Aage Nørgaard Kommissionens President. Och norrmannen Rolv Ryssdal var President i Europeiska Domstolen sedan 1985 och fram till sin död 1998.

Så om man tycker att det internationella inflytandet blivit för stort i jämförelse med det nordiska så bör man komma ihåg att det är vi själva som har skapat det.

Professor, dr.jur. *Mads Bryde Andersen*, Danmark:

Formiddagens retshistoriske foredrag fremdrog en væsentlig pointe, nemlig at juraen på én gang er blevet ekstremt specialiseret og samtidig bygger på fundamentale og ægte principper, den juridiske metode.

Det som for mig at se er den store udfordring ved menneskeretstænkningen, således som den i dag opleves i blandt andet de nordiske retssystemer, er at den på den ene side bygger på almene principper, men at den samtidig har fået en betydelig slagkraft i enkeltdiscipliner. Det har skabt et stort problem, som i bund og grund har konstitutionel karakter. Problemet er, at en domstol, der skal kunne fungere effektivt i et retssystem og opnå anerkendelse, må indgå i en vekselvirkning med det samfundsliv, domstolen arbejder med. Domstolen må indgå i en dialog med resten af retssystemet.

Og her ligger en stor udfordring for specielt domstolen i Strasbourg. Det er den internationale domstol, tæt på os, som har jurisdiktion over det største geografiske område. Det er den domstol, som indbefatter de fleste og de mest forskelligartede kulturer. Og så er det sidst – men ikke mindst – den domstol, som har den største distance til det retsgrundlag, som den afsiger sine domme på. Det er et retsgrundlag, som korreferenten korrekt sagde, som har mange år bag sig, og som derfor ikke er revideret igennem disse mange år.

Den store udfordring for os jurister er at bidrage til at muliggøre denne dialog.

Og her står vi over for én udfordring – der er flere – men én stor udfordring, som har ligget i, at selve prædikatet „menneskerettigheder“ har vanskeliggjort dialogen. Det har været således, at personer som har yret kritik af domme fra menneskeretsdomstolen, er oplevet som modstandere af menneskeretsidéen. Og det er jo forkert. Man kan sagtens være tilhænger af fundamentale menneskerettigheder, men samtidig være modstander af en afgørelse fra menneskeretsdomstolen.

Mit synspunkt er, at vi jurister bør bidrage til at skabe en fordomsfri dialog om de spørgsmål, menneskeretsdomstolen arbejder med. En domstol som bygger sin praksis på almene principper bør undgå at indtage rollen som retspolitik „harmonisator“, altså som en instans der ikke fokuserer på de grundlæggende, basale og centrale menneskerettigheder, men som primært arbejder med retspolitik harmonisering. En sådan tilbageholdenhed er navnlig nødvendig, når dialogen om disse specialspørgsmål i praksis ikke er mulig. Det er dette, der skaber den frustration over menneskeretssystemet, man oplever mange steder.

Dr. Jakob Heidbrink, Sverige:

Den centrala frågan tycks vara huruvida EG-rätten har en systematik. Det sägs att man i EG-domstolens domar kan finna stöd för vilket påstående som helst och dess raka motsats. Det tycks vara ogörligt att infoga detta kasuistiskt betonade system i en tradition av systematiskt tänkande som vuxit över flera hundra år. Detta gäller i synnerhet som domstolens arbete, men framför allt

lagstiftningen, tycks vara beroende av de politiska vindarna, där man utnyttjar öppningar för att gå två steg framåt, bara för att slå till reträtt när man möter opposition och gå ett steg bakåt. Det som betecknas som nytt är således inte alltid nytt, utan skulle kunna avgöras på gamla och välkända principer. Någon förutsebarhet för rättsanvändaren kan i dagens läge inte finnas. EG-rätten måste systematiseras om vi på ett förnuftigt sätt skall kunna få ihop den nationella och den internationella rätten.

Dessutom gjorde høyesteretsdommer Karin Bruzelius, Norge, och HD-presidenten Leif Sevón, Finland, inlägg på sektionmötet.

Debattledaren, försteamanuensis Henrik Bull, Norge, avslutade med att tacka referenten och korreferenten samt övriga mötesdeltagare och förklarade sektionmötet avslutat.