



Ombudsmanden som menneskeretsbeskytter

Folketingets Ombudsmand, professor dr. jur. Niels Fenger

Ombudsmandsinstitutionen blev ikke oprettet med henblik på at fremme og beskytte menneskerettighederne. I takt med at menneskeretlige regler har fået en stigende betydning for forvaltningens virksomhed, er mængden af sager, hvor det bliver relevant at inddrage menneskerettigheder, imidlertid steget i ombudsmandspraksis. Endvidere har ombudsmanden i de sidste årtier fået flere og flere opgaver i relation til bl.a. FN's Børnekonvention, FN's handicapkonvention og FN's protokol til konventionen om tortur og anden grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf. Samlet set har denne udvikling medvirket til at understøtte ombudsmandens arbejde med at sætte fokus på borgernes rettigheder og fremme en myndighedskultur, der bygger på almindelige retsstatsprincipper og respekten for menneskeretten.

1. Ombudsmanden beskæftiger sig med menneskeretlige problemstillinger

Det ligger næsten i sagens natur, at beskyttelsen af menneskerettigheder er en vigtig del af ombudsmandens virksomhed.¹

For det første berører en stor del af de afgørelser, som forvaltningen træffer, menneskerettigheder beskyttet af EMRK.

For det andet omhandler en stor del af de tilbagevendende temaer for ombudsmandsundersøgelser menneskerettigheder i bred forstand. Det kan f.eks. være forholdene for indsatte i fængsler, på psykiatriske institutioner og på institutioner for børn og unge. Eller det kan være forvaltningens anvendelse af principperne om uskyldsformodning, ytringsfrihed for offentligt ansatte og ligebehandling uanset handicap eller alder. Også sager om socioøkonomiske rettigheder såsom retten til undervisning, økonomisk bistand og sundhedspleje havner ofte på ombudsmandens bord.

¹ Om menneskerettighedernes betydning for forvaltningsretten som sådan se Fenger, Menneskerettighedskonventionen og dens betydning for dansk forvaltningsret, U 2018 B, s. 233.

Endelig, for det tredje, er der et betydeligt værdimæssigt slægtskab mellem på den ene side menneskerettigheder og på den anden side national offentlig ret: Såvel menneskerettighederne som stats- og forvaltningsretten handler bl.a. om at opstille grænser for offentlig magtudøvelse og om at sikre overholdelsen af disse grænser. Der er ligeledes et betydeligt emnemæssigt overlap mellem EMRK og en række fundamentale offentlige regler og principper såsom grundlovens frihedsrettigheder, hjemmelskravet og proportionalitetsprincippet. Endvidere varetager en række love til dels de samme hensyn som EMRK. Som eksempel kan nævnes lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter (retssikkerhedsloven) og dele af databeskyttelsesloven og databeskyttelsesforordningen. Hertil kommer de forvaltningsprocessuelle rettigheder om bl.a. sagsoplysning, partshøring, egenaccess og begrundelse, som EMD i de senere år har udledt af konventionen; alle rettigheder, der overlapper med forvaltningslovens partsrettigheder, og som medvirker til, at sondringen mellem forvaltningsret og grundlæggende rettigheder udvaskes.

2. Ombudsmandens retlige fundament for at beskæftige sig med menneskeretlige forhold

2.1. Ombudsmandsloven

Institutionen Folketingets Ombudsmand blev grundlagt ved 1953-grundloven få år efter oprettelsen af Europarådet og FN samt vedtagelsen af EMRK og FN's Menneskerettighedserklæring. Måske derfor er de principielle synspunkter på forholdet mellem individ og statsmagt, der lå bag etableringen af Folketingets Ombudsmand, i betydeligt omfang sammenfaldende med de hensyn, der dannede grundlag for disse internationale initiativer.² Ud fra forarbejderne til grundloven og den første ombudsmandslov fra 1954 er det dog samtidig klart, at institutionen ikke var udset til at spille en særlig rolle med hensyn til efterlevelsen af menneskerettigheder. Formålet med ombudsmandsinstitutionen var at sikre, at (stats-)forvaltningen overholdt dansk lovgivning i mødet med borgerne, ikke at prøve såvel forvaltningens som lovgivningsmagtens aktiviteter op imod en international standard.

Heller ikke forarbejderne til den nuværende ombudsmandslov fra 1996 beskæftigede sig meget med ombudsmandens aktiviteter på det menneskeretlige område. Således begrænsede lovbemærkningerne sig – med særligt henblik på EU-retten – til at fastslå, at ombudsmanden skulle anvende den del af international ret, der var blevet gjort til en del af intern dansk ret, på lige fod med (anden) dansk ret. Og så blev Den Europæiske Torturkomite og de europæiske fængselsregler kort omtalt i relation til ombudsmandens tilsynsvirksomhed.

² Eilschou Holm, FOB 1985.12.

Udgangspunktet er således, at den danske ombudsmands opgave med at beskytte menneskerettighederne foretages ud fra samme mandat og på samme måde som den øvrige tilsyns- og kontrolvirksomhed, ombudsmanden udøver.

Herved står institutionen i et delvist modsætningsforhold til bl.a. adskillige østeuropæiske ombudsmandsinstitutioner, der blev oprettet efter murens fald, og som måske derfor fik en særlig opgave med at fremme og beskytte menneskerettighederne. Og tilsvarende til en række sydeuropæiske, afrikanske og syd- og mellemamerikanske stater, hvor ombudsmandsinstitutioner blev indført i forbindelse med landenes overgang til demokrati, og hvor ønsket om at undgå flere menneskerettighedskrænkelser var en af hovedgrundene til at oprette ombudsmandsinstitutioner.³ Der er også den tendentielle forskel mellem den danske ombudsmand og en række andre landes ombudsmandsinstitutioner, at den danske ombudsmand i første række udfører en legalitetskontrol, mens ombudsmanden i mange andre lande er tiltænkt en mere retspolitisk rolle, herunder som menneskeretsforkæmper, og i den forbindelse er givet adgang til at intervenere *amicus curie* for domstolene. Sådanne ombudsmandsinstitutioner kombinerer dermed den danske ombudsmandsrolle med den, som Institut for Menneskerettigheder indtager i Danmark.⁴

I de sidste årtier har ombudsmanden imidlertid i flere henseender fået særlige opgaver i relation til internationale menneskeretsinstrumenter.

I 1993 vedtog Folketinget en beslutning om ligebehandling af handicappede med andre borgere, og som led i beslutningen blev ombudsmanden bedt om at "følge udviklingen og eventuelt meddele påtale, hvor dette er muligt inden for ombudsmandens kompetence". Selvsagt indgår FN's Handicapkonvention som en væsentlig del af bedømmelsesgrundlaget for denne del af ombudsmandens virksomhed.

I 2007 blev ombudsmanden udpeget som dansk national forebyggende mekanisme (NPM) efter tillægsprotokollen til FN's protokol til konventionen om tortur og anden grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller

³ Giddings m.fl., *The Ombudsman and Human Rights*, i Gregory m.fl., (red.), *Righting Wrongs – the Ombudsman in Six Continents*, s. 441, samt Reif, *Ombuds Institutions, Good Governance and the International Human Rights System*, 2. udg., s. 11 ff, 59 ff og 442 ff.

⁴ Efter § 1 i lov om Institut for Menneskerettigheder har instituttet til opgave at fremme og beskytte menneskerettighederne i overensstemmelse med FN's Paris-principper. I Danmark er således alene IMR, men ikke Folketingets Ombudsmand, udpeget som et nationalt menneskerettighedsinstitut efter Paris-principperne som fastlagt i Resolution A/RES/48/134. Også i så henseende adskiller den danske ombudsmand sig fra en række andre staters ombudsmænd.

straf (OPCAT). Og som led heri udfører ombudsmanden i samarbejde med Institut for Menneskerettigheder og DIGNITY – Dansk Institut mod Tortur regelmæssige besøg på steder, hvor folk er berøvet deres frihed, jf. ombudsmandslovens § 7, stk. 1, 2. pkt. Lovbemærkningerne anfører i den forbindelse, at såvel torturkonventionen som den internationale praksis, der er knyttet til den, og andre ratificerede konventioner om beskyttelse mod tortur, umenneskelig, grusom og nedværdigende behandling skal indgå i ombudsmandens bedømmelsesgrundlag.⁵

I 2011 fik ombudsmanden – som led i gennemførelsen af EU's udrejsedirektiv 2008/155 – til opgave at vurdere politiets adfærd under tvangsmæssig udsendelse af udlændinge, der opholder sig ulovligt i Danmark, jf. nu hjemrejse-lovens § 19. I den forbindelse skal ombudsmanden efter forarbejderne inddrage bl.a. EMRK, FN's Torturkonvention, FN's Flygtningekonvention, FN's Konvention om borgerlige og politiske rettigheder samt Børnekonventionen.

Endvidere fik ombudsmanden – på baggrund af en anbefaling fra FN's Børnekomité – i 2012 til opgave at medvirke til at sikre og overvåge implementeringen af børns rettigheder efter FN's Børnekonvention, jf. ombudsmandslovens § 7 stk. 1, 3. pkt., og § 12, stk. 2.

Endelig har ombudsmanden ved en ændring af straffuldbyrdelsesloven i 2022 fået til opgave at påse, at danske myndigheder overholder deres forpligtelse til at sikre, at indsatte, som overdrages til kosovariske myndigheder som led i afsoning i Kosovo, behandles i overensstemmelse med Danmarks internationale forpligtelser, herunder EMRK.

2.2. International ret

På den internationale scene er ombudsmandsinstitutionernes anknævnelse til menneskerettigheder i højere grad fremhævet. Således har Europarådet længe set de nationale ombudsmænd som en væsentlig bestanddel af medlemsstaternes "National Human Rights Structures", der ligeledes består af de nationale menneskerettighedsinstitutioner. Allerede i 1975 anbefalede Europarådets parlamentariske forsamling medlemsstaterne at oprette ombudsmandsinstitutioner.⁶ I 1985 vedtog Ministerrådet en anbefaling, der gav udtryk for, at ombudsmænd var egnede til at beskytte og fremme menneskerettighederne.⁷ I 2004 fulgte Europarådets parlamentariske forsamling op med en anbefaling, der på ny bekræftede ombudsmandsinstitutionernes betydning. Anbefalingen udtalte bl.a., at "the development of methods of human rights protection has influenced the role of the ombudsman in that respect for

⁵ LFF 213 af 7. maj 2009 pkt. 6.2.

⁶ Anbefaling 757/1975 og se herom FOB 1974.8.

⁷ Anbefaling No. R (85) 13.

human rights is now included in the standards to be respected by a good administration, on the basis that administrative actions which do not respect human rights cannot be lawful”.⁸ Endelig vedtog Europarådets Venedig Kommission i 2019 de såkaldte Venedig-principper. Disse principper tilsigter navnlig at sikre etableringen og funktionsdueligheden af ombudsmandsinstitutioner, og de understreger i den forbindelse ombudsmandsinstitutionernes rolle som menneskerettighedsbeskyttere.⁹

Herudover fremgår det af mandatet for Europarådets kommissær for menneskerettigheder, at han skal facilitere de nationale ombudsmænd inden for menneskerettighedsområdet.¹⁰ I overensstemmelse hermed anførte menneskeretskommissæren i sin årsrapport for 2003, at de strukturelle ligheder mellem hans kontor og de nationale ombudsmænd gjorde sidstnævnte til oplagte partnere på det nationale niveau.¹¹

På tilsvarende måde har FN's højkommissær for menneskerettigheder længe set ombudsmandsinstitutioner som grundpiller i den institutionelle struktur for beskyttelse af menneskerettigheder på nationalt plan.¹² Senest har FN's generalforsamling den 15. december 2022 vedtaget resolution 77/224 om "The role of Ombudsman and mediator institutions in the promotion and protection of human rights, good governance and the rule of law". Ligesom Venedig-principperne tilsigter resolutionen bl.a. at sikre ombudsmænds uafsættelighed og uafhængighed af navnlig den udøvende magt. Resolutionen anerkender samtidig den vigtige rolle, som ombudsmandsinstitutioner kan spille i beskyttelsen af menneskerettigheder.

Endelig kan man finde en anerkendelse af de nationale ombudsmænds arbejde i de domme fra EMD, hvor EMD i vurderingen af, om den nationale proces har været fair og tilstrækkelig grundig, henviser til, at sagen har været behandlet af den nationale ombudsmand.¹³ Det samme gælder for domme, hvor EMD henviser til den nationale ombudsmands vurderinger med henblik på at fastlægge den korrekte forståelse af faktum og national ret.¹⁴

⁸ Anbefaling 1615 (2003), pkt. 3. Se også forsamlingens Resolution 1959 (2013) "Strengthening the institution of ombudsman in Europe".

⁹ Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution, adopted by the Venice Commission at its 118th Plenary Session (Venice, 15-16 March 2019).

¹⁰ Resolution (99) 50, art. 3, litra d.

¹¹ CommDH (2003)7, s. 14 f.

¹² F.eks. Human Rights, Handbook for Parliamentarians N° 26.

¹³ F.eks. EMD af 12. januar 2023 i sag 27700/15, Kilic.

¹⁴ EMD af 13. december 2022 i sagerne 11811/20 og 13550/20, Elmazova, EMD af 8. december 2022 i sag 42010/18, Yakovlyev, EMD af 8. september 2022 i sag 1434/14, Jansons, EMD af 22. februar 2022 i sag 54547/16 Shirkhanyan, og EMD af 12. juni 2018 i sagerne 7549/09 og

3. Hvilke menneskerettigheder fylder i ombudsmandens sager?

Ombudsmanden har længe forholdt sig til spørgsmål om internationale reglers betydning for konkrete sager. Faktisk var ombudsmanden blandt de første prøveinstanser i Danmark, som inddrog den internationale menneskeret i sin bedømmelse af forvaltningens ageren.

EMRK er klart den menneskeretstekst, som ombudsmanden hyppigst inddrager. I de trykte ombudsmandsudtalelser er de to dominerende bestemmelser art. 8 om retten til privatliv og familieliv og art. 10 om ytringsfrihed efterfulgt af art. 3 om forbud mod tortur og anden nedværdigende behandling.

Hovedparten af sagerne om art. 10 handlede tidligere om offentligt ansatte og om aktindsigt. I nyere praksis har temaerne oftere været ytrings- og informationsfrihed for personer i fængsler, på psykiatriske institutioner og på uddannelsesinstitutioner. Sagerne om art. 8 er lidt af en blandet landhandel. De nyere sager har angået bl.a. opholds- og meldepligt for udlændinge på tålt ophold, socialt anbragte mindre børn, postkontrol på institutioner, ret til familieliv på asylcentre og lign. samt ret til egenaces.

Sagerne om art. 3 vedrører som oftest institutionsforhold, det være sig i fængsler, på psykiatriske institutioner, på udrejsecentre eller på institutioner for børn og unge. Bestemmelsen er også blevet anvendt i et par sager om udsendelse af alvorligt syge udlændinge. Hertil kommer et stort antal utrykte sager om selvmord og selvmordsforsøg i fængsler m.v., hvor både art. 2 og art. 3 rutinemæssigt indgår i bedømmelsesgrundlaget.

Som allerede antydnet i pkt. 2.1 inddrager ombudsmanden herudover, hvor det er relevant, også andre internationale menneskeretsinstrumenter, herunder konventioner, som ikke er inkorporeret ved lov. Blandt andet i sager om

33330/11, Alpeyeva og Dzhagoniya. Adgangen til at klage til ombudsmanden er ikke et retsmiddel, der efter EMRK art. 35 kræves udnyttet, for at en klage kan antages til realitetsbehandling ved EMD, jf. EMD af 7. december 2021 i sag 64387/14, Tabakov, EMD af 20. maj 2021 i sag 52415/18, Asanović, og EMD af 17. oktober 2019 i sag 58812/15, Polyakh. På tilsvarende måde er udgangspunktet, at en klage til en ombudsmand ikke udgør et effektivt retsmiddel efter EMRK art. 13, jf. EMD af 3. april 2018 i sag 21318/12, Danilczuk, og EMD af 15. oktober 2015 i sag 37991/12, Memlika.

handikaptilgængelighed udgør FN's Handicapkonvention en vigtig del af prøvelsesgrundlaget.¹⁵

Også Børnekonventionen inddrages i et betydeligt antal sager. Hovedparten af disse angår tilsynsbesøg på institutioner for børn og unge, men konventionen har også udgjort en del af prøvelsesgrundlaget i sager, hvor spørgsmålet er, om et barn er hørt tilstrækkeligt – og på en måde, barnet forstår – inden der træffes afgørelser vedrørende barnet.¹⁶

I FOB 2009 18-1 foretog ombudsmanden en undersøgelse af Børnekonventionen og Handicapkonventionen for at vurdere, om forældrene til en 13-årig dreng med infantil autisme havde ret til at fravælge et kommunalt specialskoletilbud.

Blandt andet i sin tilsynsvirksomhed med fængsler og institutioner inden for psykiatrien m.v. har ombudsmanden tilbage fra 1970'erne inddraget internationale regelsæt og ikke-bindende retningslinjer. Eksempelvis kritiserede han i FOB 1975.571, at forholdene på en boliginstitution i væsentlig grad afveg fra den standard, der havde fundet udtryk i FN-deklarationen om mentalt retarderede personers rettigheder.¹⁷

De oftest anvendte internationale regler og retningslinjer i tilsynssagerne er Torturkonventionen,¹⁸ de europæiske fængselsregler (Recommendation (2006) 2)¹⁹ og de såkaldte Nelson Mandela Rules (United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners).²⁰ Også retningslinjer udstedt af den Europæiske Torturkomité (CPT) inddrages i vurderingen.

¹⁵ FOB 2016-40, FOB 2016-16, FOB 2014-39, FOB 2014-38, FOB 2014-31 og FOB 2009 18-1. Se også FOB 2008.137, hvor Handicapkonventionen burde have været inddraget i en afskedigelsessag.

¹⁶ FOB 2022-13, FOB 2018-39, FOB 2016-16, FOB 2015-53, FOB 2014-19, FOB 2014-9, FOB 2013-2 og FOB 2009 18-1. Som FOB 2019-29 illustrerer, inddrager ombudsmanden ikke blot Børnekonventionens tekst, men også FN's Børnekomité's generelle bemærkninger til konventionen i sit prøvelsesgrundlag. Der er ikke i øvrigt praksis for, at ombudsmanden henviser til uforbindende udtalelser fra FN's forskellige komitéer vedrørende fortolkningen af FN-konventioner og ikke-bindende instrumenter. Se om den retskildemæssige betydning af sådanne uforbindende udtalelser betænkning 1546 om danske domstoles anvendelse af andre konventioner om menneskerettigheder, s. 288 ff.

¹⁷ Om betydningen af international soft law se også pkt. 4.1.1 nedenfor.

¹⁸ FOB 2018-39, FOB 2018-18 og FOB 2014.32.

¹⁹ FO 19/02834, 19/03364 og 18/05446.

²⁰ FOB 2016-52, Temarapport 2019 af 5. maj 2020 om straffceller samt Temarapport 2018 af 23. august 2019 om udelukkelse fra fællesskabet i kriminalforsorgens institutioner. Sidstnævnte er omtalt i pkt. 4.2 nedenfor.

Endvidere indgår Europarådets "Twenty Guidelines on Forced Return" og CPT's standard "Deportation of foreign nationals by air" som faste bestanddele af ombudsmandens vurderingsgrundlag i sager om tvangsudsendelse af udlændinge.²¹

FO 20/03042 angik forholdene i kriminalforsorgens institutioner i COVID-19-perioden. Som en del af sit bedømmelsesgrundlag anvendte ombudsmanden CPT's "Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus (COVID-19) pandemic".

Indtil nu har der ikke været sager, hvor det har været relevant at inddrage EU's Charter om grundlæggende rettigheder.

4. Prøvelsesgrundlaget

4.1. Den normale prøvelsessituation

4.1.1 Menneskerettens gennemslagskraft

Ligesom domstolene anvender ombudsmanden grundlæggende internationale menneskeretsinstrumenter på tre måder. Nogle gange anvendes de direkte, evt. i kombination med den danske inkorporeringsregel. Andre gange anvendes de mere indirekte som et fortolkningsmoment ved fastlæggelsen af indholdet af danske retsregler. Og endnu andre gange anvendes den internationale regel til at afskære eller begrænse myndighedens skønsbeføjelser efter en dansk regel eller ulovbestemte retsgrundsætninger.²²

Man kunne i princippet tænke sig, at internationale menneskeretsinstrumenter herudover blev anvendt som løftestang til at etablere principper om god forvaltningsskik og best practices inden for rammerne af gældende ret. I så henseende har den danske ombudsmand imidlertid hidtil været mere forsigtig end mange af hans udenlandske kollegaer.

Gennemslagskraften af det internationale menneskeretsinstrument afhænger dels af, om det er gennemført i dansk ret, dels af om det er bindende eller alene har karakter af en anbefaling. Ombudsmanden anvender her de overordnede principper for forholdet mellem folkeret og dansk ret, som domstolene har udviklet.

²¹ FOB 2020-32.

²² Se herom også pkt. 5 nedenfor. Ombudsmanden har i øvrigt understreget vigtigheden af, at myndighederne selv af egen drift inddrager bl.a. EMRK i deres afgørelser og faktiske forvaltningsvirksomhed, jf. FOB 2005.425 og FOB 1999.350.

FOB 2021-3 angik spørgsmålet om, hvorvidt Direktoratet for Kriminalforsorgen kunne anvende opholdsrum på under 8 m² til dobbeltbelæg for indsatte. Ombudsmanden fandt, at de europæiske fængselsregler måtte forstås således, at der skal fastsættes specifikke minimumskrav i national ret til det gulvareal, den enkelte indsatte skal have til sin rådighed. Det danske cirkulære om størrelsen af indsattes opholdsrum i kriminalforsorgens institutioner fastsatte imidlertid ikke sådanne minimumskrav, men regulerede alene minimumsstørrelsen af enkelt- og dobbeltceller. Virkningen var, at de gældende danske regler på dette punkt ikke sikrede overholdelsen af de europæiske fængselsregler. Da de europæiske fængselsregler ikke er retligt bindende for medlemsstaterne, kunne ombudsmanden imidlertid ikke kritisere direktoratets praksis, men alene gøre de relevante aktører opmærksom på fængselsreglernes manglende overholdelse.

Som anført ovenfor er der et betydeligt overlap mellem EMRK og den nationale regulering. Det sker derfor ofte, at sagens resultat følger allerede af dansk ret, men at sagen også indeholder menneskeretlige aspekter. Et klassisk eksempel herpå er sager om selvinkrimineringsforbuddet efter retssikkerhedslovens § 10.²³ Et andet sager om ret til aktindsigt og egenaccess, hvor EMD's praksis supplerer de danske og EU-retlige regler herom, men ikke (med en blot rimelig sikkerhed) sikrer en mere vidtgående indsigtret.²⁴

I sådanne tilfælde sikrer ombudsmanden sig naturligvis, at den retsopfattelse, som hans udtalelse giver udtryk for, er i overensstemmelse med menneskerettighederne. Han nøjes imidlertid normalt med at henvise til den relevante danske regel, selv om der »gemmer sig« menneskerettighedsforpligtelser i det samlede sagskompleks.²⁵ Denne tilgang har fra enkelte sider mødt kritik.²⁶ Men den har med god grund været fastholdt i ombudsmandspraksis. Tilgangen er efter min opfattelse særlig velbegrunderet i de ikke så få tilfælde, hvor det kan være forbundet med større vanskeligheder at fastslå retstilstanden efter EMRK's vage og elastiske bestemmelser end efter den danske offentlige lovgivning. Og den er endnu mere evident i de mange tilfælde, hvor dansk ret sikrer mere vidtrækkende rettigheder end de internationale menneskeretsinstrumenter, og hvor inddragelsen af international ret således

²³ FOB 2023-8, FOB 2019-33 og FOB 2018-30.

²⁴ Se herom Fenger, Menneskerettighedskonventionen og dens betydning for dansk forvaltningsret, U 2018 B, s. 233 (242).

²⁵ Sørensen, Ombudsmanden anno 2012, s. 169 (175).

²⁶ Næsberg-Andersen: Human Rights in National Administrative Law, s. 293 f og 306, og se tilsvarende i forhold til EU-rettens uskrevne grundsætninger Taheri Abkenar, Ombudsmandens kontrol med EU-rettens grundlæggende forvaltningsprocessuelle rettigheder, i Blume m.fl. (red.), Forvaltning og retssikkerhed, s. 393.

ikke vil have betydning for sagens udfald. Af samme grund ser man i dag ingen henvisninger til EMRK art. 10 i sager om offentligt ansattes yringsfrihed, idet de danske regler sikrer den ansatte en mere vidtrækkende adgang til at udtale sig end krævet af konventionen.²⁷

I øvrigt er det efter min opfattelse snarere et sundhedstegn end et problem, når ombudsmanden har kunnet løse så mange sager menneskeretskonformt uden at inddrage en international menneskerettighedskonvention. For det er jo netop en indikation på, at dansk ret grundlæggende lever op til menneskerettighederne. Det ville straks have været mere bekymrende, om ombudsmanden ofte måtte ty direkte til de internationale menneskeretsinstrumenter for at sikre deres overholdelse.

4.1.2. Prøvelsesintensiteten

På samme måde som i forhold til dansk ret rent inddrager ombudsmanden menneskeretlige regler ex officio og således ikke kun, hvis enten klager eller den indklagede myndighed selv gør det.

I FOB 2021-21 havde de sociale myndigheder med fremadrettet virkning nedsat satsen for førtidspension fra en brøk på 38/40 af fuld førtidspension til 14/40. Førtidspensionisten mente, at hun var berettiget til fuld førtidspension, men ombudsmanden gav myndighederne medhold i, at den rette sats var 14/40. Han bemærkede herefter – som et nyt forhold, der indtil da ikke havde været genstand for overvejelser i sagen – at førtidspension var en ydelse, der kunne nyde beskyttelse efter EMRK art. 1 i første tillægsprotokol. På den baggrund foretog han en dybdegående gennemgang af Menneskerettighedsdomstolens praksis om staternes adgang til at tilbagekalde en ulovhjemlet løbende social ydelse. Først derefter konkluderede han, at nedsættelsen var berettiget.

Det sker også jævnligt, at ombudsmanden af egen drift åbner sager om myndighedernes overholdelse af menneskerettighederne.

I FOB 2019-15 undersøgte ombudsmanden af egen drift Udlændinge- og Integrationsministeriets arbejde med at rette op på de fejl, der var en følge af, at ministeriet for sent ændrede sin praksis som følge af en EMD-dom, som havde betydning for dansk praksis i sager om humanitær opholdstilladelse.

I FOB 2015-18 havde en 10-årig dreng og dennes bedstemor, som var værge for drengen, fået afslag på asyl i Danmark. Et par måneder senere besluttede opholdskommunen at anbringe drengen på en institution mhp. at få undersøgt, om bedstemoderen var i stand til at drage omsorg for drengen, og

²⁷ Fenger, Menneskerettighedskonventionen og dens betydning for dansk forvaltningsret, U 2018 B, s. 233 (246 f).

om der var risiko for alvorlig skade på drengens sundhed og udvikling. Kommunen indgav endvidere på vegne af drengen og bedstemoderen ansøgning om opholdstilladelse. Udlændingestyrelsen afviste imidlertid, at drengen og bedstemoderen kunne indgive ansøgning om opholdstilladelse her i landet, og styrelsen fik herefter foranstaltet, at drengen og bedstemoderen blev sammen udsendt til Serbien. Ombudsmanden blev bekendt med sagen, da den blev omtalt under et tilsynsbesøg på det asylcenter, hvor drengen og hans bedstemor havde opholdt sig. Han åbnede herefter en egendriftsag, hvori han bemærkede, at det daværende integrationsministerium et par måneder før Udlændingestyrelsens afgørelse selv havde anerkendt, at tvangsanbragte børn havde behov for den danske stats beskyttelse efter Børnekonventionen og EMRK art. 3 og 8, og at børnene således som udgangspunkt ikke kunne henvises til at tage ophold i et andet land, endsige udrejse sammen med forældrene. Ombudsmanden fandt, at det var overordentligt kritisabelt – og udtryk for et grundlæggende svigt over for drengen – at Udlændingestyrelsen afviste, at de to personer kunne indgive ansøgning om opholdstilladelse her i landet, og at styrelsen i forlængelse heraf meddelte Rigspolitiet, at der ikke var noget til hinder for at udsende de to af Danmark.

Ombudsmandens anvendelse af international ret har i flere henseender undergået en udvikling i retning af en mere selvstændig og tilbudsgående prøvelse.

En af ændringerne består i, at ombudsmanden oprindeligt normalt ikke selv konkluderede, hvad konventionen indebar, men alene bad myndighederne om at inddrage denne i vurderingen. Det gjaldt navnlig, men ikke udelukkende, hvis den pågældende myndighed ikke selv inden ombudsmandens udtalelse havde forholdt sig til spørgsmålet.²⁸ Det hændte også, at ombudsmanden i sine udtalelser kort omtalte EMRK uden at tage stilling til, om konventionen krævede, at sagen fik et bestemt resultat.²⁹ Endelig blev EMRK undertiden inddraget som et supplerende – og ofte ikke særligt udviklet – argument til støtte for et resultat, der i øvrigt byggede på rent danske regler og for

²⁸ FOB 2006.346, FOB 2005.336, FOB 2004.525, FOB 1999.350, FOB 1983.205 og FOB 1982.156.

²⁹ FOB 2011 20-3, FOB 2007.375, FOB 2006.524 og FOB 2004.190.

så vidt kunne nås alene på baggrund af disse regler.³⁰ I dag konkluderer ombudsmanden oftere utvetydigt, om konventionen er til hinder for en given afgørelse eller adfærd.³¹

Den anden udvikling består i, at ombudsmanden i en årrække kun i begrænset omfang henviste direkte til EMD-domme og i højere grad påberåbte sig dansk retslitteratur om konventionspraksis.³² I de senere år anvendes EMD's retspraksis stadig oftere direkte med en undertiden ganske udførlig domsanalyse.³³

Som allerede anført indeholder ældre ombudsmandspraksis eksempler på, at ombudsmanden har henvist til EMRK uden samtidig at gøre det klart, om EMRK faktisk krævede et bestemt resultat i den konkrete sag. Undertiden fandt man henvisninger til EMRK i situationer, som ikke umiddelbart syntes at finde støtte i EMD's retspraksis vedrørende den påberåbte bestemmelse.³⁴ Disse ældre udtalelser kunne muligvis efterlade det indtryk, at ombudsmanden står (eller dog stod) for en ekspansiv, aktivistisk og fri fortolkning af EMRK og andre internationale regelsæt.

Et sådant muligt indtryk vil imidlertid ikke være berettiget. Realiteten er, at ombudsmanden stedse har veget tilbage fra at udtale, at der forelå krænkelse af internationale menneskeretsinstrumenter, medmindre han havde solid støtte herfor i enten den relevante bestemmelses ordlyd eller dennes forarbejder og evt. retspraksis. Det gælder bl.a. i forhold til EMRK, hvor den endelige fortolkning og retsudvikling er lagt i hænderne på EMD, og hvor ombudsmanden således ikke på samme måde som i forhold til dansk forvaltningsret er tiltænkt en særlig rolle i fastlæggelsen og udviklingen af gældende ret. Men det gælder også i relation til internationale menneskeretsinstrumenter, hvis overholdelse ikke påses af et særligt internationalt organ, der har fået kompetence til bindende at fastlægge indholdet af de pågældende regler. Endvidere er tilbageholdenheden særlig markant, hvis enten lovgivningsmagten eller Folketinget har forholdt sig til problemstillingen.³⁵ Ombudsmanden ser sig således ikke som en frontløber i udviklingen af praksis efter EMRK og

³⁰ FOB 2003.699 og FOB 1990.232. Se også pkt. 5 nedenfor og Andersen, Ombudsmandens anvendelse af internationale regler, i Baumbach og Blume (red.), Retskildernes kamp, s. 15 (35).

³¹ FOB 2017-27 og FOB 2017-10 (EMRK var krænkelse) samt FOB 2021-28, FOB 2021-11, FOB 2021-16, FOB 2018-39, FOB 2018-18, FOB 2017-33, FOB 2017-12, FOB 2014-12 og FOB 2014-8 (konventionen var overholdt). Se herom også pkt. 5 nedenfor.

³² F.eks. FOB 2011 20-3, FOB 2010 20-7, FOB 2004.452, FOB 2003.115 og FOB 1995.170.

³³ FOB 2021-21, FOB 2021-16, FOB 2021-11 og FOB 2013-18.

³⁴ For eksempler se pkt. 5 nedenfor.

³⁵ Se herom pkt. 4.2.1 nedenfor.

andre internationale menneskeretsinstrumenter. For ombudsmanden er pejlemærket i alle tilfælde en prognose over, hvad Højesteret (og EMD) vil nå frem til.³⁶

I øvrigt er prøvelsen præget af de samme variabler for en mere eller mindre tilbageholdende prøvelse, som ombudsmanden betjener sig af i sager vedrørende dansk ret. Udgangspunktet er således fuld prøvelse uden tilbageholdenhed. Ombudsmanden vil dog udvise tilbageholdenhed ved bedømmelsen af problemstillinger, der forudsætter en særlig fag- eller sagkundskab, typisk af ikke-juridisk karakter.³⁷ Kalder sagen på skønsmæssige vurderinger, vil ombudsmanden – igen på ganske samme måde som i sager uden menneskeretligt indhold – alene prøve rammerne for skønnet, men ikke forvaltningens afvejning af lovlige kriterier over for hinanden i en afgørelse, der i øvrigt er korrekt.³⁸

Endelig kan tvivl om sagens faktiske forhold efter omstændighederne indebære, at ombudsmanden overlader myndigheden en margin.³⁹

I FOB 2020-19 havde Udlændinge- og Integrationsministeriet afslået at forlænge opholdstilladelsen til en mand fra Afghanistan, som var blevet pålagt at rejse ud af Danmark. Sagens centrale spørgsmål var, om manden, der led af en alvorlig sygdom, havde adgang til den nødvendige behandling i Afghanistan. Ombudsmanden fandt, at ministeriet havde inddraget de forhold, der ifølge EMD-praksis vedrørende EMRK art. 3 skulle indgå i den samlede vurdering af, om manden ville have adgang til den nødvendige behandling. Den konkrete bedømmelse af disse forhold relaterede sig til antagelser og forudsigelser om den faktiske situation i Afghanistan, og der var med andre ord tale om en bevismæssig bedømmelse, der havde karakter dels af en afvejning af modstridende bevisfakta, dels af en prognose. Ombudsmanden kunne som udgangspunkt ikke foretage denne bedømmelse på en anden og bedre måde end ministeriet. Han kunne derfor kun kritisere ministeriets afgørelse, hvis der var særlige omstændigheder i sagen, såsom at ministeriet ikke havde undersøgt den godt nok eller anvendt bevisbyrderegler forkert. Det var ikke tilfældet.

³⁶ Sørensen, a.st., s. 175. Ombudsmanden har med andre ord ikke indtaget den rolle, som Rytter har foreslået domstolene at påtage sig, sml. Rytter, Dansk-europæisk menneskerettighedsbeskyttelse – en fredelig forfatningsretlig revolution, J 2010, s. 187.

³⁷ Det er forudsat, at ombudsmandens virksomhed som national forebyggelsesmekanisme (NPM) efter tillægsprotokollen til FN's Torturkonvention sker på et tværfagligt grundlag, og at i hvert fald lægelig sagkundskab inddrages. I praksis opfyldes denne del af forpligtelsen, ved at læger fra DIGNITY medvirker ved de undersøgelser, der gennemføres i dette regi.

³⁸ FOB 2013.25 og FOB 2012-17.

³⁹ FOB 2020-19, FOB 2019-6 og FOB 2010 20-7.

4.2. Modifikationer til den almindelige prøvelsesramme

4.2.1. Prøvelsesbegrænsninger

Jeg har ovenfor vist, at den øgede betydning af internationale menneskeret-tigheder indebærer, at ombudsmandens prøvelse er gået fra oprindeligt kun at påse, at forvaltningen overholdt dansk lovgivning i mødet med borgerne, til nu også at måle forvaltningens aktiviteter op imod internationale standarder. Ombudsmanden har dog stadig ikke fået en fuld prøvelsesadgang i forhold til forvaltningens overholdelse af internationale menneskeretsinstrumenter.

I modsætning til domstolene er ombudsmanden nemlig underlagt den ind-skrænkning i sit prøvelsesgrundlag, at han ikke kan prøve loves forenelighed med EMRK eller andre internationale regler, jf. ombudsmandslovens § 7, stk. 1, modsætningsvis. På samme måde som i sager uden menneskeretlige aspekter indebærer ombudsmandens manglende kompetence til at prøve Folketingets virksomhed endvidere, at han udviser betydelig tilbageholden-hed med at underkende en administrativ praksis, som Folketinget allerede har taget stilling til.

I FOB 2013-25 bemærkede ombudsmanden, at den undersøgte praksis for meddelelse af humanitær opholdstilladelse var tiltrådt af Folketinget. Det måtte på den baggrund kræve meget sikre holdepunkter at anfægte ministeriets praksis for meddelelse af humanitær opholdstilladelse, herunder for hvor-når behandlingsmulighederne i hjemlandet undersøges. Ud fra denne måle-stok mente ombudsmanden ikke at have det nødvendige grundlag for at an-tage, at det var i strid med EMRK art. 2 eller 3, at ministeriet havde afslået humanitær opholdstilladelse uden at have iværksat en nærmere undersø-gelse af behandlingsmulighederne for en kvinde i hendes hjemland.

Til gengæld kan ombudsmanden efter ombudsmandslovens § 12 henlede Folketingets opmærksomhed på, at en lov kan rejse et menneskerettigheds-problem.

I FOB 1995.46 opfordrede ombudsmanden Arbejdsministeriet til at overveje, om der var grund til at ændre lovgivningen med henblik på at bringe denne i overensstemmelse med de folkeretlige forpligtelser, som Danmark havde på-taget sig ved ratifikationen af ILO konvention nr. 111 og FN's Konvention om afskaffelse af racediskrimination. Herefter fremsatte ministeriet det lovforslag, der førte til lov om forbud mod diskrimination på arbejdsmarkedet.

Ombudsmanden kan endvidere henstille, at en klager meddeles fri proces til at føre en sag ved domstolene. På tilsvarende måde kan han i egendrøftun-dersøgelser forhåndstilkendegive, at han vil komme med en sådan henstil-ling, såfremt han får en klage. Denne mulighed er enkelte gange blevet brugt i sager, der rejser følsomme menneskeretlige spørgsmål.

I FOB 2016-17 fandt ombudsmanden, at det måtte anses for tvivlsomt, om proportionalitetskravet i relation til opholdspligt i Center Sandholm fortsat var opfyldt i sagen. Han fandt det imidlertid rigtigst "om nødvendigt at overlade den endelige vurdering af spørgsmålet til domstolene", og han meddelte derfor, at han ville være indstillet på efter ombudsmandslovens § 23 at henstille, at der meddeles fri proces til prøvelse af spørgsmålet.⁴⁰

4.2.2. Udvidet prøvelsesgrundlag

På enkelte punkter går ombudsmandens tilsyn med forvaltningens overholdelse af menneskerettighederne videre.

4.2.2.1. Tilsynsvirksomheden

Den første udvidelse angår ombudsmandens tilsynsvirksomhed. Her kan han efter ombudsmandslovens § 18, jf. § 21, 2. pkt., inddrage almenmenneskelige og humanitære synspunkter. Efter det tilgrundliggende lovforslag er sigtet, at ombudsmandens vurdering skal være præget af et krav om retssikkerhed, hensynsfuldhed og menneskeværdig behandling af borgerne. Han kan bl.a. komme med forslag til bygningsændringer, bedre vedligeholdelse og bedre fritids- og beskæftigelsesmuligheder.

Både de faktiske forhold og problemstillingerne kan variere en del fra sag til sag, men fælles for dem er, at ombudsmanden efter § 18 forsøger at artikulere en mere almen samfundsopfattelse af, hvad der er anstændigt og rimeligt i forhold til frihedsberøvede medborgere.

I FOB 1988.201 udtalte ombudsmanden, at patienter på psykiatriske afdelinger var låst inde på et begrænset område og påtvunget samvær med andre psykisk syge. De burde derfor sikres et minimum af privatliv, og han kritiserede på den baggrund, at patienter i midtersenge ikke havde en væg at vende sig imod.

I FO 22/03260 og FO 22/03529 udtalte ombudsmanden, at indsatte i arresthuse bør kunne regne med, at de kan komme på toilettet, også om natten, så de f.eks. ikke behøver at bruge urinkolber i deres celler. Han anbefalede derfor ledelsen i tre arresthuse at sikre, at cellekald bliver besvaret hurtigst muligt og inden for rimelig tid. Han afgav også anbefalinger om, at der ikke uopfordret udleveres urinkolber til de indsatte.

På dette punkt er bedømmelsesgrundlaget således bredere end det traditionelle bedømmelsesgrundlag i ombudsmandslovens § 21 – og også end det, som anvendes ved domstolene. Af samme grund sondres der i ombudsmandens udtalelser efter § 18 normalt klart mellem på den ene side en juridisk

⁴⁰ For et andet eksempel se FOB 2019-15.

vurdering og på den anden side de humanitære synspunkter, han kan inddrage i sit bedømmelsesgrundlag.

I FOB 2014-42 om Center Sandholm udtalte ombudsmanden, at han ikke havde grundlag for at antage, at forholdene for personer på tålt ophold i centret var i strid med gældende ret, herunder FN's Torturkonvention og EMRK art. 3, og at han heller ikke umiddelbart havde grundlag for at antage, at dette var tilfældet for så vidt angår enkeltpersoner. Det var imidlertid samtidig hans opfattelse, at der var grund til mere samlet at gennemtænke, i hvilket omfang det var nødvendigt at opretholde så belastende og begrænsende livsvilkår, som der var tale om.

I FOB 2018-39 om Udrejsecenter Sjælsmark fandt ombudsmanden, at børnenes forhold generelt set ikke var i strid med FN's Børnekonvention, FN's Torturkonvention eller artikel 3 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Han bemærkede herefter, at børnene ikke desto mindre levede under svære forhold. Og han pegede på forskellige forhold vedrørende bl.a. spiseforhold og fritidsaktiviteter, der kunne ændres med sigte på bedre trivsel for børnene.

Efter min opfattelse kan ombudsmandens praksis efter § 18 med en vis ret ses som en slags "udvidet menneskeretsbeskyttelse". For på den ene side har ombudsmandens bredere bedømmelsesgrundlag i disse sager ikke karakter af en udmøntning af bindende regler på det menneskeretlige område. Men på den anden side er de hensyn, der indgår i ombudsmandens vurdering, i væsentligt omfang sammenfaldende med værdier og tankegange, der ligger bag mange internationale menneskeretsinstrumenter. Endvidere udfolder tilsynsvirksomheden sig på områder, hvor forholdene ofte ikke er dækket ind af retsforrifter eller af normer for god forvaltningsskik, og hvor menneskeretlige betragtninger i bred forstand også af den grund kommer til at fylde meget.⁴¹

I FO 12/00263 havde en ansat på en sikret institution for unge lovet en dreng, at han kunne ringe til sin mor, hvis han med bind for øjnene kunne finde en telefon, der var gemt. Da drengen fandt telefonen, fik han alligevel

⁴¹ Gammeltoft-Hansen, Folkerettens betydning for ombudsmandens virksomhed – med særligt henblik på menneskerettighederne og EU-retten, i Christensen m.fl. (red.), Max Sørensen 100 år, s. 525 (529 f.). I særlige tilfælde indgår sådanne værdighedsbetragtninger også uden for § 18-tilsyn i ombudsmandens udvælgelse af sager. I FOB 2012-10 åbnede ombudsmanden således en egendriftsag om omsorg for levendefødte, uafvendeligt døende børn, der i visse tilfælde var blevet overladt til at dø alene i skyllerum. Efter at han gik ind i sagen, indskærpede Sundhedsstyrelsen over for landets fødeafdelinger, at uafvendeligt døende børn skulle have "fornøden omsorg".

ikke lov at ringe hjem, da han havde politiforbud mod at ringe. Ombudsmanden fandt, at den unge havde været udsat for en urimelig og nedværdigende behandling. Han bemærkede, at "en sikret institution er en slags lukket fængsel for unge under 18 år. De ansatte har derfor stor magt, og den skal forvaltes med omtanke og respekt for de unges grundlæggende rettigheder."

Som anført i pkt. 2.1 ovenfor er ombudsmanden udpeget som dansk national forebyggende mekanisme (NPM) efter tillægsprotokollen til FN's protokol til konventionen om tortur og anden grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf (OPCAT). I så henseende er ombudsmandens mandat kendetegnet ved, at det præventive sigte har en mere fremtrædende rolle, hvor det er et selvstændigt fokuspunkt at kigge på forhold, der reducerer risikoen for fejl, og ikke blot som i den oprindelige mere tilbageskuende ombudsmandsrolle at reagere på fejl m.v., der allerede er begået.

I relation til tilsynsvirksomheden er det således ikke ualmindeligt, at ombudsmanden – også hvor han ikke kan konstatere brud på gældende ret – kommer med anbefalinger, der kan styrke retssikkerheden og de faktiske forhold for de berørte. Eksempelvis har ombudsmanden flere gange anbefalet, at de centrale myndigheder gør mere for at informere institutionerne om de regler og retningslinjer, de skal anvende. Han har endvidere anbefalet, at børn og unge, der ved anbringelsen på en sikret anstalt ikke allerede har fået foretaget en psykiatrisk udredning, tilbydes en screening for at få afdækket et eventuelt behov herfor.⁴² Og at institutioner for børn og unge med handicap tager initiativer til at forebygge, at børnene udsættes for vold og seksuelle overgreb.⁴³

I en temarapport fra 2018 om udelukkelse fra fællesskabet i kriminalforsorgens institutioner anførte ombudsmanden, at der på flere punkter kunne gøres mere for at beskytte indsatte mod psykiske skader, når de udelukkes fra fællesskabet. Udelukkelse skete som udgangspunkt efter reglerne, men dokumentationen i rapporter burde efter hans opfattelse blive bedre, og ledelserne i forskellige institutioner burde følge bedre op på kvaliteten af rapporter.⁴⁴

4.2.2.2. *Børnekonvention*

Den anden udvidelse angår ombudsmandens opgaver i forhold til Børnekonventionen. Her er han efter ombudsmandslovens § 12, stk. 2, pålagt at gøre

⁴² Temarapport 2021 om børn og unge i sikrede døgninstitutioner.

⁴³ Temarapport 2020 om institutioner for børn og unge med handicap.

⁴⁴ Temarapport 2018 om udelukkelse fra fællesskabet i kriminalforsorgens institutioner.

Folketinget og regeringen samt kommuner og regioner opmærksom på eventuelle problemer i forbindelse med lovgivningens forenelighed med internationale forpligtelser til at sikre børns rettigheder.

I FOB 2015-53 konstaterede ombudsmanden, at dansk lovgivning ikke indeholdt bestemmelser om, at skoleelever på private grundskoler skulle høres, inden de blev bortvist eller udskrevet. Han bad derfor Undervisningsministeriet om en udtalelse om implementeringen af Børnekonventionens art. 12, der fastslår et barns ret til at blive hørt i alle forhold, der vedrører barnet. Undervisningsministeriet udarbejdede herefter to vejledninger om spørgsmålet og afviste, at der var behov for yderligere lovgivningsmæssig afklaring af spørgsmålet. Det fik ombudsmanden til at henstille til ministeriet at (gen-)overveje lovgivning som et effektivt middel til efterlevelse af barnets ret til at blive hørt på privatskoleområdet. Efterfølgende orienterede han endvidere Folketinget om, at det ikke kunne afvises, at ministeriets beslutning om at fortsætte informationsindsatsen i stedet for at vedtage ny lovgivning ville have den konsekvens, at konventionsproblemet ville blive trukket yderligere i langdrag. I 2020 blev der vedtaget ny lovgivning, hvorefter også private skoler skal partshøre eleven, inden skolen beslutter at udskrive en elev.

Også herudover kan ombudsmandens udtalelser føre til lovgivning af menneskeretlig relevans, herunder i forhold til Børnekonventionen og EMRK. Eksempelvis blev det udvalg, der afgav betænkning nr. 1551/2015 om magtanvendelse over for børn og unge, der er anbragt uden for hjemmet – og hvis arbejde førte til voksenansvarsloven – nedsat, efter at ombudsmanden havde henvendt sig til Social- og Integrationsministeriet og peget på, at de daværende magtanvendelsesregler på børne- og ungeområdet fremstod uklare.

5. Menneskerettighederne som idealer uden for deres anvendelsesområde

Jeg har ovenfor i pkt. 4.2.2.1 argumenteret for, at man kan se ombudsmandens bredere mandat efter ombudsmandslovens § 18 og FN's OPCAT-regler som en udvidet udmøntning af menneskeretlige værdier uden for menneskerettighedernes egentlige anvendelsesområde. Man kan på den baggrund stille det beslægtede spørgsmål, om internationale menneskeretsinstrumenter bør spille en tilsvarende rolle i forhold til forvaltningsakter, således at de ikke kun har betydning som retlige rammer for forvaltningen, men at de hensyn, som menneskeretsinstrumenterne forfølger, skal indgå som kriterier i forvaltningsmyndighedernes udøvelse af skønsmæssige beføjelser, uanset om de internationale regler rent faktisk regulerer den pågældende situation.

En række ældre ombudsmandsudtalelser synes at bygge på en sådan retsopfattelse.

I FOB 2004.452 og FOB 2003.115 anførte ombudsmanden, at en ensartet behandling af alle journalister måtte antages at "være bedst stemmende med hensynet bag artikel 10 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention om beskyttelsen af ytringsfriheden". Ombudsmanden udtalte sig ikke om, hvorvidt den påberåbte forskelsbehandling i de konkrete sager var forenelig eller uforenelig med konventionen. Og heller ikke om, hvorfor ligebehandlingshensynet ville være bedst stemmende med art. 10, hvis art. 10 ikke selv foreskrev ligebehandling i de konkrete sager.

I FOB 2009 3-1, FOB 2009 17-2, FOB 2005.589, FOB 2005.485 og FOB 2001.504 udtalte ombudsmanden i relation til spørgsmålet om meraktindsigt, at "en ordning hvorefter der ikke opstilles flere restriktioner for videregivelse og formidling af informationer end påkrævet af hensyn til tungtvejende samfundsmæssige hensyn, harmonerer desuden bedst med bestemmelsen i artikel 10 i den europæiske menneskerettighedskonvention". Heller ikke i disse sager tog ombudsmanden stilling til, om konventionen krævede et bestemt resultat i de enkelte sager.⁴⁵

Man finder ikke i nyere praksis tilsvarende formuleringer vedrørende samspillet mellem EMRK og skønsudøvelsen. For hvis EMRK kræver (eller udelukker) et bestemt resultat, har forvaltningen intet skøn, men skal enten direkte eller gennem fortolknings- og instruktionsreglen sikre, at konventionens krav sker fyldest. Skønnet er med andre ord kun tilsyneladende, og der er derfor ikke tale om, at EMRK indgår i en afvejning, hvor det er vægten af modstående skønsmæssige hensyn, der bestemmer, om den pågældende konventionsbestemmelse skal iagttages. Omvendt, hvis konventionen ikke fordrer et bestemt resultat i skønsudøvelsen, er det intet folkeretligt element at inddrage i skønnet. Det kan jo hverken efter EMRK eller efter dansk ret være et pligtmæssigt kriterium at overopfylde folkeretten. Endvidere kan henvisninger til konventionen ligefrem være misvisende i de tilfælde, hvor EMD's retspraksis anerkender de hensyn, som har ført myndighederne til at handle, som de gjorde.⁴⁶

På den baggrund henviser ombudsmanden ikke længere til EMRK uden samtidig at gøre det klart, hvilken mere præcis betydning den pågældende konventionsbestemmelse har for afgørelsen af den foreliggende sag. Bag dette kursskifte ligger også en betragtning om, at ombudsmanden skylder den prøvede myndighed at gøre det klart, hvornår ombudsmanden statuerer

⁴⁵ Se også FOB 2010 20-7 og Andersen, a.st., s. 36, hvorefter ombudsmanden "har indfortolket værdigrundlaget for den internationale regel i det danske retsgrundlag".

⁴⁶ Fenger, Den forvaltningsretlige teori udfordringer i starten af det 21. århundrede, Juristen 2010, s. 275 (279), og i samme retning Mørup, Legalitetsprincippet og grundsætningen om saglig forvaltning, i Fenger (red.), Forvaltningsret, s. 340 f.

konventionsbrud, og hvornår ombudsmanden selv anvender parallelle nationale retsgrundsætninger med et mere vidtrækkende indhold. På samme måde, som det er tilfældet i relation til ombudsmandens virksomhed efter ombudsmandsloven § 18, påberåber ombudsmanden sig således ikke længere i afgørelsessager menneskeretskonventionernes særlige legitimitet til støtte for resultater, som konventionerne ret beset ikke kræver.

Denne ændrede tilgang betyder ikke, at de værdier, som bl.a. EMRK reflekterer, i dag anses for at være uden betydning for hjemmelskravet, herunder for fastlæggelsen af, hvad forvaltningen kan gøre i medfør af anstaltsforholdet. Der er jo en grund til, at bestemte typer friheder er anset for så beskyttelsesværdige, at de er sikrede i internationale menneskeretsinstrumenter – og typisk også i vores egen grundlov.⁴⁷ Blot er der ikke tale om, at det er hensynet til den internationale regel som sådan, der er bærende, men derimod det forhold, at de bagvedliggende værdier præger retsdannelsen på samme måde som (andre) retsbeskyttelseshensyn, princippet om berettigede forventninger og proportionalitetsprincippet.⁴⁸

6. Afrunding

Ombudsmandsinstitutionen er ikke oprettet med henblik på at fremme og beskytte menneskerettighederne. Men i takt med at menneskeretlige regler har fået en stigende betydning for forvaltningens virksomhed, er mængden af denne type sager også steget i ombudsmandspraksis.

Som udgangspunkt anvender ombudsmanden menneskerettighederne på samme måde som domstolene. Ombudsmandens prøvelsesgrundlag er dog snævrere derhen, at han ikke kan prøve loves forenelighed med internationale menneskeretsinstrumenter. I andre henseender er hans bedømmelsesgrundlag bredere, og hans mulighed for aktivt at promovere menneskeretlige værdier større.

Det er en vigtig del af en ombudsmands arbejde at højne opmærksomheden på spørgsmål af betydning for borgernes rettigheder og at fremme en myndighedskultur, som understøtter almindelige retsstatsprincipper og respekten for menneskeretten, det være sig konventionerne eller den menneskelige værdighed i sig selv. Heldigvis er ombudsmanden godt placeret til at identificere situationer, hvor forvaltningens praksis kan rejse retssikkerhedsmæssige problemer. Endvidere er ombudsmandens procesform særligt egnet for

⁴⁷ Fenger, Anstaltsforholdet som hjemmelsgrundlag, U 2021 B, s. 243 (244 f).

⁴⁸ I samme retning Garde og Hansen Jensen, Menneskerettighedernes betydning for udstedelse af forvaltningsakter, i Toftegaard Nielsen m.fl., Festskrift om menneskerettigheder til Carl Aage Nørgaard, s. 115.

de svage i samfundet, der ikke har råd og kræfter til en domstolsproces.
Disse fordele er ikke mindst vigtige i sager om grundlæggende rettigheder.

Ugeskrift for Retsvæsen 2023B, s. 105