

KØBENHAVNS UNIVERSITET

Folketingets Retsudvalg
Folketinget
Christiansborg
1240 København K



Artikel om ytringsfrihed og tavshedspligt – ”whistleblowers”

22. DECEMBER 2010

Kære Folketingets Retsudvalg

Til orientering sender jeg en artikel om ”Ytringsfrihed og tavshedspligt – et retligt spændingsfelt i Irak-krigens skygge”, der netop er publiceret i det nordiske tidsskrift Kritisk Juss nr. 4/2010, side 248 ff. Artiklen belyser gældende ret om ”whistleblowers” med inddragelse af bl.a. EMRK artikel 10. Herudover belyser artiklen bl.a. Grevil/Berlingske Tidende-sagerne.

FORSKNINGSOMRÅDE I

DET JURIDISKE FAKULTET
ST. KANNIKESTRÆDE 18
1169 KØBENHAVN K

DIR 35323178

FAX 35323202

Med venlig hilsen

Michael Gøtze
Lektor, ph.d.
Det Juridiske Fakultet
Forskningscenter WELMA

Michael.Gotze@jur.ku.dk

www.jura.ku.dk

REF: MIG

FAGFELLEVDERT ARTIKKEL

Ytringsfrihed og tavshedspligt – et retligt spændingsfelt i Irak-krigens skygge

Af MICHAEL GØTZE¹

e-post: Michael.Gotze@jur.ku.dk

Retten til ytringsfrihed er en grundlæggende rettighed i et demokratisk samfund. Det følger af både menneskeretlige og andre retlige grundprincipper. I forhold til offentligt ansattes ytringsfrihed kan denne ret begrænses af regler om tavshedspligt. Det er dog vanskeligt at trække retlige grænser mellem ytringsfrihed og tavshedspligt, og det har derfor været overvejet i dansk ret, om der bør indføres en specifik lovgivning om offentligt ansattes ret til ytringsfrihed om bl.a. interne forhold i myndigheden. Der er indtil videre ikke tages sådanne initiativer. Det retlige spændingsfelt mellem ytring og tavshed illustreres af to straffedomme om henholdsvis en efterretningsagents videregivelse af oplysninger om grundlaget for Danmarks deltagelse i Irak-krigen og to journalisters videreformidling af disse oplysninger. Selv om de to domme vedrører samme hændelsesforløb, anlægger domstolene en differentieret juridisk vurdering, og dommene ender med henholdsvis domfældelse af agenten og frifindelse af journalisterne. Der sættes fokus på denne dobbelthed i artiklen, som desuden problematiserer, at dommene ikke inddrager EMRK artikel 10 i den retlige argumentation. Afslutningsvis peger artiklen på behovet for lovgivningsmæssig stillingtagen til retten til ytringsfrihed.

1. YTRINGSFRIHED OG TAVSHEDSPLIGT

Forholdet mellem offentligt ansattes ret til ytringsfrihed og pligt til tavshed er af stor principiell og praktisk betydning i moderne retssystemer, og emnet giver

¹ Lektor, Ph.D., Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet.

ofte anledning til betydelig debat. Grundlæggende er gældende dansk ret kendetegnet ved, at der kun er få – og relativt brede – regler om retten til ytringsfrihed. Det retlige udgangspunkt er bestemmelserne i den danske Grundlovs § 77 om, at enhver er berettiget til at offentliggøre sine tanker, og i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 10 om, at enhver har ret til ytringsfrihed.² Disse rammebestemmelser er udtryk for generelle retsprincipper snarere end egentlige regler. Der findes herudover specifikke og formelle regler om tavshedspligt og fortrolighed i bl.a. den forvaltningsretlige og strafferetlige regulering. Disse mere specificerede regler vedrører tavshedspligt som en lovfæstet grænse for ytringsfrihed, og man kan derfor overordnet om dansk ret sige, at lovgiver har satset på en *negativ* afgrænsning af indholdet af offentlig ansattes ytringsfrihed. Reguleringen retter sig mod, hvad man som offentlig ansat *ikke* kan ytre sig om, og altså ikke om hvad man *kan* ytre sig om. Det er bl.a. som følge heraf generelt vanskeligt at fastlægge det positive indhold i ytringsfriheden, som i høj grad beror på konkrete vurderinger og afvejninger i f.eks. retssager om brud på tavshedspligt. Denne artikel handler om disse retlige afvejninger i relation til offentligt ansattes videregivelse af oplysninger om interne forhold.

Artiklen belyser indledningsvis de principielle overvejelser i dansk ret om behovet for lovregulering af offentligt ansattes ytringsfrihed (afsnit 2). Herefter belyser artiklen de retlige grundprincipper om offentligt ansattes ytringsfrihed med inddragelse af især menneskeretlige principper (afsnit 3). Som konkret illustration af spændingsfeltet mellem ytring og tavshed analyserer artiklen en nyere «lækagesag» (afsnit 4). Der er tale om en – i Danmark meget omtalt og kontroversiel – sag der opstår som led i et samspil mellem en efterretningsagent og pressen i skyggen af dansk deltagelse i Irak-krigen. Agenten lækker fortrolige oplysninger om grundlaget for beslutningen om at gå i krig til journalisterne, og disse aktører tiltales for overtædelse af regler om tavshedspligt.³ Agenten dømmes, mens journalisterne frifindes i en i øvrigt utrykt dom.⁴ Artiklen drøfter herefter implikationer af dommene og sætter bl.a. fokus på den manglende inddragelse af EMRK (afsnit 5). Artiklen afsluttes med efterlysning af lovgivningsmæssig stillingtagen til offentligt ansattes ret til at ytre sig om interne forhold i myndigheden (afsnit 6).

² Se Danmarks Riges Grundlov af 5. juni 1953 og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK). Konventionen blev formelt inkorporeret i dansk ret ved lov nr. 285 af 29. april 1992 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

³ Jf. Østre Landsrets dom af 23. september 2005, og Københavns Byrets dom i førsteinstans af 30. september 2004, trykt i Ugeskrift for Retsvæsen (UfR) 2006.65 Ø (herefter Grevil-dommen) og Københavns Byrets utrykte dom af 4. december 2006, Anklagemyndigheden mod Jesper Larsen, Michael Bjerre Rasmussen og Niels Lunde Pedersen (herefter Journalist-dommen).

⁴ Som udgangspunkt offentliggøres kun meget få byretsdomme i Danmark. Journalist-dommen er til brug for denne artikel rekvireret ved henvendelse til domstolene efter reglerne om aktindsigt i domme.

2. PRINCIPIELLE OVERVEJELSER OM REGULERINGSMODEL

2.1. Ingen særlig lovregulering i dansk ret om offentligt ansattes ytringsfrihed

Det brede lovgivningsmæssige udgangspunkt i dansk ret om ytringsfrihed har givet anledning til principielle overvejelser de senere år, herunder om behovet for mere præcis normering af offentligt ansattes ytringsfrihed. For at afklare retstilstanden nedsætter det danske Folketing således i 2004 et sagkyndigt udvalg – ytringsfrihedsudvalget – med en anerkendt juridisk professor som formand, der får til opgave dels at beskrive gældende regler om offentligt ansattes ytringsfrihed og dels at vurdere, om der er behov for en yderligere lovfæstelse af offentligt ansattes ret til at ytre sig. I udvalgets betænkning fra 2006 peges der på *usikkerhed* som et grundvilkår blandt offentligt ansatte og offentlige arbejdsgivere om indholdet af gældende ret på området.⁵ Et flertal i udvalget konkluderer dog til trods for denne konstatering af usikkerhed, at der *ikke* er behov for en – specifik – lovfæstelse af gældende principper, men at der dog er grund til at synliggøre gældende ret på anden vis. Udvalgsflertallet mener i den forbindelse ikke, at der er grund til at indskrive offentligt ansattes ret til at ytre sig i en formel lov om offentligt ansattes ytringsfrihed og meddeleleret. Der er således ingen eksplicit beskyttelse i dansk ret af en whistleblower inden for det offentlige område. Flertallet begrundet sit fravalg af lovfæstelse med bl.a. følgende:

«Det er ... udvalgets vurdering, at det næppe har været manglen på en lovfæstet meddeleleret, der i visse sager har været årsagen til, at der ikke på et tidligere tidspunkt er tilgået offentligheden informationer om misligheder. Som det er tilfældet ved offentligt ansattes kritiske ytringer, tyder alt på, at det i stedet er andre forhold – navnlig frygt for at skabe et dårligt arbejdsklima og frygt for karrieremæssige konsekvenser – der afholder ansatte fra at videregive oplysninger til pressen mv.»⁶

Betænkningen munder således ud i en opretholdelse af nuværende retstilstand, hvorefter offentligt ansattes ytringsfrihed beskyttes efter de generelle regler i Grundloven og EMRK.

2.2. Norge og Sverige – bredere beskyttelse?

I Norge er retsprincipperne om ytringsfrihed i den norske Grundlovs § 100 generelt blevet revideret i 2004.⁷ Det er i den forbindelse blevet klargjort, at offentligt ansatte har ret til ytringsfrihed, og det fremgår nu af § 100, at

⁵ Se Betænkning 1472/2006 fra udvalget om offentligt ansattes ytringsfrihed og meddeleleret, især side 195 f. med udvalgets overvejelser og anbefalinger.

⁶ Betænkning 1472/2006, op.cit., side 230.

«Frimodige Ytringer om Statsstyrelsen og hvilkensomhelst anden Gjenstand ere Enhver tilladte. Der kan kun sættes slige klarlig definerede Grænser for denne Ret, hvor særlig tungtveiende Hensyn gjøre det forsvarligt holdt op imod Ytringsfrihedens Begrundelser.»

Det kan i den forbindelse nævnes, at der i norsk ret findes en særlig regulering af offentligt ansattes ytringsfrihed inden for det arbejdsmiljøretlige område. I den norske arbejdsmiljølov er der således følgende regulering af spørgsmålet:

«Arbeidstaker har rett til å varsle om kritikkverdige forhold ... Arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig ... Arbeidsgiver har bevisbyrden for at varsling er skjedd i strid med denne bestemmelsen.»⁸

Det er inden for lovens område regler lagt op til delt bevisbyrde i forhold til eventuelle ansættelsesretlige reaktioner på den ansattes «varslinger». Det er op til arbejdsgiver at bevise, at der ikke er sket ulovlig «gjengjeldelse», hvis arbejdstager kan fremlægge oplysninger, som giver grund til at tro, at der er tale om gengældelse. Termen «kritikkverdige forhold» i loven lægger umiddelbart op til en bredere vurdering end den gængse danske beskyttelse af «ulovligheder», jf. nedenfor i afsnit 5. Norsk ret indeholder muligvis på dette punkt en videre beskyttelse af den ansattes ret til ytringsfrihed om interne forhold i myndigheden end dansk ret.

I svensk ret er der tale om en fundamentalt anden reguleringsmodel. Med hensyn til gældende ret antages det, at grænserne for offentligt ansattes ytringsfrihed er lidt videre i Sverige end i Danmark. I Sverige kan offentlige arbejdsgivere således ikke kræve nogen form for ansættelsesretlig loyalitet af sine ansatte i relation til ytringer, der er beskyttet af bestemmelserne om ytringsfrihed.⁹

2.3. *Bedre formidling hos ansættelsesmyndigheden af gældende danske principper*

På baggrund af et konkret forslag fra det danske ytringsfrihedsudvalg i betænkningen udarbejdet af Justitsministeriet i 2006 en vejledning om offentligt ansattes ytringsfrihed, som sigter mod at opfylde det praktiske behov for synliggørelse af gældende ret.¹⁰ Ud over at beskrive retsgrundlaget anbefaler vejledningen, at principperne om ytringsfrihed drøftes på den enkelte arbejdsplads. Den

⁷ Se forarbejder til grundlovsændringen i bl.a. NOU 1999:27 «Ytringsfrihed bør finde Sted», Forslag til ny Grunnlov § 100. Se for en gennemgang af norsk ret, herunder om offentligt ansattes ret til at videregive information om kritisable interne forhold, den såkaldte ret til «varsling», f.eks. Eivind Smith, *Konstitutionelt demokrati*, Bergen, 2009, side 414 f., herunder side 425 f. om varsling.

⁸ Lov af 17. juni 2005 om arbejdsmiljø, arbejdstid og stillingsvern, jf. § 2-4.

⁹ Dette fremhæves i redegørelsen for svensk ret i Betænkning 1472/2006, op.cit. side 131 f.

¹⁰ Vejledning om offentligt ansattes ytringsfrihed, 2006. Findes på www.jm.dk

danske model er således uformel og «lokal» i den forstand, at den ansættelsesretlige kontekst udpeges til at være det rette forum for fastlæggelse af de ansattes ytringsfrihed. Med samme sigte for øje udarbejder den danske Personalestyrelse under Finansministeriet i 2007 en adfærdskodeks for offentligt ansatte – «Vejledning for god adfærd i det offentlige» – med skitsering af bl.a. principper om ytringsfrihed.¹¹ Denne kodeks henviser også til arbejdspladsen som det i praksis bedste forum for drøftelse af reglerne.

Der er i mine øjne grund til at understrege, at såvel ytringsfrihedsvejledning som adfærdskodeks udgør rent formidlende tekster, og at de ikke grundlæggende ændrer ved det forhold, at Folketinget har valgt at *fastholde* den brede regulering af ytringsfrihed. Om end det kan ligge en praktisk og som sådan værdifuld informativ gevinst i at styrke selve formidlingen af gældende ret på denne måde, er betænkningen fra 2006 – og Folketingets efterfølgende opretholdelse af status quo – stadig grundlæggende udtryk for et ønske om at afdramatisere spørgsmålet om ytringsfrihed så meget som muligt.

3. GRUNDPRINCIPPER OM YTRINGSFRIHED OM INTERNE FORHOLD

Det var spørgsmålet om valg af formel reguleringsmodel om ytringsfrihed. Nu vendes blikket mod indholdet af gældende retsprincipper. Som optakt til de to domme om lækage af oplysninger om grundlaget for dansk krigsdeltagelse i Irak sætter jeg i dette afsnit fokus på offentligt ansattes ytringsfrihed om *interne* forhold i myndigheden og journalisters ret til at videreformidle sådanne oplysninger til offentligheden. Gældende ret hviler her på en mosaik af retskilder bestående af både menneskeretlig og national regulering. Det følgende belyser især de relevante dele af EMRK artikel 10 og retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD).¹² Hertil kommer et overblik over de relevante dele af dansk forfatningsret, ansættelsesret, forvaltningsret og strafferet.

3.1. Menneskeretlige grundprincipper

Ytringens indhold er et centralt element i den menneskeretlige beskyttelse af retten til ytringsfrihed efter artikel 10. Den grundlæggende tankegang er, at

¹¹ God adfærd i det offentlige, Personalestyrelsen, juni 2007. Findes på www.perst.dk. Se nærmere om kodeksen Lisbeth Lollike, «God adfærd i det offentlige», i *Juristen* 5/2007, side 147–150, og samme forfatter, «God adfærd i det offentlige», i *Udsyn og fremsyn, En jubilæumsbog om djøf'erne*, København, 2009, side 189–197.

¹² Se også Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder, hvorefter medlemsstaterne skal respektere Charteret, herunder artikel 11 om ret til ytrings- og informationsfrihed, når de gennemfører og anvender EU-retten, jf. artikel 51. Charteret er efter Lissabon-traktatens ikrafttræden i december 2009 juridisk bindende.

beskyttelsen udvides, desto mere samfundsmæssige ytringer og oplysninger, som der er tale om. EMD har således i henhold til artikel 10 givet en meget stærkere beskyttelse af udtalelser og informationer om politiske og offentlige anliggender end om private og specifikke forhold.¹³ Den stærke beskyttelse af ytringer i offentlighedens tjeneste gælder også offentligt ansatte, som dermed får mulighed for at deltage i den offentlige debat.

I relation til offentligt ansatte generelt har EMD i starten været tilbageholdende, men praksis har udviklet sig i retning af en stigende beskyttelse. Et grundlæggende spørgsmål i flere af disse sager har været den ansættelsesretlige loyalitetspligt. EMD har således anset artikel 10 for krænknet, samtidig med at det principielt anerkendes, at hensynet til den ansattes loyalitetspligt («a duty of loyalty and discretion») i visse tilfælde kan begrunde en indskrænkning. Her kan nævnes *Vogt*¹⁴ om en tysk folkeskolelærers medlemskab af det kommunistiske parti. EMD lægger her til grund, at offentligt ansatte er omfattet af artikel 10, og udtaler desuden, at det kan være berettiget at begrænse ytringsfriheden af hensyn til loyalitetspligt eller diskretionspligt. Konkret vedrører sagen en beslutning om afskedigelse af skolelæreren, fordi hun nægter at tage afstand fra det pågældende politiske parti. Der er tale om et indgreb i hendes ytringsfrihed, og indgrebet findes ikke at være nødvendigt. Navnlig fordi partiet er lovligt, kan indgrebet ikke retfærdiggøres. Også i *Wille*¹⁵ kommer EMD ind på loyalitetspligten som et principielt acceptabelt modhensyn til den grundlæggende ret til ytringsfrihed. I sagen nægter Prinsen af Liechtenstein at genudnævne en retspræsident til landets forvaltningsdomstol på grund af retspræsidentens kritiske udtalelser om Prinsens forfatningsretlige stilling under en forelæsning. EMD udtaler, at højtplacerede myndighedspersoner som f.eks. dommere kan være underlagt særlige begrænsninger i deres ytringsfrihed, og at de altså muligvis har en særlig loyalitetspligt som led i den pågældendes «duties and responsibilities» efter artikel 10, stk. 2. I den konkrete sag finder EMD ikke, at indgrebet i retspræsidentens akademiske ytringsfrihed er proportionalt og udtaler bl.a., at en forelæsning om forfatningsret uomgængeligt vil have «political implications».

Disse domme illustrerer det grundlæggende dilemma mellem den ansattes ret til at ytre sig på den ene side og arbejdsgiverens krav på loyal adfærd over

¹³ Se fra den omfattende litteratur om artikel 10 generelt f.eks. Jacobs, White & Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2010, side 425 f. og Harris, O'Boyle & Warbrick, *Oxford, 2009*, side 443 f. For danske fremstillinger se f.eks. Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, København, 2007, side 682 f., Jens Elo Rytter, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret*, København, 2006, side 271 f. og Peer Lorenzen m.fl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art 1–10)*, København, 2003, side 448 f. Se også Jonas Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiary and Primarity in the European Convention of Human Rights*, Leiden, 2009.

¹⁴ *Vogt v. Germany*, dom af 26. september 1995. Se om betydningen af loyalitetspligt også *Ahmed and Others v. United Kingdom*, dom af 2. september 1998 og *Rekvényi v. Hungary*, dom af 20. maj 1999.

¹⁵ *Wille v. Liechtenstein*, dom af 28. oktober 1999.

for ansættelsesmyndigheden på den anden side. Der findes i øvrigt ingen definition af loyalitetspligt i EMD's praksis, og det er lidt uklart, om begrebet svarer til dansk forståelse af ansættelsesretlig loyalitetspligt.¹⁶

Generelt beror graden af beskyttelse af offentligt ansattes yringsfrihed i vidt omfang på, hvilke *indgrebsformål* som der er tale om, jf. opremningen i artikel 10, stk. 2. Et legitimt indgrebsformål er fortrolighedshensyn, og indgreb kan i henhold til artikel 10, stk. 2, være nødvendige «for at forhindre udspreddelse af fortrolige oplysninger». Når retten til yringsfrihed således kolliderer med regler om tavshedspligt, vil hensynet til fortrolighed i mange tilfælde kunne berettige og overtrumfe et indgreb i yringsfriheden efter artikel 10. Selv om fortrolighed er et lovligt indgrebsformål, er det dog vigtigt at understrege, at EMD stiller strenge krav til nødvendighedstesten.

Dette illustreres af *Guja* fra 2008,¹⁷ som netop vedrører en whistleblower inden for det offentlige område.¹⁸ Dommen er den indtil videre eneste eksplisitte sag om en whistleblower og er alene af den grund interessant. Der er tale om en pressechef hos Rigsadvokaturen i Moldova, der lækker oplysninger om politisk indblanding i en verserende sag hos Rigsadvokaturen. Det drejer sig om Rigsadvokaturens strafferetlige efterforskning af fire politibetjentes mulige embedsmisbrug. De videregivne oplysninger består i to breve, hvoraf det ene oprindeligt sendes af formanden for Parlamentet til Rigsadvokaturen med det underliggende – men oplagte – formål at standse efterforskningen af sagen mod politibetjentene. Rent faktisk afbrydes den konkrete efterforskning også kort tid herefter. Pressechefen får adgang til brevene i kraft af sin ansættelse og vælger at udlevere dem til en landsdækkende avis for at afsløre den utilbørlige politiske intervention i Rigsadvokatens arbejde, og sagen opstår for så vidt på grund af avisens videreformidling af brevene i avisartikler. Pressechefen afskediges på grund af overtrædelse af tavshedspligten.

EMD lægger til grund for sin behandling af sagen, at der er tale om et indgreb i pressechefens yrings- og informationsfrihed. Herudover anser EMD det i henhold til artikel 10, stk. 2, for godtgjort, at der er lovhjemmel til indgrebet i interne regler om tavshedspligt, og at der er tale om et legitimt indgrebsformål, nemlig fortrolighedsformålet. Det retlige hovedspørgsmål i sagen bliver herefter spørgsmålet om nødvendighed, som EMD indkredser på følgende vis:

¹⁶ I dansk ret betegnes loyalitetspligt inden for det offentlige område som «en bredere forpligtelse til at arbejde i overensstemmelse med arbejdsgiverens/myndighedens interesser og målsætninger», jf. Karsten Revsbech, *Forvaltningspersonalet*, København, 2009, side 30 f. Se også f.eks. Jens Kristiansen, *Grundlæggende arbejdsret*, København, 2009, side 377, og Jørgen Mathiassen, *Forvaltningspersonellet*, København, 2000, side 99 f.

¹⁷ *Guja v. Moldova*, dom af 12. februar 2008.

¹⁸ Begrebet whistleblower defineres på følgende – plastiske – vis i menneskeretlig litteratur: «The term whistle-blower is derived from the practice of English police officers in times gone by of blowing their whistles to draw attention to criminal activity. Whistle-blowing has typically come to refer to the practice of an insider communicating evidence of misconduct and claiming exemption from sanctions for breaching an employer's confidence», jf. Jacobs, White & Ovey, op.cit., side 442, note 102.

«... the Court notes that a civil servant, in course of his work, may become aware of in-house information, including secret information, whose divulga-tion or publication corresponds to a strong public interest. The Court consid-ers that the signalling of a civil servant or an employee in the public sector of *illegal conduct* or *wrongdoing* should, in certain circumstance, enjoy protec-tion. This may be called for where the employee or civil servant concerned is the only person, or part of a small category of persons, aware of what is happening at work and is thus best placed to act in a public interest by alerting the employer or the public at large ... 73. In the light of the duty of discretion ... disclosure should be made in the *first* place to the person's superior or other competent authority or body. It is only where this is clearly impracticable that the information could, as a *last* resort, be disclosed to the public ... In assessing whether the restriction on freedom of expression was proportionate, therefore, the Court must take into account whether there was available to the applicant any other effective means of remedying the wrong-doing which he intended to uncover» (her fremhævet).¹⁹

Det er således bl.a. værd at bemærke, at det er en betingelse for ytringsfrihedsbeskyttelsen, at den pågældende forelægger de pågældende oplysninger om ulovlig adfærd for sin arbejdsgiver hvis overhovedet muligt. En «ekstern» lækage til f.eks. pressen forudsætter, at de interne – og tjenstlige – muligheder er udtømt. I den konkrete sag lægges det dog til grund af EMD, at pressechefen reelt ikke har mulighed for at gå til sin ledelse, og at en direkte henvendelse til pressen derfor er acceptabel. EMD peger herudover på flere faktorer af betydning for nødvendighedsvurderingen, herunder især samfundsinteressen i oplysningerne, igen et centralt tema i bedømmelsen. EMD anfører:

«In determining the proportionality of an interference with a civil servant's freedom of expression the Court must also have regard to a number of other factors. In the first place, particular attention shall be paid to the *public interest* involved in the disclosed information. The Court reiterates that there is *little scope* under Article 10 § 2 of the Convention for restriction on debate on questions of *public interest* ... The interest which the public may have in particular information can sometimes be so strong as to *override* even a legally imposed duty of confidence» (her fremhævet).²⁰

Herudover går EMD i dommen ind i en vurdering af de pågældende oplysnin-gers ægthed og autentiske karakter, lækagens skadevirkning, den pågældende ansattes «gode tro» med hensyn til almeninteresse i oplysningerne og arten af sanktioner over for det skete brud på tavshedspligtsregler.²¹ Med «god tro»

¹⁹ Ibid. para. 72–73.

²⁰ Ibid. para. 74.

²¹ Jf. ibid. henholdsvis para. 75, 76, 77 og 78.

sigtes der til, at beskyttelsen efter artikel 10 *ikke* gælder lækage af oplysninger på grund af «a personal grievance or a personal antagonism or the expectation of personal advantage, including pecuniary gain». ²² I den konkrete sag kommer EMD efter prøvelse af de forskellige faktorer frem til, at indgrebet ikke er nødvendigt, og at der *er* en krænkelse. Afskedigelsen af Mr. Guja er uproportional i lyset af oplysningernes samfundsmæssige og væsentlige betydning. ²³ Som kommentar kan det om dommen siges, at EMD på den ene side stiller strenge krav til statens argumentation for indgrebets nødvendighed, samtidig med at den på den anden side betoner vigtigheden af såvel ansættelsesretlig korrekt fremgangsmåde som «uselviske» motiver fra den ansattes side. Samlet set viser *Guja*, at artikel 10 for så vidt indeholder en beskyttelse af en whistleblower inden for det offentlige, men at beskyttelsen må betegnes som relativ snæver.

En yderligere indsnævring af offentligt ansattes adgang til at ytre sig om interne forhold må endelig antages, hvis der er tale om en sag om *national sikkerhed*. På navnlig dette område overlader EMD staten en vid skønsmargen, og dette indgrebsformål vil formentlig i særlig grad kunne retfærdiggøre en vis indsnævring af ytringsfriheden. Den ledende dom er her *Hadjianastassiou*. ²⁴ Sagen vedrører en officer og ingeniør i det græske luftvåben, som idømmes fængselsstraf for overtrædelse af græsk lovgivning om tavshedspligt om militære hemmeligheder efter at have videregivet mindre fortrolige og tekniske oplysninger om et missil til et privat firma. Der er tale om et indgreb i ytringsfriheden, men EMD finder, at indgrebet er retfærdiggjort af hensyn til national sikkerhed og til at hindre udspredelsen af fortrolige oplysninger. EMD udtaler at den:

«... takes the view that the disclosure of the State's interest in a given weapon and that of the corresponding technical knowledge, which may give some indication of the state of progress in its manufacture, are capable of causing *considerable damage to national security*. 46 It is also necessary to take into account the specific conditions attaching to military life and the specific «duties» and «responsibilities» incumbent on members of the armed forces ... The applicant ... was bound by an obligation of discretion in relation to anything concerning the performance of his duties. 47. In the light of these considerations, the Greek military courts cannot be said to have overstepped *the limits of the margin of appreciation* which is left to the domestic authorities in matters of *national security*. Nor does the evidence disclose the lack of a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the legitimate aim pursued ... » (her fremhævet). ²⁵

²² Ibid. para 77.

²³ Se om sagen f.eks. Jacobs, White & Ovey, op.cit., side 441 f.

²⁴ *Hadjianastassiou v. Greece*, dom af 16. december 1992.

²⁵ Ibid. para. 45-47.

Uanset at EMD således udviser tilbageholdenhed i forhold til hensynet til national sikkerhed, skal kravet om nødvendighed fortsat være opfyldt.²⁶ Dette er vigtigt at have in mente. Specifikt i relation til ytringers skadevirkning har EMD i *Grigoriades*²⁷ om en reserveofficers kritik i et brev til sin overordnede om forholdene i militæret anført, at kritiske ytringer skal udgøre en «real threat» mod den militære disciplin og den nationale sikkerhed.²⁸ I sagen fastslår EMD, at en domfældelse over reserveofficeren for statsfornærmelse efter den græske militære straffelov udgør en krænkelse. Reserveofficeren sender ikke det kritiske brev til andre end sin overordnede, og kritikens objektive skadevirkning er meget begrænset.

Det var grundprincipper om offentligt ansattes ret til ytringsfrihed om interne forhold. Hvis vi vender os mod *journalisters* ret til ytringsfrihed efter artikel 10, er det klart, at medier og journalister generelt nyder en vid beskyttelse i rollen som offentlighedens informations- og kontrolorgan. Beskyttelsen af oplysninger om samfundsanliggender er særligt udviklet i forhold til netop medier og journalister, hvor EMD gentagne gange har udtalt, at «freedom of political debate is at the very core of the concept of a democratic society».²⁹ Der er en omfattende praksis om kritisk debat i medierne om ikke kun navngivne politikere i deres offentlige funktion men også om politikere, regering og myndigheder generelt.³⁰ Det centrale for beskyttelsen er, om emnet har offentlig interesse.

Hvis der er tale om journalisters *videreformidling* af ytringer af offentlig interesse fra andre – som f.eks. offentlig ansatte – har journalister en videregående frihed end når de udtaler sig for egen regning som journalister. Beskyttelsen efter EMRK artikel 10 går i forhold til sådan videreformidling så vidt, at journalister straffrit vil kunne viderebringe oplysninger, selv om selve informanten eller budbringeren straffes. Dette fremgår af *Jersild*³¹ om en dansk journalists videreformidling af racistiske udtalelser om indvandrere fra en yderliggående ungdomsgruppe, «Grønjakkerne». Videreformidlingen sker i et interview i en tv-udsendelse, der belyser gruppens ekstreme holdninger som

²⁶ Se om dommen og hensynet til national sikkerhed f.eks. Iain Cameron, *National Security and the European Convention on Human Rights*, Uppsala, 2000, side 365 f. Se om national sikkerhed også f.eks. Erik Møse, *Menneskerettigheder*, Oslo, 2002, side 477 f.

²⁷ *Grigoriades v. Greece*, dom af 25. november 1997. Se særligt om soldaters ret til ytringsfrihed også f.eks. *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria*, dom af 19. december 1994, og fra lidt ældre praksis *Engel and others v. Netherlands*, dom af 8. juni 1976

²⁸ *Ibid.* para. 45.

²⁹ *J.F. Lingens v. Austria*, dom af 8. juli 1986, para. 42, og *Oberschlick v. Austria*, dom af 23. maj 1991, para. 58.

³⁰ Se f.eks. *Castells v. Spain*, dom af 23. april 1992, om regeringsmyndigheder, *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*, dom af 25. juni 1992, om politibrutalitet, *Thoma v. Luxembourg*, dom af 29. marts 2001, om embedsmænd i en kommission, *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark*, dom af 17. december 2004, om bl.a. tv-programmet «Politiets blinde øje». Se også *Stoll v. Switzerland*, dom af 10. december 2007, om en journalists offentliggørelse af et fortroligt notat fra en ambassadør med overvejelser om erstatning til Holocaust-ofre. Journalisten blev idømt en bøde. EMD fandt dog ikke, at artikel 10 var krænk.

³¹ *Jersild v. Denmark*, dom af 23. september 1994.

udtryk for et socialt problem. Medlemmerne af ungdomsgruppen straffes for deres udtalelser, hvortil kommer, at også journalisten idømmes en bødestraf efter strafferegler om forbud mod udbredelse af racistiske ytringer. EMD fastslår her, at der er tale om et indgreb i journalistens ytringsfrihed, som ikke kan retfærdiggøres. EMD henviser til vigtigheden af mediernes rolle som «public watchdog».³² Det er i forlængelse af bl.a. denne dom generelt antaget, at mediernes ytrings- og informationsfrihed indebærer at

«... journalister har en udstrakt frihed til at viderebringe andres (strafbare) udtalelser, såfremt det sket i et journalistisk øjemed til belysning af et emne af samfundsmæssig interesse.»³³

Det er dog i den forbindelse blevet diskuteret, om ytringsfriheden efter artikel 10 bør udstrækkes så langt, at journalister som professionelle formidlere på alle områder skal kunne agere straffrit i modsætning til privatpersoner. Det fremhæves her, at selv om beskyttelsen af journalister på dette område er vidtgående, kan praksis fra EMD ikke tages til indtægt for, at journalisters ytringsfrihed som videreformidlere er helt ubegrænset.³⁴

3.2. Danske grundprincipper

Som nævnt findes der ingen eksplicit regulering i dansk ret af spørgsmålet om offentligt ansattes, herunder om whistleblowers, ytringsfrihed. Som udgangspunkt bedømmes offentligt ansatte ud fra de generelle principper om ret til ytringsfrihed i den danske Grundlovs § 77, hvorefter enhver er berettiget til på tryk, i skrift og tale at offentliggøre sine tanker, dog under ansvar for domstolene. Bestemmelsen er traditionelt opfattet som primært et forbud mod censur, og det har været den overvejende opfattelse i dansk ret, at § 77 kun beskytter den formelle ytringsfrihed, og ikke den materielle.³⁵

I den danske tilgang til offentligt ansattes ytringsfrihed spiller sondringen mellem offentligt ansattes institutionelle og private ytringer en vigtig rolle. Det antages, at § 77 beskytter ansattes private ytringer, dvs. ytringer fremsat som privatperson, hvorimod adgangen til at fremsætte institutionelle og tjenstlige ytringer ikke er fri. I forhold til tjenstlige ytringer slår arbejdsgivers ledelsesret inden for det arbejdsretlige system igennem i den forstand, at arbejdsgiver kan fastsætte retningslinjer om sine ansattes ytringer på myndighedens vegne. Rent ansættelsesretligt er de generelle ytringsfrihedsprincipper herudover omsat til

³² Ibid. para. 31 og 35.

³³ Jf. Jens Elo Rytter, «Når journalister bryder loven for at informere offentligheden», i *Juristen*, 9/2008, side 271, med henvisning til *Jersild og Pedersen and Baadsgaard v. Denmark*, dom af 17. december 2004.

³⁴ Se Jens Elo Rytter for en diskussion heraf, *ibid.* side 276.

³⁵ Se herom f.eks. Michael Hansen Jensens og Jørgen Albæk Jensens kommentarer til § 77, i *Danmarks Riges grundlov med kommentarer*, redigeret af Henrik Zahle, København, 2006, side 528 f.

et – i udgangspunktet – enkelt grundprincip om, at offentligt ansattes fremsættelse af lovlige ytringer ikke i sig selv kan afføde ansættelsesretlige reaktioner eller såkaldte «negative ledelsesmæssige reaktioner». En arbejdsgiver kan således ikke skride til f.eks. afskedigelse af en ansat på grundlag af en kritisk – men lovlig – ytring om forhold i myndigheden. Derimod antages det, at arbejdsgiver lovligt kan reagere på *følgerne* af den lovlige ytring som f.eks. samarbejds-mæssige problemer eller problemer med tillid til den ansatte. Denne fundamentale sondring mellem selve ytringen og følgen af ytringen er lagt til grund i ytringsfrihedsbetænkningen fra 2006, men den er ikke nem at håndtere i praksis. Den har således givet anledning til en hel del dansk doms- og ombudsmandspraksis.³⁶

Offentligt ansattes ret til ytringsfrihed kan begrænses af formelle regler om bl.a. tavshedspligt. Dansk ret er her kendetegnet ved, at det er den generelle forvaltningslov, som fastlægger, hvad der udgør tavshedsbelagte oplysninger. Det følger således af den danske forvaltningslov, at den, der virker inden for den offentlige forvaltning, har tavshedspligt, når en oplysning ved lov eller anden gyldig bestemmelse er betegnet som fortrolig, eller når det i øvrigt er *nødvendigt* at hemmeligholde den for «at varetage væsentlige hensyn til offentlige eller private interesser», herunder f.eks. til statens sikkerhed, jf. lovens § 27, stk. 1. Loven kræver en individuel og konkret vurdering af, om en bestemt oplysning er fortrolig, jf. § 27, stk. 2.³⁷ Der gælder ikke samme regler om tavshedspligt for privat ansatte.³⁸ I straffeloven findes i forlængelse heraf en regulering af de strafferetlige konsekvenser af brud på tavshedspligten. Der fremgår af straffelovens § 152, at en offentlig ansat, som «uberettiget» videregiver fortrolige oplysninger straffes. Det er den centrale strafferegulering om tavshedspligt i dansk ret. Straffelovens § 152 d fastsætter i forhold til f.eks. journalisters videreformidling af tavshedsbelagte oplysninger, at de strafferetlige regler om tavshedspligt finder tilsvarende anvendelse på den, som «uberettiget udnytter oplysninger», der er fremkommet ved tavshedspligtsbrud.

Endelig indeholder straffeloven en modifikation i forhold til tavshedspligt for både offentligt ansatte og journalister, idet det i § 152 e bestemmes, at lovens regler herom *ikke* omfatter tilfælde, hvor den pågældende person handler i berettiget varetagelse af «åbenbar almen interesse» i videregivelsen af oplysninger. Denne objektive straffrihedsgrund vedrører efter lovforarbejderne primært journalister, som på denne måde kan sikres en videregående ytringsfrihed end selve budbringeren. Det er dog en regel, der også finder anvendelse

³⁶ Se Betænkning 1472/2006, op.cit., side 49 f. med henvisning til centrale retsafgørelser som f.eks. UFR 2005.1089/2 Ø og UFR 2003.1660 H og UFR 2002.1269 H.

³⁷ Se om forvaltningsloven § 27 f.eks. Jens Garde, Carl Aage Nørgaard og Karsten Revsbech, Forvaltningsret, Sagsbehandling, København, 2007, side 315 f., Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret, København, 2002, side 197 f., og John Vogter, Forvaltningsloven med kommentarer, København, 2001, side 508 f.

³⁸ Se herom nærmere f.eks. Martin Gras Lind, Medarbejderes integritetsbeskyttelse i dansk ret, København, 2006, side 244 f.

over for offentligt ansatte. Denne afvejningsregel er det tætteste, som man i dansk ret kommer på en regel om whistleblowers i det offentlige, og den er omdrejningspunktet i de følgende straffesager.

4. LÆKAGE-SAG I IRAK-KRIGENS SKYGGE

De to danske straffesager udspiller sig på baggrund af dansk krigsdeltagelse i Irak. Den danske regering og Folketinget beslutter i marts 2003, at Danmark skal deltage i krigen i Irak.³⁹ Denne politiske beslutning giver anledning til mange og ophedede debatter i både det danske Folketing og i danske medier. På dette tidspunkt vedrører en essentiel del af diskussionen det faktuelle grundlag for beslutningen om krigsdeltagelsen, og der er i den danske debat – som i mange andre europæiske lande – særdeles forskellige holdninger til holdbarheden af den danske regerings henvisning til, at Irak rådede over masseødelæggelsesvåben.

På dette tidspunkt vælger en ansat ved Forsvarets Efterretningstjeneste (FE), Frank Grevil at lække en række oplysninger om trusselsbilledet i Irak. Han videregiver i februar 2004 forskellige oplysninger fra efterretningstjenesten – nemlig 3 såkaldte «Opdaterede trusselsvurderinger vedrørende et muligt dansk styrkebidrag til eventuel indsættelse i operationer i nærheden af den Persiske Golf» fra henholdsvis 3. oktober 2002, 30. januar 2003 og 15. marts 2003 – til en landsdækkende dansk avis, Berlingske Tidende. I kraft af sin ansættelse i efterretningstjenesten har agenten Frank Grevil adgang til disse vurderinger, som er klassificerede som hemmelige. Under straffesagen mod Grevil og navnlig under den principielle behandling af sagen i Østre Landsret er det et hovedspørgsmål, om Frank Grevil har videregivet disse oplysninger ud fra en opfattelse af, at den danske regering har ført Folketinget – og befolkningen – bag lyset ved at «fordreje» indholdet af FE's hemmelige trusselsvurderinger og fremstille det som om, at FE har vurderet, at Irak med sikkerhed var i besiddelse af masseødelæggelsesvåben. Anklageren i straffesagen lægger her omvendt op til, at Frank Grevil reelt har handlet ud fra en mere egennyttig interesse i at viderebringe personlig frustration over sin ledelse.

Da sagen vedrører samme faktum, skitserer jeg her forløbet i en sammenhængende sagsfremstilling på grundlag af de centrale forklaringer i de to domme.⁴⁰ Det er Frank Grevil, der i februar 2004 tager kontakt til en af de to journalister. På dette tidspunkt bliver den ene journalist således ringet op af Grevil, som har læst en af journalistens artikler i Berlingske Tidende om netop spørgsmålet om masseødelæggelsesvåben i Irak. Grevil oplyser i telefonen, at

³⁹ Se Folketingsbeslutning B 188 af 21. marts 2003 om «Dansk militær deltagelse i en multinational indsats i Irak, (forslag med bemærkninger i FT 2002–03, tillæg A, s. 6149 f., som vedtaget i FT, 2002–03, tillæg C, side 281). Se om holdbarheden af krigens folkeretlige grundlag f.eks. Jens Elo Rytter, «Irak-krigen og FN-Pagtens sikkerhedssystem», i *Juristen* 3/2004, side 142–152.

⁴⁰ Se især tiltalte Jesper Larsens og tiltalte Michael Bjerre Rasmussens forklaring i Journalist-dommen (dom side 2–8) og tiltalte Frank Grevils forklaringer i Grevil-dommen.

han gerne vil give nogle oplysninger om dette spørgsmål. Han vil gerne fortælle om FE's arbejde og om, hvor svære vilkår FE har haft i relation til at rådgive regeringen op til marts 2003. Grevil fortæller videre, at FE har været mere tilbageholdende i vurderingerne end USA og Storbritannien og i forhold til «regeringens retorik». Det er klart for journalisterne, at hvis Grevil taler sandt, er der tale om meget væsentlige oplysninger til forståelsen af forløbet op til beslutningen om at gå i krig. Grevil får at vide af journalisterne, at man ikke kan skrive noget på baggrund af «en mundtlig baggrundssnak», og at de har derfor brug for skriftlig dokumentation. Kort tid herefter afleverer Grevil en kuvert med trusselvurderinger til journalisterne. Journalisterne skriver på grundlag heraf en række avisartikler, som bringes i Berlingske Tidende i starten af 2004.⁴¹ Sigtet med avisartiklerne er efter journalisternes opfattelse at vise, hvordan efterretningstjenester arbejder, og hvordan politiske beslutninger træffes. Nyhedsinteressen i historien er, at det er konstateret, at der ikke er masseødelæggelsesvåben i Irak. Det er derfor efter journalisternes opfattelse interessant, hvad FE har fortalt regeringen.

Denne interaktion mellem Grevil som informant og journalisterne som videreformidlere får strafferetlige efterspil i henholdsvis 2004 og 2006. I juli 2004 rejser den danske anklagemyndighed således tiltale mod Grevil for overtrædelse af reglerne om tavshedspligt i straffelovens § 152. Efter landsrettens afsigelse af dom i Grevil-sagen i september 2005 beslutter anklagemyndigheden sig i juli 2006 for at rejse tiltale mod de pågældende to journalister og chefredaktøren for overtrædelsen af straffelovens § 152 d om uberettiget videreformidling af oplysninger, der er «fortrolige af hensyn til statens sikkerhed eller rigets».⁴² Kronologien er her vigtig, hvad vi vender tilbage til. Det ender med domfældelse af Frank Grevil i form af 4 måneders fængsel, en hård straf. Landsretten nedsætter dog byrettens straf på 6 måneders fængsel. Den typiske straf i danske sager om tavshedspligt er således bødestraf.⁴³

4.1. Oplysningernes karakter som fortrolige

Der er ikke tvivl om, at Grevil er offentligt ansat. Desuden erkender han at have videregivet trusselvurderinger til de to journalister, i hvert fald i forhold til to af de omtalte trusselvurderinger. Det fremgår i øvrigt af referatet af Grevils

⁴¹ Avisartiklerne bringes i Berlingske Tidende den 22. februar 2004, 23. februar 2004, den 27. februar 2004, den 29. februar 2004, den 7. marts 2004 og den 10. marts 2004.

⁴² Tiltalen mod de to journalister lyder helt præcist på overtrædelse af straffelovens § 152 d, stk. 3, jf. § 152, stk. 1, jf. stk. 2, jf. medieansvarsloven § 10, stk. 3. Chefredaktøren tiltales på samme grundlag, dog efter en anden regel i medieansvarsloven på grund af sin stilling som chefredaktør, jf. helt præcist straffelovens § 152 d, stk. 3, jf. § 152, stk. 1, jf. stk. 2, jf. medieansvarslovens § 13. Tiltalen mod chefredaktøren behandles ikke i det følgende.

⁴³ Se fra nyere praksis navnlig UFR 2005.813 Ø om politimedarbejders tavshedspligtskrud (10 dagbøder à 350 kr), UFR 2003.1860 V om videregivelse af meget personfølsomme oplysninger fra et lukket socialudvalgsmøde (6 dagbøder à 500 kr) og UFR 1987.53 om folketingsmedlemmers brud på tavshedspligt (50 dagbøder à 100 kr). Se også Leks. UFR 2007.338 Ø, UFR 2005.1106 Ø og UFR 2002.1586 V.

forklaring for landsretten, at han på et tidligere tidspunkt – inden advokatbeskikkelsen i forbindelse med sagens behandling i byretten – overvejede fuld tilståelse. Dette forstadie til retssagerne er vigtigt at bemærke, selv om Frank Grevil senere trækker sine udtalelser på dette punkt tilbage. Det er dog uden tvivl blevet noteret af de juridiske dommere i byret og landsret, og den skrevne dom har altså medtaget denne oplysning i sagsfremstillingen.

De centrale retlige spørgsmål i forhold til tavshedspligtsreglerne er på denne baggrund, om de videregivne oplysningerne kan siges at være fortrolige, og hvis ja, om videregivelsen af oplysningerne er uberettiget eller berettiget ud fra en afvejning af hensynet til tavshedspligt over for hensynet til almeninteresse i viden. Denne afvejning er sagens mest principielle aspekt. Endelig er bevisspørgsmålet om lækagens skadevirkning centralt. I forhold til de to sidste spørgsmål ender de to domme med *forskelligt* udfald.

Det grundlæggende spørgsmål om fortrolighed prøves i begge retsinstanser i sagen. Konkret er indholdet i trusselsvurderingerne klassificeret af FE som «hemmeligt, kun til nationalt brug», som er det næsthøjeste niveau af 5 mulige klassificeringsniveau i FE. Det kan desuden bemærkes, at dommerne i Østre Landsret tager stilling til oplysningernes karakter af fortrolige i to tempi, idet retten fremhæver, at det både var nødvendigt at hemmeligholde oplysninger på tidspunktet for udarbejdelsen af trusselsvurderingerne og på tidspunktet for Grevils videregivelse af oplysninger (nemlig februar 2004) til journalisterne. Det er værd at bemærke, at hverken byret eller landsret dog går ind i en nærmere indholdsmæssig karakteristik af de oplysninger, som Grevil videregiver til journalisterne. Under retssagen er der således kun udvalgte dele – efter forsvarerens opfattelse cirka 20 % – af de omhandlede trusselsvurderinger, som forelægges for retten af anklagemyndigheden. Retssagen indeholder her i sig selv et tavshedspligtsaspekt, og både byret og landsret beslutter sig – til trods for forsvarerens opfordring om fremlæggelse af trusselsvurderingerne – for at bedømme tiltalen mod Grevil på grundlag af et ret begrænset kendskab til det materiale, som sagen omhandler.

Et yderligere diskussionspunkt i den forbindelse er forsvarerens henvisning til, at oplysningerne ikke kan være fortrolige, da de allerede *er* tilgængelige på nettet. Forsvareren anfører her, at trusselsvurderingerne i det væsentlige består af informationer af generel art, som på tidspunktet for videregivelsen var alment tilgængelige i andre medier. Dette synspunkt er interessant, selv om det som allerede antydnet ikke gør indtryk på hverken byret eller landsret. Dommerne fastholder deres fortrolighedsvurdering, selv om landsretten for så vidt eksplicit i deres begrundelse for dommen anerkender, at der i offentligt tilgængelige rapporter var tilsvarende oplysninger som i trusselsvurderingerne.⁴⁴

⁴⁴ Se landsrettens præmisser i UfR 2006.65 Ø (dom s. 5). Se generelt om fortrolighedsfiguren f.eks. Hans Gammeltoft-Hansen, Om fortrolighedsbegrebet i straffeloven, offentlighedsloven og forvaltningsloven, i Festskrift til Claus Haagen Jensen, redigeret af Sten Bønsing, København 2007, side 13 f., og Mette Hartlev, Fortrolighed i sundhedsretten, København 2005, bl.a. side 270 f.

Det kan på dette punkt fremhæves som kommentar, at den strafferetlige vurdering i sagen i ret vidt omfang synes at bygge på rent ansættelsesretlige overvejelser. I Grevil-dommen følger dommerne i meget vidt omfang Grevils arbejdsgivers bedømmelse af oplysningerne som fortrolige, og det afgørende for bedømmelsen af fortrolighedskravet synes primært at blive en vurdering af, om Grevil som betroet ansat har tilsidesat sin loyalitetspligt. Det kommer til udtryk ved, at dommernes vurdering ligger i snæver forlængelse af de forklaringer, som Grevils øverste chef, Jørn Olesen, afgiver i byret og landsret. Ifølge FE-chefen. Jørn Olesen, er fortrolighedsvurderingen knyttet til selve lækagen, og *ikke* til oplysningernes konkrete indhold.⁴⁵ På denne måde bliver Grevils forseelse i både FE-chefens forklaringer og i rettens efterfølgende bedømmelse isoleret fra det faktum, at han videregiver oplysninger i trusselsvurderinger, som allerede er kendte oplysninger.⁴⁶ Denne fortrolighedsvurdering er ikke uproblematisk. Selv om strafferetlige og ansættelsesretlige vurderinger af fortrolighed er forbundne, er den anlagte vurdering af fortrolighedsspørgsmålet noget snæver.⁴⁷ En ren ansættelsesretlig vurdering af oplysningernes karakter som fortrolige kan indebære, at enhver lækage – helt uanset oplysningernes nærmere *indhold* – vil kunne være en overtrædelse af straffelovens § 152. Dette er i givet fald ikke en korrekt retsanvendelse, da straffelovens § 152 og forvaltningslovens § 27 som nævnt ovenfor forudsætter en vurdering af oplysningernes substantielle indhold.

I Journalist-dommen lægges det i forlængelse af Grevil-dommen på dette punkt til grund, at de oplysninger, som tilgår journalisterne, er fortrolige. Dommen følger her sporet fra Grevil-dommen. Det afgørende i denne sag bliver den konkrete vurdering af berettigelsen af videregivelse af oplysningerne.

4.2. Konkret afvejning af fortrolighed eller samfundsinteresse i viden

Det principielle omdrejningspunkt i både Grevil-dom og Journalist-dommen er således spørgsmålet om, hvorvidt aktørerne kan godtgøre at have videregivet fortrolige oplysninger ud fra legitime samfundsmæssige hensyn. I Grevil-dommen anses videregivelsen af oplysningerne for uberettiget, hvorimod Journalist-dommen kommer til det modsatte resultat. Den konkrete afvejning følger

⁴⁵ I Journalist-dommen sammenfatter Jørn Olesen dette synspunkt i flg. spidsformulering: «Kompromitteringen ved en lækage kan være mere alvorlig for tjenestens virksomhed end det konkrete indhold af de lekkede oplysninger», jf. Journalist-dom side 16.

⁴⁶ Se for et nyere eksempel på betydningen af allerede kendte – «fortrolige» – oplysninger Københavns Byrets kendelse af 21. september 2009, Forsvarsministeriet mod Artpeople A/S, om afvisning af nedlæggelse af fogedforbud i en sag om udgivelse af kontroversiel bog om det danske jægerkorps fra en tidligere soldat og ansat i korpset. En dansk avis, Politiken, havde inden fogedsagen offentliggjort bogen i sin helhed et tillæg til avisen.

⁴⁷ Det er fastslået i dansk ombudsmandspraksis, at loyalitetspligt i ansættelsesforhold ikke kan begrunde, at myndigheden søger at begrænse de ytringer, som den ansatte fremkommer med uden for tjenesten, jf. FOB 1991.200. Se fra nyere praksis også ombudsmandsudtalelse af 20. maj 2010 (Vidtgående ytringsfrihed for offentligt ansatte ved besparelse), FOB 2003.590 og FOB 1998.319.

her af den nævnte regel i straffeloven § 152 e, nr. 2, om at tavshedspligten ikke gælder ved «berettiget varetagelse af åbenbar almeninteresse». Der er kun begrænset retspraksis om denne objektive straffrihedsgrund, i dansk ret,⁴⁸ og de to domme blev alene af den grund imødeset med stor interesse.

I forhold til Frank Grevil forholder både byretten og landsretten sig eksplicit til indholdet af denne regel. Det sker som svar på, at forsvareren plæderer for, at Grevil handlede i berettiget varetagelse af åbenbar almeninteresse, idet videregivelsen skete med henblik på, at offentligheden, herunder pressen og beslutningstagerne, kunne få adgang til materialet. Subsidiært gør forsvareren gældende, at videregivelsen er ubetydelig, at ingen skadevirkninger har været tilsigtet, og at ingen skadevirkninger er opstået. Ved sagens afgørelse i byretten udtaler domsmandsretten, at

«at der må sættes meget snævre grænser for, hvornår en ansat i FE med henvisning til samfundsmæssige interesser er berettiget til at bryde sin tavshedspligt med hensyn til dokumenter, som er højt klassificeret for så vidt angår fortrolighed, og som indeholder oplysninger om og vurdering af en konkret sag.»

Med andre ord anlægger byretten en ganske snæver fortolkning og signalerer vel på det nærmeste en principiel afvisning af reglen i straffeloven § 152 e, nr. 2, medmindre tiltalte kan komme med en helt usædvanligt god begrundelse. Der gælder ikke kun snævre grænser, men *meget* snævre grænser. Til sammenligning foretager Østre Landsret i ankesagen en lidt mere udfoldet afvejning. Fem ud af de seks dommere anfører følgende:

«På tidspunktet for tiltaltes videregivelse af trusselsvurderingerne var der en betydelig offentlig interesse i at kende grundlaget for den politiske beslutning om Danmarks deltagelse i den militære aktion i Irak. Vi finder imidlertid ikke, at dette i sig selv kan føre til, at tiltalte var berettiget til at videregive trusselsvurderinger. Da tiltaltes handling skabte risiko for, at efterretningstjenestens virksomhed ville lide skade, og da det ikke kan lægges til grund, at tiltaltes videregivelse af trusselsvurderinger skete med henblik på at *afdække ulovligheder eller andre forhold af samme alvorlig karakter og heller ikke medvirkede hertil*, finder vi ikke, at tiltalte kan anses for at have handlet i berettiget varetagelse af åbenbar almeninteresse, jf. straffeloven § 152 e, nr. 2. Vi finder derfor ikke, at tiltaltes handling kan anses for straffri i medfør af den nævnte bestemmelse» (her fremhævet).

⁴⁸ Fra praksis kan nævnes f.eks. UFR 2002.1531 H om en advokat, der havde videregivet oplysninger om, hvem der havde afgivet garantier for en entreprenør forretning. Advokaten havde ikke handlet i strid med § 152, stk.1, sammenholdt med § 152 e, nr. 2. Se generelt om afvejningsreglen f.eks. Jørn Vestergaard, Anders Dorph, Hanne Rahbæk, Jens Røn og Thomas Rørdam, *Strafferet*, København, 2009, side 87 f.

I landsrettens optik har reglen således også et ret snævert indhold, som dog sammenfattes i udtrykket «ulovligheder eller andre forhold af samme alvorlige karakter». Landsretten synes her at være lidt mere åben over for at indlægge et indhold i straffelovens § 152 e.

Fælles for både byret og landsret på dette punkt er dog, at dommerne går relativt tæt ind i en vurdering af Grevils subjektive motivation for at videregive oplysningerne. Det antydes ret markant af især byretten, at Grevils oprindelige motiv for at tage kontakt med journalisterne var en personlig – og egennyttig – interesse i at få luft for sine og andre medarbejderes frustrationer over ledelseskulturen internt i FE. Udgangspunktet var altså ikke den principielle tilgang til lækagen, som kræves efter § 152 e, nr. 2. Det er bemærkelsesværdigt, at domsmandsretten i byretten bruger så meget plads i sine præmisser på at udpensle, at Grevils forklaring om sit motiv har «ændret sig betragteligt, fra han afgav forklaring til politiet, til han afgav forklaring under domsforhandlingen». Dommen giver indtryk af, at denne omstændighed muligvis har været hovedårsagen til byrettens domfældelse. Selv om dette aspekt blødes op i landsrettens begrundelse, gentager landsretten også, at Grevil har afgivet forskellige forklaringer om sine bevæggrunde. Til trods for landsrettens betoning af Grevils forskellige forklaringer kan landsretsdommen muligvis forstås sådan, at tiltaltes subjektive indstilling i forhold § 152 e, nr. 2, principielt set *ikke* er afgørende. Dette punkt i dommen er dog ikke klart.

Hvis vi herefter griber fat i Journalist-dommen, indleder byretsdommeren i sin afgørelse med at henvise til Grevil-dommen. Byretsdommeren anfører følgende:

«Retten når på disse punkter [dvs. i forhold til vurderingen af oplysningernes karakter som fortrolige] derfor til samme resultat som Østre Landsret i sagen mod Frank Grevil. Spørgsmålet, om de tiltalte kan straffes for overtrædelse af straffelovens § 152 d, stk. 3, afhænger herefter af, om de tiltales viderebringelse af fortrolige oplysninger kan karakteriseres som «uberettiget», eller om det i stedet må fastslås, at de tiltalte har handlet «i berettiget varetagelse af åbenbar almeninteresse eller af eget eller andres tarv»... De nævnte bestemmelser i straffeloven skal læses i lyset af ytringsfrihedsbestemmelsen i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 10 og praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vedrørende denne bestemmelse, idet de tiltalte har gjort gældende, at de er straffri, fordi de som led i deres arbejde som journalister ... var berettigede til at videregive oplysninger af væsentlig samfundsmæssig interesse for offentligheden (dom side 33 f.)»

Det er her bl.a. værd at notere, at denne præsentation også omfatter EMRK. I byretten afgives der forklaring af en række vidner, som forholder sig ret indgående til spørgsmålet om den samfundsmæssige værdi af journalisternes

avisartikler. I modsætning til Grevil-dommen trækker byretsdommeren i Journalist-sagen således relativt aktivt på forklaringer fra politikere og andre vidner med sagkundskab på området. Også FE-chefen, Jørn Olesen, afgiver forklaring. Dommeren i Journalist-dommen skitserer i sine præmisser loyalt de forskellige forklaringer. Herefter går dommeren videre til at konkludere følgende:

«Afvejningen af de modstående væsentlige hensyn i sagen fører efter rettens opfattelse til, at den betydelige offentlige interesse omkring beslutningen om krigsdeltagelse i 2003 skal tillægges en sådan vægt over for risikoen for, at efterretningstjenestens virksomhed ville lide skade, at der kan lægges til grund, at de tiltalte handlede i *berettiget* varetagelse af *åbenbar almeninteresse*, da de valgte at videregive de fortrolige oplysninger til offentligheden. Som følge af det anførte frifindes de tiltalte» (her fremhævet) (dom side 34).

Journalist-dommen ender således med det *modsatte* resultat end Grevil-dommen, og dommen om journalisterne foretager en omvendt afvejning af hensynet til tavshedspligt over for hensynet til åbenbar almeninteresse i oplysningerne. Som kommentar kan bemærkes, at frifindelsen som resultat – efter min opfattelse – forekommer overbevisende. Rent begrundelsesmæssigt kunne dommeren dog have valgt mere eksplicit at opbygge afgørelsen med henvisning til menneskeretlige principper. Byretsdommeren omtaler for så vidt både EMRK og EMD's praksis i den citerede præmis. I konklusionen vælger dommeren at lade retten til de menneskeretlige principper indvirke – indirekte – på sagen som et indbygget hensyn i den strafferetlige vurdering. EMRK anvendes ikke på selvstændigt grundlag.⁴⁹

4.3. Uens bedømmelse af faktisk skadevirkning

Baggrunden for den retlige differentiering mellem de to domme er ikke mindst den forudsatte vurdering af lækagens skadevirkninger. Vi kommer hermed frem til det faktisk mest bemærkelsesværdige aspekt ved de to domme. Dommene svarer nemlig forskelligt på spørgsmålet om, hvorvidt Grevils videregivelse og journalisternes videreformidling af oplysningerne i trusselsvurderingen har haft skadevirkning. I Grevil-dommen er svaret ja, i Journalist-dommen er svaret nej. De to bedømmelser af skadevirkningen for FE og dermed for statens sikkerhed vedrører imidlertid det samme sagsforløb, og denne asymmetri mellem dommene er et grundlæggende kendetegn.

I Grevil-dommen indgår spørgsmålet om skadevirkning først og fremmest i forhold til strafudmålingen. Anklagemyndigheden gør her gældende, at der

⁴⁹ Se nærmere om dette aspekt af sagen Trine Baumbach, Det strafferetlige legalitetsprincip, København, 2008, side 309, med argumentation for at en mere selvstændig menneskeretlig retsanvendelse.

skal idømmes en særlig streng straf på grund af særligt skærpende omstændigheder i form af «alvorlig skadevirkning» af Grevils videregivelse af oplysninger, jf. straffelovens § 152, stk. 2. Anklageren gør i den forbindelse i øvrigt også gældende, at det er en særdeles skærpende omstændighed, at Grevil er ansat i en betroet stilling. Anklagemyndigheden lægger i byretten ud med at procedere på, at skadevirkningen i forhold til udenlandske samarbejdspartnere må anses for «betydelig», idet tilliden til, at den danske efterretningstjeneste kan beskytte hemmeligt materiale, må anses for svækket. Anklagemyndigheden går i byretten så vidt som til at hævde, at der dermed opstår risiko for, at efterretningstjenesten ikke modtager alle relevante oplysninger med risiko for at danske soldaters *liv* udsættes for fare ved militære aktioner. Navnlig det sidste synspunkt forekommer dramatisk, og anklagemyndighedens synspunkt følges da heller ikke af dommerne. Det kan dog her bemærkes, at anklagemyndigheden har bygget sagen op på den retsopfattelse, at der skal særdeles meget til for at bevise skade.

I byretten bliver FE-chefens forklaring reelt helt afgørende, og retten henviser i dommen særligt hertil.⁵⁰ Dommerne i både Grevil-dommen og Journalist-dommen lægger sig i kølvandet på FE-chefens udsagn om skaden. I Grevil-sagen anfører byretten bl.a. følgende:

«Efter bevisførelsen ... lægges det til grund, at offentliggørelsen har medført risiko for, at efterretningstjenestens omdømme hos samarbejdspartnere i fremmede efterretningstjenester er skadet med den mulige følge, at disse tjenester fremover vil være varsomme med – og måske helt undlade – at aflevere følsomme oplysninger til FE. Det lægges endvidere til grund, at FE er afhængig af at modtage oplysninger fra sine samarbejdspartnere for at kunne leve op til sit formål. Det lægges endelig til grund, at tiltalte må have indset at der var risiko for, at offentliggørelsen ville skade FE.»

Man kan på dette punkt hæfte sig ved, at byretten bruger formuleringen «den mulige følge», og at det altså er tilstrækkeligt, at der er tale om en *abstrakt* skadesrisiko. Denne model følges i vidt omfang i landsretten, som dog vælger en lidt anden formulering. Fem ud af de seks dommere udtaler:

«at tiltaltes handling medførte risiko for, at efterretningstjenesten udenlandske samarbejdspartnere fremover ikke ville give oplysninger i samme omfang som hidtil, hvilket tiltalte må have indset. Dermed indebar tiltaltes brud på tavshedspligten risiko for en svækkelse af efterretningstjenestens muligheder for at løse sin opgave.»

Landsretten lægger således ikke helt samme vægt som byretten på, at FE kan risikere slet ikke at modtage oplysninger, idet landsdommernes hovedsyns-

⁵⁰ Den afgivne forklaring for byretten er dog udeladt i den trykte dom i UFR 2006.650.

punkt er, at lækagen indebærer risiko for at FE vil modtage oplysninger i et *mindre omfang* end hidtil. Der er dog dissens i landsretten, idet en dommer ud af de seks dommere voterer for frifindelse og udtaler, at den pågældende efter sagens omstændigheder, og «da der ikke er dokumenteret nogen skadevirkning af tiltaltes handling» ikke vil straffe Grevil. Dommerflertallets afgørelse er udtryk for, at der ikke – udover Jørn Olesens forklaring – er stillet krav om dokumentation for «betydelig skade», jf. § 152, stk. 2.

Det centrale spørgsmål om skadevirkning genopstår i Journalist-dommen. Det er her sket en udvikling, idet FE-chefen i den refererede forklaring nu hælder til den modsatte vurdering, nemlig at det *ikke* vides, om lækagen har medført en konkret belastning af forhold til samarbejdspartnere. Han forklarer videre, at der er gennemført en intern undersøgelse i FE i 2006, som *ikke* forholder sig til dette ellers meget relevante spørgsmål. FE-chefen holder dog også indledningsvist i sin forklaring fast ved, at det forhold, at der overhovedet har været en lækage, udgjorde «en særdeles alvorlig risiko». Vidnet åbner på denne måde for så vidt mulighed for, at retten kan foretage en abstrakt eller konkret risikovurdering. Byretsdommeren i Journalist-dommen refererer begge synspunkter i FE-chefens forklaring men lægger klart mest vægt på den manglende konkrete skade. Det er på den baggrund, at dommeren som nævnt når frem til, at afvejningen af de modstående interesser i sagen fører til, at journalisternes formidling af oplysningerne er berettiget.

Det må hertil siges, at dommeren i også Journalist-dommen foretager en klart tilbageholdende bedømmelse af skadevirkningen. Reelt overlades dette (igen) til vidnet Jørn Olesen. Denne markante tilbageholdenhed over for skadesaspektet i de to domme er interessant, da sagerne vedrører alvorlige straffetretlige forhold, og da en vis objektiv risikodokumentation bør kræves rent strafferetligt. I begge domme må det dog konstateres, at dommerne – bortset fra den dissentierende dommer i landsretten – ikke har ønsket at sætte spørgsmålstegn ved Jørn Olesens vurdering og autoritet. Isoleret set kan Journalist-dommen være korrekt med hensyn til vurderingen af skaden, da der er forløbet over 2 år efter det konkrete hændelsesforløb i starten af 2004. De eventuelle skadelige virkninger ville i givet fald først indtræffe nogen tid efter Grevils og journalisternes videregivelse af fortrolige oplysninger, og sådanne virkninger er altså *ikke* indtruffet i 2006. Set i sammenhæng med Grevil-dommen er Journalist-dommen dog bemærkelsesværdig. Resultatet af den uens skadesbedømmelse bliver således det paradoksale, at Frank Grevil i 2005 bedømmes og *dømmes* på et faktisk og bevismæssigt svagere grundlag end bedømmelsen af de to journalister. Den efterfølgende frifindelse af journalisterne med henvisning til manglende skadevirkning har endvidere den (utilsigtede) virkning, at den svækker det centrale faktuelle fundament for dommen over Grevil. Hvis de to domme var afsagt i omvendt kronologi, dvs. hvis sagen om journalisterne havde været den første sag til pådømmelse, og hvis den anlagte skadesvurde-

ring i dommen var fastholdt, ville det have været meget vanskeligt at dømme Frank Grevil.⁵¹

5. DOMMENES IMPLIKATIONER

Det var udvalgte punkter i de to konkrete retsafgørelser om tavshedspligt. Afslutningsvis er der grund til at pege på udvalgte bredere implikationer af de to domme. Et generelt spørgsmål er, hvilken fremadrettet præjudikatsværdi man skal tillægge disse domme. Som udgangspunkt er begge domme selvsagt relevante bidrag til en afklaring af reglerne om tavshedspligt. Uanset hvad man måtte mene om de foretagne afvejsninger og differentierede bedømmelser, er der en retskildemæssig gevinst i, at tavshedspligten har været undergivet konkrete domstolsbedømmelser. Det sker sjældent i dansk ret.

5.1. *Ytringsfrihed i relation til «ulovligheder»*

Når det er sagt, må navnlig landsretsdommen i Grevil-dommen fremhæves som et – inden for sit område – centralt præjudikat om straffelovens § 152 e, nr. 2. Kerneområdet for reglen er i dommen knyttet til afdækning af «ulovligheder eller andre forhold af samme alvorlige karakter». Dommen bekræfter på denne måde, at denne strafferetlige regel indeholder således en vis beskyttelse af en whistleblower. Den citerede passus er i forhold til eventuelt kommende sager vigtig at have for øje, da der her er angivet et frirum i forhold til medarbejderes afdækning af, at en myndighed handler i strid med gældende ret. Det er dog samtidig signaleret, at dette strafferetlige frirum er meget snævert. Der er ingen nærmere eksemplifikation i sagen af «ulovligheder eller andre forhold af samme alvorlige karakter», og der er således indtil videre tale om en abstrakt norm. I ytringsfrihedsudvalgets betænkning fra 2006 tales her om spørgsmål om «ulovlig forvaltning eller anden uredelighed i den offentlige forvaltning, herunder åbenbart misbrug af offentlige midler».⁵²

En yderligere usikkerhed ved præjudikatsværdien af Grevil-dommen er, at sagen vedrører en meget speciel situation, nemlig videregivelse af oplysninger fra efterretningstjenesten og til og med videregivelse i en krigssituation. Dette har stor betydning, når dommens rækkevidde fastlægges. Der er således ikke tvivl om, at der skal foretages en anden – og formentlig noget bredere – vurdering i forhold til offentligt ansattes videregivelse af oplysninger om interne forhold i almindelige myndigheder i f.eks. stat og kommune under normale omstændigheder – i fredstid.

⁵¹ Til brug for denne artikel er det oplyst af forsvareren i ankesagen om Frank Grevil, at der blev indgivet ansøgning til Procesbevillingsnævnet om tilladelse til at indbringe sagen for Højesteret. Procesbevillingsnævnet gav afslag på dette 3. februar 2006. Forsvareren indbragte endvidere sagen for EMD ved klage af 21. marts 2006, men den blev ikke optaget til realitetsbehandling.

⁵² Jf. Betænkning 1472/2006, op.cit., side 101 f.

5.2. *Det manglende udblik til EMRK*

Et principielt vigtigt aspekt i navnlig sagen om Frank Grevil er spørgsmålet om EMRK artikel 10. I dommen bliver de menneskeretlige synspunkter bl.a. udfoldet af vidnet Oluf Jørgensen,⁵³ men dommen omtaler ikke EMRK overhovedet. Heller ikke Journalist-dommen inddrager EMRK direkte.

I forhold til Grevil-dommen må de manglende overvejelser om betydningen af artikel 10 antages at svække dommens præjudikatsværdi. Rent indholdsmæssigt vil en fremtidig sag som Grevil-sagen efter menneskeretlige principper mere klart kunne anskues som en sag om ret til ytringsfrihed. Hvis der måtte være tale om et indgreb i retten til ytringsfrihed, bliver de forskellige vurderinger i artikel 10, stk. 2, afgørende for den menneskeretlige vurdering. Det er i så fald helt centralt at bedømme ytringens *indhold*. Som nævnt var begge retsinstanser i Grevil-sagen tilbageholdende over for at gå ind i en vurdering heraf, og dommene bygger i vidt omfang på arbejdsgiverens udsagn på dette punkt.

Der er ikke tvivl om, at både hensynet til fortrolighed og statens sikkerhed er lovlige indgrebsformål. I forhold til *statens sikkerhed* vil EMD typisk overlade en bred skønsmargen. Dog er spørgsmålet om indgrebets nødvendighed under alle omstændigheder interessant. Det kan her understreges, at bevistvivl i en menneskeretlig kontekst kommer myndigheden til skade. Som sagt har EMD i forhold til skadevirkning betonet et krav om «real threat». Det kan derfor her problematiseres, om et så relativt beskedent *beviskrav* til abstrakt skadevirkning, som de danske domstole opstillede i Grevil-sagen, vil være tilstrækkeligt til at løfte menneskeretlige krav til proportionalitet. Det kan i den forbindelse fremhæves, at Frank Grevil idømmes fængselsstraf på 4 måneder, og at han forinden afskediges som reaktion på lækagen. Selve indgrebet er altså relativt vidtgående. Den beskedne bevisbyrde i forhold til skaden synes at blive endnu mere diskutabel i lyset af, at sagen om journalisterne lægger det modsatte faktuelle resultat til grund. Der er næppe tvivl om, at der i fremtidige sager om en whistleblower, hvor indgrebet *ikke* er begrundet i hensynet til statens sikkerhed, må forventes en mere substantiel bevisførelse for skadevirkning, hvis kravene efter artikel 10 skal opfyldes.

Endelig ville en sag som Grevil-sagen i et menneskeretligt perspektiv formentlig med større klarhed kunne tilskæres som en sag om en whistleblower. Et grundspørgsmål er her, om en informant i en situation som Grevils bør nyde en særlig ytringsfrihedsbeskyttelse for dermed at kunne fungere som et supplement til en relativt svag retlig og demokratisk kontrol i Danmark med regering og efterretningstjeneste. Dette bredere aspekt i sagen vil – i lyset af bl.a. EMD's dom i *Guja* – kunne adresseres mere eksplicit i en menneskeretlig kontekst. Oplysningernes samfundsmæssige relevans bliver i en vis forstand endnu

⁵³ I sin forklaring henviser Oluf Jørgensen bl.a. til EMD's domme i *Castells v. Spain*, dom af 23. april 1992, og *Observer and Guardian v. The United Kingdom*, dom af 26. november 1991.

større, hvis de pågældende oplysninger i praksis kun kan tilvejebringes af en whistleblower inden for det offentlige system. Denne «eksklusive» adgang til viden om interne forhold understreges som nævnt ovenfor i *Guja*. Det kan i den forbindelse endelig nævnes, at den danske Højesteret i marts 2010 har afvist at tage stilling til et søgsmål om lovligheden af Danmarks krigsdeltagelse af rent formelle grunde, nemlig sagsøgernes manglende retlige interesse i sagen.⁵⁴ Denne afvisning illustrerer for så vidt netop de relativt svage retlige kontrolmuligheder i forhold til regeringen.

6. BEHOV FOR LOVGIVNINGSMÆSSIG STILLINGTAGEN

De to straffesager illustrerer, at grænserne mellem ytringsfrihed og tavshedspligt fortsat er behæftet med mange retlige spørgsmålstejn. Det leder tilbage til den grundlæggende diskussion om den brede regulering i dansk ret. Den meget eksponerede dom over efterretningsagenten Frank Grevil har generelt næppe virket ansporende på offentlige ansattes overvejelser om at udnytte deres ret til at ytre sig om forhold i myndighedssystemet. Sagen bekræfter en formentlig vidt udbredt opfattelse af, at det sjældent fremmer karrieren at fremsætte kritiske ytringer om arbejdsgiveren. Rent retspolitisk kan der derfor fortsat sættes spørgsmålstejn ved den eksisterende reguleringsmodel. Behovet for klare grænser for ytringsfrihed er ikke blevet mindre. Tværtimod. Dette behov aktualiseres i et moderne informationssamfund, hvor mediekanalerne bliver flere og flere, og hvor medieaktører i en vis forstand leve af at blive «fodret» med oplysninger fra bl.a. offentligt ansatte. Spørgsmålet om valg af reguleringsform og virkemidler til at fremme offentligt ansattes ytringsfrihed er fortsat centralt. Der kan være en selvstændig værdi i, at offentligt ansatte står frem med oplysninger om ulovligheder og lignende forhold i det offentlige og ikke kun optræder som anonyme kilder for pressen. Offentligt ansatte besidder en unik indsigt i interne forhold i myndighedsapparatet, og de vil kunne tilføre debatten en særlig troværdighed, hvis de står frem i den offentlige debat.

På politisk plan synes der at være en erkendelse blandt flere partier af behovet for beskyttelse, og der er i 2009 fremsat et forslag om oprettelse af et særligt nævn til sikring af offentligt ansattes ytringsfrihed.⁵⁵ Forslaget motive-res på følgende vis:

⁵⁴ Jf. UfR 2010.1547 H. Se nærmere om dommen Helle Krunke, «Prøvelse af lovligheden af Danmarks deltagelse i Irak-krigen», *Juristen* 8/2010, side 226-232.

⁵⁵ Se Beslutningsforslag nr. B 64, fremsat den 25. november 2009, folketingssamling 2009–10, Forslag til folketingsbeslutning om oprettelse af nævn til sikring af offentligt ansattes ytringsfrihed. Dele af forslaget er en genfremsættelse af tidligere beslutningsforslag. Forslaget er fremsat af fire politiske partier i det danske Folketing, nemlig Enhedslisten, Socialdemokratiet, Socialistisk Folkeparti og Radikale Venstre.

«Folketinget pålægger regeringen snarest at etablere et centralt, uafhængigt nævn til sikring af offentligt ansattes ytringsfrihed, hvortil offentligt ansatte kan henvende sig anonymt og få rådgivning og støtte med hensyn til efterfølgende navngiven benyttelse af ytringsfriheden vedrørende forhold på arbejdspladsen ... Folketinget pålægger endvidere regeringen at ændre lovgivningen, så der indføres *omvendt bevisbyrde* i sager, hvor offentligt ansatte afskediges, forflyttes eller udsættes for andre lignende sanktioner fra arbejdsgivers side, efter at de har brugt deres grundlovssikrede ret til at ytre sig ... Egentlig mener forslagsstillerne, at man burde overveje, om offentligt ansatte ikke bare har ytringsfrihed, men nærmest *pligt* til at fortælle om *uforsvarlige forhold* på deres arbejdsplads, fordi deres loyalitet over for de borgere, de tager sig af, og over for os alle som borgere i det samfund, der betaler for den offentlige sektor, bør stå højere end loyaliteten over for nærmeste chef» (her fremhævet).

Forslaget bygger bl.a. på en række empiriske undersøgelser, der dels peger på, at mange offentligt ansatte ikke har kendskab til deres rettigheder i forhold til at ytre sig, og dels på, at offentligt ansatte på en række områder frygter at blive fyret, hvis de udtaler sig. Hvis idealet om udfoldelse af retten til ytringsfrihed – også blandt offentligt ansatte – skal realiseres, er der i mine øjne gode grunde til at overveje dette forslag. Det kan i givet fald bane vejen for, at det retlige indhold af gældende principper, herunder menneskeretlige principper, om offentligt ansattes ytringsfrihed og tavshedspligt tydeliggøres og præciseres af det danske Folketing til gavn for forhåbentligt både offentligt ansatte, mange arbejdsgivere og dansk samfundsdebat generelt.

KRITISK JUSS

Utgitt av Rettspolitisk Forening

2010 (36) nr. 4

