

Kapitel 25

Udlevering til umenneskelig eller nedværdigende behandling

Professor Jørn Vestergaard, Københavns Universitet

1. Højesteret traf den 31. maj 2017 afgørelse i to sager om udlevering af eftersøgte rumænske statsborgere. Højesteret fandt, at fængselsforholdene i Rumænien er så dårlige, at udlevering i de foreliggende tilfælde ville være i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, EMRK. Konventionen indeholder i artikel 3 et absolut forbud mod tortur samt mod umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf.

Udfaldet af de to sager fremkaldte harmfulde reaktioner fra ledende politikere, som fandt retsstillingen i graverende modstrid med ønsket om i videst mulige omfang at kunne slippe af med kriminelle udlændinge. I diskussionen om forholdet mellem national ret og de europæiske menneskerettigheder blev Højesterets kendelser opfattet som endnu et udtryk for, at der lægges for snævre bånd på den danske lovgivningsmagt som følge af den måde, hvorpå konventionen udmøntes ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, EMD. Helt så enkelt forholder det sig dog næppe.

Kort fortalt gik Højesterets kendelser ud på, at nogle af de rumænske myndigheder eftersøgte personer ikke kunne udleveres til Rumænien, da frihedsberøvelsen en del af tiden ville foregå i et fængsel, hvor den enkelte kun kunne forvente rådighed over 2 m² plads til sig selv i en celle med flere indsatte. Højesteret fandt, at dette indebar en reel risiko for, at de forventede afsoningsforhold ville medføre en krænkelse af artikel 3 og dermed også være i strid med dansk ret. Udleveringsloven indeholder en udtrykkelig bestemmelse om, at udlevering ikke må finde sted, hvis der er fare for, at den pågældende

efter udleveringen vil blive udsat for umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf.¹

De to nævnte sager handlede om udlevering efter reglerne i rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre, som Rådet vedtog i 2002 med henblik på at forenkle og smidiggøre udleveringspraksis mellem medlemsstaterne.²

Den ene sag handlede om udlevering til fuldbyrdelse af idømt fængselsstraf,³ i den anden skulle udlevering ske med henblik på strafforfølgning.⁴ Dommene er ganske lange, og en fyldestgørende redegørelse for de relevante fakta og retsgrundlaget er også pladskrævende.⁵ Sidstnævnte kendelse kan læses i *Ugeskrift for Retsvæsen*, så udgangspunktet vil blive taget i førstnævnte afgørelse.

2. I den ene af sagerne havde de rumænske myndigheder udstedt en arrestordre vedrørende den rumænske statsborger Adrian B efter, at en rumænsk appelret i marts 2014 havde idømt ham fængsel i 4 år og 6 måneder for bedrageri mv.⁶ Forholdene var begået over for rumænske selskaber, bl.a. ved udstedelse af dækningsløse checks, og var til dels foregået over internettet.⁷

I henhold til den nævnte arrestordre havde Adrian B været frihedsberøvet i England i godt to måneder frem til midten af februar 2016. Westminister Magistrates' Court havde imidlertid fundet, at arrestordren ikke var præcis nok eller fyldestgørende, bl.a. fordi beskrivelsen af gerningsstedet for lovovertrædelsen var utilstrækkelig.⁸ Betingelserne for udlevering fandtes følgelig ikke opfyldt, og Adrian B blev umiddelbart løsladt.⁹ Han kontaktede herefter sin danske arbejdsgiver, og for denne kørte han efterfølgende en lastbil fra Eng-

1. Udleveringslovens § 10 h, stk. 2, indført ved lov 433, 2003 (Gennemførelse af EU-rammeafgørelse om den europæiske arrestordre mv.).

2. Rådets rammeafgørelse af 13. juni 2002 (2002/584/RIA) som ændret ved rammeafgørelse af 26. februar 2009 (2009/299/RIA). Retsaktens gennemførelse i dansk ret er bl.a. behandlet af denne forfatter i *Tidsskrift for Kriminalret*, 2004.555. Om retspraksis, se professor Thomas Elholm & lektor Henning Bang Fuglsang Madsen Sørensen i *Ugeskrift for Retsvæsen* 2016B.259, hvor også statistiske oplysninger indgår. Se tillige Jesper Hjortenbergs artikel i *EU-ret og Menneskeret* 2014.109.

3. Se UfR 2017.2616 H med henvisning til UfR 2016.3573 Ø.

4. Se UfR 2017.2593/2 H, som er en udløber af den såkaldte Hvepsebosag. Af Højesterets afgørelser i de to udleveringssager er kun denne medtaget i UfR. I forhold til den anden sag omfattede denne visse andre spørgsmål, herunder bl.a. om dobbelt strafforfølgning og varetagtsfængsling i Rumænien.

5. En del af materialet foreligger kun på engelsk. Ved gengivelsen heraf på dansk har jeg ikke tilstræbt en ordret oversættelse, men har foretrukket et stilistisk mere tilfredsstillende sammendrag.

6. European Arrest Warrant (EAW), udstedt 27. februar 2014. Den pågældende blev efterlyst i Schengen Information System 4. april 2016.

7. Galati appelrets dom af 14. februar 2014.

8. Jf. Extradition Act sec. 2.

9. Frihedsberøvelsen i England fandt sted fra 9. december 2015 til 17. februar 2016.

land gennem Frankrig og Tyskland til Danmark. Efter det foreliggende blev hans papirer undervejs kontrolleret, hver gang han passerede en grænse, herunder af både britisk og fransk politi, ligesom han blev standset af tysk politi, som gav ham en bøde for overtrædelse af færdselslovgivningen.

En uge efter løsladelsen i England blev Adrian B i slutningen af februar 2016 anholdt i Danmark med henvisning til den udstedte arrestordre.¹⁰ Ved Retten i Næstved blev han varetægtsfængslet med henblik på tilbageholdelse, indtil der forelå en afgørelse fra Justitsministeriet om udlevering.¹¹ Adrian B ønskede ikke at give samtykke til udlevering. I begyndelsen af april forelå der så en afgørelse fra Justitsministeriet om, at begæringen om udlevering skulle imødekommes.¹² Ministeriet afviste nogle indvendinger vedrørende angivelige uklarheder i arrestordren. Det var uden betydning for rettens stillingtagen, at en domstol i England havde afslået udlevering.¹³

Med henblik på en vurdering af, om en udlevering ville udgøre en krænkelse af artikel 3 EMRK, havde forsvareren for Adrian B i en henvendelse til Justitsministeriet henvist til en rapport udarbejdet af Europarådets Torturkomité (CPT).¹⁴ Efter inspektion i juni 2014 af tre rumænske fængsler forelå der for komitéen pålidelige oplysninger om fysisk mishandling af indsatte, herunder i et vist omfang underbygget af oplysninger i lægejournaler. Desuden fremgår det af rapporten, at fængslerne generelt er overfyldte, med ned til 2 m² plads til den enkelte indsatte, og at de anbragte ofte tilbringer 20-22 timer i døgnnet i cellerne, at de hygiejniske forhold ofte er kritisable, og at der ikke altid er adgang til tilfredsstillende lægehjælp.¹⁵

10. Anholdelsen skete 25. februar 2016 kl. 18.59 efter henvendelse fra de rumænske myndigheder til det danske politi. Kun de udstedende myndigheder kan annullere en arrestordre.

11. Jf. udleveringslovens § 18 b, stk. 2, jf. retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 1.

12. Udleveringslovens § 10 a indeholder den såkaldte positivliste vedrørende 32 forskelligartede lovovertrædelser, der ikke forudsætter dobbelt strafbarhed som grundlag for udlevering. Bedrageri indgår i listen som nr. 20. Udlevering kan ske for en lovovertrædelse, der i den medlemsstat, der har anmodet herom, kan straffes med fængsel i mindst 3 år, selv om en tilsvarende handling ikke er strafbar efter dansk ret. Strafferammen for bedrageri efter rumænsk lov er fængsel indtil 5 år.

13. Om kravene til indholdet i en europæisk arrestordre, se udleveringslovens § 18 a sammenholdt med rammeafgørelsens artikel 8(1)(e) samt den såkaldte a-formular og en række retsakter til gennemførelse af Schengeninformationssystemet (SIS II) mv. Om afslagsgrundene, se §§ 10 c-10 i. Justitsministeriets beslutning om udlevering til straffuldbyrkelse i Rumænien blev truffet 5. april 2016 og forkyndt for Adrian B den følgende dag.

14. Europarådets Komité til Forebyggelse af Tortur og Umenneskelig eller Nedværdigende Behandling eller Straf – European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT).

15. Den samlede kapacitet i det rumænske fængselsvæsen er knap 20.000 pladser; men belægningen har i en årrække været næsten halvanden gang så højt. EU-Kommissionen har gennem en årrække siden optagelsen af Rumænien som medlemsstat i 2007 haft fokus på forholdene, men har reelt ikke nogen effektive redskaber til rådighed med henblik på forbedringer. EMD har behandlet et stort antal klager over forholdene i rumænske fængsler og har konstateret systemiske og generelle problemer. Disse er af politisk og praktisk karakter og

Materialet gav ikke Justitsministeriet anledning til at antage, at fængselsforholdene i Rumænien *generelt* var af en sådan karakter, at udlevering ville være i strid med forbuddet i udleveringsloven eller Danmarks forpligtelser efter EMRK. Der blev i den forbindelse lagt vægt på, at de rumænske myndigheder i forbindelse med rapporten havde anført en række initiativer, som var iværksat for at forbedre forholdene. Endvidere fandt ministeriet ikke, at der var påvist *konkrete* forhold, der gav grundlag for at antage nogen reel risiko.

Herefter anmodede Adrian B umiddelbart om indbringelse for domstolene af Justitsministeriets afgørelse.¹⁶ Ved Retten i Næstved tilkendegav den anholdte, at han var uskyldig i de forhold, han var blevet dømt for. Ifølge egne oplysninger havde han i øvrigt været til stede ved samtlige retsmøder under straffesagen i Rumænien. Han arbejdede nu som lastbilchauffør og boede i England og Danmark, mens hans kone og deres barn boede i Sverige.¹⁷

Heller ikke byretten fandt, at der forelå sådanne mangler ved udleveringsanmodningen eller oplysninger om fængselsforholdene i Rumænien, at der som følge heraf var grundlag for at nægte udlevering.¹⁸ Herefter stadfæstede retten Justitsministeriets afgørelse som lovlig. Adrian B kærede kendelsen.

3. Tre uger forud for afgørelsen ved Retten i Næstved var den banebrydende dom i de forenede sager *Aranyosi & Căldăraru* blevet afsagt ved EU-Domstolen, EUD.¹⁹ Domstolen havde heri fastslået, at rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre skal fortolkes på den måde, at der under visse omstændigheder skal foretages

“en konkret og præcis prøvelse af, om der er alvorlige grunde til at antage, at en person, som er omfattet af en europæisk arrestordre [...], [...] løber en *reel risiko* for at blive udsat for umenneskelig eller nedværdigende behandling [...]”²⁰

En sådan prøvelse skal foretages, hvis der foreligger

“objektive, pålidelige, konkrete og behørigt opdaterede oplysninger, som vidner om, at der ved forholdene under frihedsberøvelse i den udstedende

kan ikke forventes løst af EMD. De rumænske myndigheder har udmeldt planer om udvidelse af kapaciteten, men realiteten er usikker. Et dekret udstedt primo af 2017 om ekstraordinær masseløsladelse måtte trækkes tilbage, da det blev mødt med omfattende demonstrationer mod, at det ville omfatte et stort antal korruptionsdømte.

16. Om adgangen til domstolsprøvelse, se udleveringslovens § 16.

17. Forklaring gengivet af Retten i Næstved i kendelse af 28. april 2016, rettens j.nr. 2218/2016.

18. Kendelsen indeholder en dobbelt negation, der ordret forstået giver den modsatte mening!

19. De forenede sager *Pál Aranyosi* (sag C-404/15) & *Robert Căldăraru* (sag 659/15), Store Afdeling, dom af 5. april 2016. Den danske dommer Lars Bay Larsen medvirkede i afgørelsen.

20. Forfatterens kursivering.

medlemsstat foreligger mangler, der er systemiske eller generelle, eller som berører visse persongrupper eller visse fængselsenheder”.

I sådanne tilfælde skal der indhentes supplerende oplysninger, og afgørelsen vedrørende udlevering skal udsættes, indtil der foreligger oplysninger, som giver “mulighed for at afvise, at der foreligger en sådan risiko”.²¹

Med den omstændeligt skitserede dialog-proces modificerede EUD sin tidligere kategoriske afvisning af at tillade andre afslagsgrunde end dem, der udtrykkeligt er nævnt i rammeafgørelsen.²² Den forsigtige åbning over for at tillade afvisning af udlevering på grund af urimelige anbringelsesforhold er udtryk for en målrettet satsning på i så vidt omgang som muligt at værne om det i EU-retten grundlæggende princip om *gensidig tillid* mellem medlemsstaterne og det deraf afledte princip om *gensidig anerkendelse* af retsafgørelser på det strafferetlige område.²³ EUD tillod nødtvungent en fravigelse af dette udgangspunkt, for så vidt angår tilfælde, hvor det “ikke inden for en rimelig frist kan afvises”, at der foreligger en reel risiko for umenneskelig eller nedværdigende behandling. I så fald skal det nemlig besluttes, “om overgivelsesproceduren”, dvs. behandlingen af udleveringssagen, “bør bringes til ophør”.²⁴ Domstolen tog således ikke skridtet fuldt ud ved utvetydigt at fastslå, at en udleveringsbegæring under de anførte omstændigheder *skal* afvises. Formodningen er med andre ord overordentligt stærk for, at der i kraft af supplerende oplysninger om fængselsforholdene som altovervejende hovedregel tilvejebringes garantier, som efter en midlertidig udsættelse af sagen er egnet til at afkræfte modforestillinger mod udlevering.

I et senere afsnit vil der blive redegjort nærmere for betydningen af sagen *Aranyosi*. Først vil blikket på ny blive rettet mod de danske udleveringssager.

4. Ved landsrettens behandling af kæremålet i Adrian B’s sag blev EU-Domstolens dengang helt nye afgørelse i sagen *Aranyosi* inddraget. Som sagen nu forelå oplyst, kunne det ikke udelukkes, at Adrian B ved udlevering ville blive udsat for umenneskelig eller nedværdigende behandling. I overensstemmelse med Domstolens anvisninger udsatte landsretten så sagens videre

21. Forfatterens kursivering. Artikel 13 EMRK forudsætter en indgående bedømmelse af påstanden om risiko for alvorlig og uoprettelig skade ved udsigt til overtrædelse af artikel 3 ved udlevering, se herom Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention* (4. udgave 2017), s. 1143 ff.

22. Se således afgørelserne i sagen *Radu* (sag C-396/11) og sagen *Melloni* (sag C-399/11).

23. Dommen er bl.a. behandlet af denne forfatter i artiklen “EU-strafferetten og individets grundlæggende rettigheder”, *Tidsskrift for Kriminalret* 2016.42. Se også bidrag af denne forfatter samt Lars Bay Larsen, lektor Louise Halleskov Storgaard & lektor Henning Bang Fuglsang Madsen Sørensen i bogen *EU’s Charter – i et menneskeretligt krydsfelt*, (red. Eva Ersbøll, 2016). Se tillige Jonas Christofferen i *Ugeskrift for Retsvæsen* 2017.84.

24. Forfatterens kursivering.

behandling med henblik på at indhente supplerende oplysninger om risikoen herfor.²⁵

Tre uger senere kunne behandlingen genoptages under inddragelse af oplysninger, som det rumænske justitsministerium i mellemtiden havde fremsendt. Heraf fremgik det bl.a., at den indledende indsættelse ville ske i Rahova Fængsel under tre ugers anbringelse i en karantænecelle, hvor den fængslede ville blive tildelt "et personligt rum på minimum 2-3 m²". Det nævnte fængsel er omtalt i den nævnte rapport fra Torturkomitéen som en af de kritisable institutioner. Den fortsatte afsoning ville mest sandsynligt ske i det lukkede Tulcea Fængsel, hvor den enkelte indsatte ville være garanteret "et personligt rum på mellem 2 m² og 3 m², inklusiv sengen og møblementet", hvilket efter sammenhængen skal forstås som den plads, den enkelte indsatte har til rådighed i en celle sammen med andre indsatte.

Forsvareren fremhævede, at der ikke var fremkommet reelle garantier, der godtgjorde, at der ikke var reel risiko for umenneskelig eller nedværdigende behandling. Han påpegede i øvrigt, at der efter Torturkomitéens opfattelse burde være et minimumsareal på 4 m² til den enkelte indsatte, samt at komitéen havde observeret en række generelle kritisable forhold i form af massiv og gentagen overbelægning, utilstrækkelig lægelig bemanding, manglende dagslys og vold fra indsatte og ansatte samt en generel manglende forståelse med hensyn til behovet for at få rettet op på problemerne.

Heller ikke landsretten fandt, at udlevering kunne nægtes med henvisning til mangler ved selve arrestordren.²⁶ I øvrigt tiltrådte landsretten efter de nu foreliggende oplysninger, at der ikke var grundlag for at antage, at Adrian B ved udlevering ville blive udsat for umenneskelig eller nedværdigende behandling. I den forbindelse lagde landsretten bl.a. vægt på, at Torturkomitéens rapport var baseret på en undersøgelse afsluttet to år forinden og ikke omfattede det fængsel, hvor Adrian B mest sandsynligt skulle afsone.

5. Forsvareren ansøgte herefter om tilladelse til at kære landsrettens kendelse til Højesteret, idet han anførte, at sagen vedrørte to principielle forhold. For det første var spørgsmålet, om et andet EU-lands nægtelse af udlevering under en europæisk arrestordre er bindende for danske domstole. I den forbindelse gjorde forsvareren gældende, at det ellers ville være muligt for den udstedende medlemsstats myndigheder at spekulere i at søge udlevering fra medlemsstater med en mindre restriktiv fortolkning af det fælles regelsæt. For det andet var det et spørgsmål, om Adrian B ved udlevering til afsoning i et rumænsk

25. Østre Landsrets kendelse af 9. juni 2016, 8. afd. kære nr. S-1130-16.

26. Østre Landsrets kendelse af 30. juni 2016, 8. afd., kære nr. S-1130-16.

fængsel ville blive udsat for umenneskelig eller nedværdigende behandling. Procesbevillingsnævnet imødekom anmodningen om 3.-instansbevilling.²⁷

Højesterets anke- og kæremålsudvalg besluttede i første omgang at udsætte den videre behandling af sagen med henblik på at indhente en ny udtalelse fra de rumænske myndigheder.²⁸ Dette skete bl.a. i lyset af en nærmere redegørelse for rækkevidden af udleveringslovens bestemmelse om, at udlevering på grundlag af en europæisk arrestordre ikke må finde sted, hvis der er risiko for umenneskelig eller nedværdigende behandling.²⁹

I bemærkningerne til gennemførelsesloven fra 2003 havde Justitsministeriet bemærket, at Danmarks internationale menneskeretlige forpligtelser også uden en udtrykkelig bestemmelse ville gælde fuldt ud. Det blev i den forbindelse fastslået, at rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre ikke indebar ændringer af Danmarks forpligtelser til at overholde de grundlæggende rettigheder og principper, der bl.a. følger af EMRK. I lyset af, at der i præambelbetragtning 13 i rammeafgørelsen er en udtrykkelig bestemmelse om forbud mod udlevering til tortur, fandt Justitsministeriet det imidlertid "naturligt" at indsætte en bestemmelse, der præciserer dette.³⁰

Justitsministeriet havde desuden fremhævet, at det af rammeafgørelsens præambelbetragtning 13 og den operative artikel 1, stk. 3, fremgår, at reglerne i retsakten er fastsat under iagttagelse af de grundlæggende retsprincipper, som fremgår af artikel 6 TEU, hvori det også fortsat er fastslået, at unionen respekterer de grundlæggende rettigheder, herunder således som disse garanteres ved EMRK.

Højesteret redegjorde desuden for de relevante dele af rammeafgørelsen, herunder præambelbetragtning 6, hvoraf det fremgår, at den europæiske arrestordre er den første udmøntning på det strafferetlige område af princippet om gensidig anerkendelse, som er en "hjørnesten" i det retlige samarbejde. Gennemgangen omfattede også præambelbetragtning 10, hvoraf det fremgår, at ordningen med den europæiske arrestordre er baseret på en høj grad af tillid mellem medlemsstaterne, og at anvendelsen af den kun kan suspenderes i tilfælde af, at en medlemsstat groft og vedvarende overtræder de principper, der

27. Procesbevillingsnævnets afgørelse af 7. oktober 2016, j. nr. 2016-25-0206. Samme dato blev der meddelt 3.-instansbevilling i den nedenfor omtalte sag om udlevering til strafforfølgning i Rumænien, j. nr. 2016-25-0253, 2016-25-0254, 2016-25-0255, 2016-25-0263, 2016-25-0266 og 2016-25-0267.

28. Højesterets kendelse af 24. februar 2017, afsagt i sag 267, 2016 under medvirken af fem dommere.

29. Udleveringslovens § 10 h, stk. 2.

30. Denne erkendelse havde dog først indfundet sig et stykke undervejs i det lovforberedende arbejde. Det oprindelige lovudkast indeholdt ikke en sådan præcisering. Inspirationen til tilføjelsen kom fra det høringssvar, som Center for Menneskerettigheder afgav. Udleveringsloven indeholder egentlig to separate bestemmelser med samme indhold, nemlig § 6, stk. 2, om udlevering til stater uden for EU og § 10 h, stk. 2, om udlevering til EU-medlemsstater.

er fastlagt i artikel 6 TEU. Herefter citerede Højesteret en betragtelig del af EUD's dom i sagen *Aranyosi*. Så langt, så godt!

6. Højesterets dom indeholder en gengivelse af hele den bærende del af Menneskerettighedsdomstolens forholdsvis nyligt afsagte storkammerafgørelse i sagen *Muršić*.³¹ Dommen angik spørgsmål om krænkelse af artikel 3 som følge af de fængselsforhold, klageren havde været undergivet i Kroatien. Efter indgående gennemgang af den omfattende og hidtil ikke helt strømlinede domspraksis i de mange sager om klager over dårlige forhold på grund af overbelægning sammenfattede EMD de kriterier, der havde udmøntet sig, og fastlagde i lyset heraf de relevante principper og standarder.³² Det skal i den forbindelse bemærkes, at et stort mindretal af storkammerets dommere i kraftige vendinger gav udtryk for, at flertallet stillede alt for strenge krav ved fastlæggelsen af, hvad der skal til, for at artikel 3 er krænkede i en sag om overbelægning i et fængsel, se nedenfor om de tre delvis dissentierende udtalelser fra i alt 7 af de tilsammen 17 dommere. Flertallet lagde snittet ved minimum 3 m², hvor Den Europæiske Torturkomité ellers har anbefalet minimum 4 m² per indsat i celler for flere anbragte.

Storkammeret understregede, at en krænkelse af artikel 3 kun vil foreligge i tilfælde af en vis grovhed ("a minimum level of severity"), således at den med frihedsberøvelsen forbundne lidelse og ydmygelse overstiger det, som en fængsling uundgåeligt indebærer i sig selv.³³ Flertallet af de medvirkende dommere fremhævede i øvrigt, at bedømmelsen er relativ og beror på en samlet vurdering af omstændighederne i den konkrete sag ("a comprehensive approach to the particular conditions of detention").³⁴

Flertallet ønskede ikke at fastlægge et bestemt antal kvadratmeter, som altid skal være til rådighed for en frihedsberøvet person, hvis en krænkelse af artikel 3 skal undgås. Sparsomme pladsforhold for klageren kan være udgangspunktet for vurderingen, men bedømmelsen skal efter flertallets opfattelse ikke begrænse sig til en numerisk beregning af kvadratmeter. Der skal altid anlægges en helhedsvurdering af en række omstændigheder vedrørende forholdene i fængslet, herunder hvad angår frihedsberøvelsens varighed, mulighederne for udendørs motion, den frihedsberøvedes fysiske og mentale

31. *Muršić v. Croatia* (EMD 20. oktober 2016). Klagen i denne sag var indbragt af en kroatisk statsborger, som havde afsonet en del af en straffedom i Bjelovar Fængsel. Den danske dommer Jon Fridrik Kjølbro medvirkede ved nævnte afgørelse. Han har redegjort for afgørelsen og praksis på området i *Den europæiske menneskerettighedskonvention for praktikere* (4. udgave, 2017), kapitel 9, særligt s. 279 ff.

32. Om praksis i sager om overbelægning, se i øvrigt Peter Vedel Kessing i *EMRK Komm.* s. 223 f.

33. Dette var blevet fastslået i sagen *Ireland v. United Kingdom* (EMD 18. januar 1978) § 165.

34. Se *Muršić* §§ 97-101 samt §§ 122-123.

tilstand mv. Omfanget af den indsatte tildelte plads i celler med flere anbragte skal dog tillægges betydelig vægt i bedømmelsen.³⁵

Afgørelsen i sagen *Muršić* fastslår, at sager om overbelægning rejser spørgsmål om, (1) hvad der i forhold til artikel 3 er mindstemålet af “personal space”, (2) om tildelt “personal space” under mindstemålet skaber en formodning for eller i sig selv indebærer en krænkelse af artikel 3, samt (3) hvilke faktorer der eventuelt kan afbøde den sparsomme tildeling af “personal space”.³⁶

Den gennemgående mindstestandard i retspraksis med hensyn til “floor surface per detainee in multi-occupancy accomodation” er i Menneskerettighedsdomstolens praksis blevet fastlagt til 3 m².³⁷ Hvis mindstestandarden ikke er opfyldt, vil der være en *stærk formodning* for, at artikel 3 er krænket.³⁸ Denne formodning kan imidlertid afkræftes, hvis den ansvarlige stat kan godtgøre, at den sparsomme tildeling af plads opvejes af kompenserende foranstaltninger. Dette forudsætter dog, at visse krav alle er opfyldt.

1. Indskrænkninger i “personal space” skal være kortvarige, lejlighedsprægede og af mindre betydning (“short, occasional and minor”).
2. Indskrænkninger skal være ledsaget af den fornødne bevægelsesfrihed samt passende aktivitetsmuligheder uden for cellen.
3. Forholdene i institutionen skal i almindelighed være tilfredsstillende, og der må ikke være andre graverende forhold for den indsatte.

Hvis den indsatte har mellem 3 m² og 4 m² til rådighed i cellen, vil det være afgørende, om de fysiske rammer i øvrigt er utilstrækkelige, herunder særligt med henblik på adgangen til udendørs motion, dagslys og frisk luft, ventilation, passende rumtemperatur, mulighed for privat toiletanvendelse samt overholdelse af basale sanitære og hygiejniske forskrifter.³⁹

35. Se *Muršić* §§ 103-108. EMD havde tidligere afgjort spørgsmål i forbindelse med overbelægning ved anbringelse i celler for flere personer i en række afgørelser vedrørende fængselsforholdene i bl.a. Bulgarien, Ungarn, Polen og Rusland (pilot judgments) samt Belgien Grækenland, Rumænien, Slovenien og Moldovien (leading judgments), herunder i en vigtig storkammerafgørelse i sagen *Idalov v. Russia* (EMD 22. maj 2012), se særligt §§ 96-102 i nævnte dom. Den danske dommer Peer Lorentzen medvirkede ved sidstnævnte afgørelse.

36. Domstolen bemærkede i øvrigt, at andre typer af spørgsmål kunne opstå i sager om anbringelse i celler til en enkelt person, isolation, venterum mv., se *Muršić* § 92.

37. Se *Muršić* § 105, § 107 og § 110. Mindstestandarden på 3 m² var med henvisning til forudgående praksis blevet fastslået i Storkammerets afgørelse i sagen *Idalov*, nævnt i foranstående fodnote.

38. Se *Muršić* §§ 116-121, §§ 124-128 samt §§ 129-135. Bedømmelseskriterierne for tilfælde med rådighed over mindre end 3 m² er sammenfattet i §§ 136-138. Fastlæggelsen af formodningsreglen blev foretaget i lyset af Domstolens afgørelser i sagerne *Ananyev v. Russia* (EMD 10. januar 2012) og *Orchowski & Sikorski v. Poland* (EMD 22. oktober 2009). I den førstnævnte sag blev det lagt til grund, at den indsatte skal have rådighed over individuel soveplads og mindst 3 m² gulvplads samt skal kunne bevæge sig frit mellem møblerne i cellen.

39. *Muršić* § 139 med henvisning til § 106.

Hvis der i cellen er mere end 4 m² til rådighed for den indsatte, opstår der ikke som følge af den tildelte plads i sig selv spørgsmål om krænkelse af artikel 3, men andre aspekter vedrørende kummerlige fysiske rammer kan være relevante for en stillingtagen hertil.⁴⁰

Domstolen bemærkede i øvrigt, at den afstår fra at betragte de af Torturkomitéen (CPT) fastlagte kriterier og standarder som afgørende ved bedømmelsen af klager vedrørende krænkelse af artikel 3. Flertallet gav udtryk for, at CPT har en forebyggende rolle i monitoreringen af forholdene under frihedsberøvelse og i udviklingen af generelle standarder herfor, men at EMD har en anden rolle og anvender en anden målestok end Torturkomitéen. Domstolens opgave ved bedømmelsen af individuelle klager er at afgøre, om det absolutte forbud i artikel 3 EMRK (og den korresponderende artikel 4 EUC) er krænket i den konkrete sag, og EMD skal i den forbindelse tage alle relevante omstændigheder i betragtning.⁴¹

Ud fra de opstillede kriterier foretog flertallet så en nærmere bedømmelse af forholdene i den konkrete sag og konkluderede, at artikel 3 var krænket med hensyn til et sammenhængende tidsrum på 27 døgn, hvorunder klageren Muršić kun havde haft rådighed over 2,62 m² celleplads.⁴² Derimod var der efter flertallets opfattelse ikke tale om nogen krænkelse med hensyn til anbringelser under tilsvarende forhold i et antal kortere og spredte perioder eller anbringelser i perioder, hvor klageren havde haft mellem 3 m² og 4 m² til rådighed i sin celle, idet forholdene i fængslet generelt set var tilfredsstillende.⁴³

7. Højesteret konstaterede lakonisk, at den engelske afgørelse om at afslå fuldbyrdelse af arrestordren ikke var bindende for danske myndigheder, og at rammeafgørelsen forpligter disse til at foretage en selvstændig vurdering. Ligesom landsretten afviste Højesteret, at der af formelle grunde var anledning til at nægte udlevering som følge af påståede mangler ved indholdet af arrestordren.

8. Højesteret vendte sig nu mod spørgsmålet om risikoen for umenneskelig eller nedværdigende behandling i tilfælde af udlevering. Med henvisning til dommen i sagen *Aranyosi* konstaterede retten, at en sådan risiko "på grund af de generelle forhold under frihedsberøvelse" som udgangspunkt ikke kan føre

40. *Muršić* § 140 med henvisning til foranstående afsnit i dommen.

41. Se nærmere *Muršić* §§ 111-114, § 128 og 141.

42. *Muršić* §§ 149-153 samt § 172. Med seks stemmer mod én havde Domstolens første sektion fundet, at der til trods for betænkeligheder med hensyn til den sparsomme tildelte plads i cellen ikke forelå et forhold, der var alvorligt nok til at statuere krænkelse af artikel 3, da klageren efter flertallets opfattelse havde haft fornøden frihed til aktiviteter uden for cellen, og da forholdene i institutionen generelt set var tilfredsstillende (EMD 12. marts 2015).

43. *Muršić* §§ 146-149, §§ 154-171 samt § 173.

til afslag på en udleveringsanmodning, men alene til anmodning om supplerende oplysninger med henblik på at sikre sig imod en sådan risiko. Herefter konstaterede Højesteret, at den udtalelse, som landsretten havde tilvejebragt fra de rumænske myndigheder, var afgivet forud for den dom, som EMD i mellemtiden havde afsagt i sagen *Muršić*. Følgelig udsatte Højesteret sin videre sagsbehandling med henblik på indhentelse af en fornyet udtalelse.

Medio marts 2017 forelå der så en udførlig redegørelse fra de rumænske myndigheder. Heraf fremgik det bl.a., at en del af afsoningen ville kunne ske i et halvåbent fængsel, hvor den indsatte ville være anbragt i en celle sammen med andre indsatte, som hver især ville råde over 2 m² "personligt rum, som inkluderer seng og tilhørende møbler, dog eksklusivt opbevaringsplads og badeværelse". Det fremgik desuden, at de indsatte om dagen ville have mulighed for at tilbringe deres fritid uden for cellen, som de kun ville blive ført ind i "med henblik på at indtage måltider og så en halv time før navneopråbet om aftenen". Herudover indeholdt redegørelsen en række oplysninger om forholdene i fængslet og de indsattes adgang til faciliteter og aktiviteter.

Forsvareren for Adrian B anførte, at der i den nye redegørelse var tale om de samme fængsler og fængselsforhold som i den tidligere udtalelse, og at der ikke var redegjort nærmere for de nye oplysninger om forholdene, hvilket måtte give anledning til skepsis. Han pegede desuden på, at Rumænien flere gange er blevet dømt for overtrædelse af artikel 3 på grund af overbelægning og dårlige fysiske forhold, senest i en afgørelse blot en måned forinden.⁴⁴

Anklagemyndigheden måtte erkende, at de beskrevne forhold "for en umiddelbar betragtning" ikke syntes fuldt ud i overensstemmelse med de betingelser, som er fastslået af EMD. Med henvisning til oplysningerne om de frie afsoningsforhold i det halvåbne fængsel fastholdt anklagemyndigheden dog påstanden om stadfæstelse af afgørelsen om udlevering.

Efter rekapitulering af de grundlæggende principper som fastslået af EUD i sagen *Aranyosi* og af EMD i sagen *Muršić* foretog Højesteret så en konkret bedømmelse af den foreliggende sag i lyset af de fra de rumænske myndigheder tilvejebragte oplysninger om de forventede afsoningsforhold i forskellige faser af frihedsberøvelsen i Rumænien.⁴⁵ På dette grundlag fastslog Højesteret

44. *Rezmives & Others v. Romania* (EMD 25. april 2017, pilot judgment). Sagen vedrørte detentionsforhold på politistationer. Domstolen fandt imidlertid, at der forelå "a general problem originating in a structural dysfunction specific to the Romanian prison system", og pålagde den rumænske stat at samarbejde med Ministerkomitéen om en tidsplan for nedbringelse af overbelægning og forbedring af de fysiske forhold mv. I afgørelsen fremhæves det, at de utilfredsstillende forhold i det rumænske fængselsystem allerede blev påpeget i sagen *Iacov Stanciu v. Romania* (EMD 24. juli 2012).

45. I den såkaldte *Aranyosi II*-sag (sag C-496/16) har landsretten i Bremen anmodet EUD om en præjudiciel afgørelse af, om udelukkelsen af en reel risiko for umenneskelig eller nedværdigende behandling kun skal rette sig mod forholdene under frihedsberøvelse i det første fængsel, som den pågældende indsættes i efter udlevering. I forlængelse af den tidligere

indledningsvis, at begrænsningen af det personlige rum til mindre end 3 m² ville gælde som vilkår for hele den del af afsoningen, der kunne forventes under ordningen med halvåbent fængsel. Ved bedømmelse af betydningen heraf henholdt Højesteret sig til de af EMD fastlagte retningslinjer, hvorefter den stærke formodning for konventionsstridig behandling ved en begrænsning på et minimumsareal på 3 m² kun kan afkræftes ved opfyldelse af en række kumulative betingelser, herunder at begrænsningen er "short, occasional and minor". Dette fandtes ikke at være tilfældet i den foreliggende sag, idet det ikke blev anset som tilstrækkeligt, at der ved afsoning under ordningen med halvåbent fængsel kunne forventes visse frihedsgrader, herunder at de indsatte ville kunne opholde sig uden for cellerne det meste af dagen.

På den anførte baggrund fandt Højesteret, at der forelå en reel risiko for, at afsoning af fængselsstraffen i Rumænien i en del af tiden ville komme til at ske under forhold i strid med artikel 3 EMRK. Derfor ville udlevering af Adrian B være i strid med udleveringsloven. Justitsministeriets afgørelse om udlevering blev følgelig ophævet.

9. Den anden udleveringssag, som Højesteret afgjorde den 31. maj 2017, fik på tilsvarende præmisser samme udfald som sagen om den rumænske lastbilschauffør. Tre rumænske kvinder fra den såkaldte Hvepsebosag var på grundlag af en europæisk arrestordre begæret udleveret til Rumænien som mistænkte for grænseoverskridende kriminalitet i tilknytning til den meget omtalte Hvepsebosag.⁴⁶ Denne har i Danmark givet anledning til domfældelse af et betydeligt antal personer, navnlig rumænere, for bl.a. menneskehandel, åger samt omfattende bedragerier og databedragerier for mange millioner kroner over for erhvervsdrivende og skattevæsenet ved misbrug af identitetsoplysninger på flere hundrede rumænske statsborgere, som var blevet lokket hertil under løfte om arbejde og indkvarteret under usle kår.⁴⁷

Højesterets afgørelser kom på et tidspunkt, da der i den offentlige debat og på Christiansborg var skarpt fokus på problemer med romaer og andre, som søger til Danmark og opretholder tilværelsen ved flaskeindsamling, ulovligt tiggeri og i et vist omfang forskellige former for kriminalitet. Et stærkt politisk ønske om at imødegå denne form for fri bevægelighed gav sig udslag i

afgørelse kan svaret herpå vel kun være en gentagelse af kriterierne og anvisningerne i *Aranyosi*.

46. Det drejede sig om en mor og hendes to døtre. I udleveringssagen fastslog Højesteret bl.a., at der ikke var grundlag for at nægte udlevering som følge af forbuddet mod dobbelt strafefølgning, jf. udleveringslovens § 10 d.

47. Højesteret stadfæstede 29. maj 2017 en dom mod tre rumænske søskende for menneskehandel omfattet af strl. § 262 a, Højesterets sag 70/2017. Efterfølgende blev to af hovedmændene i Hvepsebosagen straffet med 7 år og 11 måneders fængsel, henholdsvis 7 års fængsel, Østre Landsrets dom af 30. juni 2017, 9. afdeling, sagsnummer S-805-16.

såvel lovgivning som en forstærket politiindsats. Det er en nærliggende tanke, at den stemning, der prægede opfattelsen af disse spørgsmål, smittede af på den politiske bedømmelse af Højesterets afgørelser i udleveringssagerne, som jo netop drejede sig om rumænske statsborgere.

En medvirkende årsag til, at Højesterets afgørelser vakte opsigt og utilfredshed, var formentlig, at den ene af sagerne angik tre af de involverede i Hvepsebosagen. De grove overtrædelser i denne har påkaldt sig stor opmærksomhed og givet anledning til berettiget fordømmelse. Forholdet er imidlertid det, at de pågældende faktisk *er* blevet straffet her i landet, og at udleveringssagen drejede sig om overtrædelser, som man i Rumænien ønskede at foretage yderligere strafforfølgning for; vel at mærke forhold, som der ikke var rejst tiltale for her i landet. Hvis Højesteret alene havde fået forelagt sagen om den rumænske lastbilchauffør, som har unddraget sig fuldbyrdelse af en i Rumænien idømt straf, havde udfaldet næppe tiltrukket sig helt samme opmærksomhed.

10. Det er kendetegnende for afgørelsen i *Muršić* og den omfattende praksis, som sammenfattes i dommen, at Menneskerettighedsdomstolens bedømmelse af, om der i et konkret tilfælde foreligger en krænkelse af artikel 3 som følge af en indsats vilkår i et fængsel med overbelægning, er overmåde forsigtig, tilbageholdende og helhedsorienteret. Alle relevante faktorer inddrages så vidt muligt i den samlede bedømmelse. Kun i ekstreme tilfælde vil der være en stærk formodning for, at der foreligger en krænkelse, og selv i sådanne tilfælde kan formodningen afkræftes af myndighederne ved fremlæggelse af oplysninger vedrørende omstændigheder, der samlet set opvejer de pladsmæssige indskrænkninger.

Det er bemærkelsesværdigt, at storkammerets fastlæggelse af denne tilbageholdende linje blev mødt med skarp kritik fra et betydeligt mindretal på ikke mindre end 7 ud af de tilsammen 17 medvirkende dommere. Dette kom til udtryk i tre forskellige udtalelser, som havde tilfælles, at der efter disse dommers opfattelse også forelå en krænkelse af artikel 3, for så vidt angik de i alt 47 døgn gennem mere spredte tidsrum, hvor klageren i løbet af 240 dages indsættelse havde haft mindre end 3 m² til rådighed i cellen.⁴⁸ Fire dommere fandt herudover, at artikel 3 var krænket, for så vidt angik de tidsrum, hvor klageren

48. Dommerne Sajó, López Guerra og Wojtyczek fremhævede, at tildeling af mindre plads end den af CPT anbefalede minimumstandard på 4 m² – for celler med fællesskab – indebærer en stærk psykologisk belastning og undergravning af en resocialiserende indsats. I øvrigt kunne den stærke formodning om krænkelse ikke afvises med henvisning til forhold, som også ellers måtte forventes at være tilstede for de indsatte. Disse dommere beklagede de standarder, som afgørelsen fastslår og udbreder.

havde haft mindre end 4 m² til rådighed, hvilket sammenlagt havde været tilfældet i 170 dage.⁴⁹

Den portugisiske dommer Paolo Pinto de Albuquerque benyttede lejligheden til at afgive en omfattende, skarpsindig og kritisk dissens, hvori han med udførlige henvisninger bl.a. redegjorde mere generelt for Domstolens retsgrundlag og kildeanvendelse.⁵⁰ Denne dommer kritiserede i fyndige vendinger flertallet for at fravige de standarder, som er fastlagt af Ministerkomitéen, Torturkomitéen samt anbefalingerne fra Rådet for samarbejde om straffuldbyrdelse under Europarådets Committee on Crime Problems.⁵¹ Med henvisning til de ledende afgørelser i de skelsættende sager *Golder*⁵² og *Tyrer*⁵³ samt til Wienerkonventionen mindede han om, at EMRK ikke kan fortolkes i et tomrum og heller ikke bliver det, men at fortolkningen må ske i overensstemmelse med anden international ret og soft law, herunder i lyset af nutidige vilkår:⁵⁴

“Accordingly, from the very beginning of the Court’s existence, the evolutive interpretation of the Convention was closely linked to the need for a consensual reading of the text, based on consideration of the domestic legal framework of the “great majority” of the member States of the Council of Europe and, ultimately, of the common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law, to which the Preamble makes reference.”⁵⁵

Som led i Domstolens fastlæggelse af konventionsforpligtelsernes nærmere indhold og rækkevidde er der praksis for at inddrage normeringer stammende fra andre af Europarådets institutioner, uanset om disse er repræsentative for medlemsstaterne, eller de er kontrolorganer eller sagkyndige forsamlinger.⁵⁶

-
49. Dommerne Lazarova Trajkovska, de Gaetano og Grozev gav i det væsentlige udtryk for samme opfattelse som de tre i foregående note nævnte dommere, men mente, at de trange forhold under den øvrige del af anbringelsen var blevet opvejet af andre omstændigheder, herunder at der havde været plads til rådighed i gangene mellem cellerne, i et fællesrum og under gårdtur.
 50. Om fortolkning og anvendelse af konventions bestemmelser, se i øvrigt kapitel 1 hos Kjølbros (2017).
 51. Council for Penological Cooperation (PC-CP) of the European Committee on Crime Problems (CDPC) of the Council of Europe. Se i øvrigt Europarådets *White paper on prison overcrowding*, 28 September 2016, CM(2016)121-add3.
 52. *Golder v. United Kingdom* (EMD 21. februar 1975).
 53. *Tyrer v. United Kingdom* (EMD 25. april 1978).
 54. Artikel 31(3)(c) i Vienna Convention on the Law of Treaties som udmøntet i *Golder*. I *Tyrer* lagde EMD udtrykkeligt til grund, at EMRK er “a living instrument”.
 55. Pinto de Albuquerque, dissensen § 13. I de følgende sektioner er der nævnt andre ledende afgørelser, som illustrerer, hvordan EMD ved dynamisk fortolkning (evolutive interpretation) inddrager standarder fastlagt i andre internationale retsakter uden nødvendigvis at være bundet af, om den indklagede stat er kontraherende part.
 56. Dissensen § 19.

Ved grundlæggelsen af konventionssystemet er det forudsat, at Domstolens fortolkning sker ved inddragelse bl.a. af anbefalinger, retningslinjer og erklæringer fra politiske og tekniske organer under Ministerkomitéen. Dette fortolkningsmæssige råderum fremgår af både konventionens tekst og formål.⁵⁷

I dissensen påpegede dommer Pinto de Albuquerque i øvrigt, at der med oprettelsen af EMD ikke er givet afkald på demokratisk kontrol med fortolkningen af konventionen. Tværtimod fungerer Ministerkomitéen, Den Parlamentariske Forsamling⁵⁸ og i den sidste ende selve Domstolen som konventionens politisk legitimerede garanter. Det demokratiske islæt ved inddragelsen af soft law i retsdannelsen forstærkes i kraft af den måde, hvorpå de enkelte medlemsstater og repræsentanter for civilsamfundet involverer sig, hvilket ikke alene bekræfter subsidiaritetsprincippet, men faktisk forstærker processens demokratiske beskaffenhed og lydhørheden over for det europæiske folk.⁵⁹

Dommer Pinto de Albuquerque sammenfattede sit syn på den europæiske retsorden som "a democratic type, individual-centred, broadly multi-lateral, purposeful consentual, bottom-up norm creation mechanism which involves European States and other European and non-European non-State actors".

Herefter redegjorde dommer Pinto de Albuquerque for, hvordan Domstolens praksis på fængselsrettens område har udviklet sig under inddragelse af resolutioner og anbefalinger fra Ministerkomitéen samt rapporter og standarder udarbejdet af Torturkomitéen. Han beklagede i skarpe vendinger, at flertallet i den foreliggende sag havde forladt tidligere praksis med at tillægge sådanne standarder betragtelig vægt.⁶⁰ Særligt blev det fremhævet, at Ministerkomitéen ved revisionen i 2006 af De Europæiske Fængselsregler uden forbehold tilsluttede sig Torturkomitéens anbefaling af et absolut minimum på 4 m² for indsatte i celler for flere personer, vel at mærke i tillæg til et fast minimumsareal på 6 m².⁶¹ Ministerkomitéen, som er Europarådets øverste politiske organ, forudsatte i den forbindelse ved enstemmighed, at alle medlemsstater udmøntede disse retningslinjer i deres lovgivning og praksis.

57. Dissensen § 22 med henvisning til såvel konventionens præambel som den operative artikel 53.

58. Dommerne fra det enkelte land vælges af Den Parlamentariske Forsamling på grundlag af en liste over tre kandidater, jf. artikel 22 EMRK. Kandidaterne til den danske liste udpeges af regeringen efter offentligt opslag af stillingen. Derved er der sikret en vis demokratisk forankring.

59. Se nærmere dissensen §§ 24-25. I de efterfølgende sektioner redegøres der for de generelle kriterier ved inddragelsen af *soft law* ved dannelsen af *hard law*.

60. Se dissensen §§ 34-36. I de efterfølgende sektioner blev der henvist til en række standarder udarbejdet i regi af FN mv.

61. Se dissensen §§ 39 ff. med henvisning til Regel 18 (3) i De Europæiske Fængselsregler samt den ledsagende kommentar.

“Hence, prison capacity must not be assumed to be a slippery concept whose elasticity can be used to manipulate prison reality and make overcrowding more or less apparent.”⁶²

I lighed med et af de andre delvis dissentierende mindretal fandt dommer Pinto de Albuquerque det uholdbart at lade friheder og vilkår, som bør være almindelige i et fængsel, legitimere ekstraordinært negative forhold.⁶³ Han betegnede det ligefrem som hvidvaskning, når flertallet lagde til grund, at der bortset fra det sammenhængede tidsrum på 27 dage kun havde været tale om “short, occasional and minor” begrænsninger i den klageren tildelte plads.⁶⁴

Konkluderende blev det gjort gældende, at afgørelsen i den foreliggende sag ikke tog hensyn til, hvad repræsentanter for de 47 demokratisk valgte europæiske regeringer enstemmigt havde besluttet i Ministerkomitéen, eller til anerkendte arbejder fra en omfattende flerhed af sagkyndige. Ved at tilside-sætte Europarådets egne retskilder satte flertallet en standard, som vil føre til en strengt kasuistisk, “fact-sensitive” anvendelse af konventionen, hvorved døren er åbnet til en glidebane med tilbageskridt i forholdet af selve Europarådet etablerede niveau af menneskeretlig beskyttelse.⁶⁵

11. I sin helhed er dommen i sagen *Muršić* et eksempel på, at der blandt dommere i EMD er meget varierende opfattelser af, hvordan der ved fastlæggelsen af kriterier og standarder på et givet område skal eller kan trækkes på det samlede retskildegrundlag. De enkelte dommers fortolkningsstil har selvsagt betydning for udfyldningen af konventionens brede bestemmelser, men trækker ofte i forskellige retninger. Dommen i sagen *Muršić* viser, at et flertal af dommere går overordentligt forsigtigt til værks ved fastlæggelsen af niveauet for beskyttelse af indsatte mod krænkelse af artikel 3. Dommen kan således ikke tages til indtægt for den opfattelse, at EMD med denne afgørelse har op-

62. Dissensen § 47 in fine. “Otherwise, a cumulative effect of ‘compensation’ factors would water down the absolute Article 3 standard, inviting prison authorities to go down a slippery slope with no objective limits” (§ 51). “The circular nature of the majority’s redundant argument is obvious: when the lack of personal space is justified by an impressionistic image of the general situation of the detention facility, the offsetting exercise becomes a question-begging masquerade to cover up a downgrading of the general level of human rights protection of prisoners” (§ 61 in fine).

63. Dissensen § 53.

64. Dissensen § 57. Desuden blev der i de efterfølgende sektioner peget på skærpene omstændigheder som følge af fravær af passende beskæftigelsesmuligheder og manglende adgang til kontakt med pårørende.

65. Dissensen § 63. “With judgments of this kind, weakening as they do the Council of Europe’s human rights protection system from within, the Court not only discourages the work of other Council of Europe bodies, but, worse still, reinforces the impression of an incoherent European human rights protection system” (§ 63 in fine).

trådt særligt aktivistisk eller har fortolket konventionen mere dynamisk end strengt påkrævet.

Afgørelsen i sagen *Muršić* er imidlertid også udtryk for, at der blandt dommerne ved EMD er bred enighed om, at indsatte, som anbringes under særligt belastende forhold, er beskyttet af forbuddet mod umenneskelig eller nedværdigende behandling, som f.eks. kan påberåbes i tilfælde af stærk overbelægning i et fængsel. Uenigheden vedrører alene spørgsmålet om, hvordan og hvor snittet skal lægges.

For det store flertal af danske politikere er der utvivlsomt også grænser for, hvilke fængselsforhold man i givne sammenhænge finder acceptable, om end opfattelserne heraf selvsagt varierer og bl.a. beror på de nærmere omstændigheder i forbindelse med frihedsberøvelsen. Det kan i den forbindelse ikke udelukkes, at bedømmelsen bl.a. kan afhænge af, om den berørte person er en af landets egne statsborgere eller en udlænding, og om frihedsberøvelsen sker her i landet eller i en fremmed statsborgers hjemland. I sagen *Muršić* blev der af gode grunde slet ikke taget stilling til betydningen af sådanne faktorer, for sagen handlede jo om afsoningsforholdene for en kroatisk statsborger, som i Kroatien var blevet idømt en straf, der var fuldbyrdet i et kroatisk fængsel.

EMD har aldrig pådømt en sag om betydningen af udsigten til anbringelse i et overfyldt fængsel i tilfælde af udlevering til strafforfølgning eller straffuldbyrdelse. Så Højesterets afgørelse i de to udleveringssager er ikke en umiddelbar afspejling af praksis ved EMD. Imidlertid har spørgsmålet om forholdet til artikel 3 på et mere generelt plan været til bedømmelse i sagen *Soering*.⁶⁶

12. Ved afgørelsen af sagen *Soering* udtalte EMD, at det ved fortolkningen og udmøntningen af begreberne umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf i udleveringssager må tages i betragtning, at alle lande har en interesse i at kunne retsforfølge mistænkte lovovertrædere, der flygter til udlandet. Fastlæggelsen af, hvad der udgør umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf beror altid på en samlet bedømmelse af de konkrete omstændigheder i det enkelte tilfælde.⁶⁷ I hele konventionen er der en iboende stræben

66. *Soering v. United Kingdom* (EMD 7. juli 1989) § 89.

67. Forbuddet i artikel 3 er absolut i den forstand, at det ikke kan gøres til genstand for derogation under krig eller undtagelsestilstand, jf. *Soering* § 88. Forbuddet kan heller ikke fraviges i krisetilfælde, se således storkammerafgørelsen om forholdene for asylansøgere i græske modtagelsescentre i sagen *M.S.S. v. Belgium & Greece* (EMD 21. januar 2011). Finansielle vanskeligheder kan ikke påberåbes som begrundelse for konventionsstridig overbelægning, se således sagen *Orchowski v. Poland* (EMD 22.10. 2009). I tilfælde af en reel risiko for afvigelse fra standarden er beskyttelsen absolut og uafhængig af den pågældendes forhold, f.eks. grov kriminalitet eller farlighed, jf. *Soering* § 91. Se herom professor Jens Vedsted-Hansen i *EMRK Komm.* s. 257 f. med omtale af ledende afgørelser. Se tillige De Europæiske Fængselsregler artikel 4.

(“search”) efter at opnå en retfærdig afvejning (“fair balance”) mellem hensynet til de almene samfundsinteresser og hensynet til beskyttelse af den enkeltes grundlæggende rettigheder.⁶⁸ Da det er blevet stadigt lettere at bevæge sig rundt i verden, og kriminaliteten derved får en tiltagende international dimension, har alle lande fået en stigende interesse i at kunne retsforfølge mistænkte lovovertrædere, som flygter til udlandet. Forekomsten af “safe havens” for undvigere ville ikke alene indebære en fare for en stat med pligt til at rumme den beskyttede person, men ville også trække i retning af at undergrave grundlaget for udleveringssystemet. Dette må ifølge EMD tages i betragtning ved fortolkningen og udmøntningen af begreberne umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf i udleveringssager. Ansvar for krænkelse af artikel 3 vil dog kunne indtræde for en stat, der foretager udlevering i et tilfælde, hvor der er blevet påvist bestemte grunde (“substantial grounds”) til at antage, at der ved udlevering ville være en reel risiko (“real risk”) for, at den pågældende ville blive udsat for umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf.

De nævnte betragtninger er gengivet i Højesterets kendelser; men overraskende nok uden nærmere overvejelser om betydningen heraf. Det kan ikke udelukkes, at sådanne overvejelser kunne have medvirket til at trække udfaldet af sagerne i en anden retning. Hertil kunne det også have bidraget, hvis Højesteret mere konsekvent havde efterlevet anvisningerne i EU-Domstolens dom i sagen *Aranyosi*, som der i det efterfølgende skal redegøres nærmere for.

I øvrigt har EU-Domstolens Store Afdeling i sagen *Petruhhin* anerkendt, at i udleveringssager kan personer fra andre medlemsstater ikke altid forvente samme beskyttelse som egne statsborgere. EUD understregede i den forbindelse vigtigheden af, at

“alle de mekanismer til samarbejde og gensidig bistand, som eksisterer på det strafferetlige område i medfør af EU-retten, gennemføres samtidig med bekæmpelsen af straffrihed med hensyn til straffelovsovertrædelser”.⁶⁹

Sagen handlede om udlevering af en estisk statsborger fra Letland til Rusland. Domstolen henviste i øvrigt til de i *Aranyosi* opstillede retningslinjer.

68. Tærsklen for, hvornår en given behandling eller straf er umenneskelig eller nedværdigende i konventionens forstand, ligger således ikke fast over tid eller fra område til område. Ved fastlæggelse af standarden i en udleveringssag er det således op til domstolene at foretage en afvejning (“fair balance”) af hensynet til retshåndhævelsen over for hensynet til beskyttelsen af den enkelte mod uforholdsmæssige foranstaltninger. Se herom Jonas Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights* (2009), s. 87-93 (bearbejdet udgivelse af doktordisputats).

69. Sagen *Petruhhin v. Latvia* (sag C-182/15) afsnit 47. Den danske dommer Lars Bay Larsen medvirkede i afgørelsen.

13. Afgørelsen i *Aranyosi* er udtryk for, at EU-Domstolen har tilstræbt at opnå en balance ved en fintmærkende fortolkning af rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre. Denne retsakt bygger som nævnt på princippet *gensidig anerkendelse* af afgørelser i straffesager, der igen bygger på et grundlæggende princip om *gensidig tillid*, dvs. en forhåndsformodning om, at også andre medlemsstater overholder EU-retten og i den forbindelse respekterer de grundlæggende rettigheder.⁷⁰ Dette indebærer, at en medlemsstat ikke kan kræve et højere beskyttelsesniveau af en anden medlemsstat end foreskrevet i EU-retten, og at en medlemsstat kun i ekstraordinære tilfælde har lov til at kontrollere, om en anden medlemsstat i et konkret tilfælde opretholder de i EU-retten foreskrevne grundlæggende rettigheder.⁷¹

Det fremgår udtrykkeligt af rammeafgørelsen om arrestordren, at retsaktten ikke indebærer nogen ændring af pligten til at respektere de grundlæggende rettigheder og grundlæggende retsprincipper, således som de er defineret i art. 6 TEU.⁷² På den ene side afspejler retsakten medlemsstaternes politiske ønske om at yde hinanden effektiv gensidig retshjælp ved udlevering af mistænkte og domfældte i straffesager. På den anden side anerkendes det, at der i konkrete sager kan være konkrete grunde til undtagelsesvist at afslå udlevering, men egentlig er det ikke ønskeligt, at dette sker i praksis. Forekomsten af systemiske eller generelle mangler giver således ikke uden videre grundlag for at nægte udlevering, alene for at iværksætte nærmere undersøgelser, og kun, hvis der herefter stadig foreligger en reel risiko for krænkelse, kan det være en mulighed at afvise anmodningen. Om dette skal ske, overlades til den anmodede myndigheds judicielle skøn, som alle bindinger til trods kan udøves i lyset af, at gensidig tillid dog ikke er et absolut princip.

Medlemsstaternes retstraditioner og velfærdsniveauer er fortsat meget varierende.⁷³ Forankringen af princippet om gensidig anerkendelse i gensidig tillid er dermed udtryk for en politisk betonet besværgelse, som kun til dels afspejler en praktisk realitet.⁷⁴ Bestræbelserne på at opnå en passende balance

70. Det samlede retsgrundlag er grundigt behandlet af præsidenten for EU-Domstolen, professor Koen Lenaerts i artiklen "La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust", *Common Market Law Review*, Vol. 54, No. 3, June 2017, s. 805-840.

71. Jf. EU-Domstolens udtalelse 2/13 om udkast til aftale om EU's tiltrædelse af EMRK (§ 191).

72. Rammeafgørelsens artikel 1(3).

73. Det er således kun i begrænset omfang lykkedes at få vedtaget retsakter til styrkelse af retsstillingen for mistænkte og sigtede som modvægt til effektiviseringen af samarbejdet om retshåndhævelse i sager med grænseoverskridende islæt.

74. Til trods for opvisning af en grundlæggende nøgtern tilgang og stor skarpsindighed munder den omtalte artikel af Koen Lenaerts ud i besværgende udsagn om, at undtagelsesvise begrænsninger i princippet om gensidig tillid skal bevirke en genopretning i den gensidige tillid, således at beskyttelsen af grundlæggende rettigheder og gensidig tillid på ny går op i en højere enhed (s. 836, 840).

mellem hensynet til retshåndhævelsen og hensynet til mistænkte personers retssikkerhed og øvrige vilkår har kun i et vist omfang båret frugt.

Som nævnt har EMD i flere sager måttet lægge til grund, at fængselsforholdene i visse lande var i strid med artikel 3. I sager om udlevering til visse medlemsstater har EU-Domstolen næppe haft andet valg end at anerkende muligheden for en vis modificering af princippet om gensidig tillid. Det har muligvis også gjort et vist indtryk, at domstole i flere af medlemsstaterne i en række sager har vægret sig ved at udlevere eftersøgte personer til visse andre medlemsstater eller i det mindste har iværksat nærmere undersøgelser i tilfælde, hvor anmodningen kom fra lande med notorisk problematiske fængselsforhold.⁷⁵

Den tyske forfatningsdomstol har således fastholdt sin kompetence til at sikre overholdelsen af væsentlige forfatningsbestemte garantier i sager vedrørende den europæiske arrestordre. Forfatningsdomstolen udtalte i den forbindelse i klare vendinger, at de nationale domstole er både beføjede og forpligtede til at sikre den anklagedes rettigheder.⁷⁶ Også engelske, irske, tyske og svenske domstole har afvist at udlevere eftersøgte til anbringelse i overfyldte og uhumske celler.⁷⁷

EU-Domstolen har imidlertid sat tærsklen ganske højt. EUD håndhæver en meget snæver fortolkning og dermed en streng anvendelse af principperne om gensidig tillid og pligten til anerkendelse af andre medlemsstaters retsafgørelser i straffesager. Der levnes ikke megen plads til efterprøvelse af den udstedende stats overholdelse af menneskeretlige minimumstandarder eller til hensyntagen til konsekvenserne for de berørte.

EU-retten og praksis ved EMD trækker så at sige i hver sin retning ved afgørelsen af, hvor snittet skal lægges i en konkret udleveringssag. Med afgørelsen i sagen *Aranyosi* har EU-Domstolen fastslået, at der efter reglerne om den europæiske arrestordre som altovervejende hovedregel skal findes en holdbar løsning, så den efterlyste kan udleveres uden risiko for konventionskrænkelser. I praksis må det betyde, at dialogen over grænserne som altovervejende

75. Se f.eks. Svea Hovrätt, Avdelning 07, Beslut 2016-09-16; Oberlandesgericht Celle 2, Strafsenat, Beschluss vom 31.03.2017; Oberlandesgericht Stuttgart, 1. Strafsenat, Beschluss vom 28.04.2016; *Rusu v. Romania*, Westminster Magistrates' Court, 11.08.2016; *Minister for Justice and Equality v. Magdalena Rostas* [2014] IEHC 391 (Ireland). I sagen *Greco & Bagarea* har The High Court of Justice, Queen's Bench Division i en afgørelse af 20. juni 2017 udbedt sig yderligere garantier fra de rumænske fængselsmyndigheder.

76. Om afgørelsen 2 BvR 2535/14, se Vestergaard (2016) ad note 64.

77. Det er blevet hævdet, at ordningen med den europæiske arrestordre ligefrem er brudt delvis sammen. Se således lektor Henning Bang Fuglsang Madsen Sørensen i Weekendavisen 10. februar 2017. Anførte sted peger den hollandske professor André Klip dog med rette på muligheden for, at lande med problematiske fængselsforhold giver fyldestgørende garantier i konkrete udleveringssager.

hovedregel skal fortsætte, indtil de fornødne garantier foreligger. Hvis de rumænske myndigheder i et konkret tilfælde mener, at det er afgørende vigtigt at få en person udleveret, må der med andre ord gives troværdigt tilsagn om acceptable anbringelsesforhold. Der er således ikke noget til hinder for, at de rumænske myndigheder garanterer personer, der udleveres i henhold til en EAW, bedre forhold end dem, der ville gælde for mistænkte eller domfældte, som var blevet hjemme i Rumænien.⁷⁸ Det kan undre, at Højesteret ikke som foreskrevet af EU-Domstolen fortsatte dialogen, indtil der forelå en sådan acceptabel forsikring fra de rumænske myndigheder.

En garanti fra de rumænske myndigheder løser selvsagt ikke de grundlæggende problemer, og det kan opfattes som paradoksalt og principielt utilfredsstillende at give fortrinsstilling til personer, som af mere eller mindre tilfældighedsprægede årsager har forladt landet, eller som måske ligefrem målrettet har unddraget sig. I praksis er der næppe udsigt til, at noget sådant vil blive praktiseret generelt. Men i særligt alvorlige sager skulle der ikke være noget til hinder for, at Rumænien på den måde skaffer sig rådighed over retshåndhævelsen. Derved ville hensynet til virkeliggørelsen af formålet med den europæiske arrestordre også til dels kunne imødekommes. For dansk vedkommende kan der ikke være relevante hensyn, der stiller sig i vejen for en sådan praksis. Bortset fra spørgsmålet om udlevering er der jo for den individuelle sags vedkommende tale om et rent rumænsk anliggende.

14. Allerede før afgørelsen i *Aranyosi* var der ved danske domstole lagt en kurs, der foregreb den linje, som EU-Domstolen efterfølgende stadfæstede. I en sag om udlevering af en dansk statsborger fra Danmark til Italien med henblik på strafforfølgning for bedrageri blev Justitsministeriets beslutning indbragt for domstolene med påstand om ophævelse. Det blev anført, at udlevering som følge af de dårlige italienske fængselsforhold ville være i strid med artikel 3 EMRK, og bevisførelsen omfattede en udførlig gennemgang af praksis ved EMD og en række andre kilder, ligesom der blev fremlagt udtalelser fra det italienske justitsministerium.⁷⁹ Byretten havde lagt til grund, at der forelå en reel risiko, og ophævede følgelig beslutningen om udlevering. Samme resultat nåede en enkelt dommer i Østre Landsret til; men et flertal af to andre dommere tog en forsikring fra de italienske myndigheder til efterretning og fandt

78. Medlemmer af Retsudvalget fik under at besøg i rumænske fængsler 19.-20 september 2017 oplyst, at Norge og Storbritannien har aftaler med Rumænien om hjemsendelser.

79. Gennemgangen omfattede bl.a. afgørelsen i sagen *Torreggiani & Others v. Italy* (EMD 8. januar 2013, pilot judgment).

udleveringen lovlig.⁸⁰ De italienske myndigheder frafaldt senere sigtelsen og annullerede arrestordren.

Med henvisning til *Aranyosi* har Østre Landsret efterfølgende ophævet en afgørelse om udlevering til straffuldbyrdelse i Litauen. Sagen drejede sig om en litauisk statsborger, som i Litauen var blevet idømt fængsel i 1 år og 6 måneder for indbrudstyveri. I øvrigt havde den pågældende her i landet vedtaget et udenretsligt bødeforelæg for ulovligt ophold og var ved Udlændingestyrelsens afgørelse blevet udvist med indrejseforbud i 2 år. Landsretten begrundede sin kendelse med, at der ikke forelå oplysninger fra de litauiske myndigheder om de konkrete afsoningsforhold, herunder i hvilket fængsel den pågældende skulle frihedsberøves. Der forelå heller ikke opdaterede oplysninger til belysning af tilstandene i de litauiske fængsler, og Justitsministeriet havde ikke under sagen forsøgt at fremskaffe oplysninger herom. På den baggrund var sagen ikke tilstrækkeligt oplyst til at bedømme, om udleveringsloven var til hinder for udlevering. Sagen blev følgelig hjemvist til fornyet behandling i Justitsministeriet med henblik på indhentning af yderligere oplysninger.⁸¹ Der foreligger ikke oplysninger om sagens videre forløb. Landsretten tog ikke med kendelsen stilling til spørgsmålet om fortsat frihedsberøvelse af den pågældende.

Det kan selvsagt ikke udelukkes, at der kan forekomme tilfælde, hvor en efterlyst person ikke kan udleveres til strafforfølgning eller straffuldbyrdelse, fordi der ikke kan tilvejebringes betryggende tilsagn om tilfredsstillende anbringelsesforhold. En sådan person kan selvsagt ikke i anledning af sagen holdes frihedsberøvet, medmindre der her i landet er grundlag for en straffesag mod vedkommende. Så hvis der ved behandlingen af en europæisk arrestordre er søgt indhentet supplerende oplysninger om fængselsforhold, og der ikke inden for en rimelig tid er fremkommet betryggende forsikringer med henblik på afkræftelse af, at der er reel risiko for umenneskelig eller nedværdigende behandling under anbringelsen, må den pågældende ultimativt løslades. Det kan forekomme utilfredsstillende, hvis vedkommende således går fri.⁸² Imidlertid er der ikke tale om et problem, som direkte berører danske interesser. Det er jo et andet land, der ønsker at drage den pågældende til ansvar for forhold,

80. Østre Landsrets kendelse af 16. marts 2015, 9. afdeling, j.nr. S-123-15. Om navneforbud, hhv. opretholdelse af varetægtsfængslingen i samme sag, se UFR 2015.1137 V og UFR 2015.2843 H. I en sag om udlevering til straffuldbyrdelse i Polen blev Rigsadvokatens afgørelse herom fundet lovlig, da det af forsvareren på grundlag af den pågældendes egen forklaring for retten ikke gav anledning til nærmere undersøgelser, se UFR 2016.362 Ø. Se tilsvarende UFR 2016.623 Ø i en sag om udlevering til Frankrig.

81. Se UFR 2017.1065 V.

82. *Berlingske* oplyste 7. oktober 2017, at der efter Højesterets afgørelser i udleveringssagerne var forekommet flere tilfælde, hvor det i forbindelse med en arrestordre ikke havde været muligt at opnå tilfredsstillende garantier fra de rumænske myndigheder, hvilket havde resulteret i løsladelser. Dette gav flere retsordførere anledning til betydelig utilfredshed.

som kun kan gøres til genstand for retsforfølgning i det andet land. Om vedkommende kan udvises, afhænger af udlændingelovens regler herom. Det samme gør spørgsmålet om tålt ophold i tilfælde af, at en udvisning ikke kan effektueres.⁸³

Der er ikke noget epokegørende nyt i, at danske domstole afviser udleveringsbegæring, og at de berørte følgelig undgår retshåndhævelsens lange arm. Det findes der mange eksempler på, herunder fra nyere tid i spektakulære tilfælde som sagerne mod den tjetjenske exilpolitiker Akhmed Zakajev, den i Indien terrorsigtede Niels Holck og den i USA narkotikasigtede Camilla Broe.⁸⁴

15. De stærke reaktioner i anledning af Højesterets kendelser bærer et gennemgående præg af, at spørgsmålet om udlevering og spørgsmålet om udvisning og udsendelse til dels blandes sammen.

F.eks. bragte Berlingske en leder, der tog udgangspunkt i en fejlagtig påstand om, at Højesterets afgørelse gik ud på, at fire rumænere ikke kunne "udvises" til strafafsoning i hjemlandet. "Med Højesterets afgørelse vil en ubetinget fængselsdom for tiggeri [...] derfor næppe virke voldsomt afskrækkende på rumænske borgere, når nu risikoen for afsoning i hjemlandet er væk [...] Hvordan EU's tiggerproblem kan løses, må regeringen og dens talrige embedsmænd finde ud af. En af mulighederne kunne være en overvejelse af, om en kvadratmeter celleplads i et rumænsk fængsel skal afgøre, om Danmark kan forsvare sig mod en voksende tiggerinvasion."⁸⁵

Særligt har Højesterets afvisning af at udvise den kroatiske statsborger Levakovic tiltrukket sig omfattende opmærksomhed. Omdrejningspunktet i denne sag var artikel 8 EMRK om retten til familieliv mv. samt praksis ved EU-Domstolen i forhold til opholdsdirektivet. Det stødende i sagen er, at Levakovic har en omfattende og vedholdende kriminel løbebane. Men ingen af de enkelte sager har isoleret set givet alvorlige straffe, og der havde ikke tidligere været nedlagt påstand om udvisning. Så sammenholdt med de familiemæssige forhold, den manglende tilknytning til Kroatien mv. førte en proportionalitetsvurdering til det resultat, som både landsretten og Højesteret kom frem til. Afgørelsen er blevet taget til indtægt for, at EMD går for vidt i sin tolkning af artikel 8.⁸⁶ En sådan udlægning er der ikke uden videre belæg for.⁸⁷

83. Se herom svar af 16. oktober 2017 til Retsudvalget på spørgsmål nr. 655 (Alm. del).

84. Se f.eks. UfR 2011.2904 Ø (Niels Holck) og UfR 2014.3371 H (Camilla Broe).

85. *Berlingske* 1. juni 2017.

86. Justitsminister Søren Pape Poulsen har ved gentagne lejligheder givet en sådan fremstilling.

87. Se herom professor Mikael Rask Madsen i *Djøfbladet* nr. 16, oktober 2017; se samme og direktør for Institut for Menneskerettigheder Jonas Christoffersen i *Politiken* 26. august 2017 samt Jacob Mchagama i *Zetland* den 29. september 2017 og i *Jyllands-Posten* 30. september

Efterfølgende har der været betydelig offentlig interesse for spørgsmålet om udvisning af den pakistanske statsborger Shuaib Khan, leder af banden Loyal To Familia, som tidligere er idømt alvorlige straffe i voldssager. Aktuelt verserer der en ankesag mod den pågældende vedrørende trusler mod politifolk.

Højesterets kendelser i udleveringssagerne er blevet opfattet på den måde, at det fremover vil være helt udelukket at udsende rumænske statsborgere til Rumænien, uanset om der i det konkrete tilfælde er tale om udlevering til strafforfølgning eller straffuldbyrdelse, udvisning efter en straffedom, udvisning i andre tilfælde, eller overførsel til fuldbyrdelse af en straffedom idømt her i landet.⁸⁸ Mulighederne for udsendelse vil imidlertid bero på, hvilken af de nævnte foranstaltninger der er tale om.

Den etablerede retspraksis vedrørende artikel 3 stiller sig i princippet ikke i vejen for en *udvisning* til Rumænien eller andre lande med problematiske fængselsforhold.⁸⁹ Dette gælder, uanset om der i den konkrete sag er tale om udvisning efter en straffedom idømt her i landet eller udvisning på et andet grundlag i udlændingeloven. Udvisning sker ikke med henblik på, at den pågældende skal frihedsberøves i hjemlandet. I tilfælde af, at der af andre årsager er udsigt hertil, vil spørgsmålet om udsendelse på sædvanlig vis skulle afgøres af udlændingemyndighederne efter reglerne om risiko for tortur eller anden umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf. Afgørelsen heraf har ikke noget særligt at gøre med hverken reglerne om den europæiske arrestordre eller udleveringsretten i øvrigt.

På det seneste er der fremlagt analyser, der overbevisende dokumenterer, at danske domstole har et uudnyttet råderum i forhold til artikel 8 EMRK, særligt i udvisningssager vedrørende straffede, som ikke har stærke familiemæssige bånd her i landet. De på mange måder samstemmende analyser er udarbejdet både ved Det Juridiske Fakultet, Tænketanken Justitia og Institut for Menneskerettigheder.⁹⁰

2017. Den islandske dommer Robert Spano, som er præsident for den afdeling ved EMD, der behandler klager over danske afgørelser, bekræfter, at balancen har forskubbet sig til fordel for de nationale domstole, se *Politiken* 5. oktober 2017.

88. Ved et åbent samråd i Retsudvalget 29. juni 2017 oplyste Justitsministeren, at sager om udsendelse til Rumænien, Bulgarien og Ungarn midlertidigt havde været stillet i bero. Efter Højesterets afgørelser blev sagerne genoptaget med henblik på at bede om udtalelser fra myndighederne i de to lande. I samme forbindelse oplyste ministeren, at der fortsat arbejdes med planer om at oprette fængselspladser i andre lande.

89. Cf. dog Jens Vedsted-Hansen i *EMRK Komm.* s. 245 med henvisning til praksis ved EMD. Om EU-retten generelle forbud mod umenneskelig eller nedværdigende behandling, se EU Chartrets artikel 4 samt det mere specifikke forbud i artikel 19 mod udsendelse, udvisning og udlevering i tilfælde af risiko herfor. Om sidstnævnte bestemmelses betydning i relation til udlevering/overgivelse på grundlag af en arrestordre, se Elholm & Sørensen, *ibid.*, afsnit 7.

90. Om knæsætning af en udvidet skønsmargin for staterne i sager om udvisning af kriminelle

Det kan naturligvis ikke forventes, at repræsentanter for domstolene uden videre medgiver, at man i konkrete tilfælde kunne have strammet skruen yderligere. Men det må påregnes, at analyserne vil få effekt på fremtidige afgørelser. Senest er der bebudet politiske initiativer, som formentlig vil hjælpe denne udvikling på vej, da det for danske domstole jo i almindelighed er en dyd at efterkomme demokratiske vedtagelser.

I forhold til spørgsmålet om *overførsel* af udenlandske domfældte til afsoning i hjemlandet har Højesterets kendelser en afledt betydning. Logisk nok kan en sådan overførsel ikke ske, hvis afsoningen må forventes at ske under forhold, som i en udleveringssag ikke ville være acceptable som følge af en manifest risiko for umenneskelig eller nedværdigende behandling. De to udleveringssager har aktualiseret og konkretiseret dette tema. Men i princippet er der ikke noget nyt eller overraskende i, at spørgsmålet om overførsel til afsoning i hjemlandet må afgøres under hensyntagen til de konkrete omstændigheder, herunder beskaffenheden af fængselsforholdene. Helt bortset fra Højesterets kendelser ville Justitsministeriet også i øvrigt være nødt til at tage hensyn til, om der i det enkelte tilfælde foreligger en risiko for krænkelse af artikel 3. Ved afgørelsen heraf måtte ministeriet i princippet trække på de samme kilder, som EMD har anvendt i sagen *Muršić*. Med tilslutningen til EMD's afgørelse i sagen *Muršić* har Højesteret med de to kendelser selvsagt bidraget til at fastlægge kriterierne herfor. Det er imidlertid bagvendt at laste EMD for at lægge hindringer i vejen for overførsel af domfældte til afsoning i hjemlandet. Problemet udspringer af, at visse europæiske lande har elendige fængselsforhold, der ikke overholder elementære humanitære mindstestandarder, som der i Danmark er tradition for at respektere.

16. De to afgørelser kom til at indgå i den forgrenede offentlige diskussion om udviklingen i praksis ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.⁹¹ Pladsen tillader ikke en nærmere redegørelse for de mange indlæg i debatten om legitimiteten af EMD's fortolkningsstil og den dermed forbundne indskrænkning af nationalstaternes suveræne adgang til at iværksætte foranstaltninger og foretage indgreb med virkning for enkeltpersoner.⁹²

udlændinge i forhold til artikel 8, se professor Jens Elo Rytters gennemgang af praksis i *Juristen* 2017 (under udgivelse). Der peges her bl.a. på afgørelserne i sagen om "Fiz Fiz", *Salem v. Denmark* (EMD 1. december 2016) og i sagen *Ndidi v. UK* (EMD 14. september 2017). Se desuden <justitia-int.org>.

91. Om temaerne i debatten, se Jonas Christoffersens udgivelse *Menneskeret – en demokratisk udfordring* (2014); se tillige samme og Mikael Rask Madsen i *Ugeskrift for Retsvæsen* 2015B.14. Se også de to forfatteres kronik i *Jyllands-Posten* 18. september 2017. Se desuden professorerne Jens Elo Rytter i *Information* 3. oktober 2016 og Jens Vedsted-Hansen i *Politiken* 14. marts 2017, Morten Kjærum i *Politikens kronik* 1. marts 2017 samt Jonas Christoffersen & Dorthe Elise Svinth i *Politikens kronik* 28. marts 2017.

92. Menneskerettighedsdomstolens fortolkninger som retspolitisk problem er behandlet af pro-

Udviklingen i Menneskerettighedsdomstolens praksis opfattes af nogle som en forskydning af kompetence og magt fra politikere til dommere uden et demokratisk mandat.⁹³ Det er ikke mindst på udlændingerettens område, det fra politisk side er blevet gjort gældende, at praksis ved EMD i for høj grad begrænser det politiske råderum. Det er derfor ikke overraskende, at afgørelserne i de to udleveringssager tiltrak sig særlig opmærksomhed.

Ved Folketingets åbning i oktober 2017 sammenfattede statsminister Lars Løkke Rasmussen regeringens opfattelse således:⁹⁴

“Menneskerettighedsdomstolen har på nogle områder skabt en praksis og en retstilstand, som befolkningen og de enkelte lande ikke kan se sig selv i. Jeg kan ikke acceptere, at vi ikke kan udvise dybt kriminelle udlændinge fra Danmark ud fra hensyn til familieliv og privatliv. Det strider imod min retfærdighedsfølelse.

Jeg kan ikke forklare, at kriminelle fra nogle EU-lande skal blive i Danmark, fordi fængslerne i deres hjemlande ikke lever op til de menneskerettigheder, som landene selv har underskrevet. Det bør da ikke være vores problem i Danmark. Her er også behov for en ny rimelighed. De europæiske samarbejder – både i EU og i Europarådet – skal give mening for borgeren. Det er en del af et frit, rigt og fredeligt Europa.”

Forinden havde statsministeren i sin grundlovstale givet udtryk for, at regeringen i forbindelse med Danmarks kommende formandskab for Europarådet i første halvår af 2018 vil forsøge at få et opgør med Menneskerettighedsdomstolens “stadig mere vidtgående fortolkning af EMRK”.

Forud for partiet Venstres sommergruppemøde for folketingsgruppen bebudede Lars Løkke Rasmussen en “rimelighedspakke” og udtalte i den forbindelse: “Hvis den frie bevægelighed er eller opleves som urimelig på nogle parametre, er der noget tillid til systemet, der smuldrer. Derfor skal vi have noget rimelighed tilbage i et borgernært perspektiv... Jeg bliver harmdirrende arrig over, at der kommer nogle rumænere til Danmark og begår kriminalitet. De skal udvises til Rumænien. Men vi kan ikke sende dem tilbage, fordi vi har lavet et europæisk regelsæt i et krydsfelt mellem EU og Europarådet, der gør, at det ikke kan lade sig gøre. Jeg kan som menneske mærke,

fessor Mads Bryde Andersen i *Juristen*, nr. 3, 2017 s. 81-97. Samme nummer af tidsskriftet indeholder artikler om dynamisk fortolkning, aktivistisk fortolkningsstil mv. af lektor Anders Henriksen, professor Jens Kristiansen samt Folketingets Ombudsmand Jørgen Steen Sørensen.

93. En samlet redegørelse vedrørende udfordringerne for EMRK-systemet findes i en rapport fra Europarådets Steering Committee for Human Rights, CDDH(2015)R84 Addendum 1.

94. Uddrag af statsminister Lars Løkke Rasmussens åbningstale den 3. oktober 2017. I regeringsgrundlaget for VLAK-regeringen blev der peget på et behov for “at se kritisk på den måde, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dynamiske fortolkning har udvidet rækkevidden af dele af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention”.

at det får mit blod til at koge.”⁹⁵ På mødet sagde han: “Vi skal være skrapere til at få folk ud af landet, hvis det overhovedet kan lade sig gøre.”

Ved EU-topmødet i midten af juni benyttede statsministeren lejligheden til at appellere til den rumænske præsident Klaus Iohannis om at finde en løsning på problemet: “Det er ikke rimeligt, at vi har kriminelle siddende i Danmark, som vi ikke kan sende hjem [...] Det er skyggesiden af EU’s frie bevægelighed.”⁹⁶

I forlængelse af Højesterets kendelser tilkendegav justitsminister Søren Pape Poulsen ved en række lejligheder, at han fandt det grotesk, at “vi har EU-lande, hvor deres egne statsborgere ikke kan sendes til afsoning”. Justitsministeren bebudede, at han ville tage problemstillingen op med sin rumænske kollega.⁹⁷

“Afgørelsen udfordrer sammenhængskraften i EU. Det er jo absurd, hvis vi har medlemslande i EU, som har så dårlige standarder i fængslerne, at deres egne borgere ikke kan sidde der. Det er dybt problematisk. Hvis EU skal hænge sammen, og der i den danske befolkning skal være forståelse for, at vi som nettoyder er med til at løfte Europa og lande i Østeuropa op, så må Rumænien få bragt det her på plads. Hvis det ikke sker, er det en af de her fortællinger, som får danskernes forståelse for EU-projektet til at forsvinde som dug for solen [...] Det vil jo krænke enhver retsfølelse, hvis folk bare kan flygte til et andet EU-land og så undgå straf [...] Den her højesteretsdom trænger til en nuancering ude i virkeligheden.”⁹⁸

Den danske dommer ved EMD, Jon Fridrik Kjølbro, har imidlertid påpeget, at Domstolen i tiltagende grad anerkender medlemsstaternes skønsmargin (*margin of appreciation*) og efterlever princippet om subsidiaritet, således som Europarådets medlemsstater i 2012 henstillede med den såkaldte Brighton-erklæring.⁹⁹ Han har desuden henledt opmærksomheden på, at Danmark sjældent benytter adgangen til at intervenere i konkrete sager for derigennem at udøve indflydelse på retsudviklingen på områder, som kan indebære problemer for

95. *Politiken* 11. august 2017.

96. *Berlingske* 24. juni 2017. “Det er et kæmpeproblem, det er utåleligt,” *Ekstra Bladet* 23. juni 2017.

97. Justitsminister Søren Pape Poulsen, *Ekstra Bladet* 1. juni 2017.

98. Søren Pape Poulsen i *Weekendavisen* 9. juni 2017. MF Trine Bramsen (S) betegnede samme sted situationen som “fuldstændig absurd”, og MF Peter Kofod Poulsen (DF) anvendte udtrykket “fuldstændig syret, dybt bizart”.

99. Se f.eks. *Weekendavisen* 29. juli 2017. Empirisk belæg for denne opfattelse er tilvejebragt af Mikael Rask Madsen, “Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?”, *iCourts Working Paper Series*, No. 100, 2017. Som udtryk for udviklingen kan især nævnes afgørelserne i sagerne *Animal Defenders International v. UK*, særligt §§ 108, 112 og 123 (EMD 22. april 2013) og *SAS v. France*, særligt §§ 129 og 154-157 (EMD 1. juli 2014).

Danmark.¹⁰⁰ Desuden har han fremhævet, at de nationale domstole kan gøre opmærksom på det, når de er uenige i EMD's afgørelser, hvilket særligt den britiske højesteret har gjort. Derved bliver praksis ved EMD udfordret på en positiv måde, hvilket indgår i dommernes overvejelser.¹⁰¹

17. Højesterets kendelser i de to udleveringssager sætter som påpeget ikke bom for enhver udlevering til Rumænien. Afgørelserne er i øvrigt ikke uden videre en nødvendig konsekvens af praksis ved EMD. Højesteretspræsident Thomas Rørdam har imidlertid gjort gældende, at præmisserne i *Muršić*-sagen er så krystalklare, at der ikke er tvivl om retstilstanden, og at der følgelig ikke er noget retsgrundlag for at udfordre dommen. En sådan betragtningsmåde forekommer mig af flere grunde for kategorisk.¹⁰²

EMD har som nævnt fastslået, at spørgsmålet om konventionskrænkelse beror på en helhedsvurdering i den individuelle sag. Denne foretages på grundlag af et sæt af bedømmelseskriterier, der rummer en række skønsprægede elementer, som i det konkrete tilfælde blev vurderet ret forskelligt af Storkammerets dommere. *Muršić*-dommen efterlader både et fortolkningsrum og en skønsmargin, herunder i forhold til, hvad der ligger i kriteriet, at indskrænkningen i "personal space" skal være af mindre betydning ("minor"). Det er i den forbindelse bemærkelsesværdigt, at *Muršić*-sagen handlede om forholdene i et lukket fængsel, mens de to udleveringssager handlede om forholdene i et halvåbent fængsel med friere afsoningsforhold, således som anklagemyndigheden med rette fremhævede.

Det er i øvrigt ikke givet, at de hensyn, der gør sig gældende i en sag om berettigelsen af udlevering, er helt de samme som i en klagesag vedrørende forhold under en anbringelse. I sidstnævnte tilfælde skal en domstol forholde sig til de oplysninger om faktuelle forhold, som den får forelagt, og på det grundlag skal den ud fra de relevante kriterier bagudrettet afgøre, om der er sket en krænkelse. I en sag om udlevering er der tale om en fremadrettet bedømmelse af udsigten til, at der sker en krænkelse, hvilket kan bero på variable faktorer, herunder beskaffenheden af forsikringerne om afsoningsforhold.

Hertil kommer som sagt, at den af EU-Domstolen foreskrevne fremgangsmåde i problematiske udleveringssager som alt overvejende hovedregel vil føre til, at der tilvejebringes en tilfredsstillende ordening, så konventionskrænkelser undgås. Denne tilgang kan ses som en praktisk udmøntning af det princip om

100. *Politiken* 23. juli 2017. Justitsminister Søren Pape Poulsen bebudede herefter, at Danmark i fremtiden vil danne alliancer med andre lande for på den måde at lægge pres på EMD i kontroversielle sager, se herom en række svar til Retsudvalget og Udenrigsudvalget.

101. Dommer Kjølbros redegjorde for sine betragtninger under Retsudvalgets høring 11. oktober 2017.

102. Betragtningen fremgår af Thomas Rørdams oplæg ved en konference på Det Juridiske Fakultet 22. september 2007. Se tilsvarende hans udtalelser i *Politiken* 29. september 2017.

så vidt muligt at undgå fristeder, hvor kriminelle kan unddrage sig straf, som EMD fastslog med afgørelsen i sagen *Soering*, og som EU-Domstolen har tilsluttet sig med afgørelsen i sagen *Petruhhin*.

Det er i det hele taget ikke givet, at der nødvendigvis gælder præcis samme kriterier i en sag om udlevering af et andet lands egne statsborgere, som dem der er fastlagt i i *Muršić*-sagen. Rammeafgørelsen om arrestordren tillader ganske vist ikke umiddelbart at skelne mellem egne og fremmede statsborgere. Ved bedømmelsen af udsigten til anbringelse under konventionsstridige forhold kunne det dog formentlig anføres, at belastningen alt andet lige må vurderes forskelligt i de to situationer. Der vil i højere grad være en formodning for, at den, der sendes hjem, må tage forholdene, som de er.

Efter en grundig overvejelse af de anførte hensyn ville Danmark næppe tabe en sag ved hverken EMD eller EU-Domstolen.