

DEN PRIVATE EJENDOMSRET SOM MENNESKERETTIGHED

Jacob Mchangama¹

Den private ejendomsret yder det enkelte menneske en beskyttende sfære fra tvungen statslig indgreb, og udgør dermed en forudsætning for en effektiv beskyttelse af det enkelte menneskes frihed. Den private ejendomsret er dog i sin moderne fortolkning og modsat andre menneskerettigheder ikke mere ukrænkelig, end hvad det til enhver tid siddende flertal i Folketinget anser som i almenvellets interesse. Denne analyse påviser, at rettighedens sårbarhed hænger sammen med den private ejendomsrets ordlyd i Grundlovens §73, stk. 1 samt en svag domstolsbeskyttelse. Analysen fastslår, at en regel, der indskrænker en menneskerettighed som den private ejendomsret, altid bør være den absolutte undtagelse ellers risikerer menneskerettigheder at blive meningsløse og statens potentielle magt total.

En styrkelse af Grundlovens §73 er den nødvendige forudsætning for at forstærke den private ejendomsrets beskyttelse i Danmark. Det kan gøres ved i højere grad at håndhæve Grundlovens materielle frihedsrettigheder, herunder den private ejendomsret. Den mest effektive styrkelse af §73 kræver dog en egentlig revision af denne bestemmelse. En sådan revision skulle kvalificere, hvilke hensyn der rettelig kan henføres under "almenvellet". Dertil kommer, at man konkret kunne lade erstatningsfrie reguleringer være omfattet af §73, samt lade bevisbyrden for nødvendigheden af en ekspropriation påhvile staten.

Det er imidlertid muligt i dag at forstærke den private ejendomsret uden en ændring af Grundloven. Proportionalitetsprincippet findes allerede i Grl. § 73, og det anbefales, at man styrker proportionalitetsprincippet gennem ændret retspraksis, således at det offentlige skal sandsynliggøre, at en evt. ekspropriation er bydende nødvendig, ligesom en ekspropriation til enhver tid skal være så lidt indgribende som overhovedet muligt.

Ligesom enhver anden menneskeret er den private ejendomsret både moralsk og funktionelt funderet. Retten til privat ejendom som menneskeret findes da også i langt de fleste, hvis ikke alle, demokratiske staters forfatning, herunder Den Danske Grundlov, samt i en række internationale menneskerettighedstraktater.

Den moralske dimension af den private ejendomsret demonstreres måske klarest ved forholdet individ og individ imellem. De fleste mennesker anser det utvivlsomt og instinktivt for moralsk forkasteligt at stjæle en andens retmæssige ejendom, og finder det berettiget, at tyven straffes for sin gerning.

Den private ejendoms praktiske funktion har mange facetter, og afgørende betydning for både det enkelte menneskes og samfundets velstand, men også for det enkelte menneskes frihed og de principper, samfundet er opbygget omkring.² Ejendomsretten giver mennesker et

¹ Jacob Mchangama (1978) er cand. jur. fra Københavns Universitet. Han har en europæisk mastergrad i menneskerettigheder og demokratisering fra European Inter-University Centre of Human Rights and Democratization i Venedig. Han er ansat ved et advokatkontor i København og kursuslektor og undervisningsassistent ved Københavns Universitet. Nærværende analyse er udarbejdet af Jacob Mchangama for tænketanken CEPOS.

² For en mere indgående diskussion heraf se Randy Barnett: "The Function of Several Property and Freedom of Contract" i "Symposium on Economic Rights" 9 Social Philosophy and Policy 62 (1992) og Karol Boudreaux: "The Role of Property Rights as an Institution: Implications for Development Policy" tilgængelig på <http://www.mercatus.org/pdf/materials/1160.pdf>.

incitament til at skabe værdi, fordi ejendomsretten tillader mennesket den fulde rådighed over frugten af egen produktivitet. Der er således en markant sammenhæng mellem en veldefineret ejendomsret, og hvor rigt et land og dets indbyggere er.³

Den private ejendomsret er væsentlig for det enkelte menneskes frihed. Ejendomsretten udgør den praktiske forudsætning for de øvrige personlige friheders beståen. Det er således svært at forestille sig, at ytringsfriheden ville kunne udøves effektivt, hvis staten ejede al ejendom og dermed stod for al nyhedsformidling eller uden videre kunne konfiskere alternative nyhedsmediers computere, trykkerier og bygninger. Ejendomsretten kan i det hele taget siges at udgøre en sfære, indenfor hvilken det enkelte menneske er frit til at leve sit liv uden tvangsmæssig indblanding fra staten eller andre mennesker.

Jo stærkere beskyttelse den private ejendomsret ydes, jo stærkere er det enkelte menneskes beskyttende sfære. Indskrænkes den private ejendomsret derimod, indskrænkes tillige den beskyttende sfære, mennesket bliver afhængig af staten for sin overlevelse og staten får derved i sidste ende uindskrænket magt over mennesket.

Da den private ejendomsret blev afskaffet som led i tvangskollektiviseringer af landbruget i Sovjetunionen medførte det således ikke bare massiv fattigdom men også udbredt hungersnød og brutal undertrykkelse med millioner af dødsfald til følge.⁴ Under Sydafrikas apartheid blev den sorte befolknings ret til ejendom systematisk ophævet, mens den hvide befolkning i vidt omfang kunne regne med den private ejendomsrets beskyttelse. Den hvide befolkning havde derved gode muligheder for at skabe velstand for sig selv og mindske apartheidstyrets bestemmende indflydelse på egne liv. Den sorte befolkning derimod fik fjernet eksistensgrundlaget under sig og kunne bl.a. frit tvangsforflyttes til slumområder som apartheidstyret udpegede. Uden den private ejendomsret var den sorte befolkning i stort set alle tilværelsens forhold undergivet apartheidstyrets vilkårlige undertrykkelse.

Ejendomsrettens moralske og praktiske funktion er dog med tiden blevet opfattet som kontroversiel, idet en stærk ejendomsret nødvendigvis sætter grænser for den demokratiske stat og dermed politiske flertals magtbeføjelser. Endvidere er der en vis tradition for at anse ejendomsretten for en rettighed, der tilskynder til egoisme og fastholder skellet mellem rige og fattige. Ejendomsretten er derfor ikke længere særligt påskønnet som individuel rettighed og regnes ikke blandt de mest fundamentale menneskerettigheder.

Eksempelvis figurerede den private ejendomsret ikke i den oprindelige udgave af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK), men blev i særdeles udvandet form tilføjet ved en såkaldt tillægsprotokol.⁵ I Den Universelle Menneskerettighedserklæring er ejendomsretten beskyttet i artikel 17. Men da man i FN regi skulle udforme en retligt bindende

³ Se f.eks. Hernando De Soto, *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else* (2000), samt Kurrild-Klitgaard, Peter & Niclas Berggren (2004). "Economic consequences of constitutions: A theory and survey", *Journal des Economistes et des Etudes Humaines* 14(1), pp. 3-41.

⁴ Bent Jensen: *Gulag og glemsel Ruslands tragedie og Vestens hukommelsestab i det 20. århundrede*, Gyldendal, 2002, p. 176-177.

⁵ Der foreligger efterhånden en lang række afgørelser fra den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vedrørende den private ejendomsret. Disse afgørelser udvider dog, endnu, ikke den private ejendomsrets beskyttelse udover hvad der følger af Grundlovens § 73, hvis beskyttelse således kan rummes indenfor den private ejendomsrets beskyttelse i EMRK, hvilket dog kan ændre sig ved fremtidige afgørelser. Om den private ejendomsret i EMRK se Lorenzeen m.fl. EMRK-kommentar Art. 11-59 samt Tillægsprotokollerne, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (2004) pp.765-807.

traktat, gled den private ejendomsret ud, hvorfor denne rettighed ikke findes i FNs Konvention om Borgerlige og Politiske Rettigheder.

Den private ejendomsrets svage beskyttelse i internationale menneskerettighedstraktater forværres af en række af disse indeholder økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder. Disse rettigheder kræver, at staten positivt opfylder en lang række menneskelige behov, såsom retten til en rimelig levestandard, retten til en bolig, retten til arbejde m.v. Disse rettigheder kan staten i praksis kun opfylde ved omfattende omfordeling og dermed systematisk indgriben i den private ejendomsret.

Ligeledes er Grundlovens beskyttelse af den private ejendomsret med tiden blevet svagere end beskyttelsen af de øvrige personlige frihedsrettigheder. Dette skyldes dels en tværpolitisk konsensus om en stadig større rolle for staten i mange samfundsforhold, dels en svag domstolsbeskyttelse.

Den private ejendomsret i tidlig menneskerettighedsfilosofi

Denne udvikling står i stærk kontrast til den filosofi og de forfatninger, som de internationale menneskerettigheder udspringer fra. Den private ejendomsret er således i sit udspring langt mere omfattende end den mere afgrænsede betydning, som rettigheden har fået i internationale menneskerettighedstraktater og nationale forfatninger såsom den danske, hvor ejendomsretten som udgangspunkt er snævert afgrænset og nyder en ringe grad af retlig beskyttelse.

Den private ejendomsret har i dens menneskeretlige forstand udgangspunkt i englænderen John Lockes idé om selvejerskab. At ethvert menneske er født med ejerskabet over eget liv⁶.

Af denne tanke følger det, at mennesket tillige har frihed til at disponere over de frembringelser mennesket ved sine udfoldelser (og intellekt) skaber. Statsminister Anders Fogh Rasmussen udtrykte i 1993 Lockes idé på følgende måde:

*"Den grundlæggende rettighed er ejendomsretten til sin egen person. For det er selvejerskabet, som avler retten til livet, retten til at være fri for tvang og retten til personlig ejendom[...] Retten til liv, frihed og ejendom er en så fundamental forudsætning for, at mennesket kan leve som menneske, at vi kan kalde de tre rettigheder for naturlige rettigheder. De er naturlige rettigheder, fordi de følger af menneskets natur. De naturlige rettigheder gælder for ethvert menneske alene i kraft af at være menneske, de eksisterer uafhængigt af konventioner og aftaler, de er absolutte og ukrænkelige."*⁷

Før man med den amerikanske konstitutionalisme begyndte at kodificere forskellige frihedsrettigheder, blev retten til frihed altså opfattet som værende af en generel natur, hvis præcise afgrænsning ikke lod sig definere, idet det enkelte menneskes frihed var det styrende princip for samfundet. Da staten ikke var tillagt nogen ret til at krænke det enkelte menneskes

⁶ Beskyttelsen af privat ejendom som en forudsætning for frihed fravær var dog anerkendt helt tilbage i det gamle Grækenland (se F.A. Hayek Law, Legislation and Liberty vol. 1, kapitel 4) og fremgår også af det engelske Magna Carta fra 1215.

⁷ Anders Fogh Rasmussen, fra online versionen af "Fra socialstat til minimalstat, en liberal udfordring" tilgængelig på http://www.minimalstaten.venstre.nu/Hele_bogen.6618.0.html

frihed, var der ikke nogen grund til at formulere enkelte rettigheder, der kun ville kunne tegne et ufuldstændigt billede af menneskets totale frihedssfære⁸. Filosofer såsom John Locke og David Hume skelnede derfor ikke mellem retten til privat ejendom og retten til frit at ytre sig. Disse rettigheder var begge manifestationer af individets medfødte og generelle ret til frihed, som var gældende i både den politiske og økonomiske sfære.

Da man i Amerika og senere Frankrig alligevel begyndte at kodificere enkelte rettigheder, var selvejerskabet og den private ejendomsret helt centrale for ophavsmændene.

I den amerikanske delstat Virginias forfatning fra 1776 hed det f.eks., "*all men are born equally free and independant [...], and have certain inherent natural Rights ... among which are the Enjoyment of Life and Liberty, with the Means of acquiring and possessing property, and pursuing [...] and obtaining Happiness and Safety*".

Arkitekten bag den amerikanske forfatning og dennes rettighedskatalog James Madison skrev: "*Government is instituted to protect property of every sort; as well that which lies in the various rights of individuals, as that which the term particularly expresses. This being the end of government, that alone is a just government, which impartially secures to every man, whatever is his own.*"⁹

Den franske menneskerettighedserklæring fra 1789 erklærede, at menneskenes naturlige og umistelige rettigheder er til "*frihed, ejendom, sikkerhed og modstand imod undertrykkelse*". Disse idéer og dokumenter der gav fødsel til menneskerettighederne, var altså kompromisløse i deres insisteren på, at den private ejendomsret var fundamentet for frihed, og at det var statens fornemteste opgave at beskytte og respektere denne rettighed.¹⁰

Grundloven

Grl. § 73, stk. 1 lyder:

"Ejendomsretten er ukrænkelig. Ingen kan tilpligtes at afstå sin ejendom, uden hvor almenvellet kræver det. Det kan kun ske ifølge lov og mod fuldstændig erstatning."

Set i lyset af tanken om selvejerskab, hvor menneskets medfødte frihed udstrækker sig til alle sfærer af det menneskelige liv, er Grundlovens struktur interessant. Det er næppe tilfældigt, at den placerer den personlige frihed, boligens ukrænkelighed og den private ejendomsret i umiddelbar rækkefølge. I "Den Danske Statsforfatningsret fra 1909" skriver H. Matzen da også ganske sigende, at disse rettigheder er "*sammenknyttede ved en særlig indre Sammenhæng, for saa vidt som de samtlige tilsigte at sætte Grænser for Statsmagtens Beføjelse til Indgreb i Undersaaternes private Retsomraade.*"

Om end Grundloven næppe kan siges at være eksplicit baseret på tanken om selvejerskab, var dens ophavsmænd dog stadig bevidste om den intime sammenhæng imellem den private ejendomsret og den personlige frihed. Grundlovens fædre, herunder særligt de nationalliberale

⁸ Se også. Alexander Hamiltons kritik af tilføjelsen af et rettighedskatalog til den amerikanske forfatning, Federalist, no. 84, 575-81.

⁹ James Madison, Property 29 Mar. 1792 Papers 14: 266-68.

¹⁰ Et faktum der ikke gik Karl Marx næse forbi, hvorfor han i sit essay "On the Jewish Question" fra 1844 hånligt affærdigede menneskerettighederne som udgørende borgerskabets grundpiller.

Orla Lehman og D.G. Monrad, der skrev udkastet til 1849 Grundloven, havde med Michael Borring Andersens ord:

"et særdeles godt kendskab til de kilder i oplysningstidens samfundsfilosofi, hvorfra de øvrige europæiske revolutioner hentede en væsentlig del af deres inspiration." Ligeledes "udgjordes en betydelig del af i hvert fald den nationalliberale gruppe af unge borgersønner, der havde deres rødder i et intellektuelt miljø med en stærk samfundsinteresse- og indsigt, og for hvem Locke og Montesquieu udgjorde apoteosen af god samfundstænkning. At man har haft disse filosoffer, der stod som tidlige eksponenter for et materielt lovsbegreb, i tankerne ved grundlovens givelse, er utvivlsomt".¹¹

Der er derfor næppe tvivl om, at man ved 1849 Grundlovens affattelse i langt højere grad end i dag rent faktisk opfattede den private ejendomsret som ukrænkelig.

Frihedsrettighedernes adskillelse

Det må dog medgives, at der i visse tilfælde kan fremføres argumenter for en opsplitning af det enkelte menneskes frihed i forskellige menneskerettigheder, som det er sket med Grundloven. Dette kan være nødvendigt på grund af de forskellige kriterier, som domstolene skal tage hensyn til ved den konkrete retsanvendelse af rettighederne. Skal man f.eks. anlægge en motorvej eller en lufthavn, kan det forsvares at ekspropriere ejendom i form af en privatejet grund på det projekterede område. Det kan derimod ikke forsvares at tvangsudskrive de lokale beboere til at bygge motorvejen eller lufthavnen. Men opdelingen af den generelle ret til frihed i personlige frihedsrettigheder og såkaldte "økonomiske rettigheder", som den private ejendomsret nogle gange benævnes, har medført, at disse kategorier af rettigheder systematisk behandles vidt forskelligt. Denne forskelsbehandling har fået som konsekvens, at den private ejendomsret i praksis ikke beskyttes som en fundamental menneskerettighed.¹²

De klassiske personlige frihedsrettigheder såsom ytrings- og forsamlingsfriheden begrænses kun undtagelsesvist og kun efter på forhånd fastlagte procedurer med lovhjemmel. Den private ejendomsret er derimod blevet systematisk indskrænket. Den "særlige indre sammenhæng" med de øvrige personlige frihedsrettigheder er således blevet udvisket og bortfortolket i takt med, at staten har overtaget ansvaret for stadig flere samfundsområder, der førhen var overladt til borgerne.

Denne udvikling i forståelsen af den private ejendomsret bekræftes af teorien. Professor og tidligere Højesteretsdommer Henrik Zahle skriver i den ledende lærebog i Dansk Statsforfatningsret fra 2003 at "*Grl § 73 beskytter den økonomiske udfoldelse, mens den personlige frihed og fred beskyttes af Grl. § 71 og 72.*".

¹¹ Michael Borring Andersen, De forfatningsretlige grænser ved singulær lovgivning p.90, i Rettid, 1. årgang 2001 pp. 61-108.. Se også Ditlev Tamm, Domstolenes uafhængighed – historisk og aktuelt, i Festskrift i anledning af Grundlovens 150 års fødselsdag (1999), p.15-17 og Ditlev Tamm, Dansk Retshistorie, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1996, p. 244-246.

¹² Økonomiske rettigheder skal i denne forbindelse ikke forveksles med økonomiske og sociale rettigheder som indeholdt i FNs Konvention om Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder og Europarådets Europæiske Sociale Charter. Disse rettigheder er overvejende af positiv karakter, og deres opfyldelse vil ofte forudsætte begrænsninger i den private ejendomsret.

Ifølge den gængse fortolkning af vores grundlov kan menneskets økonomiske udfoldelse tilsyneladende uden videre adskilles fra menneskets personlige frihed og fred. Også tidligere Højesteretspræsident Niels Pontoppidan adskiller "økonomiske rettigheder", som f.eks. den private ejendomsret fra, hvad han i et interview med Weekendavisen kalder "de centrale frihedsrettigheder", såsom ytrings-, forsamlings- og foreningsfrihed.¹³ Pontoppidan er således sympatisk indstillet overfor, at Højesteret i stigende grad skal håndhæve de sidstnævnte rettigheder, mens han afviser en mere indgående prøvelse af førstnævnte. Pontoppidans opdeling er dog svær at forene med en effektiv beskyttelse af borgernes fulde frihedssfære, og det er med Matzens ord og Grundlovens struktur in mente tvivlsomt, hvorvidt Grundlovens ophavsmænd havde forestillet sig en sådan opdeling imellem de deri indeholdte (negative) frihedsrettigheder.

De praktiske eksempler på eroderingen af den private ejendomsret er mangfoldige. Rettighedens sårbarhed overfor offentlige indgreb hænger sammen med den private ejendomsrets ordlyd, der erklærer den private ejendomsret ukrænkelig, men samtidig tillader ekspropriation i almenvellets interesse.

Grundloven definerer dog ikke, hvordan "almenvellet" skal forstås. Der er, jf. det ovenfor anførte, solid grund til antage, at almenvellet på tidspunktet for Grundlovens affattelse blev opfattet snævrere end hvad der følger af den herskende opfattelse i dag. Af den nuværende fortolkning af § 73 følger det således, at ejendomsretten ikke er mere ukrænkelig, end hvad det til enhver tid siddende flertal i Folketinget anser som i almenvellets interesse.

Det er fast antaget i teorien og fastslået i praksis, at domstolene ikke kan tilsidesætte den lovgivende magts skøn mht. almenvellets nærmere indhold.¹⁴ Orla Friis Jørgensen skriver f.eks., at *"bestemmelsen om, at ejendomsretten er ukrænkelig, har karakter af en programerklæring, hvoraf ingen særlige retsvirkninger kan udledes."*¹⁵

Højesteret har endvidere konkluderet, at en ekspropriation kunne fremskyndes under hensyn til, at staten i så fald ville kunne spare udgifter, da der måtte forventes en prisstigning på en del af det pågældende areal, der dog ikke blev taget i brug før godt 20 år senere end ekspropriationen fandt sted.¹⁶ Kun i tilfælde af klar magtfordrejning kan det tænkes, at domstolene vil nå frem til, at ekspropriation ikke er krævet af almenvellet. Denne retstilstand er selvsagt stærkt undergravende for den private ejendomsret, idet skiftende politiske flertal ud fra disses holdning til forholdet mellem stat og individ kan have vidt forskellige opfattelser af, i hvilken grad almenvellet kræver ekspropriation af privat ejendom.

Dermed kan borgerne ikke forudse under hvilke omstændigheder deres private ejendom kan indskrænkes. Disse vide offentlige magtbeføjelser skaber fare for en vilkårlig retstilstand, hvor borgernes ret til deres ejendom i sidste ende afhænger af et politisk flertals velvilje. Zahle går endda så langt som at antage, at staten (mod erstatning) kan ekspropriere al privat ejendom, såfremt (de lempelige) kriterier herfor er opfyldt.

¹³ Interview i Weekendavisen 28. juni 1996.

¹⁴ Henrik Zahle, Dansk Statsforfatningsret 3 "Menneskerettigheder" 3. udgave (2003) p. 206, Jørgen Trolle i UfR.1967B.77 samt, UfR.1967.22H.

¹⁵ Orla Friis Jørgensen, om Grundlovens § 73 i Henrik Zahle (red.), Danmarks Riges Grundlov med kommentarer. Jurist- og Økonomforbundets Forlag (1999).

¹⁶ UfR.1973.14H.

Grundlovens beskyttelse af den private ejendomsret beskytter med andre ord ikke mod rettighedens egen afskaffelse, det kræver alene et politisk flertal.¹⁷

Delegation

Med hjemmel i planlovens § 47 er ekspropriationsadgangen blevet uddelegeret til landets kommuner. En kommunalbestyrelses flertal kan således ekspropriere privat ejendom, såfremt *"ekspropriationen vil være af væsentlig betydning for at sikre gennemførelsen af en byudvikling i overensstemmelse med kommuneplanen eller for virkeliggørelsen af en lokalplan eller en byplanvedtægt"*. En kommune kan derfor vedtage en kommuneplan der bestemmer, at der skal opføres (private som offentlige) golfbaner, varehuse, nye villaer etc., som næppe altid opfylder et objektivi t nødvendighedskrav og alene med henvisning hertil ekspropriere privat ejendom. Dermed bliver planloven et vilkårligt styringsinstrument for kommunerne, og borgerne prislignet kommunalbestyrelsens luner.

Erstatningsfri reguleringer

Endnu mere indgribende i praksis er dog de indskrænkninger af den private ejendomsret, der via en politisk konsensus og de danske domstoles traditionelt tilbageholdende praksis end ikke kategoriseres som ekspropriation, hvorfor der ikke ydes erstatning. Pligten til at yde fuldstændig erstatning udgør ellers et sidste om end ufuldstændigt præventivt værn mod ekspropriation, idet erstatningspligten tvinger det offentlige til at vurdere, om det er økonomisk forsvarligt at realisere en påtænkt ekspropriation. Endvidere sikres, at ekspropriationen i det mindste stilles på samme økonomiske niveau som før ekspropriationen.¹⁸

Når pligten til at yde erstatning for indskrænkning af den private ejendomsret fjernes, mister den private ejendomsret de facto sin mening. Ikke desto mindre er der juridisk set ikke tale om ekspropriation, når f.eks. planloven bestemmer, at der i visse zoner kun må bygges sommerhuse eller landbrugsejendomme, eller når lokalplaner fastsætter rammerne for bebyggelse af fast ejendom. Højesteret har således fastslået, at der ikke var tale om ekspropriation da man med Vandløbsloven besluttede, at der ikke på ejendom i landzoner må dyrkes jord i en 2 meters bræmme fra visse vandløb og søer.¹⁹ Disse tiltag benævnes i stedet erstatningsfri reguleringer. Der er typisk heller ikke tale om ekspropriation, såfremt et lovindgreb ikke vurderes at være intensivt i forhold til ekspropriationen, eller hvis det rammer en lang række af ekspropriater.

Zahle skriver om disse typer indgreb, at *"Er der på den anden side mange, der rammes af loven, kan man trøste hinanden med fælles skæbne, det er ikke længere nogle enkelte, der skal ofre sig for fællesskabets skyld, og en erstatningspligt kan være samfundsmæssig uoverkommelig eller komme til at fungere mere som social omfordeling end til udligning af opståede tab."*

Det bør naturligvis være en forudsætning, at en regel, der indskrænker en menneskerettighed som den private ejendomsret, er generel af natur og ikke stilet mod et enkelt identificerbart individ. Men en indskrænkende regels *generelle* natur diskulperer ikke automatisk for den

¹⁷ Zahle op.cit note 15 p. 211. Se i denne retning tillige Orla Friis Jørgensen op.cit p.368.

¹⁸ Denne beskyttelse undermineres dog af, at domstolene, på trods af en udvikling i praksis der i højere grad end før tilgodeser ekspropriationen, tildeler erstatninger der ofte ikke kan siges at være "fuldstændige" som § 73 ellers kræver. Se Uffe Baller i UfR.2002B.259.

¹⁹ UfR.1998.1669.H

indskrænkende regels *indgribende* natur. Sådanne indskrænkninger bør derfor være den absolutte undtagelse. Man kunne næppe forestille sig, at den danske befolkning (eller domstolene) ville acceptere, at det blev forbudt at ytre sig offentligt under hensyn til, at borgerne jo kunne "trøste sig med", at også den øvrige befolkning blev udsat for samme begrænsning.

Accepteres en sådan logik, bliver menneskerettigheder meningsløse og statens potentielle magt total.

I de erstatningsfrie situationer nævnt ovenfor bliver både ejendomsrettens praktiske og moralske fundament tydeliggjort. Når staten fratager det enkelte menneske hele eller en del af rådigheden over egen ejendom, er det underforstået, at statens brug deraf har en større samfundsmæssig værdi end det enkelte menneskes.

Fra et praktisk synspunkt er denne antagelse højst problematisk, idet samfundets ressourceallokering er langt mere effektiv, såfremt det enkelte menneske tillades at råde over sin ejendom frem for ved statens centrale styring.

Fra et moralsk synspunkt er en sådan antagelse også problematisk. Hvordan måles det, hvor stor værdi det enkelte menneske tillægger sin ejendom, og hvordan vejes dette overfor samfundets interesser? Her er naturligvis tale om en ganske subjektiv vurdering. Det er både indgribende og umyndiggørende overfor det enkelte menneske at tillade det offentlige at overtage eller indskrænke et menneskes ejendom imod dets vilje og uden erstatning på denne vilkårlige baggrund. Hermed fjernes menneskets effektive værn mod statslige indgreb, og dets autonomi og selvstændige handleevne sættes ud af spil.

Sociale ydelser

Det har i teorien været diskuteret, hvorvidt Grl. § 73 beskytter sociale ydelser såsom efterløn og skattefinansierede pensioner. Tidligere statsretlige fremstillinger har taget afstand fra en grundlovsmæssig beskyttelse af sådanne rettigheder, "idet det antoges, at [ejendomsretten] kun rettede sig mod det, den enkelte havde opsamlet ved egen flid og initiativ".²⁰ Der synes dog nu at være en vis enighed i teorien om, at sociale ydelser falder ind under § 73s beskyttelse.²¹

Skulle domstolene bekræfte denne antagelse, ville det betyde, at visse grupper af mennesker har et menneskeretligt krav på andre menneskers ejendom, da de sociale ydelser jo forudsætter omfordeling. Dette krav på andres ejendom vil disse grupper ved domstolenes hjælp og i sidste ende med statens tvang kunne forlange sig tildelt. Det er bemærkelsesværdigt, at diskussionen af, hvorvidt sociale ydelser er omfattet af § 73, helt undlader at inddrage, hvorvidt de indkomster "opsamlet ved egen flid og initiativ" og som nødvendigvis må beskattes, ikke har et mere legitimt krav på ejendomsretlig beskyttelse end sådanne sociale ydelser.

²⁰ Kirsten Ketscher, "Efterløn og Grundlovens § 73 ejendomsret til sociale ydelser", i Retsvidenskabeligt Institut B Årsberetning 1998 Grundlovens nutid og fremtid (1999). Poul Andersen og Max Sørensen afviste således at § 73 beskyttede sociale ydelser.

²¹ Kirsten Ketscher op.cit note 20, samt Zahle op.cit p. 188.

Nødvendige tiltag for at styrke beskyttelsen af den private ejendomsret.

Som nævnt ovenfor kan en styrkelse af den private ejendomsret ikke begrundes i Danmarks internationale menneskerettighedsforpligtelser. Men som vi har set, ovenfor udgør den private ejendomsret en væsentlig og uadskillelig del af de grundlæggende tanker som danner fundamentet for vestlig konstitutionalisme og frihedsbegrebet indeholdt heri.

En styrkelse af den private ejendomsret og dermed borgeren og civilsamfundet frem for staten har endvidere støtte i og kan bygges på tanker og strømninger, som har solid rod i dansk historie og tankerne hos nogle af vores største kulturpersonligheder.

Da den private ejendomsret blev gjort til genstand for behandling i den grundlovsgivende forsamling, udtalte N.F.S. Grundtvig angiveligt "*ekspropriation, dette ord, der til sprogets ære ikke findes på dansk*". Grundtvig var i det hele taget en stærk modstander af at give staten adgang til at blande sig i borgernes personlige frihed via lovgivning og tvang, hvorfor han hyldede den private ejendomsret.²² Søren Kierkegaard er en anden dansk kulturpersonlighed, som anså den personlige frihed for uangribelig, og som frygtede, at demokratiske flertalsbeslutninger ville undergrave den personlige frihedssfære.²³ Styrkelsen af den private ejendomsret vil således ikke være en historieløs "revolution" eller udtryk for et socialt eksperiment uden forankring i det danske samfunds historie og kultur.

Konkrete tiltag

At styrke Grundlovens § 73 er den nødvendige forudsætning for at styrke den private ejendomsrets beskyttelse i Danmark. En sådan styrkelse vil til en vis grad kunne opnås ved at fortolke Grundloven som forudsat af dens ophavsmænd, altså som udgørende et reelt værn mod det offentliges adgang til at inddrage og indskrænke borgernes private ejendom. I den forbindelse er det værd at bemærke, at Højesteret i 1921 var meget tæt på at erklære en lov vedrørende fæstegodsets overgang til selveje for stridende mod Grundlovens § 73 (daværende § 80).²⁴ Kun fordi en dommer i sidste øjeblik ændrede mening blev det med dommerstemmerne 6-5 fastslået, at loven ikke udgjorde en krænkelse af den private ejendomsret.²⁵

Den dramatiske afgørelse viser, at Højesteret tidligere har været indstillet på at afprøve den lovgivende magts kompetence, også når det gjaldt den private ejendomsret. Når henses til, at Højesteret i 1999 i den såkaldte Tvindsag for første gang erklærede en lov for grundlovsstridig og dermed for alvor markerede viljen til at håndhæve Grundlovens retsgarantier, kan man nære et håb om, at Højesteret tillige i højere grad vil håndhæve Grundlovens frihedsrettigheder herunder den private ejendomsret.

Det kan ikke udelukkes, at Højesteret vil blive tvunget til en sådan håndhævelse, såfremt den Europæiske Menneskerettighedsdomstol via sin dynamiske fortolkningsstil skulle udvide den

²² Henrik Gade Jensen, Tilblivelsen af Grundlovens frihedsrettigheder, *Libertas* nr. 44 2003.

²³ Ibid. Hermed ikke sagt, at Søren Kierkegaard i øvrigt delte opfattelse med Grundlovens ophavsmænd. Kierkegaard nærede ikke varme følelser for de nationalliberale, herunder særligt ikke Orla Lehmann med hvem han havde en disputs offentlig i dagbladene *Københavnsposten* og *Københavns flyvende post*. Kierkegaard var tillige modstander af Grundloven og indførelsen af folkesuverænitet.

²⁴ Ufr.1921.644H. Spørgsmålet var, for Højesteret, ikke hvorvidt almenvellet kunne kræve ekspropriation men hvorvidt der med loven var ydet fuld erstatning.

²⁵ Se Ditlev Tamm, Domstolenes uafhængighed m.v. op.cit. p.19f.

private ejendomsrets beskyttelsesområde i EMRK til f.eks. at inkludere en reel prøvelse af national lovgivning vedrørende ekspropriation. EN udvikling der dog ikke forekommer sandsynlig. Med den af de danske domstole udviklede retspraksis vedrørende den private ejendomsret in mente, er den sikreste måde at styrke § 73 på dog ved en revision af denne bestemmelse.²⁶ En sådan revision skulle udvide § 73s anvendelsesområde således, at f.eks. "erstatningsfri reguleringer" også er omfattet af bestemmelsens beskyttelse.

Endvidere burde en revideret § 73 kvalificere, hvilke hensyn, der rettelig kan henføres under "almenvællet". Dette kan ske ved en udtømmende opregning af de hensyn, der kan medføre ekspropriation, f.eks. konstruktion af nødvendig offentlig infrastruktur, militære installationer, m.v. Ved en sådan opregning af de tilladelige ekspropriationshensyn sikres en større grad af gennemsækelighed i det offentlige anvendelse af ekspropriationsadgangen. Det enkelte menneske kan dermed i højere grad forudse, under hvilke omstændigheder deres ejendom pligtmæssigt må afstås til det offentlige. Endvidere sikres mod magtfordrejning, idet det offentlige ikke ville kunne ekspropriere på andet grundlag end det eksplicit tilladte, ligesom faren for kommunalt misbrug ved delegation af ekspropriationsadgangen væsentlig formindskes.

De ovennævnte kriterier kan suppleres af en styrkelse af proportionalitetsprincippet.

Proportionalitetsprincippet findes allerede i Grl. § 73, hvilket da også har fundet støtte i teori og retspraksis, men anvendes noget tilbageholdende af domstolene.²⁷ En styrkelse af proportionalitetsprincippet vil medføre, at det offentlige skal sandsynliggøre, at den påtænkte ekspropriation rent faktisk er nødvendig til opnåelsen af det lovlige hensyn, ekspropriationen er begrundet i. Samtidig vil et styrket proportionalitetsprincip sikre, at den konkrete ekspropriation til enhver tid er så lidt indgribende som muligt. Som følge heraf ville f.eks. ekspropriation som følge af forventede værdistigninger givetvis være udelukket.

En styrkelse af proportionalitetsprincippet vil kunne ske gennem retspraksis uden en ændring af Grundloven.

Bevisbyrden for, at en påtænkt ekspropriation er begrundet i et lovligt hensyn og er proportionelt med dette, bør påhvile det offentlige. En sådan bevisbyrde vil styrke det enkelte menneskes retsstilling væsentligt, idet det dermed anerkendes, at borgernes private ejendom er en konkret rettighed, og at der skal faste holdepunkter til, før denne rettighed kan tilsidesættes.

Endvidere stiller bevisbyrdereglen borgeren langt stærkere i forhold til et evt. retsligt opgør med det offentlige, der vil have langt flere ressourcer og ekspertise til rådighed end den almindelige borger. Disse indbyggede retlige sikkerhedsgarantier og fortolkningsprincipper ville ikke være fremmede for dansk retskultur, idet de i vidt omfang genfindes i EU-retten og særligt i fortolkningen af den EMRK.

²⁶ Hvilket i praksis er yderst vanskeligt at gennemføre jf. Grundlovens § 88, der kræver, at grundlovsændringer skal vedtages af det siddende folketing, hvorpå der så skal udskrives nyvalg. Såfremt grundlovsforslaget også vedtages i det nyvalgte folketing skal grundlovsforslaget sendes til folkeafstemning.

²⁷ Ekspropriation og proportionalitet af lektor, ph.d. Michael Hansen Jensen i UfR.2000B.435 og Orla Friis Jørgensen op.cit. p. 383 -384 og 400 samt UfR.1977.3H, UfR.1978.751Ø og Vestre Landsrets nyere domme i UfR.2001.915Vog UfR.2002.2281V.

Skulle en grundlovsrevision som skitseret ovenfor blive en realitet, vil det være hensigtsmæssigt at nedsætte et udvalg med henblik på at identificere eksisterende lovgivning stridende mod den reviderede grundlov. Sådant lovgivning ville derefter skulle ændres af Folketinget således, at al lovgivning på området blev grundlovskonform. Styrkelsen af den private ejendomsret som en fundamental menneskerettighed ville medføre mærkbare konsekvenser for det danske samfund, som vi kender det i dag, særskilt for forholdet mellem det offentlige og det enkelte menneske.

Zahle har således utvivlsomt ret, når han skriver, at *"præciseringen af indholdet af Grl. § 73 rejser nogle politisk og socialt meget kontroversielle spørgsmål om forholdet mellem det private og det offentlige – i hvilket omfang bør den samfundsmæssige udvikling styres gennem lov eller på anden centraliseret måde, i hvilket omfang bør udviklingen styres af private?"*

Hvis det anerkendes, at mennesket har umistelige rettigheder, at disse rettigheder kun undtagelsesvist kan begrænses, og at hensynet til det enkelte menneske og dets frie udfoldelse derfor går forud for hensynet til samfundet, er svaret på Zahles spørgsmål klart, at det offentliges styringsmuligheder overfor det enkelte menneske må effektivt begrænses.

Den nuværende retstilstand, hvor Grundloven og EMRK yder en kvalificeret beskyttelse af en række (vigtige) menneskerettigheder, men i praksis negligerer beskyttelsen af den private ejendomsret, er ikke tilstrækkelig til at udgøre en sådan effektiv begrænsning. Konsekvensen af dette er nemlig, at staten må foretage sig alt, hvad der ikke er udtrykkeligt forbudt. Kun såfremt det enkelte menneskes fulde frihedssfære får en effektiv retlig beskyttelse, kan rammerne skabes for et samfund, hvor det enkelte menneskes ret til eget liv respekteres, et samfund, hvor staten kun må foretage sig, hvad den udtrykkeligt er blevet påbudt. Dertil er en effektiv beskyttelse af den private ejendomsret påkrævet.