

Festskrift i anledning af grundlovens 150 års jubilæum



Advokatsamfundet · Juni 1999



Forord

I 1994 havde retsplejeloven sit 75 års jubilæum. Det samme havde Det danske Advokatsamfund, der i retsplejeloven af 1919 var blevet institutionaliseret som en landsdækkende organisation med et lovpligtigt medlemskab. I jubilæumsåret udgav Advokatrådet to publikationer: Advokatsamfundets Festskrift, der belyste den moderne advokatvirksomheds mangeartede opgaver, samt Advokatrådets retssikkerhedsprogram.

Den 5. juni 1999 kan vi fejre grundlovens 150 års jubilæum, og Advokatrådet har i den anledning besluttet at udgive dette festskrift, der som tema har retsplejen i relation til grundloven. Festskriftets indhold har således en linie, der også har tilknytning til det nu fem år gamle retssikkerhedsprogram.

Det er ofte sagt, at den danske retstradition er så gennemsyret af pragmatisme, at det juridiske grundlag for vort samfund, grundloven, lever en meget tilbagetrukket rolle i retspraksis. Det var derfor bemærkelsesværdigt, at det skulle være lige i jubilæumsåret, at grundloven i en højesteretsdom kom så markant frem, at den gamle

tese om, at den, der procederer på grundloven, har en dårlig sag, blev gjort til skamme. Dette kunne meget vel være begyndelsen til, at grundloven får den mere fremtrædende plads, den efter manges opfattelse bør have.

At jubilæumsåret også skulle blive det år, hvor domstolene ikke blot formelt, men også fuldt ud reelt skulle blive den tredje statsmagt (1. juli 1999) er ikke mindre bemærkelsesværdigt. Når dertil kommer det påbegyndte arbejde i kommissionerne om den fremtidige civilproces og domstolsstruktur, kan man konstatere, at der i jubilæumsåret er sket og fortsat vil ske meget i relationen grundloven og retsplejen. En løbende debat herom er nødvendig.

Det er Advokatrådets håb, at dette festskrift må være et bidrag hertil.

I forbindelse med festskriftets udgivelse skal der rettes en stor tak til forfatterne samt en speciel tak til professor Lars Nordskov Nielsen for hans store indsats i redaktionsudvalget og til Margot og Thorvald Dreyers Fond, der har bekostet udgivelsen af festskriftet.

København, maj 1999
Steffen Juul



Advokatsamfundets festskrift i anledning af grundlovens 150 års jubilæum

Udgiver:

Advokatsamfundet
Kronprinsessegade 28, 1306 København K
Tlf. 33 96 97 98 · Fax 33 32 18 31
E-mail: samfund@advocom.dk
www.advokatsamfundet.dk

Redaktionskomité:

Advokat Steffen Juul
Professor Lars Nordskov Nielsen
Generalsekretær Henrik Rothe
(ansvarlig iflg. medieansvarsloven)
Journalist Morten Pihl

Redaktør af festskriftet:

Journalist Morten Pihl

Foto:

Michael Ulfeldt,
Ulfeldt + Madsen A/S

Layout:

Tina Rolf,
Jørn Thomsen Offset A/S

Sats, repro og tryk:

Jørn Thomsen Offset A/S
Essen 22, 6000 Kolding
Tlf. 75 56 68 22 · Fax 75 56 69 05

Artiklerne i dette festskrift indledes med en fremhævet tekst, som forfatterne ikke hæfter for. Der er tale om en journalistisk bearbejdet tekst, som redaktionen har ansvaret for. Det samme gælder mellemrubrikkerne i artiklerne.

Artikler og fotos i dette festskrift må ikke udnyttes i kommerciel sammenhæng uden Advokatsamfundets skriftlige tilladelse. Citater med tydelig kildegengivelse accepteres.

ISBN 87-89741-04-8



Indholdsfortegnelse



Den uafhængige advokat

Af generalsekretær Henrik Rothe Side 4



Domstolenes uafhængighed – historisk og aktuelt

Af professor, dr. jur. Ditlev Tamm Side 12



Forholdet mellem domstolene og Folketinget

Af professor Claus Haagen Jensen Side 24



Domstolskontrol i det 21. århundrede

Af kommitteret Jon Andersen Side 38



»Inden 24 timer«

Af advokat Gunnar Homann Side 52



Frihedsberøvelse

Af advokat Henrik Steen Andersen Side 64



Offentlighed og mundtlighed i videst muligt omfang

Af advokat Oluf Engell Side 76



Rigsretten og menneskerettighedskonventionen

Af professor, dr. jur. Hans Gammeltoft-Hansen Side 88



Boligens ukrænkelighed

Af professor, dr. jur. Jens Peter Christensen Side 106



»De ustyrlige domstole?«

Af fhv. retspræsident Kurt Haulrig Side 118



Nævninger og grundloven

Af professor, lic. jur. Gorm Toftegaard Nielsen Side 130





Den uafhængige advokat

Af generalsekretær Henrik Rothe

Selv om kun domstolene – ikke advokaterne – er sikret uafhængighed i grundloven, har uafhængige domstole og uafhængige advokater hinanden som nødvendige forudsætninger. Uden uafhængige advokater vil værdien af uafhængige domstole blive stærkt forringet. I forbindelse med en grundlovsrevision bør det seriøst overvejes at sikre advokaterne den samme grundlovsbeskyttede uafhængighed af statsmagten som dommerne, skriver generalsekretær Henrik Rothe. Han advarer mod at ændre det eksisterende tilsyns- og disciplinærsystem, som værner om advokaternes uafhængighed. En afgørende forudsætning for at bevare uafhængige advokater er desuden tavshedspligten, som er under kraftige angreb i disse år.

For det, man med en fællesnævner kan kalde for vestlige demokratier, er det et karakteristisk træk ved disse landes forfatninger, at de i større eller mindre grad bygger på det montesquieuske princip om magtens

treddeling. Om end princippet om magtens treddeling ikke er fulgt helt konsekvent, er det også i den danske grundlov således, at de tre statsmagter – den lovgivende, den udøvende og den dømmende magt – er ind-



byrdes uafhængige og også på sin vis hinandens kontrollanter. At domstolene udfører kontrol med forvaltningen (regeringen) og anser sig for beføjede til at efterprøve lovligheden af forvaltningsmyndighedernes afgørelser, har hverken i den juridiske litteratur eller i retspraksis givet anledning til tvivl.

Intensiteten af denne domstolskontrol er fra tid til anden blevet diskuteret, ligesom det kan give anledning til principielle overvejelser, om den økonomiske byrde, den enkelte borger i en række tilfælde må påtage sig for at få efterprøvet lovligheden af forvaltningens afgørelser, er så stor, at domstolskontrollen med forvaltningen i praksis har et mindre omfang end ønskeligt er.

Siden grundlovens fremkomst har der i den juridiske teori været sat spørgsmålstegn ved, i hvilket omfang domstolene kunne og skulle kontrollere den lovgivende magt. Med dommene i Maastricht- og Tvind-sagerne har Højesteret i høj grad bidraget til at afklare denne tvivl. Man kan vel tillade sig at sige, at Højesteret er trådt i karakter som forfatningsdomstol – og har vist sin vilje og evne til at udøve sin kontrollerende funktion, også i forhold til Folketinget.

For at kunne udfylde rollen som kontrollør af de øvrige statsmagter siger det sig selv, at domstolene må sikres uafhængighed af disse. I den danske grundlov er denne uafhængighed værnet ved, at der i grundlovens § 64 er opstillet regler, som værner den enkelte dommers funktionelle og personelle uafhængighed – og det i en sådan grad, at beskyttelsen på enkelte punkter er mere vidtgående end kravet i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Også den overordnede administration af domsto-

lene er på det seneste gjort mere selvstændig og uafhængig med etablering af en særlig domstolsstyrelse. Hermed har lovgivningsmagten (endelig) levet op til kravet i grundlovens § 62.

Få eller ingen vil sætte spørgsmålstegn ved værdien af uafhængige domstole i en moderne retsstat. Domstolene er det sted, hvor det enkelte individ kan kræve og forvente at få beskyttelse mod overgreb fra de øvrige statsmagter, hvadenten det drejer sig om gebyrer, Ambi-bidrag eller tilfælde, hvor Folketinget søger at tiltage sig den dømmende magt.

Det store antal sager, hvor behovet for uafhængige domstole kommer tydeligst frem, er selvsagt straffesagerne, som jo i realiteten er sager, hvor der skal afsiges dom i en konflikt mellem samfundet, repræsenteret af den udøvende magt, og det enkelte individ.

Det spørgsmål, som udøvende advokater må have lov til at stille til sig selv og det omgivende samfund ved noget så sjældent som et grundlovsjubilaum, er, om domstolene overhovedet vil kunne udfylde deres rolle uden eksistensen af en uafhængig advokatstand. Eller sagt på en anden måde: har uafhængige domstole og uafhængige advokater hinanden som nødvendige forudsætninger?

Uafhængige advokater

Den danske grundlov er tavs herom, og ingen af de i grundlovens kapitel 7 indeholdte bestemmelser forudsætter eksistensen af en uafhængig advokatstand.

End ikke bestemmelsen i grundlovens § 65 om mundtlighed og offentlighed i rets-

plejen, som sprang ud af N.E.S. Grundtvigs pande, kan vel fortolkes i den retning. En reelt uafhængig advokatstand eksisterede da heller ikke ved grundlovens vedtagelse, idet Sagførervæsenet indtil 1868 grundede sig på regler fra enevældens tid, nemlig en plakat fra 1810, hvorefter en sagfører skulle have en egentlig embedsbestalling, og hvor sagførernes antal blev reguleret efter et skøn over, om der var brug for flere sagførere.

Om end vores grundlov ikke indeholder en forudsætning om eksistensen af en uafhængig advokatstand, er det dog ikke således, at lovgivningsmagten uden videre kan skille sig af med uafhængige advokater.

For det første er det reelt utænkeligt, at der ville kunne skaffes politisk flertal for et sådant retssikkerhedsmæssigt tilbageskridt, og for det andet har Danmark ved at ratificere Den Europæiske Menneskerettighedskonvention forpligtet sig til at opretholde et regelsæt, som klart har eksistensen af uafhængige advokater til forudsætning. Der kan herved navnlig henvises til menneskerettighedskonventionens artikel 6.

Menneskerettighedskonventionen, som Danmark folkeretligt er forpligtet til at overholde, forudsætter altså en uafhængig advokatstand. Men hvad skal der egentlig forstås herved?

Det giver næsten sig selv, at det i første række er uafhængighed i forhold til den udøvende magt, som har betydning. Både i straffesager og i civile sager mellem det enkelte individ og det offentlige – f.eks. skattesager – er det den udøvende magt, som er den reelle modpart. Den borger eller den virksomhed, som er repræsenteret af en advokat, må derfor kunne faste lid til, at advokaten uden frygt for repressalier

fra den offentlige myndighed, repræsenterer hans og kun hans interesser, uanset hvor ubekvemme disse måtte være for den udøvende magt.

Uafhængighed i forhold til den lovgivende magt har vel ikke ganske samme betydning for advokaterne som for domstolene. Selv om Tvind-sagen var anlagt mod statsministeren, kan man dog mene, at Folketinget også var en slags uformel modpart under sagen, hvis udfald næppe har været bekvemt for det flertal, som trods advarsler stemte loven igennem. Sat på spidsen kan man derfor mene, at der også kan være et behov for – f.eks. gennem en grundlovsbestemmelse – at sikre advokaterne en vis form for uafhængighed af Folketinget.

Også i forhold til domstolene er der behov for at sikre advokaternes uafhængighed. Domstolene selv er kun sjældent modpart under en sag, om end det forekommer, f.eks. i sager om dommeres habilitet, men det er ganske ofte advokatens opgave at anfægte og kontrollere domstolenes afgørelser. Også dette må advokaten kunne gøre i klientens interesse uden at skele til, om han eller hun ved at gøre dette pådrager sig retstens mishag.

Den advokat, som af en klient antages til at føre en civil sag, skal imidlertid også være uafhængig i forhold til sin klients modpart, navnlig derved, at modparten ikke er i stand til økonomisk at presse advokaten til at svigte klientens interesser.

Endelig må det fremhæves, at der også kan være behov for at sikre advokaten en betydelig uafhængighed af klienten, for derigennem at sikre, at advokaten ikke for at takke sin klient svigter de særlige pligter, samfundet har pålagt advokaterne,



f.eks. pligten til ikke at fremme uretmæssige krav.

Værnet om uafhængigheden

Således som den danske lovgivning i dag er indrettet, er der opstillet effektive værn for advokaternes uafhængighed. Retsplejelovens § 124 sikrer, at ingen andre end advokater kan eje og drive advokatvirksomheder, og retsplejelovens § 126, som rummer den retlige standard god advokatskik, sikrer, at selv ret fjernt liggende muligheder for interessekonflikter i forhold til en given klient, bevirker, at en advokat handler i strid med god advokatskik ved at påtage sig sagen og dermed er hjemfalden til disciplinært ansvar.

Hovedhjørnestenen i advokaternes uafhængighed – navnlig uafhængigheden i forhold til statsmagten – er imidlertid det særlige tilsyns- og disciplinærsystem, som ved retsplejeloven er etableret for advokater.

Tilsynet udøves af Advokatrådet, som er bestyrelse for Det Danske Advokatsamfund, hvoraf alle advokater er lovpligtige medlemmer. Både den, som mener sig forurettet, og Advokatrådet kan rejse disciplinærsag ved Advokatnævnet med påstand om en disciplinærstraf, som kan gå ud på advarsel, irrettesættelse, bøde eller frakendelse af advokatbeskikkelse. Det er altså ikke Advokatrådet, men derimod det i retsplejeloven institutionerede uafhængige Advokatnævnet, som gennem sin fortolkning af reglerne i retsplejelovens § 126 fastlægger det endelige indhold af den retligt forpligtende standard god advokatskik.

Advokatnævnet består af et formandskab på tre dommere, seks repræsentanter

fra offentligheden og ni advokater. Ved stemmelighed er formandens stemme udslagsgivende. Advokatnævnet er så alsidigt sammensat, at dets afgørelser må forventes at afspejle det omgivende samfunds krav til advokaters adfærd. Nævnets uafhængighed er således en afgørende forudsætning for, at advokater uden frygt for ubilligt pres fra statsmagt, interesseorganisationer, erhvervsinteresser eller erhvervsliv eller andre kan træde op imod hvem som helst som talsmand for sin klient.

Værnet om advokaters uafhængighed og dermed sikkerheden for, at en advokat uden hensyntagen til andre end sin klient kan føre en sag mod regeringen om en lovs grundlovmæssighed, kan optræde som forsvarer for et medlem af Blekingegade-banden eller kan være særlig undersøger i en Nørrebro-sag, er helt fundamentalt i et demokratisk retssamfund. Uden uafhængige advokater, hvis integritet der ikke kan sættes spørgsmålstegn ved, vil værdien af uafhængige domstole blive stærkt forringet. Retssystemet må ses som en helhed.

Advokaten må for at kunne udfylde sin funktion i et retssamfund være helt uafhængig af alle andre, og dette forhold er forklaringen på, at det i alle vestlige demokratier enten er advokaterne selv eller et helt uafhængigt organ som Advokatnævnet, som opstiller og håndhæver de advokatetiske regler.

Den model, man i andre brancher – f.eks. den finansielle sektor – har valgt med forhandlede etiske retningslinier, ville være en bombe under advokaternes uafhængighed, og det samme gælder selvsagt en detaljeregulering i bekendtgørelsesform udfærdiget af Justitsministeriet.

Ved at få dommere og offentlighedsrepræsentanter med i Advokatnævnet er vi her i landet gået langt med hensyn til at give andre end advokater indflydelse på disciplinærsystemet og fastlæggelsen af standarden for god advokatskik. Selv om denne »fremmede« indflydelse for så vidt ikke er uden principielle og retssikkerhedsmæssige betænkkeligheder, er der almindelig tilfredshed med den danske ordning, bl.a. fordi både dommere og offentlighedsrepræsentanter i Advokatnævnet i meget høj grad værner om Nævnets uafhængighed samtidig med, at Nævnets sammensætning sikrer, at de signaler, det omgivende samfund ønsker at sende med hensyn til udviklingen af standarden god advokatskik, også finder vej til det besluttende organ.

Advokaters tavshedspligt

De formelle garantier, eksistensen af et uafhængigt disciplinærsystem, hvor der både træffes konkrete afgørelser og gennem disse fastlægges et generelt indhold af de advokatetiske regler, samt sikringen af den økonomiske uafhængighed, bl.a. gennem retsplejelovens § 124, er ikke tilstrækkeligt til også reelt at sikre advokaternes uafhængighed. Hertil kræves yderligere, at den klient, der opsøger en advokat, kan have tillid til, at de oplysninger der gives til advokaten og de synspunkter, der udveksles, er beskyttet af tavshedspligt. Hensynet til, at advokaten skal være uafhængig af alle andre interesser end klientens, kræver, at dette princip respekteres.

Respekten for dette princip er ingen selvfølge. De legitime og forståelige politiske ønsker om effektivt at bekæmpe organi-

seret kriminalitet har i den vestlige verden – også i Danmark – ført til, at der navnlig fra politi og anklagemyndighed fremføres krav om ikke alene at lempe på advokaternes tavshedspligt, men også krav om, at advokater i lighed med f.eks. pengeinstitutter skal have pligt til at anmelde klienter til politiet, såfremt advokaten får mistanke om, at klienten er i færd med f.eks. at hvidvaske udbytte fra økonomisk kriminalitet.

Når advokaters tavshedspligt sættes under debat, er det vigtigt at forstå, at tavshedspligten ikke er til for advokaternes skyld. Tavshedspligten er alene begrundet i hensynet til klientens retssikkerhed, som kræver, at advokaten ikke tvinges til at give køb på uafhængigheden af andre interesser end klientens. Der forekommer meget jævnlige situationer, hvor der i medierne sættes spørgsmålstejn ved en advokats handlinger, fordi advokatens klient er kommet i pressens søgelys. I sådanne situationer er der en klar tendens til at slå advokaten i hartkorn med klienten.

Det ville utvivlsomt ofte være meget belejligt for advokaten at kunne stå frem og fortælle, hvad der faktisk er foregået, hvilke råd der er givet osv., men advokaten må i disse situationer tie og finde sig i at blive udsat for en urimelig behandling. Med andre ord må advokaten ikke sælge ud af klientens krav på fortrolighed af hensyn til sig selv.

Der er kun meget få situationer, hvor en advokat med sikkerhed er berettiget til af egen drift at krænke klientens krav på, at tavshedspligten respekteres. Disse situationer forekommer navnlig, hvis et brud på tavshedspligten er nødvendig for at afværge trusler mod andres liv eller velfærd eller mod betydelige samfundsmæssige værdier.



Med det sidste har lovgiver ikke tænkt på økonomiske værdier, men derimod kulturelle værdier. Kommer en advokat i en situation, hvor hans klient overbeviser ham om, at han vil gå direkte hjem fra advokatkontoret og slå sin familie ihjel, eller fortæller klienten, at han vil ødelægge solvognen på Nationalmuseet, skal advokaten selvfølgelig ringe til politiet!

Ingen vil formentlig anfægte, at tavshedspligten er absolut og ukrænkelig, når en advokat optræder som forsvarer i en straffesag eller som partsrepræsentant i en civil retssag.

I andre tilfælde kan det forekomme, at hensynet til en klients krav på hemmeligholdelse af oplysninger videregivet til advokaten må vige for væsentlige samfundsmæssige hensyn til, at oplysningerne kommer frem. Dette er der ingen, der vil bestride – heller ikke advokaterne.

Det er imidlertid ikke den enkelte advokat, der skal foretage afvejningen af hensynet til det enkelte individs krav på hemmeligholdelse i forhold til samfundets interesse i, at en oplysning kommer frem. Var det overladt til advokaten selv at skønne over, hvornår det ville være rimeligt at afsløre fortrolige oplysninger, ville der dels forekomme fejlskøn, hvor fortrolige oplysninger med urette blev videregivet, dels ville man risikere at komme i en situation, hvor advokater for at beskytte sig selv mod kritik, solgte ud af klienternes krav på fortrolighed. En sådan udvikling ville ikke være et retssamfund værdigt.

Selv om det utvivlsomt kunne lette politiets besværlige, men nødvendige arbejde med at efterforske og opklare bl.a. økonomisk kriminalitet, hvis advokaterne af

egen drift skulle række politiet en hjælpende hånd ved at angive klienterne, har jeg tiltro til, at de fleste kan forstå, at det fortsat bør være en uafhængig dommer, som bestemmer, hvornår en advokat skal afsløre oplysninger, betroet ham i hans virke som advokat.

Advokater er ikke og skal ikke være samfundets forlængede arm. I et retssamfund, hvor både den uskyldige og slyngelen har krav på retssikkerhed, kan advokaten kun være klientens repræsentant og skal derfor være uafhængig af alle andre hensyn end hensynet til klienten. Angribes dette udgangspunkt, er det ikke advokaten, men hele vores retssamfund, som er under angreb.

I forbindelse med den debat om en grundlovsrevision, det tilstundende grundlovsjubilaum allerede har givet anledning til, har det fra flere debattører været foreslået, at i det mindste nogle af de garantier for individet, som er indeholdt i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, bør skrives ind i en kommende grundlov.

Advokater i ny grundlov

Forfølges denne tankegang, er det derfor nærliggende at overveje, om også det enkelte individs krav på (uafhængig) advokatbistand i straffesager og i et vist omfang også i civile sager bør sikres i grundloven ved at indarbejde en bestemmelse svarende til konventionens artikel 6 i en ny grundlov.

Lige for øjeblikket synes der ikke at være noget påtrængende behov for at opstille så stærke garantier for eksistensen af en uafhængig advokatstand. Der rummes

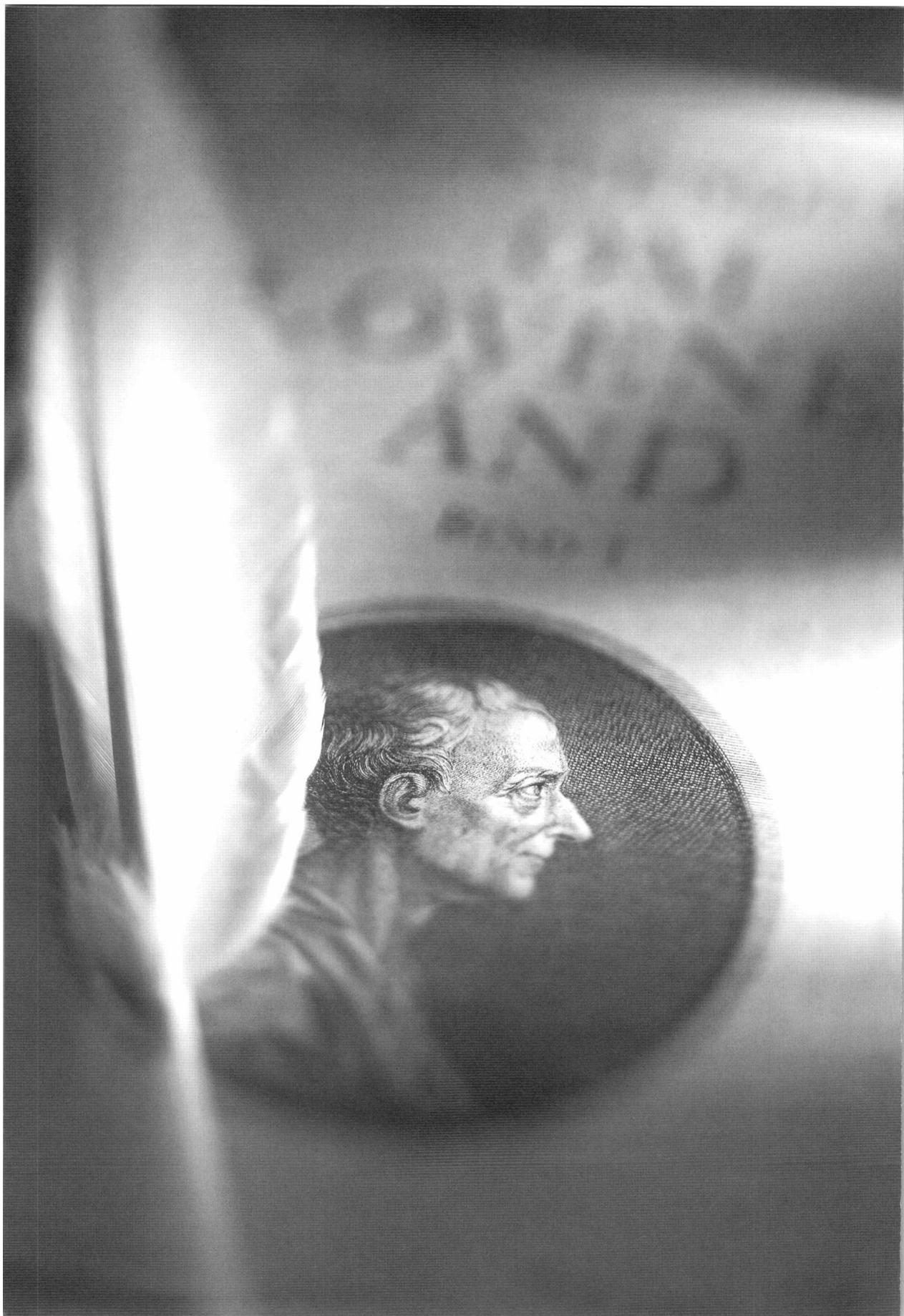


imidlertid en dyb sandhed i Storm P.'s udsagn: »Det er svært at spå, især om fremtiden.«

De tendenser, vi globalt kan se til etablering af internationale rådgivningssupermarkeder præget af uigennemsigtige ejerforhold og høj risiko for skjulte interessekonflikter i forhold til den enkelte klient samt tendensen til f.eks. i lovgivning ved-

rorende økonomisk kriminalitet at vægte hensynet til opklaring højere end hensynet til det enkelte individs retssikkerhed, gør dog, at tanken om en inkorporering af Menneskerettighedskonventionens artikel 6 i grundloven seriøst bør overvejes – ikke af hensyn til advokaterne, men af hensyn til beskyttelsen af det enkelte individ i forhold til statsmagten ■

Henrik Rothe, født 1949. Generalsekretær i Det Danske Advokatsamfund siden 1995. Kriminaldommer i Slagelse 1989-95.





Domstolenes uafhængighed – historisk og aktuelt

Af professor, dr. jur. Ditlev Tamm

Med Tvind-dommen har Højesteret markeret sin uafhængighed. Men der er ingen grund til at overfortolke rækkevidden af dommen. Lovmotiverne var begrundet på en sådan måde, at Højesteret dårligt kunne gøre andet end at erklære loven grundlovsstridig, hvis retten ville tages alvorligt som statmagt. Det bør samtidig erindres, at Højesteret allerede for 78 år siden var tæt på at erklære en lov grundlovsstridig. Kun fordi en dommer skiftede standpunkt undervejs, skete det ikke, skriver professor Ditlev Tamm. Selv om han – bortset fra ordningen med dommeres bijobs – bifalder domstolsreformen, der træder kraft i år, begriber han ikke, at folk uden forstand på domstolene nu får indflydelse på domstolenes forhold.

Den danske grundlov af 5. juni 1849 er på en gang en del af vor egen nationale iden-

titet og en del af en europæisk retskultur. Tanken om, at uafhængige domstole er sat



som værn for den enkeltes rettigheder, er således en fundamental europæisk værdi, men princippet har ikke fundet klart udtryk i grundloven herhjemme. Anderledes i helt nye forfatninger som den sydafrikanske fra 1996, der som en almindelig grundsætning proklamerer: »The courts are independent and subject only to the Constitution and the law, which they must apply impartially and without fear, favour or prejudice.«

Domstolene skal efter denne bestemmelse i artikel 165 være uafhængige og kun underkastet forfatningen og loven, som de skal anvende uden frygt, partiskhed eller forudindtagethed. Dette ideal om en uafhængig og upartisk retspleje kommer også til udtryk i den danske grundlov, men ordvalget i § 64, stk. 2 er mere nøgternt konstaterende: »Dommerne har i deres kald alene at rette sig efter loven.« Ikke underligt at allerede grundlovskomitéen, der i 1849 afgav betænkning om regeringens grundlovsudkast talte om, at grundlovens bestemmelser om domstolene var »påfaldende fattige i et udkast, der selv har erkendt den dømmende magt som en selvstændig statsmagt (§ 3).«

Ikke at den danske grundlov holder sig tilbage, når det gælder om at proklamere almindelige principper, f.eks. om den personlige frihed, boligens eller ejendomsrettens ukrænkelighed, men når det kommer til domstolene, bliver der økonomiseret med ordene.

Det oprindelige grundlovsudkast havde endda indskrænket sig til to bestemmelser. En, der fastslog domstolenes ret til at prøve »øvrighedsmyndighedens grænser«, og en anden, der beskyttede dommere mod afskedigelse.

Den grundlovgivende Rigsforsamling, der i 1848-49 diskuterede regeringens grundlovsudkast, nedsatte et særligt grundlovsudvalg, og her kom de øvrige bestemmelser til, der er en del af værnet om det, som kaldes domstolenes funktionelle og personelle uafhængighed.

Den sidste har at gøre med den neutralitet, som er en følge af de regler, der gælder om ansættelse og afskedigelse af dommere, mens vi taler om domstolenes funktionelle uafhængighed med henblik på de regler, som gælder om dommernes mulighed for at virke i embedet uden at måtte tåle indblanding fra andre myndigheder. Under diskussionen af grundlovsudkastet på Den grundlovgivende Rigsforsamling blev da også indsat bestemmelsen om, at dommerne i deres kald alene har at rette sig efter loven.

Yderligere blev indføjet en bestemmelse om, at ordningen af den dømmende magts udløvelse skulle ske ved lov, og en løfteparagraf om adskillelse af domstolene og forvaltningen, om offentlighed og mundtlighed og indførelse af nævninger.

Forsigtig reform

Om udnævnelse af dommerne står der ikke noget særligt i grundloven. Her gælder den almindelige bestemmelse om, at »kongen« udnævner sine embedsmænd som hidtil.

Dommerne var i 1849 embedsmænd som de i administrationen ansatte, og et karriereforløb, der omfattede både tjeneste ved domstolene og i centraladministrationen var ikke usædvanligt. Med hensyn til domstolene organisatoriske tilhørsforhold og dommerudnævnelse er netop i år sket en ændring.



Diskussionen om domstolenes uafhængighed har fået en ny dimension i grundlovens jubilæumsår 1999. Der er ved lov indført en ny domstolsstyrelse. Dermed understreges domstolenes organisatoriske uafhængighed, der hidtil kun er kommet til udtryk på den måde, at domstolenes forhold ifølge grundloven skal ordnes ved lov. Meget var i 1849 blevet overladt til fremtidens lovgiver. Man havde indskrænket sig til de grundsætninger om domsmagten, der måtte udtales i grundloven for at »fuldende billedet af den konstitutionelle statsbygning«. Den byggede jo på magtens tredeling, som var udtalt i grundlovsudkastets § 3.

I øvrigt er der gode historiske grunde for, at afsnittet om domstolene i grundloven måtte blive kortfattet.

Interessen samlede sig naturligt nok om det nye, nemlig folkerepresentationen og dermed om indretningen af Rigsdagen med et folketing og et landsting samt om valget. Domstole havde man jo, og her tilsigtedes ikke egentlige reformer. Strukturen i domstolssystemet med Højesteret i toppen, landsoverretter som appelinstans og by-, herreds- og birkeretter ændredes da heller ikke.

Kun bortfaldt visse private jurisdiktioner. Heller ikke udnævnelsesretten til dommerne blev der rørt ved. Domstolssystemet overlevede i modsætning til forvaltningen enevælden. Helt anderledes radikalt gik man til værks andre steder, hvor der indførtes en ny forfatning. I USA og Frankrig byggede man helt nye domstolssystemer op fra bunden.

Symbolisk for ændringerne i Danmark er, at tiltaleformen for Højesteret ændredes fra »Stormægtigste allernådigste arveherre

og konge« til »Hæderværdige Højesteret«, og den tronestol, der hidtil havde markeret, at retsudøvelsen var en del af den kongelige magt, fjernedes fra Højesterets retssal. Der skete i første omgang ingen ændringer i selve dommerkollegiet.

Man kan næsten sige, at domstolene fra den ene dag til den anden undergik en indre forvandling fra at være en gren af den enevældige magt til uafhængige domstole i et konstitutionelt monarki, der hvilede på magtfordelingslæren. Når det kunne lade sig gøre, skyldtes det nok i høj grad, at domstolene både før og efter 1849 kun i ringe grad profilerede sig som selvstændigt statsorgan. I tiden op til 1848 havde Højesteret i sager, hvori regeringen havde en interesse, vist en vis selvstændighed, men ikke mere, end at regeringen heller ikke behøvede at føle sig desavoueret. Og efter 1849 skal vi helt frem til 1999, førend retten i forhold til lovgivningsmagten tog det skridt at tilsidesætte en lov som grundlovsstridig.

Inspiration fra udlandet

Som megen anden frihedsideologi er tanken om domstolenes uafhængighed en del af arven fra det 18. århundrede. Ideen om domstolenes uafhængighed er snævert forbundet med den konstitutionelle tanke, der opstod i tiden kort før 1800.

Det var tanker, der i vidt omfang videreførte ideer hos Montesquieu: »Der er heller ingen frihed, hvis den dømmende myndighed ikke er adskilt fra den lovgivende og den udøvende«, skrev baronen fra La Brède i det bekendte sjette kapitel om Englands forfatning i 11. bog af »Om lovenes Ånd« fra 1748. Lidt senere føjede han til: »af de tre



myndigheder vi har omtalt, er den dømmende på en måde uden betydning.« Domstolene er »next to nothing«, oversatte den amerikanske federalist Alexander Hamilton i 1788 i de berømte »Federalist Papers«.

Med Montesquieu kan man argumentere for magtens fordeling på forskellige organer, men det er vanskeligt at finde støtte for den opfattelse, at der skulle tilkomme domstolene en særlig uafhængig position i statssystemet. Domstolene burde efter Montesquieu's opfattelse netop ikke udgøre et permanent korps, men den dømmende myndighed bør, skrev han, »udøves af personer, der tages fra folket på visse årtider og på en måde, der er fastsat ved lov, for at danne en domstol, der kun sidder så længe som det er nødvendigt«.

I hans verdensbillede handlede det om borgernes sikkerhed mod overgreb. Og man kunne frygte overgreb fra domstolene, hvis de blev en stat i staten. Montesquieu var selv dommer ved Parlamentet i Bordeaux, en af Frankrigs regionale domstole. Uafhængigheden sikredes ved, at stillingerne som dommer var arvelige. Parlamenterne opfattede sig som et bolværk mod kongelige magtpræstationer. Kongelig lovgivning skulle indskrives ved parlamenterne for at få gyldighed. Nægtede parlamentet at registrere en kongelig forordning, måtte kongen selv ved en »lit de justice« møde op og personligt sørge for dens registrering. Kongen havde trods alt det sidste ord.

Tanken om uafhængige domstole forudsatte det brud med nedarvet forfatningstradition, der skete ved gennemførelsen af den amerikanske forfatning i 1787. I England havde kongen og domstolene allerede i begyndelsen af 1600-årene haft en styrke-

prøve, men de uafhængige domstole blev først som begreb rigtig en eksportartikel med den nye forfatningstankning, der opstod i slutningen af 1700-årene: Ideen om forfatningen som et skrevet dokument med højere gyldighed end loven. Tanken dukker med særlig styrke op netop hos federalisten Alexander Hamilton. Han kunne sin Montesquieu og indlagde kravet om uafhængighed i sætningen om, at der ingen frihed er, hvis domstolene ikke er adskilt fra de to øvrige statsmagter. Men Montesquieu gjorde jo netop ikke meget ud af domstolenes uafhængighed som et korps. Hamilton fordrede derfor for at opnå uafhængigheden modsat Montesquieu's permanente og lønnede domstole.

Det afgørende var, at den nye form for forfatningstankning forudsatte uafhængige domstole: »The complete independence of the courts of justice is particularly essential in a limited constitution«, skrev han i Federal Paper no. 78. Og han gjorde sig til en afgjort talsmand for domstolenes ret til at prøve loves overensstemmelse med forfatningen: »A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning...«

Domstolene var »the bulwarks« mod lovgivers overgreb, og for at værne individet eller et mindretal mod undertrykkelse krævedes »the independence of the judges«. Uafhængigheden og prøvelsesretten hørte sammen i Hamiltons univers.

Domstolene under enevælden

Også i Danmark blev Montesquieu læst. Om uafhængige domstole kunne der natur-



ligvis ikke være tale i en enevældig stat. Fundamental-loven, som var datidens ord for forfatningen, nemlig Kongeloven af 1665, gav al magt til kongen, og også den dømmende magt udsprang af kongens enevældige magt.

Den dømmende magt var end ikke særskilt nævnt i Kongeloven.

Det var generalprokurør Henrik Stampe fortjeneste i slutningen af 1700-tallet at pege på retten til at få en afgørelse påklaget ved domstolene som en del af det danske monarkis væsen. Han talte om »lands lov og ret« som en ret, der ikke vilkårligt kunne berøves borgerne. Hans anliggende var statsretligt, for så vidt som han udledte en særstilling for den dømmende magt af det danske styres karakter af modereret i den forstand, Montesquieu anvendte ordet. Det handlede ikke om dommernes personelle uafhængighed og heller ikke om forholdet mellem lovgiver og domstolene, men om at fastslå, at der var grænser for, hvilke beslutninger den udøvende magt kunne træffe.

Formelt var der ingen grænser, men alligevel mente Stampe at kunne argumentere med, at »vor Constitution« bl.a. medførte, at kongen ikke kunne skærpe en dom.

Kongeloven var fundamental-loven, mens konstitutionen – forfatningen – var den almindelige beskrivelse af statsformen. Det er ikke meningsfuldt at sige, at domstolene under enevælden var, hverken helt eller delvis, uafhængige. Tværtimod var de fuldstændig afhængige af kongen. Men med grundsætninger, som dem Stampe havde lånt fra Montesquieu, blev reglen, at den udøvende magt ikke blandede sig i domstolsafgørelser. Mens kongen før enevælden ivrigt havde deltaget i retsplejen,

blev det den paradoksale konsekvens af enevælden, at domstolene i realiteten fik en friere stilling i forhold til den statsmagten.

I enevældens sidste år var domstolene da heller ikke uden videre regeringens forlængede arm. Tydeligst kom det frem i de mange sager om trykkefrihed, der blev anlagt i de sidste årtier før enevældens fald.

Domstolene frifandt hyppigt de tiltalte eller idømte lave straffe, men de gav også tit regeringen ret, og derfor var der mange liberale og bondevenner, der så på domstolene som en del af det gamle styres undertrykkelsessystem og nærede mistillid til domstolene. Blandt dem, der ikke mente, at domstolene kunne kritiseres på det punkt var til gengæld grundlovsfaderen Monrad, der i 1866 i Folketinget udtalte, at han altid havde skrevet i tryk forvisning om, at »ikke noget, der ikke efter vedkommende domstols overbevisning ville stride mod loven, af dem, ville blive straffet.«

Prøvelsesretten

Mistilliden kom imidlertid tydeligt frem, da man på Den grundlovgivende Rigsforsamling i 1849 diskuterede domstolenes forhold til forfatningen. Grundlovskomiteen havde fremsat et forslag om optagelse af en bestemmelse i grundloven om, at love og anordninger, der er strid med grundloven, er uden gyldighed.

Af denne bestemmelse fulgte indirekte en beføjelse for domstolene til at prøve en lovs overensstemmelse med forfatningen. Under debatten på rigsforsamlingen viste der sig imidlertid at være stor modstand mod at optage en sådan bestemmelse i grundloven. Alle var enige om, at domsto-



lene skulle være uafhængige af den udøvende magt og have ret til at »prøve øvrighedsmyndighedens grænser«.

Men når det gjaldt forholdet til lovgiver, var meningene om domstolenes plads delte. Modstanderne af prøvelsesretten argumenterede på forskellig måde.

En af de mest skeptiske var Tscherning, der i almindelighed anså domstolene for et bagstræberisk levn fra enevælden, og derfor ville han heller ikke indrømme dem en så vidtgående beføjelse. En anden modstander var Ørsted, hvis synspunkt var, at domstolene burde være underordnet statsmagten. Ikke at han, der var det gamle styres mand, så med sympati på den nye tingenes orden, hvor konge og folk havde den lovgivende magt, men hans udgangspunkt var enevældens, at domstolene var udnævnte af statsmagten og underordnet denne og derfor ikke skulle blande sig i selv magtens udøvelse.

Han ville derfor heller ikke anerkende domstolene som en med konge og rigsdag sideordnet statsmagt. I sin »Prøvelse af de Rigsforsamlingen forelagte Udkast til en Grundlov og en Valglov« fra 1849 skrev han: »Naar endelig § 3 siger, at den dømmende magt er hos de anordnede domstole, så kunne det synes, som om disse anordnede domstole, skulle forfatningsmæssigt betegnes som en selvstændig, kongen og folkerepræsentationen sideordnet, del af den højeste magt, men dette er og kan ikke være meningen« (s. 117).

Et tredje parti – væsentligst bondevenner – var af den opfattelse, at konge og folk bestemte, og ved at give en lov havde de fastslået dens grundlovsmæssighed, og det skulle domstolene ikke tilsidesætte.

En af dem, den senere konseilspræsident C.G. Andra, erindrede i et indlæg på Den grundlovgivende Rigsforsamling i 1849 om systemet i Frankrig under l'Ancien Régime. Andra var ingen tilhænger af at give domstolene ret til at prøve loves overensstemmelse med grundloven. Når »folkets repræsentanter i forbindelse med Kongen bestemmer«, var det efter hans opfattelse den største garanti for en lovs grundlovsmæssighed, og når han omtalte det gamle franske system, var det for at bringe domstolsprøvelsen i miskredit. Efter denne opfattelse var der kun én slags magt, som fandt udtryk i folkets vilje, som den manifesterede sig i Rigsdagen.

En stor gruppe af rigsforsamlingens jurister, der talte navne som Krieger og Hall, mente, at en bestemmelse om domstolsprøvelse simpelthen fulgte af det konstitutionelle principps natur. Efter deres opfattelse forudsatte det konstitutionelle princip en magtfordeling. Som amerikaneren Hamilton mente de, at det måtte være domstolene, der skulle sikre, at den trinlavere lov var i overensstemmelse med grundloven. Det mente de ikke satte domstolene over andre statsmyndigheder. Det lå simpelthen i deres opgave som domstole ifølge forfatningen, der var over alle statsmyndigheder.

Efter afstemning bortfaldt forslaget om en sådan grundlovsbestemmelse, men diskussionen er interessant, fordi den viser brydningen mellem forskellige opfattelser af grundlaget for statsmagten. Bondevennernes opfattelse kommer nærmest det synspunkt, at magten byggede på folkesuveranitetsprincippet, der ikke kunne anfægtes af domstolene. Efter de national-liberales opfattelse forudsattes en tredeling



af magten og en domstolskontrol. Dette sidste standpunkt blev også domstolenes, men indtil 1999 handlede de på mange måder, som om det var det første princip om magtens enhed, der var slået igennem.

Fra provisorierne til Tvind

Et tydeligt bevis på, at domstolene i årene efter 1849 ikke kunne regne med alt for megen »good-will« fra regeringens side, fik man allerede i 1856. Efter at regeringen Ørsted var blevet frikendt af Rigsretten, hvori Højesterets medlemmer havde sæde, blev fra regeringens side iværksat forskellige sanktioner over for retten. Flere dommere blev afskediget, en ny præsident udnævntes, der ikke havde været dommer i retten, og en pligt til at begrunde rettens afgørelser blev indført. Det sidste forekom jo ganske rimeligt, mens de to første foranstaltninger kunne betragtes som en strafaktion.

Overhovedet så bondevennerne og Venstre med skepsis på domstolene, og ved flere lejlighederne søgte man at gøre indgreb i domstolenes uafhængighed. I 1866 var der således forslag om indskrænkninger i reglerne om dommernes uafsættelighed, men et forslag herom blev forkastet.

I de kommende år var forholdet mellem domstolene og lovgivningsmagten gnidningsfrit. Domstolene levede op til kravet om uafhængighed, men manifesterede heller ingen udpræget vilje til at gå egne veje.

Tre eller fire situationer kan nævnes, hvor en anden stillingtagen end regeringens havde været mulig, men hvor man valgte at følge regeringen.

I den forbindelse henvises som regel til domstolenes stillingtagen til de under mi-

nisteriet Estrup udstedte provisoriske eller foreløbige love. Disse love blev udstedt formelt i overensstemmelse med grundloven, og det var også domstolenes standpunkt.

Om den benyttelse af de provisoriske love, der var tale om, til at komme uden om et folketingsflertal, kunne stride mod »grundlovens ånd«, tog domstolene ikke stilling til. I 1894 fik Højesterets præsident P.C.N. Buch Elefantordenen. Buch hørte ikke til de mest fremtrædende af rettens præsidenter, og der var ikke på det tidspunkt længere kutyme for at give en højesteretspræsident denne udmærkelse, der af mindre velvilligt indstillede kunne tolkes som en anerkendelse af, at Højesteret havde udført sin rolle i det politiske spil om provisorierne, der var opretholdt indtil forliget i 1894.

Ordensdekorationer til dommere er et spørgsmål, som er svært at tage alvorligt som truende for rettens uafhængighed, men det kan dog nævnes, at der ved flere lejligheder i Folketinget, bl.a. 1910-11 af C.Th. Zahle med tilslutning af professor J.H. Deuntzer blev fremsat det synspunkt, at dommere ikke burde modtage ordensdekorationer eller anden udmærkelse.

Det tidspunkt i Højesterets historie, hvor man kom nærmest på en tilsidesættelse af en lov som grundlovsstridig, var i forbindelse med prøvelsen af loven om fæstefløsning, se UfR 1921, s. 644. Spørgsmålet var også fremme i forbindelse med lensafløsningen, men blev især stillet på spidsen i sagen om fæstefløsningen.

Spørgsmålet var, om den vurdering, som skulle lægges til grund ved fæsterens ret til at overtage sin gård til selveje, var i overensstemmelse med grundloven. Med én stemmes overvægt opretholdtes loven, og



den pågældende dommer skiftede endda standpunkt undervejs. Så der var ikke langt i 1921 til, at retten i praksis havde tilsidesat en lov som grundlovsstridig.

Det er værd at erindre, når spørgsmålet om rækkevidden af dommen i »Tvind-sagen« af 19. februar 1999 skal vurderes.

Under besættelsen kunne kommunistlovens overensstemmelse med grundloven i høj grad diskuteres. Ganske vist indeholdt grundloven i sin daværende formulering ikke et udtrykkeligt forbud mod frihedsberøvelse på grund af politisk overbevisning, men igen kunne man spørge om »grundlovens ånd«. Men Højesteret valgte at opretholde loven ved en kendelse 1941.

Til gengæld tog domstolene heller ikke afstand fra at medvirke ved anvendelsen af retsopgørets straffelove med tilbagevirkende kraft. Et forbud mod sådanne love fandtes jo ikke i grundloven, og spørgsmålet blev heller ikke bragt frem.

Det afgørende gennembrud skete i 1999. De nærmere omstændigheder bag dommen i den såkaldte »Tvind-sag« skal ikke omtales her. Det skal dog fremhæves, at tilsidesættelsen af en lov som grundlovsstridig skete i forhold til en lov, hvis grundlovsmæssighed fra flere sider og også under folketingsbehandlingen var blevet betvivlet.

Loven omtalte selv i sine motiver, at den gik grundlovens ordning nær ved at afskære domstolsprøvelse af en ret til tilskud. Muligt kunne man have konstrueret en begrundelse, der lagde vægt på, at der var tale om en politisk afgørelse af skolekoncerners tilskudsberettigelse, der hørte under lovgivningsmagten. Alligevel er det fristende at sige, at lovens indgreb på et naturligt domstolsområde i lovmotiverne var begrundet

på en sådan måde, at Højesteret dårligt kunne sidde denne lejlighed til at vise sig som grundlovens vogter overhørig, hvis retten ville tages alvorligt som statsmagt.

Det er en stor og ubehagelig beslutning at skulle tilsidesætte, hvad et folketingsflertal anser som et nødvendigt og grundlovsmæssigt indgreb, ikke mindst da det kan være vanskeligt at føle sympati med Tvindskolernes fremgangsmåde, men dommen er i overensstemmelse med en tradition for lige adgang til domstolsbeskyttelse, der kan følges langt tilbage i tiden med Henrik Stamps »lands lov og ret« som en fremtrædelsesform.

Med dommen er det slået fast, at der er grænser for, hvad et folketingsflertal kan vedtage. Det konstitutionelle princip gælder. Men samtidig er dommen så konkret begrundet, at der ikke nødvendigvis kan drages slutninger til en højere grad af »judicial activism«. Vi behøver næppe at frygte prøvelsesretten som den »kepp i demokratiets hjul«, som den norske historiske J.A. Seip talte om. Men Højesteret har med dommen 1999 markeret sin uafhængighed, sådan som amerikanske federalister krævede det i 1780-erne.

Dommerudnævnelser

På Den grundlovgivende Rigsforsamling talte man om den nye konstitutionelle lovgiver over for domstolene, der endnu havde deres rod i enevældens system.

Dommerne udnævntes af kongen, og det blev der ikke ændret på ved grundloven. Kongen havde efter Kongelovens artikel III retten til at udnævne alle »betjente« – herunder retsbetjente – og den ret beholdt



han. Blot skulle kongen nu have justitsministerens kontrasignatur. Men i princippet vedblev domstolene at være en del af det almindelige embedsapparat med de særegler, der gjaldt om den personelle og den funktionelle uafhængighed.

Justitsministeriet blev domstolenes ministerium, som Danske Kancelli tidligere havde været det, og naturligt nok rekrutteredes en stor del af dommerne især i overinstanserne fra dette ministerium, der havde nær tilknytning til domstolsvæsenet. Justitsministeriet blev genvejen til en dommerstilling, og siden 1830-erne var stillingen som dommer blevet en slutstilling.

En jurist som Ørsted blev højesteretsdommer som 32-årig og forlod få år efter retten for at blive deputeret i Kancelliet. Senere blev det omvendt. En stilling i domstolene blev slutstenen på en juridisk karriere. Det betød, at dommerne ikke behøvede at skele til karrièremulighederne, når de traf deres afgørelser.

I en særlig bestemmelse i grundloven blev det fastslået, at domstolenes ordning skulle fastsættes ved lov, og det blev stillet i udsigt, at retsplejen skulle adskilles fra forvaltningen.

Endnu var dommerne i underinstanserne tillige udøvere af politimyndighed og flere steder også borgmestre. Disse embedsmænd var ikke omfattet af reglerne om uaf-sættelighed. Det rådedes der bod på med retsplejeloven, der trådte i kraft 1919, men nogen særegler om udnævnelse af domme-re blev heller ikke gennemført ved denne lejlighed. Det vedblev at være justitsminis-terens domæne.

Tanken om at der burde indføres en ordning, der flyttede udnævnelseskompetencen

til dommerne selv, har dog flere gange været nævnt. I 1880 sagde P.C. Zahle: »Når man lever i et konstitutionelt land, må der på en eller anden måde findes en vej, ad hvilken domtolene kunne supplere sig selv og indtage den selvstændige stilling i staten, som efter forfatningen tilkommer dem.«

Tanken dukkede op igen i 1901, men samtidig fremhævedes også faren for, at dommerstanden på den måde kunne blive en lukket stand.

Der har ikke i perioden siden grundlovens vedtagelse i 1849 kunnet påvises eksempler på, at justitsministeren har misbrugt myndigheden til at udpege dommere til at indsætte ukvalificerede personer, politiske medløbere eller overhovedet har påtvunget domstolene en person som dommer.

Af samme grund var det i et så pragmatisk land som Danmark vanskeligt rigtigt at skabe engagement omkring en ordning af dommerudnævnelserne, der – som det er tilfældet i mange lande – lader udnævnelserne foregå ved et uafhængigt organ.

Det var den såkaldte Tamil-sag og den kritik af Justitsministeriet, der fulgte af den, som satte diskussionen om en nyordning i gang. Traditionelt rekrutteres en del dommere fra Justitsministeriet, der da også tilbyder en alsidig uddannelse inden for retsvæsenet. Det har man længe vidst, og de i Justitsministeriet uddannede dommeres faglige kvalifikationer har været svar at benægte, men Tamil-sagen gav nu en anledning til at tage kompetencespørgsmålet op og til samtidig igen at rejse spørgsmålet om en mere alsidig rekruttering til domstolene. Altsammen uden at nogen kunne rejse noget, som blot lignede kritik, af den måde, hvorpå domstole fungerer.



Det skulle da lige være lange berammelsestider, men det kan vanskeligt tilskrives dommernes baggrund i retsvæsen eller Justitsministerium.

Når det er sagt, skal det da også fremhæves, at den hidtidige ordning principielt var forkert, og at det er en rigtig videreførelse af grundlovens konstitutionelle principper at nedsætte en selvstændig domstolsstyrelse og at give domstolene selv en højere grad af formel indflydelse på udnævnelserne for derved at understrege uafhængigheden af den udøvende magt.

Nye tider

Ved lov nr. 401 af 26. juni 1998 om Domstolsstyrelsen indførtes en domstolsstyrelse og et særligt dommerudnævnelsesråd. Domstolsstyrelsen er en selvstændig statsinstitution, der ledes af en bestyrelse og en direktør.

Styrelsen skal varetage domstolenes bevillingsmæssige og administrative forhold. Forskellige muligheder blev drøftet, herunder en henlæggelse af domstolene under Folketinget eller Statsministeriet, men resultatet blev en selvstændig styrelse i tilknytning til Justitsministeriet.

Bestyrelsen er sammensat af en højesteretsdommer, to landsdommere, to byretsdommere, repræsentanter for det øvrige juridiske og det administrative personale og en advokat. De juridiske fakulteter – der jo trods alt er de steder, hvor dommerne får deres basale uddannelse – er ikke repræsenteret. Til gengæld udpeges to medlemmer »med særlig ledelsesmæssig og samfundsmæssig indsigt« efter indstilling fra Landsarbejdsrådet og Rektorkollegiet. Hvorfor

netop disse to organer, der jo ikke har meget med domstolene at gøre, har fået denne kompetence, kan nok undre.

Det samme gælder sammensætningen af det særlige dommerudnævnelsesudvalg, der afgiver indstilling til justitsministeren om dommerudnævnelser, og som omtales i retsplejelovens § 43 a og b. Udvalget består af en højesteretsdommer, en landsdommer, en byretsdommer og en advokat samt to repræsentanter for »offentligheden«.

De to offentlighedsrepræsentanter beskikkes efter indstilling fra Amtsrådsforeningen og Kommunernes Landsforening i forening og Dansk Folkeoplysnings Samråd. Også i dette tilfælde må man beundre lovgivers opfindsomhed, når det gælder om at finde utraditionelle løsninger.

Det er svært at se, hvilke tvingende grunde, der har ført til, at netop disse organer er tillagt denne indstillingsret, der tilmed er gjort bindende, idet reglen i ligestillingsloven om, at der skal indstilles såvel en mandlig som en kvindelig kandidat ikke gælder. Det har været magtpåliggende for Folketinget at sikre, at justitsministeren intet råderum fik.

I betragtning af, at der som nævnt på intet tidspunkt har kunnet rettes indvendinger mod nogen dommerudnævnelse, er det vanskeligt at forstå, hvorfor en indstillingsret ikke ligger hos den parlamentarisk ansvarlige minister fremfor i foreninger uden noget egentligt folkeligt mandat endsige særlig indsigt i domstolsforhold.

Af betydning for domstolenes uafhængighed er tillige den diskussion, der har verseret om dommeres bibeskæftigelse, og som nu er resulteret i bestemmelserne i retsplejelovens § 47 a og b, hvorefter dommere



årligt skal afgive en indberetning om indtægtsgivende hverv og evt., hvis vedkommende retspræsident finder det fornødent, skal redegøre for tidsforbruget i den forbindelse og evt. også indtægter.

Bestemmelsen er et kompromis mellem flere opfattelser. En mere vidtgående, der kræver fuld offentlighed om dommeres bihverv, og en restriktiv, der vil henføre sådanne oplysninger til privatlivet. Danske dommere har da også i forhold til mange andre lande en meget vid adgang til bihverv og biindtægter.

Jeg erindrer, da jeg spurgte en dommer i den sydafrikanske forfatningsdomstol, om han havde mulighed for bihverv, at han simpelthen ikke forstod spørgsmålet. Uafhængighed var noget helt bogstaveligt.

Der kan være mange opfattelser af dette spørgsmål. Den almindelige opfattelse er vel

den, at dommeres bihverv giver dommerne en praktisk erfaring, der kan være nyttig. Til gengæld kan man spørge, om ikke fuld offentlighed om biindtægter er et naturligt korrelat til domstolenes uafhængighed.

Dommergerningen er noget særligt, og de seneste regler om en selvstændig Domstolsstyrelse har yderligere understreget dette. Diskussionen om domstolenes uafhængighed er næppe ført til ende med de seneste love og lovændringer. Det bør den heller ikke være. Domstolenes uafhængighed er så vigtig at værne om, at diskussionen ikke kan anses som afsluttet. Der må hele tiden ske en tilpasning til samfundets krav.

Som den berømte forfatter af værket om »Roms Storhed og Fald« Edward Gibbon skrev: »The first of earthly blessings, independence« ■

Ditlev Tamm, født 1946. Professor i retshistorie ved Det Retsvidenskabelige Institut A, Københavns Universitet, dr. jur. & phil.



Forholdet mellem domstolene og Folketinget

Af professor Claus Haagen Jensen

Med Højesterets afgørelse i Maastricht-sagen og Tvind-sagen har domstolene bevæget sig ud af provisorietidens slagskygge. Domstolene har markeret, at de har enekompetence på et område, som de er parate til at værne om, og at de er villige til at foretage en tættere prøvelse af, om lovene harmonerer med grundloven. Årsagerne hertil er flere, bl.a. påvirkning og pres fra internationale domstole samt ønsket om at bruge grundloven, så den mødes med respekt, skriver professor Claus Haagen Jensen. Han mener, at Tvind-dommen må føre til, at domstolene ikke længere accepterer de såkaldte endelighedsklausuler, der afskærer domstolsprøvelse af administrative afgørelser.

Allerede i grundlovens § 3 om magtens tredeling signaleres, at domstolene har en vigtig

rolle i det danske statsstyre: »Den lovgivende magt er hos kongen og Folketinget

i forening. Den udøvende magt er hos kongen. Den dømmende magt er hos domstolene.»

Grundloven opdeler således statsfunktionerne i tre kategorier og placerer den ene af dem – den dømmende funktion – hos domstolene. At grundloven tillægger domstolene betydning, underbygges bl.a. yderligere af, at grundlovens kapitel VI (§§ 59-65) handler om domstolenes organisation og uafhængighed, og at domstolen i grundlovens regler om menneskerettigheder tildeles en række vigtige kompetencer.

Denne rollefordeling mellem de øverste statsorganer har siden den første grundlov af 1849 hvilet på i alt væsentligt de samme forfatningsbestemmelser. På denne baggrund kunne man vel formode, at alle væsentlige tvivsspørgsmål for længst er afklaret. Således er det ikke. Navnlig i betingelser mellem domstolene og Folketinget har retstilstanden på vigtige punkter været usikker. Gennem mange år er vi ikke kommet en afklaring nærmere, men specielt siden 1996 er der faldet tre højesteretsdomme, som til en vis grad gør op med de tilvante forestillinger om domstolenes rolle i forhold til Folketinget. Dommene markerer utvivlsomt en nyorientering og begyndelsen på en ny fase i det langvarige samliv mellem de to institutioner. Samtidig skal betones, at dommene er konkrete, og at ingen i dag med sikkerhed kan sige, hvordan samlivet vil udvikle sig i de kommende år.

Det er tilfredsstillende at beskæftige sig med forholdet mellem domstolene og Folketinget på et tidspunkt, hvor der kort forinden er sket noget væsentligt nyt, og hvor det nye samtidig ikke på nogen måde er den definitive afklaring af relationen mellem de

to statsorganer. I denne situation er emnet både aktuelt og udfordrende.

Fremstillingen af de gældende regler om forholdet mellem domstolene og Folketinget falder i tre hoveddele. I den første undersøges, om domstolenes og Folketingets funktionsområder er adskilte, eller om de kan gribe ind på hinandens områder. Hovedspørgsmålet er her utvivlsomt, om Folketinget gennem lovgivning kan afgøre spørgsmål, som i hvert fald normalt henhører under domstolene, eller om disse kan siges at have en »enekompetence«.

I den anden del af undersøgelsen tages det op, om de to organer i organisatorisk henseende kan påvirke hinanden. Det centrale punkt er her spørgsmålet om domstolenes uafhængighed af Folketinget.

Den tredje og sidste del af udredningen beskæftiger sig med, hvem af de to organer, der har det sidste ord at sige om loves forenelighed med grundloven. Udtrykt på en anden måde er det spørgsmålet om domstolenes adgang til at prøve loves grundlovsmæssighed. Denne problemstilling er for så vidt et spørgsmål om organernes funktionsområder, men det er dog så specielt, at jeg finder det rigtigst at behandle det for sig. I et afsluttende afsnit vil jeg dels vurdere mulige årsager til den nyorientering, der tilsyneladende afspejles i de seneste års retspraksis, og dels gå ind i en vurdering af, om gældende ret på området kan anses for tilfredsstillende.

Adskilte kompetenceområder?

Det forekommer mig lettest at belyse problemstillingen ved at tage udgangspunkt i Folketingets hovedfunktioner og i relation

til hver af dem at vurdere, hvilke konflikter der kan forekomme i relation til domstolene, og hvordan disse skal løses. Folketinget har tre hovedfunktioner: a) at lovgive sammen med regeringen, b) at tage stilling til, hvilke økonomiske midler der skal stilles til rådighed for forvaltningen (bevillingskompetencen) og c) at føre kontrol med forvaltningen. Det første af disse punkter er helt dominerende i det følgende, men de to øvrige hovedfunktioner for Folketinget medtages for fuldstændighedens skyld.

Enekompetence for lovgiveren?

Der er ingen tvivl om, at udtrykket »lovgivende magt« omfatter fastsættelsen af generelle forskrifter, og at denne funktion både historisk og aktuelt udgør den helt dominerende del af lovgivningen. Uden foreløbig at gå ind på, om lovgiveren også kan træffe beslutninger om konkrete sagsforhold – herom side 28 – kan der være grund til at spørge, om udstedelse af generelle retsforskrifter er en enekompetence for lovgiveren.

I forhold til den *udøvende magt* (forvaltningen) er det åbenbart, at man ikke kan tale om en enekompetence for lovgiveren. Denne kan om end næppe ubegrænset delegeres beføjelser til at udstede generelle bestemmelser til administrationen. Dette sker i meget stort omfang og må antagelig i dag anses for at være en praktisk nødvendighed.

Hermed er det ikke udelukket, at der gælder noget andet i forhold til *domstolene*, som helt entydigt er indrettet på at behandle konkrete sager, og som både direkte og indirekte savner et demokratisk mandat. Det ville passe fint med den klassiske magtadskillelsestankegang, hvis man delte

opgaverne således, at én instans – lovgiveren – skulle formulere de generelle regler, medens en anden står for disses anvendelse i forhold til konkrete sager. Hver instans udvikler sin ekspertise, og sammenfald af magt med heraf følgende trussel mod retssikkerheden undgås.

Der kendes ingen eksempler på, at lovgiveren har meddelt en domstol bemyndigelse til at udstede bekendtgørelsesregler. Derimod er det på en del områder velkendt, at lovgiver overlader til domstolene at udvikle, hvad der skal være ret. Som eksempler kan henvises til hovedparten af erstatningsretten og til de såkaldte »general-klausuler« i bl.a. aftaleloven og markedsføringsloven. Der er med andre ord ikke grundlag for at hævde, at domstolene kun skal »anvende« ret og ikke »skabe« ret. Der er dog to vigtige tilføjelser. For det første går praksis ikke længere end til at overlade domstolene beføjelse til at »skabe« ret i konkrete sager.

Retsdannelsen sker med den konkrete sags forhold som udgangspunkt og er umiddelbart kun bindende i denne. For det andet viser retspraksis mange eksempler på, at domstolene viger tilbage fra at gå ind på et generelt spørgsmål med den begrundelse, at en generel afklaring bør ske gennem lovgivning. Som eksempel kan henvises til U 1994 536 HK vedrørende den daværende danske praksis for konstituerede dommere og dennes forhold til Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6, stk.1.

Konklusionen på det foranstående er, at der i hvert fald ikke eksisterer en enekompetence for lovgiveren, som udelukker denne fra at overlade – eksplicit eller stiltiende – domstolene adgang til at skabe ret, når

dette sker på grundlag af og umiddelbart kun med virkning for en konkret sag. Det skal samtidig understreges, at lovgiveren bestemmer, om domstolene skal have denne opgave eller ej, og en konfliktmulighed foreligger ikke. Retspraksis viser tillige, at domstolene har forståelse for, at en generel afklaring af retstilstanden på et område bør ske gennem lovgivning.

Enekompetence for domstolene?

Ligesom man kan spørge, om lovgiveren har en enekompetence, er der grund til at tage op, om domstolene har beføjelser, som ikke kan varetages af andre. I nærværende sammenhæng er spørgsmålet, om domstolene har funktioner, som end ikke lovgiveren kan overtage og træffe afgørelse om ved lov.

Indledningsvis bør fremhæves, at domstolene generelt skal virke på grundlag af lovene. Dette ligger i 1. punktum af grundlovens § 3 om den lovgivende magt og fremgår yderligere af navnlig § 64 om domstolenes funktionelle uafhængighed. Reagerer Folketinget og regeringen mod indholdet af en dom ved at ændre den pågældende lov, må domstolene for fremtiden justere deres praksis i overensstemmelse med den nye lov. Domstolene er således i udgangspunktet »underordnet« lovgiveren og dermed Folketinget.

Dermed er dog ikke udelukket, at domstolene kan have en vis enekompetence til at træffe konkrete afgørelser, hvis grundloven indeholder belæg herfor. Det gør grundloven utvivlsomt i en række specielle sammenhænge, hvor bestemmelser udtrykkeligt henlægger en opgave til domstolene.

Som eksempler kan henvises til grundlovens §§ 64, 71, 72, 73, 77 og 78. Dette vil ingen bestride. Mere usikkert er det, om domstolene også kan støtte en enekompetence på den bredest holdte bestemmelse i § 3, 3. punktum: »Den dømmende magt er hos domstolene.« Dette spørgsmål belyses på de følgende sider. Domstolenes eventuelle enekompetence til at prøve forvaltnings afgørelser efter § 63 udgør et særligt problem, som behandles på side 32.

Enekompetence for domstolene støttet på grundlovens § 3

Lovgiveren har i praksis langt fra holdt sig til at udstede generelle retsforskrifter. I en række tilfælde – med eller uden støtte i specielle grundlovsbestemmelser – er der ved lov taget stilling til konkrete sagsforhold. I sådanne situationer er der normalt sket det, at en afgørelse, der ellers skulle være truffet af forvaltningen i henhold til en generel lovforskrift, er taget direkte af lovgiveren.

Den helt overvejende del af de statsretlige forfattere antager, at denne praksis er grundlovsfærdig, fordi forvaltningen ikke kan basere en enekompetence på udtrykket »den udøvende magt« i grundlovens § 3, 2. pkt. Dette forklares navnlig med, at udtrykket er meget vagt, og at Folketinget i kraft af parlamentarismen har afgørende indflydelse på den ministerstyrede del af forvaltningen. (Der kan bl.a. henvises til Poul Andersen, Dansk Statsforfatningsret, 1954, s. 307.)

Vedrørende det parallelle spørgsmål om enekompetence på grundlag af udtrykket »den dømmende magt« i § 3, 3. punkt-

tum, er meningerne delte i den statsretlige teori. Den overvejende opfattelse er, at bestemmelsen sætter visse grænser for lovgiveren. (Se bl.a. Poul Andersen, a.st., s. 564 ff., Jens Peter Christensen, Forfatningsretten og det levende liv, 1990, s. 208, Max Sørensen, Statsforfatningsret, 2. udg., 1973, s. 289, og Peter Germer, Statsforfatningsret, 2. udg., 1996, s. 17.) Heroverfor har navnlig Alf Ross afvist, at grundlovens § 3, 3. pkt., begrænser lovgiveren (jfr. Statsretlige Studier, 1959, s. 68 ff., og Dansk Statsforfatningsret, 3. udg. ved Ole Espersen, 1980, s. 237 ff.). Zahle fulgte oprindeligt i resultatet Ross, jfr. Dansk Forfatningsret 2, 1989, s. 75 ff., men har i den seneste udgave af samme bog fra 1996, s. 102 ff. lagt sig nærmere hovedlinien i teorien.

For dem, der finder en skranke for lovgiveren i grundlovens § 3, 3. punktum, dækker udtrykket »den dømmende magt« typisk retstvister mellem private, ikendelse af straf og tvister mellem forvaltningen og private. Disse spørgsmål er forbeholdt domstolene med meget begrænsede muligheder for at gennemføre modifikationer ved lov.

På grund af uenigheden i teorien og usikkerhed om, hvad de tre forbeholdte sagskategorier nærmere dækker, og fordi der ikke har været retspraksis om emnet, har der indtil februar 1999 været betydelig tvivl om retstilstanden. Med Højesterets dom af 19. februar 1999 i Tvind-sagen (i det følgende omtalt som »Tvind-dommen«) er en del af denne usikkerhed fjernet.

Tvind-dommen udspringer af lov nr. 506 af 12. juni 1996 om ændring af lov om højskoler, efterskoler, husholdningsskoler og håndarbejdsskoler, lov om friskoler og private grundskoler mv., lov om gymnasiet

mv. og lov om kursus til højere forberedelseseksamen og om studieforberedende enkeltfagsundervisning for voksne mv. Alle de nævnte skoler og kurser var private og modtog betydelig statsstøtte efter lovenes almindelige bestemmelser. Ved ændringsloven gennemføres ensartede ændringer på tre punkter:

- a) De hidtidige generelle betingelser for at opnå godkendelse og modtage tilskud skærpes, og adgangen til at tilbagekalde meddelte beslutninger om godkendelse og ydelse af tilskud udvides.
- b) Det bestemmes, at der i en to-årig periode fra 1. juli 1996 ikke skal kunne godkendes og ydes tilskud til nye skoler.
- c) For så vidt angår 32 udtrykkeligt opregnede skoler, som alle var knyttet til Skolesamvirket Tvind, bestemmes i lovens §§ 6 og 7, at de efter udgangen af 1996 ikke skal kunne modtage statslige eller kommunale tilskud. Baggrunden for denne usædvanlige bestemmelse var ifølge bemærkningerne til lovforslaget (s. 6-7), at undersøgelser foretaget af Undervisningsministeriet selv, Rigsrevisionen og et privat revisionsfirma bl.a. havde vist, at skolerne ikke opfyldte den centrale tilskudsbetingelse om at være selvejende institutioner, og at offentlige midler bevilget til skoleformål systematisk blev trukket ud af skolerne og anvendt til uvedkommende formål. Ministeren erkendte i lovforslagets bemærkninger at have hjemmel til afgørelser, der stopper for fremtidig tilskudsudbetaling. Han foreslog imidlertid et lov-

givningsmæssigt indgreb af to grunde. Dels fordi lukning af et så stort antal skoler er et så usædvanligt og principielt skridt, at det var nødvendigt at sikre sig en stillingtagen hertil fra Folketingets side. Dels ville »en administrativ løsning mere sandsynligt end en lovgivningsmæssig løsning resultere i et stort antal retssager, der i en årrække vil betyde store og mangeartede omkostninger for samfundet.«

Allerede kort efter lovforslagets fremsættelse blev dette kritiseret i den offentlige debat for at medføre en overtrædelse af flere forskellige bestemmelser i grundloven og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Formentlig foranlediget heraf indhente de Undervisningsministeriet en vurdering fra Justitsministeriets lovafdeling. I et notat af 13. maj 1996 konkluderede lovafdelingen, at der hverken i grundloven eller konventionen var retlige hindringer for, at lovforslaget kunne vedtages. Samtidig pointerede lovafdelingen, at den foreslåede lovgivning gav anledning til principielle retspolitiske overvejelser, og at bestemmelser som forslagets §§ 7-10 (lovens §§ 6-9) kun burde anvendes, når der forelå tungtvejende grunde for det (Notatets s. 28 f.).

Efter at jeg den 19. maj 1996 havde afgivet et responsum til Socialistisk Folkeparti med den hovedkonklusion, at forslaget var i strid med både grundlovens § 3, 3. punktum og Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6, blev sagen på ny overvejet i lovafdelingen, der i et nyt notat af 24. maj 1996 fastholdt sin tidligere stillingtagen. Lovforslaget blev vedtaget af et

forholdsvis stort flertal i Folketinget, men mod lovforslaget stemte et anseeligt mindretal, som talte medlemmer fra de fleste af Folketingets partier.

En af de skoler, som efter lovens § 7 blev afskåret fra at modtage tilskud, anlagde retssag mod Undervisningsministeriet. Skolen påstod principalt Undervisningsministeriets anerkendelse af, at lovens § 7 er ugyldig i forhold til den. Denne påstand støttedes på, at § 7 efter sagsøgerens opfattelse var i strid med § 3, 3. punktum i grundloven. Der nedlagdes en subsidær påstand om erstatning med henvisning til, at bestemmelsen indebar et ekspropriativt indgreb i forhold til skolen, men denne påstand er uden betydning i nærværende sammenhang og skal ikke forfølges yderligere i det følgende.

Landsretten fulgte Undervisningsministeriets frifindelsespåstand, men de II dommere i Højesteret var enige om at tage den sagsøgende skoles principale påstand til følge. Højesteret konstaterede, at Folketinget havde tilsluttet sig undervisningsministerens generelle mistillid til Tvind-skolernes vilje til at administrere offentlige tilskud i overensstemmelse med lovgivningen og har ved lovens § 7 frataget bl.a. Friskolen i Veddinge Bakker adgangen til på lige fod med friskoler uden tilknytning til Skolesamvirket Tvind at modtage offentlige tilskud til sin skolevirksomhed.

»Lovgivningsmagten har herved med virkning for de skoler, der er nævnt i § 7 – herunder Friskolen i Veddinge Bakker – afgjort uoverensstemmelsen mellem Tvind-skolerne og Undervisningsministeriet, der var af den opfattelse, at skolerne – uanset deres tilkendegivelser og løfter – ikke over-

holdt og heller ikke i fremtiden ville overholde betingelserne for offentlige tilskud til skoledrift. Et sådant lovindgreb – der havde som konsekvens, at Tvindskolerne blev afskåret fra domstolsprøvelse af deres tilskudsberettigelse – er *reelt en endelig afgørelse af en konkret retstvist* (min fremhævelse). Efter grundlovens § 3 henhører en sådan afgørelse ikke under lovgivningsmagten, men under den dømmende magt med de deri liggende retsgarantier for borgerne. Højesteret finder derfor, at § 7 i lov nr. 506 af 12. juni 1996 er ugyldig i forhold til Friskolen i Veddinge Bakker som stridende mod grundlovens § 3, 3. pkt.»

Hvilken afklaring har Tvind-dommen bragt vedrørende en enekompetence for domstolene i medfør af grundlovens § 3? For det første har dommen fastslået, så det ikke kan overses, at grundlovens § 3, 3. pkt. – som påstået af den overvejede del af den statsretlige litteratur – sætter grænser for, i hvilket omfang lovgivningsmagten kan træffe bestemmelser om enkelte personers retsforhold. Med hensyn til indholdet af begrænsningen i lovgivers kompetence skal man hæfte sig ved formuleringen »endelig afgørelse af en konkret retstvist«. Afgørelser af denne type er efter dommen et reserveret domæne for domstolene. Om retstvisten står mellem to borgere eller mellem en privat og en offentlig myndighed synes uden betydning.

Hvornår står vi så over for »endelig afgørelse af en retstvist«? Når man sammenholder dommen og notaterne fra Justitsministeriets Lovafdeling kan man sige noget forholdsvis præcist herom. Støttet på eksemplerne i Poul Andersens og Max Sørensens fremstillinger antog lovafdelingen, at

de utilladelige lovindgreb var dels omgørelse af en allerede afsagt dom og dels indgriben i en konkret tvist, hvis pådømmelse umiddelbart henhører under domstolene (f.eks. en stillingtagen til et erstatningsspørgsmål efter, at en skadegørende handling er foretaget).

Denne afgrænsning omfattede netop ikke Tvind-loven, da der i forhold til Tvindskolerne endnu ikke var truffet en administrativ afgørelse. Sagen kunne derfor siges ikke »umiddelbart« at henhøre under domstolene. På dette punkt gik Højesteret et skridt videre, idet man medtog tilfælde, hvor der »reelt« foreligger endelig afgørelse af en retstvist. Således som Undervisningsministeriets og skolernes standpunkter var trukket op over for hinanden før lovens vedtagelse, forekommer det velbegrundet ikke at lægge afgørende vægt på, om der formelt var umiddelbar mulighed for indbringelse af spørgsmålet for domstolene.

I tilfælde, hvor en domstolsprøvelse formelt forudsætter en administrativ afgørelse, som endnu ikke foreligger, er det særligt nærliggende som generelt anført af Max Sørensen at lægge vægt på, om parterne har formuleret deres krav og påstande under henvisning til gældende ret, Max Sørensen, a.st., s. 290.

Det er interessant, at Tvind-dommen slet ikke går ind på Justitsministeriets (og Undervisningsministeriets) hovedargument for, at lovens § 7 m. fl. ikke var udtryk for »dømmende magt«. Argumentet gik på, at loven alene bestemte, hvem der *fremover* skulle være berettiget til at modtage økonomiske tilskud, medens der ikke blev grebet ind over for hidtidig adfærd. (Notatet af 13. maj s. 20 og notatet af 24. maj navnlig

s. 6 f.) At striden angår fremtidige ydelser, udelukker ikke i sig selv, at der er tale om en retstvist i relation til grundlovens § 3. I en situation, hvor både undervisningsministerens og folketingsudvalgets argumentation for § 7 m.fl. var baseret på Tvind-skolernes formodede uvilje til at efterleve tilskudsbetingelserne, er der heller ikke efter min opfattelse nogen anledning til at lægge vægt på, om de omstridte ydelser er fremtidige eller ej.

Dommen giver ikke direkte noget grundlag for at vurdere, hvorledes domstolene vil stille sig til lovgivningsindgreb i domstolenes almindelige enkompetence til at idømme straf. Den klare og relativt håndfaste måde, hvorpå Højesteret afgrænser de civilretlige retstvister, lader dog formode, at domstolene kun vil acceptere meget snævre rammer for eventuelle begrænsninger af domstolenes almindelige beføjelse til at ikende straf. Der er ingen grund til at tro, at domstolene vil se mere lempeligt på indgreb i straffekompetencen end på indgreb i den civilretlige domsbeføjelse.

Domstolenes prøvelsesret i forhold til den offentlige forvaltning

Når man læser § 63's klare angivelse af domstolenes ret til at prøve ethvert spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser, skulle man tro, at lovgivningsmagten var afskåret fra selv på specielle felter at afskære domstolsprøvelsen. Ikke desto mindre har man siden de første år efter grundloven af 1849 set lovbestemmelser, der på specielle felter angiver, at visse afgørelser ikke kan indbringes for domstolene. Dette sker i reg-

len gennem bestemmelser, der erklærer en administrativ myndigheds afgørelser for endelige, hvorfor disse lovforskrifter normalt betegnes som *endeligheidsklausuler*. (Se herved navnlig Ole Krarup, *Øvrighedsmyndighedens grænser*, 1969, s. 487 ff. og Jørgen Mathiassen i »Forvaltningsret Almindelige emner«, 3. udg., 1997, s. 377ff).

Disse endeligheidsklausuler er traditionelt blevet respekteret eller dog tillagt betydning af domstolene. Specielt i den sidste halvdel af dette århundrede synes der dog at være en voksende tendens til at fortolke endeligheidsklausulerne indskrænkende eller endog kun at anse dem for at være deklarative. Endeligheidsklausulernes antal er i øvrigt blevet stærkt formindsket i de senere årtier og findes nu kun på få områder. Efter Tvind-dommen er der grund til at spørge, om ikke endeligheidsklausulerne nu er gået helt over i retshistorien.

Tvind-sagen angår en situation, hvor den privates mulighed for at få domstolsprøvelse er afhængig af, at der forinden er truffet en administrativ afgørelse i sagen. Det vil sige, at domstolsfunktionen i sagen vedrører en forvaltningsafgørelses lovlighed. Der er for så vidt tale om en § 63-situation, hvorfor der kunne være anledning til at diskutere spørgsmålet om endeligheidsklausul.

Hvis en sådan skulle respekteres, hvorfor var det så ikke berettiget at afskære såvel domstolsprøvelsen som den administrative prøvelse? Og modstående: Når Højesteret underkender lovbestemmelsen med den begrundelse, at den afskærer domstolsprøvelsen, hvordan kan man så fremtidig respektere endeligheidsklausuler – i hvert fald, hvis disse skal have mere end deklarative



tiv betydning? Efter min opfattelse kan der næppe tilvejebringes harmoni mellem på den ene side den traditionelle opfattelse af endelighedsklausulers betydning og på den anden side Tvind-dommen. Da modstridende resultater er uacceptable, forekommer det nærliggende at holde sig til den nye højesteretsdom og lægge til grund, at endelighedsklausuler i fremtiden i hvert fald kun kan have deklarativ betydning.

Domstolenes forhold til Folketingets budgetkompetence

Efter grundlovens § 46 har Folketinget kompetencen til at bestemme, hvilke økonomiske midler der er til rådighed for statslige myndigheder. Dette sker navnlig ved de et-årige finanslove. Denne beføjelse til at sætte de økonomiske rammer gælder i forhold til domstolene såvel som til forvaltningen. Folketinget kan herved øve en væsentlig indflydelse på de vilkår, hvorunder domstolene kan virke. Hvis Folketinget måtte ønske det, kan det »udsulte« domstolene ressourcemæssigt, uden at disse kan stille noget op heroverfor. En udsultning kan blive så omfattende, at domstolene ikke har nogen mulighed for at udfylde de opgaver, som grundloven tildeler dem. En sådan situation, som vi aldrig har befundet os i, vil indebære en krise, til hvilken der ikke findes nogen retlig løsning.

Domstolenes forhold til Folketingets kontrol med forvaltningen

Folketinget kan på forskellige måder føre en »parlamentarisk« kontrol med forvalt-

ningen. Dette kan navnlig ske gennem spørgsmål til ministre, gennem forespørgselsdebatter, gennem stats- og rigsrevisionen og – nu om dage – ikke mindst gennem Folketingets stående udvalg.

Samtidig har domstolene en kontrolfunktion i forhold til forvaltningen i kraft af navnlig grundlovens § 63. Disse to kontrolsystemer er ikke forbundet af retsregler. De kan hver for sig udøves på egne betingelser. De kan beskæftige sig med forskellige spørgsmål, men der er heller intet til hinder for, at de beskæftiger sig med de samme sager. Man kan udtrykke forholdet således, at der er tale om frit konkurrerende kontrolordninger.

Gensidig organisatorisk påvirkning?

Hverken Folketinget eller domstolene har nogen indflydelse på *konstitueringen* af den anden instans. Dommerudnævnelser skal ikke godkendes i Folketinget, og dette har ingen rolle i forbindelse med afskedigelse af dommere. Modstående afgør Folketinget selv efter grundlovens § 33 gyldigheden af sine medlemmers valg samt spørgsmål om, hvorvidt et medlem har mistet sin valgbarhed.

Domstolene er uden mulighed for at påvirke folketingsmedlemmernes *uafhængighed*. Det kan i sammenhængen bemærkes, at hvis folketingsmedlemmer har foretaget sig handlinger, som kan fremkalde retlige skridt, kræver grundlovens § 57 i vidt omfang samtykke fra Folketinget. Det gælder således, hvis et folketingsmedlem skal tiltales eller »underkastes fængsling af nogen art« uden at være grebet på fersk gerning.



Det samme gælder, hvis man ønsker at drage et folketingsmedlem til ansvar for sine ytringer i Folketinget uden for samme. Det er formentlig mere realistisk, at Folketinget søger at påvirke domstolenes stillingtagen og dermed anfægter deres uafhængighed. I denne forbindelse er det vigtigt, at grundlovens § 64, 1. pkt., sikrer dommernes funktionelle uafhængighed gennem kravet om, at dommerne »i deres kald alene (har) at rette sig efter loven«.

Hovedindholdet af bestemmelsen er, at dommerne, når de dømmer, kun skal rette sig efter gældende ret, og navnlig ikke må modtage instruktioner fra nogen. Det gælder også instruktioner fra Folketinget eller et af dets udvalg. (Jfr. herved Zahle, a.st., 114 og Germer, a.st., s. 164). Det kan ikke anses for en trussel imod dommernes uafhængighed, at der ved retsafgørelser lægges betydelig vægt på en lovs forarbejder. Disse kan siges at udtrykke de forudsætninger, hvorunder loven er vedtaget.

En tilsvarende betydning kan man ikke lægge på de såkaldte »efterarbejder«, dvs. efterfølgende udsagn fra Folketinget eller dets udvalg om, hvordan tidligere vedtagne love skal forstås. Det er næppe illegitimt, at sådanne udtalelser vedtages og offentliggøres, men netop uafhængigheden sætter snævre grænser for, hvor megen vægt domstolene kan lægge på dem.

Strafudmålingen er et punkt, hvor der jævnlig forekommer meningsforskelle mellem domstolene og et flertal i Folketinget. Typisk vil forholdet være det, at Folketinget ønsker en ændring af den hidtidige strafudmåling – i skærpende eller lempende retning, medens domstolene er utilbøjelige til at fravige sin praksis.

Det er utvivlsomt, at domstolene er enekompetente til at træffe bestemmelse om strafudmålingen i den enkelte sag. Dette er en del af begrebet »dømmende magt« i grundlovens § 3, 3. pkt., jfr. side 28. Samtidig forekommer det legitimt, at Folketinget og regeringen presser på for at få gennemført generelle justeringer af strafudmålingen, og at man nogle gange er uforstående over for, hvad der forekommer at være utilbøjelighed hos domstolene til at skifte kurs. Folketinget er imidlertid afskåret fra at søge anden påvirkning af strafudmålingen end den, der kan skrives ind i generelle lovbestemmelser. Indblanding i konkrete sager vil være ulovlig.

Prøvelsesretten vedrørende lovenes forenelighed med grundloven

Grundlovens bestemmelser – herunder § 88 om proceduren for grundlovsændringer – viser tydeligt, at almindelige love er underordnet grundloven og skal vige for denne. Herom har der aldrig været uenighed. Problemet har været, hvem der skulle have det sidste ord at sige om fortolkningen af grundloven: Domstolene som den dømmende magt eller lovgiveren som det generelt øverste statsorgan. På dette punkt har meningene – også mellem de politiske partier – været stærkt divergerende.

Grundloven indeholder ingen bestemmelser, der angiver noget om, hvilken instans der skal have prøvelsesretten. Svaret på spørgsmålet måtte derfor komme til at afhænge af udviklingen i praksis, dvs. om det lykkedes domstolene eller lovgivningsmagten at hævde en prøvelsesret. Indtil

1921 henstod det som usikkert, om domstolene selv anså sig for berettigede til at prøve loves grundlovmæssighed. Ved fem domme fra 1921 – U 1921 148 H, 153 H, 168 H, 169 H og 644 H – lagde Højesteret imidlertid til grund, at domstolene har en prøvelsesret i forhold til love.

I ingen af sagerne førte prøvelsen af lovene dog til en underkendelse af disse, selv om meningene i Højesteret var delte. (Jfr. herved Poul Andersen i »Den Danske Rigsdag«, 1953, bind 5, s. 546 ff). I den sidste af dommene – »Fæsteafsløsningsdommen«, hvor stemmerne i Højesteret stod 6-5 for frifindelse – udtryktes, at »det ikke med den Sikkerhed, som maatte kræves, for at Domstolene skulle kunne tilsidesætte Bestemmelser i en paa grundlovmæssig Maade vedtaget Lov som grundlovsstridig, (kan) statuere, at (ejeren) ikke vil faa fuld Erstatning for Ejendommen...«

Den linie, som afspejles i dommene fra 1921, har været fulgt indtil slutningen af 1990-erne. Domstolene har på den ene side fastslået sin prøvelsesret, men på den anden side udøvet denne med en betydelig margin for lovgiveren. Kun hvis loven klart eller med sikkerhed kunne siges at stride mod grundloven, skulle den tilsidesættes. Konsekvensen i praksis var, at domstolene kun i to sager og i begrænset omfang satte sig ud over lovgiverens bestemmelser og tilkendte en ekspropriationserstatning, jfr. U 1971 299 H og U 1980 955 ØL.

Fra 1996 er der kommet flere nye signaler fra domstolene vedrørende prøvelsen af love i forhold til grundloven. I 1994 havde landsretten afvist et søgsmål fra 11 borgere mod statsministeren med påstand om, at den danske lov om tiltrædelse af Maa-

stricht-traktaten var i strid med grundlovens § 20, fordi der ikke kun var tale om suverænitetsafgivelse »i nærmere bestemt omfang«. Ifølge landsretten havde de pågældende borgere ikke konkret og væsentlig interesse i at få deres påstande prøvet, hvilket svarede til hidtidig retspraksis. Under appelsagen omgjorde Højesteret landsrettens kendelse og anerkendte de 11 borgers søgsmålsret, jfr. U 1996 1300 H.

Da de pågældende ikke havde nogen speciel interesse i en prøvelse, er dommen udtryk for, at Højesteret i hvert fald i sager vedrørende grundlovens § 20 vil acceptere søgsmål fra enhver, og at domstolskontrollen for såvidt ædres til en generel normkontrol. Højesteret begrundede standpunktet med, at tiltrædelsesloven har generel og indgribende betydning for den danske befolkning, og at sagen adskilte sig fra sædvanlige sager om prøvelse af loves forenelighed med grundloven. Med sidstnævnte bemærkning har Højesteret antagelig navnlig tænkt på sager om overholdelsen af grundlovens menneskerettigheder, hvor det er let at udpege individuelle interesser.

Med U 1998 800 H fulgte Højesteret op på afgørelsen fra 1996 om søgsmålsret med en dom om realiteten i borgernes søgsmål mod statsministeren. Ved dommen frifandt statsministeren, men det er navnlig interessant, at Højesterets præmisser er langt mere indgående end set i nogen tidligere dom om loves grundlovmæssighed. Dette angiver en tættere prøvelse end hidtil.

Det er ligeledes af stor interesse, at Højesteret nok accepterer, at der kun er overladt EU beføjelser »i nærmere bestemt omfang«, men at denne vurdering er knyttet til en forholdsvis snæver forståelse af traktatens arti-

kel 235 og et forbehold om, at danske domstole ikke kan fratages adgangen til at prøve, om en EF-retsakt overskrider grænserne for den danske suverænitetsafgivelse. Hermed gives en tydelig advarsel til regeringen om kun at acceptere en snæver anvendelse af artikel 235 (Amsterdam-traktatens artikel 308), da EF-retsakten ellers vil blive underkendt af domstolene.

Den seneste dom om prøvelsesret er den foran omtalte Tvind-dom af 19. februar 1999. Ved denne dom tilsidesættes en lov og for første gang nogen sinde i den form, at en lovbestemmelse underkendes som ugyldig. Det er ligeledes betydningsfuldt at notere sig, at tilsidesættelsen sker på grundlag af en så vagt formuleret bestemmelse som grundlovens § 3, 3. pkt.

Dette må betyde, at den »forsigtighedsdoktrin«, der har været anvendt siden Fæstetæfløsningsdommen fra 1921 nu i hvert fald ikke længere finder generel anvendelse. Sammen med dommene fra 1996 og 1998 markerer Tvind-dommen en vilje hos domstolene til i større omfang at gå ind i en prøvelse af, om grundloven er overholdt, og til at foretage en mere indgående prøvelse end hidtil.

Afsluttende bemærkninger

Med det foranstående mener jeg at have påvist, at domstolene inden for de seneste år har markeret, at de har et enekompetenceområde, som de er parate til at værne om, og at de er gået ind i tættere prøvelse af lovens forenelighed med grundloven end tidligere.

Man kan spørge, hvorfor det beskrevne skift er indtrådt. Efter min opfattelse er der tale om et sammenstød af en række årsager.

En af dem er antagelig, at det er utilfredsstillende at have en grundlov, hvis den ikke efterleves og derfor mødes med respekt. Helt grotesk bliver det, hvis der arbejdes med prøvelsesforudsætninger, der simpelthen i praksis udelukker sager om noget så centralt som lovligheden af vort medlemskab af EF (nu EU). En anden mulig forklaring er det stadig tættere internationale samarbejde også i retlig henseende.

Vort medlemskab af navnlig EU og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention lægger et pres på danske domstole. For disse – og for Danmark – er det ubehageligt, hvis en dom om frifindelse for overtrædelse af grundloven følges op af en dom i Strasbourg eller Luxembourg for overtrædelse af menneske- eller grundrettigheder.

Dette forhold kan have været virksomt i Tvind-sagen. For det tredje har det internationale samarbejde bragt danske domstole i kontakt med internationale domstole, som følger en anden og mere aktiv linie, end vi er vant til. Der er ingen grund til at tro, at danske domstole overtager de internationale domstoles fortolkningsstil, men eksemplet kan give en vis afsmitning. For det fjerde kan domstolene vel have den vurdering, at de i dag nyder en sådan anseelse, at en mere intensiv prøvelse vil blive bredt accepteret.

Prøvelsen af loves grundlovsmæssighed er for de danske domstole startet dårligt i forrige århundrede med anerkendelsen af provisorielovene. Dette efterlod mange steder et indtryk af, at domstolene gik ind i et politisk spil på højre regeringens side, og forholdet kan være en del af baggrunden for den meget forsigtige prøvelse, som slog igennem i dette århundredes begyndelse.



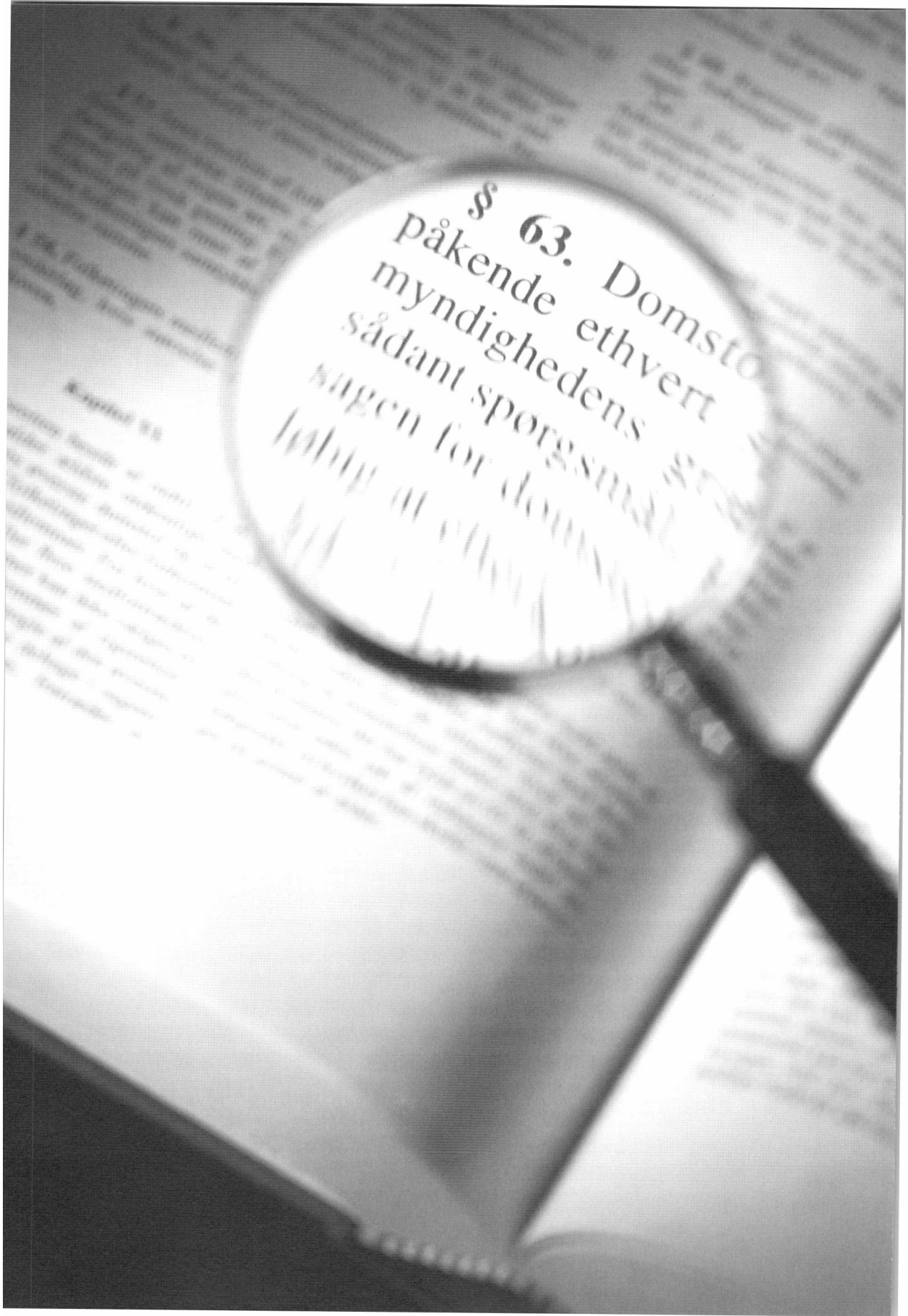
Nu er slagskyggen fra provisorietiden helt og aldeles væk. Endelig – for det femte – kan det ikke afvises, at tilfældigheder kan spille ind. Jeg har svært ved at forestille mig en sag, som er bedre egnet end Tvind-sagen til at være grundlag for en intensiv prøvelse og en underkendelse.

De omstridte bestemmelser i loven var meget snævre, og en underkendelse ville ikke have større praktiske konsekvenser. Endvidere var meningerne om loven forskellige på tværs af partigrænserne, og selv blandt tilhængerne af loven var der en udbredt anerkendelse af, at selv om loven måtte være forenelig med grundloven, var den udtryk for et betænkeligt brud med almindeligt anerkendte retssikkerhedsprincipper.

Hvis jeg for mere end tre år siden var blevet bedt om en retspolitisk vurdering af forholdet mellem domstolene og Folketinget, ville jeg have udtrykt kritik på netop de punkter, hvor de tre højesteretsdomme fra 1996, 1998 og 1999 har sat ind. Med disse tre domme finder jeg, at der er sket en nyttig styrkelse af domstolenes placering i statsstyret.

Nogle forestiller sig måske, at vi står ved indgangen til en periode med en vidtgående judicialisering af mange grundlæggende politiske spørgsmål. En frygt af denne art deler jeg ikke. Der er sket en vigtig justering, men ikke en omvæltning, og jeg tvivler ikke på de danske domstoles evne til at holde balancen mellem eftergiveness og juridisk aktivisme ■

Claus Haagen Jensen, født 1937. Professor ved Aalborg Universitet siden 1978.

A black and white photograph showing a magnifying glass held over an open book. The lens of the magnifying glass is centered on a specific paragraph, making the text within it sharp and legible, while the surrounding text in the book is blurred. The handle of the magnifying glass extends from the bottom right towards the center.

§ 63. Domsto
påkende ethvert
myndighedens
sådan spørgsmå
sagen for domme
fulgt af ethvert

Domstolskontrol i det 21. århundrede

Af kommitteret Jon Andersen

Grundlovens regel om domstolenes kontrol med forvaltningen trænger til et stort eftersyn og bør ændres ved en grundlovsrevision. Der bør samtidig oprettes en række forvaltningsdomstole med en øverste forvaltningsdomstol, som er sideordnet Højesteret, mener kommitteret Jon Andersen. For at råde bod på underretternes tilbageholdenhed med at prøve reglers forenelighed med f.eks. grundloven foreslår han, at sådanne sager kan forelægges præjudicielt ved de øverste domstole. Jon Andersen ser et presserende behov for at få lovfæstet følgerne af, at en myndighed har tilsidesat de forvaltningsretlige regler. Det er helt uforudsigeligt – i nogle tilfælde nærmest vilkårligt – hvad konsekvensen af myndighedsfejl er.

På baggrund af den brede og bedagede sproglige beskrivelse af prøvelsesadgangen

har der udviklet sig en omfattende og nuanceret praksis om prøvelsens grundlag,

indhold og følger. I sin sproglige formulering har prøvelsesadgangen stået uændret siden den første grundlov i 1849. Praksis på baggrund af bestemmelsen har derimod i den lange periode undergået meget betydelige ændringer.

Prøvelsespraksis udvikler sig fortsat og er i de seneste år generelt blevet dyberegående og præget af en skarpere holdning over for forvaltningens overtrædelser af gældende ret end tidligere. Der afsiges dog fortsat domme, som repræsenterer en ældre opfattelse af prøvelsens indhold. Det er derfor vanskeligt at give et præcist billede af prøvelsens indhold. I det følgende forsøger jeg dog at beskrive hovedtendenserne i prøvelsespraksis. Dernæst peger jeg på en række problemstillinger, som for mig at se bør vurderes nærmere i forbindelse med en eventuel grundlovsrevision.

Processuelle spørgsmål

Prøvelsen udøves af alle de almindelige domstole (Højesteret, de to landsretter, byretter og Sø- og Handelsretten i København). For at indbringe en sag til prøvelse for domstolene skal sagsøger have retlig interesse i søgsmålet. I praksis er der en tendens til, at også andre end direkte interesser i en sags udfald giver grundlag for søgsmålskompetence. Især har domstolene de senere år været imødekomende over for søgsmål om mere generelle spørgsmål anlagt af interesseorganisationer.

Der er eksempler på, at faglige organisationer har kunnet anlægge sager om så overordnede emner, at domstolens afgørelse får karakter af et juridisk responsum. Det særegne ved den nuværende retstil-

stand er imidlertid, at afgrænsningen af, hvem der som borger kan gøre brug af prøvelsesretten, foretages af domstolene selv. Der er hverken i grundloven eller i retsplejeloven foretaget en præciserende afgrænsning heraf.

Hverken grundloven eller retsplejeloven tager stilling til, hvilke myndigheder der er undergivet domstolskontrol. I grundlovens § 63 tales blot om »øvrighedsmyndigheden«. Udtrykket er et for længst forladt og derfor nu meget upræcist udtryk for, at prøvelsesretten retter sig imod den offentlige forvaltning. Om den omfatter halvoffentlige organer, såsom offentligt ejede selskaber, private foreninger med store offentlige tilskud osv., er usikkert. I praksis sættes dette spørgsmål dog sjældent på spidsen, idet de almindelige domstole har en generel kompetence til at afgøre retstvister, ikke alene mellem offentlige myndigheder og private, men også mellem private parter.

Praktiske problemer volder den manglende afgrænsning dog, når det skal afklares, hvilken myndighed der i den enkelte sag skal optræde som procespart.

Usikkerheden kan illustreres ved to eksempler: arbejdsskadesager, som er afgjort af Arbejdsskadestyrelsen i første instans og af Den Sociale Ankestyrelse som klageinstans, anlægges i praksis mod Den Sociale Ankestyrelse. Skattesager, der er afgjort af Landsskatteretten som klageinstans, anlægges i praksis mod Skatteministeriet. Forskellene på praksis på de to områder er formentlig historisk betingede. Resultatet er imidlertid for skattesagers vedkommende, at den offentlige procespart er en anden end den, der har truffet den anførte afgørelse.

De fleste sager føres som civile sager og er dermed undergivet forhandlingsprincippet, kravene om umiddelbar bevisførelse og mundtlighed. Der er fri adgang til at indbringe nova osv.

Prøvelse kan imidlertid også ske i strafferetsplejens former samt efter det særlige officialprincip, som er fastsat i bl.a. retsplejelovens kapitel 43a for sager om administrativ frihedsberøvelse. Der er ikke udformet generelle regler med særligt sigte på domstolsprøvelsessager – bortset fra på visse sårømråder. Prøvelsens intensitet og resultat kan derfor være påvirket af, hvilken processuel sagstype prøvelsen foregår i. Samme retlige spørgsmål kan derfor tænkes at få forskelligt udfald under et civilprocessuelt anerkendelsessøgsmål og i en sag om straf for tilsidesættelse af et påbud fra en forvaltningsmyndighed.

Bedømmelsesgrundlaget

I praksis er »øvrighedsmyndighedens grænser« ensbetydende med »gældende ret«. Domstolene kan og skal efter § 63 påse, om forvaltningen efterlever gældende ret. Gældende ret er naturligvis skrevne nationale regler, dvs. grundlov, lov, anordninger, kollektive overenskomster osv. Dertil kommer de almindelige ulovbestemte retsgrundsætninger, som er udviklet i administrativ praksis, ombudsmandspraksis og navnlig domstolenes egen praksis.

I de senere år er grundlaget blevet suppleret med EU-retlige krav, krav fra Den Europæiske Menneskeretskonvention og krav, som udspringer af internationale konventioner, som ikke er blevet direkte inkorporeret i dansk ret. Internationalisering-

en af retssystemet er særlig markant, fordi EU-traktaten og Den Europæiske Menneskeretskonvention har deres egne domstole og dermed deres egen praksisdannelse. Dermed indgår konventionsdomstolenes praksis som en del af domstolenes prøvelsesgrundlag.

Så længe grundlaget er national lovgivning, har danske domstole i kraft af § 63 den endelige kompetence til at fastlægge indholdet af gældende ret. Når der er tale om EU-normer eller Den Europæiske Menneskeretskonvention, ligger den endelige juridiske stillingtagen hos andre end domstolene selv. Dette forhold rejser en række komplicerede problemer om, hvorledes konflikter mellem retsgrundsætninger udviklet af de danske domstole og retsgrundsætninger udviklet af de internationale domstole bør løses, om de danske domstoles mulighed for sammen med nationale domstole i andre lande at påvirke de internationale domstoles praksis, om harmonisering af de processuelle regler med processen ved de internationale domstole osv.

EU-ret og europæisk menneskeret er i løbet af de sidste få år blevet en fast indarbejdet del af de danske domstoles bedømmelsesgrundlag i prøvelsessager. Det er derimod for tidligt at udtale sig om deres holdning til konflikter mellem de internationalt funderede og de nationalt funderede regler. Der er tegn på, at nationale regler foretrækkes, hvor der kan være tvivl om den internationale regels indhold.

Bedømmelsen af retlige spørgsmål

Udgangspunktet er, at domstolene prøver grundlæggende juridiske problemer til

bunds. Om der er tilstrækkelig hjemmel for et gebyr, om en lov kan benyttes før sin ikrafttrædelsesdato, om et bibliotek kan forbyde kunderne at tage hunde med på læsesalen, om en kommune har mistet sin påtaleret efter en servitut på grund af passivitet, tager domstolene i princippet stilling til uden at vise tilbageholdenhed.

Vurderingen af fortolkningsspørgsmål, dvs. spørgsmål om at fastlægge indholdet af teksten i en skreven regel, foregår som udgangspunkt også uden begrænsninger. Der er dog en tilbøjelighed til, at domstolene er forsigtige med at underkende en fortolkning, som har været fulgt af en forvaltningsmyndighed i lang tid, selv om myndighedens fortolkning ikke er indlysende rigtig, men på den anden side har noget for sig.

I praksis synes det også at have en betydning, hvor store interesser der er på spil for henholdsvis myndighederne og borgerne. Det spiller også en vis rolle, om fortolkningsspørgsmålet dukker op i en straffesag eller i en civil sag, samt om det rejser principielle spørgsmål om menneskeret-tigheder.

Den konkrete anvendelse af reglerne og den heri liggende fortolkning af reglerne prøves lidt mere forsigtig end den rene juridiske afgrænsning af en regels anvendelsesområde. Domstolene er tilbøjelige til at acceptere en vis margin for forvaltningens konkrete subsumption.

Hvor dybtgående prøvelsen bliver, hænger dog meget sammen med den måde, sagen bliver ført på. En grundig argumentation fra parterne kan således resultere i en tilbundsgående prøvelse af den konkrete subsumption.

Forvaltningens skøn

I mange år herskede i teorien den opfattelse, at domstolene ikke prøvede forvaltningens skønsmæssige afgørelser. Ved skøn sigtes til afgørelser, der bygger på regler, som i mere eller mindre vid udstrækning overlader det til forvaltningen at bestemme, hvad der skal gælde i det enkelte tilfælde, f.eks. om der skal dispenseres fra bygningsreglementet, om en person skal afskediges fra sin stilling, om en lejlighed kan nedlægges, om et skilt med færdsel forbudt i en skov, som er åben for almenheden, kan forlanges fjernet, om en skattegæld skal eftergives, om en person skal indkaldes til orienterende køreprøve osv. Opfattelsen var i ældre teori, at domstolene ikke kunne prøve skønnet medmindre der forelå magtfordrejning, usaglig forskelsbehandling eller formelle mangler.

Praksis har udviklet sig på en sådan måde, at skønnet ikke kan hævdes at være holdt uden for prøvelsen. Domstolene vurderer, om der har været inddraget ulovlige kriterier, f.eks. om en afskedigelse skyldes, at den ansatte er en kvinde, om afslag på dispensation fra byggreglerne skyldes hensynet til kommunens økonomi, om eftergivelse af skat er nægtet af politiske grunde osv. Det prøves også, om skønnet ulovligt er sat under en regel, samt om afgørelsen er uproportional i forhold til det formål, den forfølger. Visse domme er gået ind i en prøvelse af, om skønsafvejningen er foregået korrekt, f.eks. om politimæssige hensyn vejer tungere end en restaurations interesse i at beholde en spiritusbevilling.

Tilbage af den gamle skønsteori står, at skønsafvejningen kun i særlige tilfælde prøves, at de retlige elementer i skønnet

ikke altid prøves, samt at der også i nyere tid er eksempler på domme, som udtrykkeligt henviser til, at afgørelsen hvilede på et »frit skøn«.

Sagsbehandlingsspørgsmål

Om forvaltningen burde have fulgt en anden procedure end sket, prøver domstolene på samme måde som de retlige krav til afgørelsernes indhold. Der var i en periode en vis tilbageholdenhed med hensyn til at opstille nye ulovbestemte procedurekrav. Gennem de seneste år er der en tendens til, at domstolene med støtte i ombudsmandens praksis har skærpet sine krav til forvaltningens sagsbehandling.

Dette giver sig dels udslag i anerkendelse af helt nye sagsbehandlingsregler, dels i en udvidende fortolkning af de lovfæstede sagsbehandlingskrav, især i forvaltningsloven. Forvaltningen gives dog en vis margen til at begå fejl, men den viser sig ved fastsættelsen af følgerne af, at der foreligger formelle mangler. Mest markant har været domstolenes reaktion over for væsentlige sagsbehandlingsfejl. Der er eksempler på, at fejlene – foruden ugyldighed – er blevet sanktioneret med tildeling af godtgørelse, erstatning, kritik samt ophævelse af sagsomkostningerne.

Bedømmelsen af faktum

Ved bedømmelsen af om der foreligger retlige mangler, indgår også en vurdering af de faktiske oplysninger, der er indgået i forvaltningens afgørelse, og navnlig af forvaltningens bedømmelse af disse spørgsmål. I princippet prøves sådanne spørgsmål ind-

gaende, men prøvelsens dybde beror i vid udstrækning på den måde, parterne har ført sagen på. Bevisførelsens omfang er central, men også proceserklæringer og bevisbyrde-regler spiller en rolle for udfaldet af denne del af prøvelsen.

I mange sager er prøvelsen af faktum det centrale. Det prøves, om myndighederne har forstået sagens faktum korrekt, om bevisligheder er bedømt på en juridisk holdbar måde osv. Domstolenes vurdering af disse spørgsmål beror ofte på en omfattende bevisførelse ved retten – ofte på et meget mere solidt oplysningsgrundlag end myndigheden havde, da den prøvede afgørelse blev truffet. Denne del af prøvelsen går derfor ofte videre end til efterprøvelse af, om myndighedens bedømmelse af faktum var holdbar, og må anses for en helt ny stillingtagen til sagens faktum.

Prøvelsens resultat

Følger af konstaterede retlige mangler er ikke fastlagt i § 63 og kun undtagelsesvis i lovgivningen. Om en retlig mangel skal have følger, og i bekræftende fald hvilke, beror således i hovedsagen også på domstolene selv. Denne praksis rejser mange detailspørgsmål og har en del nuancer. Hovedreglen er, at hjemmelsmangler fører til annulation af afgørelsen, dog med undtagelse af hjemmelsmangler, som må anses for uvæsentlige.

Sagsbehandlingsfejl fører kun til annulation, hvis de er væsentlige. Ved denne væsentlighedsvurdering indgår domstolene i en vis udstrækning på en konkret væsentlighedsvurdering, dvs. på en bedømmelse af om fejlen også i det enkelte tilfælde har haft

betydning for udfaldet af sagen. Hvor skarp prøvelsen er, hænger sammen med domstolenes holdning til den konkrete væsentlighedsvurdering. I øjeblikket synes der at blive fulgt en ujævn praksis på dette område.

Generelt forbeholder domstolene sig at opretholde afgørelser som gyldige, selv om de er behæftet med væsentlige retlige mangler. Domstolene tager i denne forbindelse hensyn til borgere, som i god tro har indrettet sig på en retligt mangelfuld afgørelse. Også andre momenter – såsom den tid, der er gået, siden afgørelsen blev truffet, om en annullation er til skade for en tredjepart, om den vil føre til tab af samfundsværdier osv. – spiller en rolle.

Domstolene har desuden i en vis udstrækning benyttet andre retsfølger end annullation, f.eks. rettelse, erstatning, omvendt bevisbyrde, ophævelse af sagsomkostninger, kritik osv.

Er der behov for ændringer?

I tilfælde af en grundlovsrevision er det indlysende, at der bør ske en modernisering af den nuværende beskrivelse i § 63 af domstolsprøvelsen. Den bør afspejle de realiteter, der gælder i praksis. Prøvelsesgrundlaget bør derfor angives som »gældende ret« og ikke som »øvrighedsmyndighedens grænser«. På samme måde bør der tales om »den offentlige forvaltning« og ikke om det nu helt forældede »øvrighedsmyndighed«.

Et centralt spørgsmål er, om prøvelsen fortsat skal udøves af de almindelige domstole, eller om der bør indføres forvaltningsdomstole.

I de fleste andre vesteuropæiske lande er domstolsprøvelsen henlagt til forvaltnings-

domstole. I Danmark har denne mulighed været blokeret af kravet i § 63 om, at eventuelle forvaltningsdomstoles afgørelser skal kunne indbringes for Højesteret, dvs. for den øverste almindelige domstol. I stedet har behovet for, at kontrollen udøves af særligt sammensatte og judicielt prægede organer været imødekommet gennem oprettelse af et stort antal klagenævn, f.eks. Den Sociale Ankestyrelse, Flygtningenævnet, Naturklagenævnet, Landsskatteretten, Arbejdsmarkedets Ankenævn, Konkurrenceankenævnet og Miljøklagenævnet. Disse navn opfylder imidlertid ikke de krav til uafhængighed, sammensætning og proces, som må kræves af en egentlig domstol – der er tale om administrative rekursmyndigheder.

Det bør derfor overvejes at indføre et system af forvaltningsdomstole, som kombinerer fordelene ved klagenævnenes skriftlige sagsbehandling, specialisering og anvendelse af et officialprincip, med de stærke sider ved de almindelige domstole – mulighed for en umiddelbar og mundtlig bevisførelse og sikring af personel og materiel uafhængighed af regeringen.

Forvaltningsdomstole kan dog kun blive en realitet, såfremt stk. 2 i den nugældende § 63 ændres, således at det ikke er et krav, at forvaltningsdomstolenes afgørelser skal kunne indbringes for Højesteret. I lighed med hvad der gælder i de lande, hvorfra vi har hentet den største forvaltningsretlige inspiration – Tyskland, Sverige og Frankrig – bør det overvejes at oprette en øverste forvaltningsdomstol, som er sideordnet med Højesteret.

Hvis ikke en grundlovsrevision bliver aktuel i den nærmeste fremtid, bør det overvejes at reformere processen ved de al-

mindelige domstole i prøvelsessager, samt for de centrale klagenævn, som i en vis udstrækning fungerer som specialforvaltningsdomstole.

Bedømmelsesgrundlaget

Som et led i en grundlovsrevision bør domstolsprøvelsens grundlag søges præciseret i teksten og/eller forarbejderne hertil. Flere forskellige tvivlsspørgsmål bør søges afklaret. For det første bør det præciseres, hvilke retskilder der indgår i grundlaget, dvs. såvel de skrevne som ulovfæstede retsgrundsatninger, nationale og internationale regler, subsidiære som primære retskilder samt hovedprincipperne for retskildernes indbyrdes forhold.

Et af fortidens spøgelse – det administrative skøn – materialiserer sig fortsat i retspraksis. Hovedproblemstillingen omkring skønnet er, om det forhold at en skreven regel er upræcist formuleret, efterlader et område, som domstolene ikke skal kunne prøve eller kun skal prøve delvist.

Bag problemformuleringen gemmer sig både et retspolitisk og retsdogmatisk spørgsmål. Det retsdogmatiske er, om domstolene rent faktisk for øjeblikket prøver skønsmæssige afgørelser, om der er en vis prøvelse af alle skønsmæssige afgørelser, eller om prøvelsen af skønnet beror på andre forhold end retsgrundlaget, f.eks. afgørelsens betydning for borgeren, dens samfundsmæssige betydning, om der kan påvises formelle mangler, og om domstolene har dårlige erfaringer med den pågældende myndighed. Det retspolitiske spørgsmål er, om den aktuelle praksis – i den udstrækning den kan beskrives – bør ændres. Bør skønnet kunne

prøves fuldt og helt, således at domstolene simpelthen erstatter forvaltningens skøn med sit eget? En sådan løsning ville stille domstolene som en slags appelinstans i forhold til forvaltningsmyndighederne.

Et så radikalt skridt forudsætter en ændring i såvel domstolenes sammensætning, procedurer og ressourcer, som det ikke forekommer fornuftigt at gennemføre. Men også mindre ændringer i henseende til prøvelse af skønssafgørelser vil påvirke domstolsprocessen. Problemet har sammenhæng med de spørgsmål, som nedenfor diskuteres i afsnittet »Prøvelsesmåden«.

Et andet presserende problem er de subsidiære retskilders betydning, især forarbejdernes. Problemet er for så vidt af generel retskildemæssig karakter, men får en særlig praktisk betydning i sager vedrørende prøvelse af forvaltningens afgørelser. Er forarbejder en del af lovteksten, eller er det kun materiale til belysning af lovtekstens indhold og forudsætningerne for et eventuelt skøn? Hvilken frihed har domstolene over for lovforslagsbemærkninger, som klart bygger på faktuelle eller retlige vildfarelser, eller som reelt har karakter af efterarbejder.

Der bør også tages stilling til, med hvilken vægt en efterfølgende tilkendegivelse fra Folketinget eller et folketingsudvalg om forståelsen af en lovbestemmelse eller om et andet retligt problem skal tillægges, når tilkendegivelsen ikke vedtages som lov.

Det betænkelige ved at lade forarbejder og efterarbejder indgå med stor vægt er jo, at de ikke sættes til afstemning i Folketinget, at de ikke kundgøres som selve teksten, samt at de ikke omformuleres såfremt lovteksten ændres undervejs i lovprocessen.

De internationale retskilder udgør et særligt problem. Nogle af dem er en del af gældende dansk ret og har forrang for dele af dansk lovgivning. Det gælder en række EU-regler og den europæiske menneskeretskonvention. Mere usikkert er det, om Den Europæiske Menneskeretsdomstols praksis fra tiden efter den danske inkorporation af Den Europæiske Menneskeretskonvention har karakter af gældende dansk ret, eller om den principielt kun har betydning for vurderingen af, om den danske stat opfylder sine internationale forpligtelser.

Et videregående problem er, hvilke af de utallige traktater og konventioner Danmark har ratificeret, skal indgå som en del af retsgrundlaget, og om det i givet fald bliver som en subsidiær retskilde med indflydelse gennem grundsætningerne om fortolkning, formodning og instruktion. I denne forbindelse bliver det især væsentligt at få kortlagt de internationale regler, som overhovedet skal indgå, dvs. hvorledes der kan skelnes mellem de mange forskellige internationale traktattekster.

Endelig må det forsøges præciseret, om retsgrundlaget er fælles for alle forvaltningsmyndigheder, og derved om domstolene kan bruge hele retskildeklaviaturet i alle sager. Med andre ord: skal tendensen til, at forvaltningsmyndigheder oparbejder deres eget retskildeunivers og retskildetradition, respekteres af domstolene? Når Den Sociale Ankestyrelse har for vane at begrænse sin retsanvendelse til dansk ret og kun dele af dansk ret, skal domstolene da gøre det samme i disse sager? Efter min mening må svaret blive nej. Spørgsmålet trænger dog til såvel gennemtænkning som præcisering.

Bedømmelsesmåden

I teorien arbejdes med begreber som intensiv prøvelse og tilbageholdende prøvelse, og der tales om en offensiv prøvelsesstil og en mere defensiv sådan. Endelig er der peget på, at prøvelsen også har sammenhæng med, om den lægges principielt an eller gennemføres mere konkret.

Skal prøvelsesstilen være op til domstolene selv, eller skal det bestemmes i grundloven eller dens forarbejder, hvorledes prøvelsesmåden bør være? Umiddelbart forekommer det farligt at binde domstolene for meget i denne henseende. Det er dog nødvendigt at forholde sig til, om den ene eller anden prøvelsesstil overhovedet skal kunne anlægges, idet forskellig prøvelse både stiller forskellige krav til såvel processen som domstolens sammensætning og placering i domstolshierakiet.

Såfremt det ønskes eller accepteres, at domstolene skal kunne erstatte forvaltningens oplysningsgrundlag med sit eget, forudsætter dette regler, som giver domstolene mindst samme muligheder som forvaltningen til at skaffe oplysninger. I sådanne tilfælde vil forhandlingsprincippet være mindre hensigtsmæssigt. Tilsvarende fordrer det ændringer i de nuværende processuelle regler, såfremt domstolen skal kunne prøve sagkyndige vurderinger til bunds, f.eks. i pensionssager eller miljøsager. Hertil må som det mindste kræves, at domstolene kan/skal inddrage deres egen ekspertise på området.

Jo dyberegående en prøvelse domstolene får mulighed for i forhold til faktum, jo større er risikoen for, at domstolene taber sagens principielle aspekter af syne. Det bør derfor overvejes, hvorledes dette kan und-

gås, hvis ønsket er fortsat at bevare domstolens prøvelse som et retsudviklende element i forvaltningsretten.

Dette spørgsmål har intim sammenhæng med spørgsmålet, om prøvelsen skal henlægges til et system af forvaltningsdomstole, og navnlig med hvor specialiserede sådanne forvaltningsdomstole skal være.

Mit eget bud vil være, at der bør arbejdes med et generelt forvaltningsdomstolsystem i mindst to instanser, som skal kunne behandle de konflikter mellem borger og forvaltning, som de almindelige domstole for øjeblikket tager sig af. Dette system bør overvejes suppleret med specialiserede domstole i første instans inden for de talmæssigt tyngende sagsområder, dvs. især skatteområdet, det sociale område og miljøretten, med appel til en højere og mere generaliseret forvaltningsdomstol.

Ugyldighedslæren

Det bærende element i domstolsprøvelsen er ugyldighedslæren, og den er – bortset fra lovbestemmelser af meget speciel karakter – ulovfastet. Der er således ikke i lovgivningen taget generel stilling til følgerne af, at en myndighed tilsidesætter de forvaltningsretlige regler.

Domstolsprøvelsens resultat bærer præg af uensartethed og er vanskeligt forudsigeligt. En advokat, der skal råde en klient i en sag mod en myndighed, står i en overordentlig vanskelig situation. Ved forudsigelsen af et domsresultat vil rådgivningen i nogen grad afhænge af uvedkommende hensyn, såsom om sagen vil blive behandlet af en pragmatisk dommer, en forvaltningsvenlig dommer eller en principielt indstillet

dommer. Også andre principielt uvedkommende forhold, såsom borgerens personlighed, hans situation som helhed osv., vil kunne spille en rolle.

Især i forhold til afskedigelsesafgørelser har nyere retspraksis frembudt eksempler på, at usikkerheden om ugyldighedslærens indhold giver uforudsigelige – ja nærmest vilkårlige resultater. Partshøringsfejl kan eksempelvis i visse tilfælde føre til annullation af en afskedigelse, i atter andre tilfælde opretholdes afgørelsen uanset partshøringsfejlen, fordi den er blevet anset for konkret uvæsentlig. I andre tilfælde er domstolene gået en mellemvej og har tilkendt parten en (betydelig) godtgørelse som følge af en partshøringsfejl, selv om fejlen ikke ses at have haft indflydelse på afgørelsen.

Det bliver således nødvendigt at overveje mulighederne for ved lov eller i en ny grundlov at fastlægge i hvert fald hovedindholdet af læren om følgerne af konstaterede retlige mangler. Som det mindste må det afklares, hvilke sanktionstyper der overhovedet kan blive tale om, dvs. om ugyldighed skal suppleres med reaktioner som realudligning, erstatning, godtgørelse, omvendt bevisbyrde, ophævelse af sagsomkostninger eller konstatering. Ligeledes må de grundlæggende betingelser for anvendelse af de enkelte sanktionstyper overvejes.

Udviklingen af forvaltningsretlige krav?

En række af de krav, der stilles til forvaltningens skønsudøvelse og dele af forvaltningsprocessen, bygger på praksis i sager rejst i henhold til grundlovens § 63.

Efter oprettelsen af Folketingets Ombudsmand sker retsudviklingen i et samspil mellem domstolene og ombudsmanden. Når det drejer sig om sagsbehandlingskrav, synes initiativet til at påvirke udviklingen at ligge hos ombudsmanden. Domstolene begrænser sig ofte til efterfølgende at forholde sig til ombudsmandens retsopfattelse ved at tiltræde, eventuelt forkaste eller ændre den.

Det kan og bør diskuteres, om de generelle forvaltningsretlige krav fortsat skal udvikles på den måde, eller om de bør reguleres ved lov. Erfaringerne fra forvaltningsloven viser, at den effektive efterlevelse af generelle forvaltningsretlige krav forstærkes, når kravene har fæste i skrevne regler. Det bør med andre ord overvejes, og der bør tages stilling til, om og på hvilken måde domstolene skal medvirke ved udviklingen af generelle forvaltningsretlige krav.

Domstolskontrollens forfatningsmæssige status

Domstolsprøvelsen reguleres i visse sammenhænge i særlovgivning. Typisk sker det på den måde, at prøvelsen intensiveres i forhold til »normal prøvelse«, f.eks. i forhold til personer, der bliver administrativt frihedsberøvede eller får inddraget erhvervs-mæssige tilladelser. Nogle af disse skærpede krav beror på andre grundlovsbestemmelser end § 63. I andre tilfælde forekommer det lidt tilfældigt, om prøvelsen skærpes.

Hovedlinierne i denne lovgivningspraksis kunne det overvejes at fastsætte i selve grundloven. Væsentligere er, at prøvelsen også begrænses ved lov. Ja, i visse tilfælde afskæres den. Det sker bl.a. ved de såkaldte

endelighedsbestemmelser samt ved anerkendelse af, at den pågældende konflikt mellem borgere og forvaltning er henlagt til afgørelse ved voldgift. Retspraksis omkring spørgsmålet har i nyere tid været ujævn.

Et eksempel herpå er praksis vedrørende de såkaldte endelighedsbestemmelser, dvs. lovbestemmelser hvorefter en afgørelse ikke kan indbringes for en domstol. Umiddelbart synes sådanne bestemmelser uforenelige med grundlovens § 63. Endelighedsbestemmelser anses dog for grundlovmæssige i kraft af en meget lang lovgivnings- og retspraksis. I en del år var domstolene mindre tilbøjelige til at respektere endelighedsbestemmelser.

En ny højesteretsdom har imidlertid respekteret en endelighedsbestemmelse i udlændingeloven vedrørende Flygtningenavnets afgørelser. Dommen er ikke umiddelbart forenelig med den hidtidige modvilje mod sådanne bestemmelser. Mest bemærkelsesværdigt er, at der er tale om en endelighedsbestemmelse vedrørende meget vidtgående indgreb i de pågældende borgers forhold.

I mange år accepterede domstolene uden videre, at overenskomstansat personale i det offentlige ikke selv kunne anlægge sag om deres personaleforhold, såfremt sagen havde været prøvet eller kunne prøves ved Arbejdsretten eller et afskedigelsesnavn. Nyere retspraksis tillader i en vis udstrækning, at den ansatte i visse tilfælde kan indbringe sagen for de almindelige domstole til kontrol i henhold til § 63. Det retlige grundlag for denne nye tendens i retspraksis har dog været Den Europæiske Menneskeretskonventions artikel 6 og ikke grundlovens § 63.

Også disse spørgsmål trænger til en afklaring

Som nævnt foran implicerer den juridiske bedømmelse hyppigt en stillingtagen til forholdet mellem forskellige retskilder såsom en anordnings forhold til bemyndigelsesloven, foreneligheden af administrativ praksis med ulovbestemte retsgrundsætninger osv. Nogle af disse retskildekonflikter ligger på så højt retskildenniveau, at de rører ved selve forfatningens fundament. Det gælder vurderingen af loves eller andre retskilders grundlovsmæssighed samt spørgsmål om nationale reglers forenelighed med internationale regler med egentlig forrang. Skal sådanne spørgsmål også afgøres af de domstole, som kontrollerer forvaltningens efterlevelse af gældende ret?

For et bekræftende svar taler, at sådanne problemer hyppigt opstår som et integreret element i de juridiske problemer i prøvelsessagerne. Gør en borger eksempelvis indsigelse om, at en husundersøgelse er foretaget med urette, kan argumentationen meget let tænkes at bevæge sig på adskillige retskildenniveauer.

Indsigelsen kan være, at indgrebet er sket uden fornøden hjemmel i dansk ret. Dernæst kan borgeren tænkes at gøre gældende, at indgrebet burde være besluttet ved retskendelse, jfr. grundlovens § 72. Denne indsigelse rejser i hvert fald to fortolkningsspørgsmål i relation til § 72; gælder § 72 uden for strafferetsplejen, og hvorledes kan bestemmelsen om, at retskendelse ikke er påkrævet, hvis en lov »hjemler en særegen undtagelse« i § 72, opfyldes? Er det tilstrækkeligt, at der i den relevante lovbestemmelse står, at forvaltningen kan foretage husundersøgelse med bistand fra politi-

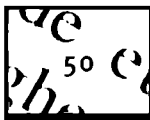
et? Den næste indsigelse kunne være, at indgrebet er omfattet af Den Europæiske Menneskeretskonventions artikel 8, og at kravene i denne bestemmelse til den nationale hjemmelsregel ikke er opfyldt.

Endelig kunne det tænkes, at husundersøgelsen er hjemlet i en regel, der implementerer et EU-direktiv, og at indsigelsen går på, at implementeringen ikke er sket korrekt.

De fleste af disse indsigelser forudsætter, som det ses, domstolens stillingtagen til forholdet mellem de forskellige retskildetyper. Nogle af disse hører naturligt hjemme i forbindelse med domstolskontrollen. Andre implicerer så overordnede retlige problemer, at der med vægt kunne argumenteres for, at den endelige afgørelse burde høre under en forfatningsdomstol. Eventuelle EU-retlige problemer kan af domstolen forelægges præjudicielt for EF-Domstolen. For øjeblikket har en domstol ikke samme mulighed med eventuelle menneskeretlige spørgsmål eller med danske forfatningsretlige problemer.

De hidtidige erfaringer viser, at navnlig de lavere domstole er tilbageholdende med at underkende trinlavere regler som grundlovsstridige, i strid med Den Europæiske Menneskeretskonvention osv. Denne praksis er såre forståelig; det er vanskeligt at bebrejde, at en byretsdommer, som under en fogedsag støder på et centralt og principielt problem med hensyn til fortolkningen af grundloven, ikke slår til og giver sit bud på problemets løsning.

En sådan praksis med dristige og friske grundlovsfortolkninger i alle mulige byretssager ville naturligvis heller ikke være ønskelig. Erfaringen viser imidlertid også,



at byretterne gennemgående er så tilbageholdende og forsigtige, at det svækker de overordnede reglers gennemslagskraft.

Kan dette problem løses, f.eks. ved at der skabes en pendant til den præjudicielle forelæggelse i EU-retten vedrørende danske forfatningsretlige problemer? Forelæggelsen måtte i givet fald kunne ske for den domstol – Højesteret, en eventuel Forfatningsret, eller en højeste forvaltningsdomstol – som i sidste instans afgør spørgsmål om loves grundlovmæssighed.

Sammenfatning

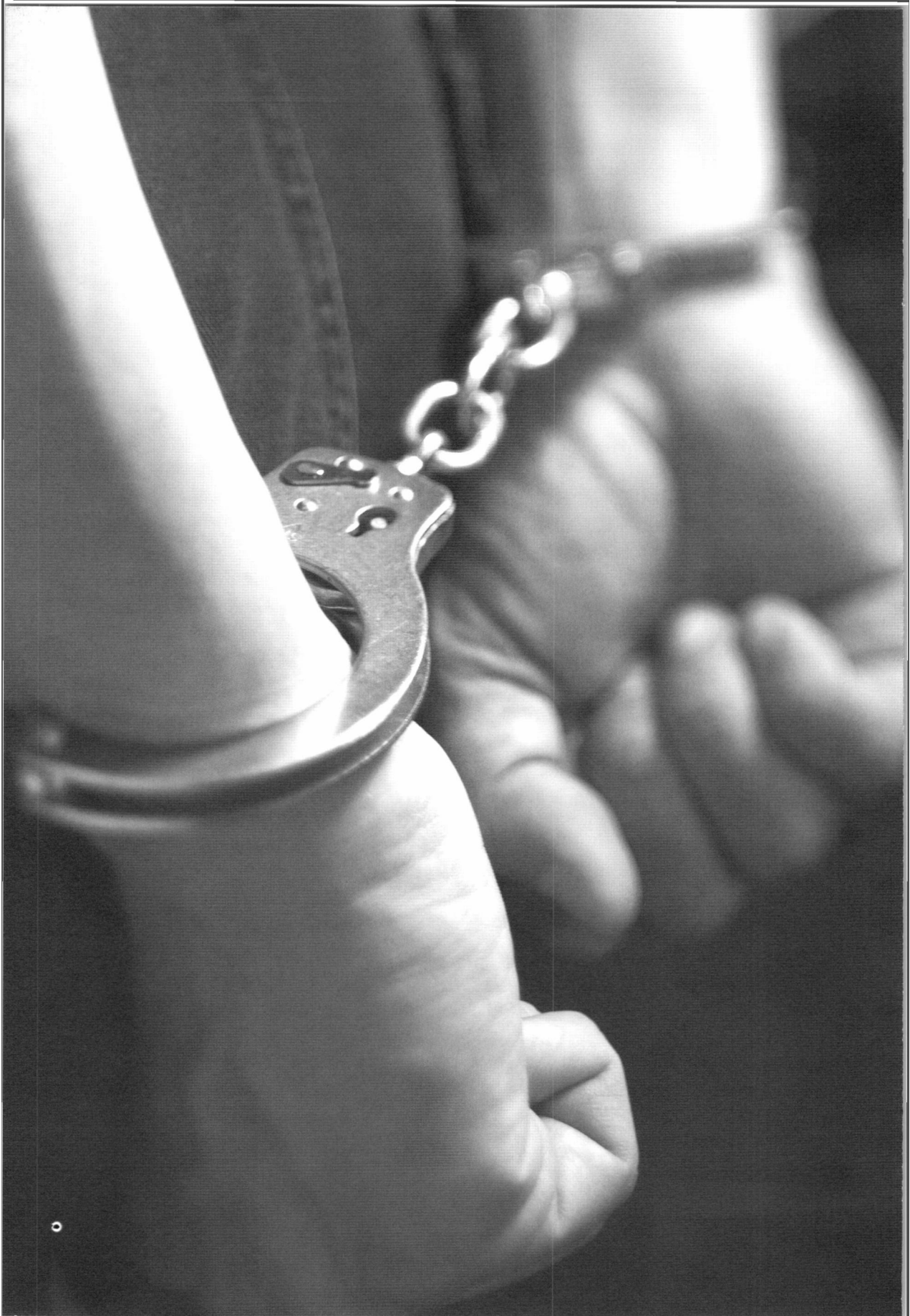
Gennemgangen foran viser, at domstolskontrollen i 150-året for den første grundlov og på tærsklen til et nyt årtusinde trænger til, hvad bilbranchen vil kalde et stort efter-

syn. Et væld af problemstillinger har måttet finde deres løsning i de almindelige domstoles udøvelse af domstolskontrollen. I mange år var domstolene i stand til at præstere gode og acceptable løsninger på problemerne.

Den retlige udvikling går imidlertid for øjeblikket så hurtigt, at tilpasningen til kontroll behovet næppe længere kan ske alene gennem ændring af retspraksis. Især problemerne omkring håndteringen af det mere og mere komplekse retssystem samt fastlæggelse af en fast linie i ugyldighedslæren er umiddelbart presserende.

Afklaringsbehovet er dog af så generel og massiv karakter, at den ideelle løsning vil være en samlet reform af reglerne om domstolskontrollen. En grundlovsrevision vil naturligvis være en indlysende anledning til at påbegynde et sådant arbejde ■

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100





»Inden 24 timer«

Af advokat Gunnar Homann

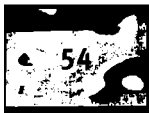
Domstolene tager ikke grundloven og retsplejeloven alvorligt nok i forbindelse med grundlovsforhør. Det forekommer f.eks., at anholdte frihedsberøves uden klar lovhjemmel, hvilket er i strid med grundloven. Det sker således »ikke helt sjældent«, at en anholdt fremstilles for en dommer kort før 24 timers fristen, men straks efter føres ud af retssalen for at blive fremstillet igen efter 24 timers fristens udløb. Udsættelsen sker f.eks., fordi dommeren har travlt med andre sager. Men der er ingen lovhjemmel til at holde den anholdte frihedsberøvet på denne måde, når dommeren ikke har besluttet enten at forlænge anholdelsen tre gange 24 timer eller varetægtsfængsle den anholdte, skriver advokat Gunnar Homann.

»UDSKRIFT AF RETSBOGEN
FOR

KØBENHAVNS BYRETS AFDELING
FOR GRUNDLOVSFORHØR M.M.

År 1997, den 12. dec. kl. 8.40 sættes retten i offentligt møde i byrettens lokale, Politigården, og beklædtes af byretsdommer US.

Protokolfører var PJ.



Der foretoges sag nr. 27328/97 (adv. S)
anklagemyndigheden
mod
anholdte NN
cpr.nr. 211069-xxxx

For anklagemyndigheden mødte vicekriminalinspektør OØ, der fremlagde rapport og bilag.

Kl. 8.40 fremstilledes anholdte NN, der bekræftede at være anholdt g.d. kl. 8.45 og være f. den 21. oktober 1969.

Dommeren beskikkede advokat GH, der var mødt som forsvarer for anholdte.

Retsplejelovens § 754 stk. 1, jf. § 752 stk. 1, samt § 764, stk. 3, blev iagttaget.

Anholdte blev gjort bekendt med, at han sigtes for overtrædelse af straffelovens § 192 a ved den 9. dec. 1997 i et kalderrum ved X-gade nr. 17 at have været i besiddelse af 1 maskingevær, 3 maskinpistoler, 2 US karabiner, håndgranater, 2 revolvere, ammunition m.v.

Anholdte midlertidigt ført ud kl. 8.42.

Anholdte NN fremstillet påny kl. 9.35.

Anklageren begærede dørene lukket.»

Det er ikke mange ord, der, afledet af eller sammenstillet med ordet »grundlov«, er indgået i almindelig sprogbrug.

»Grundlovsforhør« er imidlertid et af dem. Mon ikke de fleste voksne har en ret

klar opfattelse af, at grundlovsforhør er noget med, at en person, der er anholdt, inden 24 timer skal stilles for en dommer. Ellers skal han løslades.

Grundlovens regel om fremstilling for en dommer inden 24 timer er i øvrigt en gammel regel. Den går helt tilbage til tiden før grundloven af 1849. På den baggrund kan det give anledning til undren, at der blandt jurister i dag ikke ser ud til at være enighed om, hvorvidt den fremgangsmåde, der blev fulgt i retsmødet beskrevet i indledningen, er fuldt forenelig med grundloven eller ej. I eksemplet nåede anholdte – med jargonen fra dommervagten – lige akkurat at »komme ind og vende« for dommeren inden 24 timers fristens udløb for derefter – uden formel stillingtagen – at blive ført ud påny med henblik på genfremstilling lidt senere, når det kunne passes ind i arbejdsplanen.

Emnet for denne artikel er en drøftelse af de problemer med tidsfrister, der undertiden opstår i forbindelse med grundlovsforhør.

Grundlovens § 71 stk. 3, 1. og 2. pkt. lyder således: »Enhver, der anholdes, skal inden 24 timer stilles for en dommer. Hvis den anholdte ikke straks kan sættes på fri fod, skal dommeren ved en af grunde ledsaget kendelse, der afsiges snarest muligt og senest inden 3 dage, afgøre, om han skal fængsles, og hvis han kan løslades mod sikkerhed bestemme dennes art og størrelse«. Hertil knytter sig bestemmelsen i grundlovens § 71 stk. 4, hvorefter den kendelse, som dommeren afsiger, af vedkommende straks særskilt kan indbringes for højere ret.

I bemærkningerne til forslaget til 1953-grundloven udtaler Forfatningskommissio-



nen, at udtrykkene »anholdes« og »fængsles« anvendes i den traditionelle betydning: frihedsberøvelse, der finder sted som første led i en strafforfølgning. Anvendelsesområdet er således frihedsberøvelser inden for strafferetsplejen.

Det nærmere indhold af anholdelses- og fængslingsbetingelserne siger grundloven intet om. Betingelserne må fastsættes ved lov, jfr. lovhjemmelskravet i grundlovens § 71 stk. 2.

24 timers fristens begyndelsestidspunkt

Grundlovens 24 timers frist må regnes fra anholdelsen, det vil sige fra selve den fysiske pågribelse, hvad enten anholdelsen er foretaget af private eller af politiet.

Måtte der være tale om en privat anholdelse, f.eks. butiksdetektivens pågribelse af en person mistænkt for butikstyveri, er der efter retsplejelovens § 755 stk. 2, 2. pkt. pligt til snarest muligt at overgive den anholdte til politiet og i øvrigt med oplysning om tidspunktet for pågribelsen og grunden hertil.

Problemstillingen med fristerne ved anholdelser vil jeg herefter prøve at illustrere ved at se på forskellige ophørssituationer.

Situation 1

[Politiet løslader anholdte, inden der er gået 24 timer fra anholdelsestidspunktet.]

Selv om grundloven taler om, at enhver, der anholdes inden 24 timer, skal stilles for en dommer, er tanken ikke den, at løsladelse kun kan besluttes af retten.

Det følger af sammenhængen, at fremstillingen i retten kun er krævet som en be-

tingelse for, at anholdelsen kan overgå til varetagtsfængsling.

Det følger i øvrigt af retsplejelovens § 760, at enhver, der anholdes, skal løslades, så snart begrundelsen for anholdelsen ikke længere er til stede.

Værnet mod den eventuelt uberettigede kortvarige anholdelse må søges dels i de strafferetlige og/eller tjenstlige regler for politiets optræden og dels i den forurettedes mulighed for at få erstatning efter reglerne i retsplejelovens kap. 93 a.

Situation 2

[Anholdte fremstilles for en dommer, der – inden der er gået 24 timer efter anholdelsestidspunktet – træffer afgørelse om løsladelse, opretholdelse af anholdelsen i tre x 24 timer eller varetagtsfængsling.]

Denne situation er vel normalsituationen. Grundloven sikrer, at den uprøvede og foreløbige frihedsberøvelse, som anholdelsen indebærer, bliver kortvarig, og at det bliver en dommer – med de uafhængighedskrav dette indebærer – der skal træffe afgørelsen om, hvad der videre skal ske.

Grundlovens bestemmelser må også forstås, at anholdte (på ny) gøres bekendt med den formulerede sigtelse, og hvad denne støttes på, og at den anholdte får mulighed for at udtale sig herom, således at der kan tilvejebringes et grundlag for dommerens kendelse. Udfaldet på grundlovsforhøret må blive løsladelse, opretholdelse af anholdelsen i indtil tre dage eller fængsling. Retten kan ikke tillade, at den sigtede overgives til politiet på ny og tilbageholdes i, hvad der måtte være tilbage af de 24 timer fra anholdelsestidspunktet.



Situation 3

[Anholdte fremstilles inden 24 timer for en dommer, men retsmødet trækker ud.]

Grundloven indskrænker sig til et krav om, at anholdte inden 24 timer skal stilles for en dommer, og at dommerens af grunde ledsagede kendelse om eventuel varetagtsfængsling skal afsiges snarest muligt og senest inden tre dage. Dommeren kan således vente med sin afgørelse til retsmødets slutning. Der er ikke krav om, at en formel beslutning om opretholdelse af anholdelsen skal træffes straks, når man passerer det klokkeslæt, hvor der er gået 24 timer fra anholdelsen.

Om grunden til, at rettens afgørelse ikke kan nå at blive truffet inden 24 timer fra anholdelsen, er den, at politiets fremstilling af anholdte er sket i sidste øjeblik, eller om grunden må søges i, at sagen er kompliceret og kræver omfattende bilagsdokumentation og måske en langvarig afhøring af anholdte, er underordnet.

Grundloven stiller som anført blot krav om, at dommerens kendelse afsiges snarest muligt. Det betyder ikke, at politiet altid kan vente med en fremstilling af anholdte til umiddelbart før 24 timers fristens udløb. Frihedsberøvelsen må ikke udstrækkes unødigt, og reglen i retsplejelovens § 760 stk. 2 om fremstilling – med mindre løsladelse er sket forinden – inden 24 timer efter anholdelsen fortolkes således, at også fremstillingen skal ske snarest muligt og senest inden 24 timer.

Særligt om opretholdt anholdelse

Udfaldet på et grundlovsforhør må blive enten varetagtsfængsling eller løsladelse,

eventuelt mod sikkerhed, men grundloven åbner tillige for en tredje mulighed i og med, at dommerens kendelse om eventuel varetagtsfængsling alene skal foreligge »senest inden 3 dage«.

Denne regel er udbygget i retsplejelovens § 760 stk. 4. I situationer, hvor varetagtsfængsling ikke er udelukket, og omvendt anholdte ikke findes at kunne løslades straks, kan retten, hvor de foreliggende oplysninger er utilstrækkelige, eller der af anden grund ikke straks kan tages stilling til spørgsmålet om varetagtsfængsling, bestemme opretholdelse af anholdelsen.

Det følger af retsplejelovens § 760 stk. 5, at den, overfor hvem anholdelsen således er opretholdt, hvis løsladelse ikke er sket forinden, på ny skal fremstilles for en dommer, der inden tre x 24 timer efter afslutningen af det første retsmøde træffer bestemmelse om løsladelse eller varetagtsfængsling, herunder i surrogat.

Her er det i relation til fristspørgsmålet værd at mærke sig to forhold: For det første er det ikke nok, at genfremstillingen finder sted inden tre x 24 timer efter afslutningen af det første retsmøde. Også rettens kendelse skal foreligge inden de tre x 24 timer. Altså en anden situation end gældende for den første 24 timers frist. For det andet kan de forskellige ordvalg i grundloven og i retsplejeloven føre til forskellige udløbstidspunkter, men anholdte kan naturligvis ikke stilles ringere end hjemlet ved grundloven.

Er et grundlovsforhør f.eks. påbegyndt den 12. dec., men trækker ud til over midnat, må grundlovens regel, jfr. udtrykket »senest inden 3 dage«, føre til, at en eventuel fængslingskendelse skal afsiges senest ved udløbet af den 3. kalenderdag, d.v.s. den 15.



dec. kl. 24.00, selv om der endnu ikke er gået tre x 24 timer fra kendelsen om opretholdt anholdelse blev afsagt ved grundlovsforhørets afslutning. I de – oftest forekommende – situationer, hvor reglen i retsplejelovens § 760 stk. 5 fører til et for anholdte gunstigere resultat, må denne følges.

Såvel grundlovens som retsplejelovens frister er maksimalfrister, og der er således ved en beslutning om opretholdt anholdelse ikke noget til hinder for, at dommeren fastsætter en kortere frist. Omvendt kan den samlede tidsmæssige udstrækning af en anholdelse inden for såvel grundlovens som retsplejelovens rammer i sjældne tilfælde komme op på mere end fire x 24 timer. Det vil f.eks. være situationen, hvis fremstillingen i grundlovsforhør sker dagen efter anholdelsen, men inden 24 timer fra denne, og grundlovsforhøret trækker ud – dog uden datoskift – således at kendelsen om opretholdt anholdelse i indtil tre x 24 timer først afsiges på et tidspunkt, hvor der er gået mere end 24 timer fra anholdelsen.

Situation 4

[Anholdte fremstilles inden 24 timer i grundlovsforhør. Retsmødet afbrydes uden egentlig stillingtagen til opretholdelse af anholdelsen eller varetægtsfængsling. Anholdte fremstilles påny efter udløbet af 24 timers fristen.]

Denne situation – som retsbogsudskriften i indledningen er et eksempel på – er vist nok ikke helt sjældent forekommende.

I det praktiske retsliv er det navnlig en eller flere af følgende grunde, der anføres som årsag til, at det påbegyndte grundlovsforhør ikke straks føres til ende:

- dommeren må på grund af andre embedsforretninger udsætte grundlovsforhøret til senere,
- udsættelsen sker, fordi man venter på fremmøde af en tolk,
- anholdte ønsker en bestemt forsvarer, der først kan møde senere.

Den første grund – andre embedsforretninger – kan være afvikling af andre i forvejen berammede sager og kan vel navnlig udgøre et problem i provinsen. Også med dommervagtsordningen i København kan der imidlertid opstå tidsmæssige problemer, navnlig hvor der er tale om et stort antal anholdelser.

Det var vist i overvejende grad i såvel teori som praksis accepteret, at man kunne følge fremgangsmåden med en kort fremstilling for dommeren med konstatering af anholdelsestidspunkt, navn og sigtelse, og derefter hensætte anholdte »på dommerens ansvar«, indtil grundlovsforhøret praktisk lod sig gennemføre.

En i UfR 1994.734 offentliggjort kendelse fra Vestre Landsret har imidlertid sat et kraftigt spørgsmålstegn ved lovligheden af fremgangsmåden, og pustet nyt liv i debatten. I den pågældende sag var to personer anholdt sigtet for overtrædelse af straffelovens § 191 – heroinhandel.

De blev den følgende dag og inden 24 timer efter anholdelsen fremstillet i Retten i Esbjerg, hvorefter de afførtes midlertidigt, og retsbogen siger herom: »Dommeren bemærkede, at det på grund af andre embedsforretninger er nødvendigt at udsætte grundlovsforhøret til senere. Efter en drøftelse aftaltes det, at grundlovsforhøret... foretages kl. ca. xxxy.«

Ved den senere fremstilling samme dag efter 24 timers fristens udløb blev den ene person varetagtsfængslet og den anden løsladt. Anklagemyndigheden kærede løsladelsen, og landsretten udtalte, at da grundlovsforhøret første gang blev afbrudt, uden at der blev truffet afgørelse om enten opretholdelse af anholdelsen eller varetagtsfængsling, har der ikke været noget retsligt grundlag for fortsat at holde tiltalte frihedsberøvet. Pågældende burde derfor af denne grund og allerede på dette tidspunkt have været løsladt. Landsretten tiltrådte i øvrigt, at der efter det oplyste ikke var begrundet mistanke om, at tiltalte havde gjort sig skyldig i det påsigtede forhold og kendelsen stadfæstedes.»

Kendelsen er siden kommenteret bl.a. af kriminaldommer Peter Garde i UfR 1995 B s. 43 ff. Peter Garde argumenterer for en videreførelse af hidtidig praksis, der dels ikke er forbudt ved en utvetydig regel i retsplejeloven og dels bæres af stærke reale grunde, herunder også hensyn til den anholdtes retssikkerhed i videregående forstand, idet Garde bemærker, at forsvarerne og normalt også de anholdte selv altid samtykker ved udsættelsen, som også giver dem bedre mulighed for at gennemdrøfte sagen med de anholdte. Garde anbefaler, at der i grænseområdet tillægges anholdtes (og dennes forsvarers) indforståelse vægt.

Garde er inde på, at grundlovens § 71 stk. 3 næppe kan fortolkes som indeholdende et forbud mod at udsætte grundlovsforhøret ud over 24 timers fristen med henblik på at ekspedere andre sager i mellemperioden, men anfører dog også, at Vestre Landsrets resultat må siges at have en vis støtte i retsplejelovens § 760 stk. 4, der gengiver det

mulige udfald som løsladelse »straks«, fængsling »straks« eller en begrundet beslutning om opretholdt anholdelse. Efter min opfattelse må retsplejelovens § 760 stk. 4 anses tilstrækkeligt klar – og udsættelse ud over 24 timers fristen på andre embedsforretninger må i hvert fald efter Vestre Landsrets kendelse være udelukket.

Som allerede anført er der ikke noget til hinder for, at et rettidigt påbegyndt grundlovsforhør trækker ud. Pauser i retsmødet af hensyn til bespisning, toiletbesøg, anholdtes samtale(r) med forsvareren, jfr. retsplejelovens § 764 stk. 3 o.a. må tolereres. I situationer, hvor der er flere nogenlunde samtidigt anholdte i samme sagskompleks, og hvor de anholdte fremstilles for den samme dommer, bør der efter min opfattelse også være mulighed for, at dommeren hører flere af de fremstillede forklaringer, inden der træffes afgørelse for hver enkelt.

At den enkelte anholdte midlertidigt føres ud fra retslokalet, fordi vedkommende ikke skal have lejlighed til at overvære de medsigtede forklaringer, jfr. herved retsplejelovens § 748 stk. 1, 1. og 2. pkt., indebærer ikke en sådan afbrydelse af grundlovsforhøret, at dette bør fremtvinge en egentlig beslutning om opretholdt anholdelse. Vestre Landsrets kendelse ser jeg derfor alene som vendt mod udsættelser på grund af andre uvedkommende embedsforretninger, men herunder således også fremstilling i grundlovsforhør af andre anholdte, der ikke indgår i samme sagskompleks.

Det er bl.a. af Eva Smith (Straffeprocess, 3. udg. 1994, s. 119) anført, at det er en væsentlig retssikkerhedsgaranti, at dommeren har tilstrækkelig tid til det enkelte grundlovsforhør, således at sagen kan belyses



bedst muligt. Dette kan jeg da kun være enig i, men synspunktet fører vel blot til, at hvis dommeren ikke finder straks at kunne løslade eller varetægtsfængsle, så går vejen over en egentlig beslutning om opretholdelse af anholdelsen. Navnlig må det være uantageligt, at dommeren i tidnød lader sig friste til at varetægtsfængsle på et for spinkelt grundlag. Er der tvivl om, hvorvidt varetægtsfængslingsgrundlaget er tilstrækkeligt, må der ske løsladelse eller tys til en beslutning om opretholdt anholdelse.

Fordelene ved at fremtvinge en egentlig afgørelse om opretholdt anholdelse er flere:

- 3 x 24 timersfristen sættes i gang,
- beslutningen skal begrundes og kan af anholdte straks påkæres, jfr. retsplejelovens § 968,
- en sådan praksis må formodes at tilskynde politiet og retterne til en bedre tilrettelæggelse af fremstillingerne i grundlovsforhør.

På ulempesiden kunne anføres: Hvorfor dog sætte disse formaliteter i gang, hvis der blot er behov for en forholdsvis kortvarig udsættelse? I disse tekstbehandlingsanlægstider kan der dog hurtigt hentes hjælp til det formuleringsmæssige. Merarbejdet synes derfor ikke stort og kan ikke bære en svækkelse af retsgarantierne.

Når den frihedsberøvede, overfor hvem retten har opretholdt anholdelsen, derefter fremstilles påny, har retten imidlertid kun to muligheder tilbage. Enten løsladelse eller også en kendelse om varetægtsfængsling (herunder foranstaltninger efter retsplejelovens § 765). Selv om grundloven ikke klart afviser muligheden af, at dommeren udskyder sin afgørelse yderligere inden for

tre dages fristen, er retsplejelovens § 760 stk. 5 utvetydig.

Løsningen »opretholdt anholdelse« kan altså kun bruges én gang, og politiet, der vel i praksis ofte vil have et vist medansvar for den sene fremstilling og dermed rettens udsættelsesbehov, forskertser således muligheden for, når retten sættes påny, at begære anholdelsen opretholdt yderligere. Men det er vel heller ikke så betænkeligt. Når retten sættes på ny efter en af dommeren besluttet opretholdelse af anholdelsen, må det, hvis dommeren nu bestemmer løsladelse, også være en konsekvens af reglerne, at der ikke kan tillægges et eventuelt kæremål fra anklagemyndighedens side opsættende virkning, jfr. UfR 1962.796 ØLK og Lindgaard, Juristen 1962.158 ff.

Var kendelsen om løsladelsen derimod blevet afsagt i selve grundlovsforhøret, ville der ikke være noget til hinder for, at et kæremål kunne få tillagt suspensiv virkning, retsplejelovens § 968, jfr. 969 stk. 2. Også i denne situation må samspillet med grundlovens § 71 stk. 3 dog have til konsekvens, at har landsretten ikke i løbet af de tre dage truffet bestemmelse om fængsling, må anholdte løslades. Grundlovens frist for endelig stillingtagen til fængslingsspørgsmålet er udløbet. Det må – også – anses for udelukket at lade anholdte sidde »på dommerens ansvar« ud over 24 timers fristen på afventelse af en tolk, eller på at en ønsket forsvarer møder frem.

Tavshed om både tolke- og forsvarerspørgsmålet

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) bestemmer i artikel 5 stk.



2, at enhver, der anholdes, snarest muligt og på et sprog, som han forstår, skal underrettes om grunden til anholdelsen og om enhver mod ham rettet anklage, og en tilsvarende regel er indeholdt i »fair trial«-bestemmelsen i artikel 6 stk. 3 a.

Det er retten, der skal tage stilling til spørgsmålet om varetagtsfængsling. Retsplejelovens § 764 bestemmer, at en sigtet, der er til stede i landet, skal afhøres i retten om sigtelsen og skal have lejlighed til at udtale sig, inden afgørelsen træffes, med mindre retten finder, at fremstillingen af særlige grunde må anses for nytteløs eller skadelig for sigtede. Bestemmer retten varetagtsfængsling, uden at sigtede har haft lejlighed til at udtale sig i retten, skal han fremstilles i retten inden 24 timer efter, at han er indbragt her til landet, eller hindringen for fremstillingen er ophørt.

Sygdом eller bevidstløshed kan således føre til, at en anholdt, der ønskes varetagtsfængslet, undlades fremstillet, men afgørelsen er rettens. Fremstilling bør derimod ikke undlades med henvisning til, at sproglige hindringer og umuligheden af at fremskaffe en tolk vil gøre fremstillingen nytteløs, jfr. betænkning 728/1974 s. 41 og 73 ff.

Retten kan således heller ikke udskyde grundlovsforhøret ud over 24 timers fristen på, at en tolk skal komme til stede. Den manglende kommunikationsmulighed med anholdte kan dog muligt føre til, at dommeren finder de foreliggende oplysninger utilstrækkelige og benytter muligheden for at opretholde anholdelsen i indtil tre x 24 timer ved en egentlig begrundet beslutning herom.

Kombinationen af menneskerettighedskonventionens krav om »uførtøvet« og re-

glen i retsplejelovens § 764 stk. 2 må føre til, at hvad enten udfaldet bliver en beslutning om opretholdt anholdelse eller en varetagtsfængslingskendelse, skal der – hvis man ikke under grundlovsforhøret har kunnet kommunikere med anholdte på et sprog, som han forstår – ske en ny fremstilling i retten snarest muligt og senest 24 timer efter, at man har kunnet skaffe en tolk.

Grundloven siger heller ikke noget om retten til en forsvarer.

Menneskerettighedskonventionen sikrer enhver anklaget ret til at forsvare sig personligt eller ved bistand af en sagfører, som han selv har valgt, og hvis han ikke har tilstrækkelige midler til selv at betale, da at modtage den uden betaling, når retfærdighedens interesser kræver det, EMRK, artikel 6 stk. 3 litra c. En hertil svarende regel findes ikke i artikel 5, der om »grundlovsforhørssituationen« alene sikrer den anholdtes ret til personligt foretræde for dommeren.

Retsplejelovens regler om forsvarerbistand ved den mulige straffesags indledning er mere vidtgående. Enhver, der er sigtet for en forbrydelse har ret til at vælge en forsvarer, retsplejelovens § 730 stk. 1, og bliver en sigtet fremstillet i grundlovsforhør med henblik på varetagtsfængsling eller opretholdelse af anholdelsen, skal der for så vidt sigtede ikke selv har valgt en forsvarer, eller den valgte forsvarer udebliver, beskikkes en offentlig forsvarer, d.v.s. en forsvarer fra kredsen af såkaldte beskikkede advokater, jfr. retsplejelovens § 733 stk. 1.

Har anholdte ønsket at få en bestemt forsvarer – i eller uden for de beneficieredes kreds – kan grundlovsforhøret mod retsplejelovens klare regler ikke udsættes ud-



over 24 timer fra anholdelsen – heller ikke på »dommerens ansvar« – og heller ikke gennem en beslutning om opretholdt anholdelse. Er den valgte forsvarer ikke mødt – eller kan han ikke møde – inden 24 timers fristens udløb, må han anses for »udeblevet«. Grundlovsforhøret må inden for fristen gennemføres, og anholdte må bistås af den tilstedeværende, vagthavende forsvarer, som han skal have lejlighed til at tale med, inden der eventuelt afgives forklaring, retsplejelovens § 746 stk. 3. Et eventuelt forsvarerskifte må så efterfølgende gennemføres efter de derom gældende regler.

Under andre himmelstrøg eller måske blot til andre tider er det sket, at den anholdte i politiets varetægt er blevet underkastet tortur eller anden umenneskelig og nedværdigende behandling med henblik på at opnå en hurtig tilståelse. Også selv om politiet under de indledende afhøringer fuldt ud optræder korrekt, kan der næppe være tvivl om, at den anholdte ofte vil føle sig under et stærkt psykisk pres.

Da grundloven med kravet om den anholdtes hurtige fremstilling for en uafhængig dommer netop derved skal søge at begrænse omfanget af ulovlige frihedsberøvelser – og herunder også frihedsberøvelser, hvor utilbørligt fremtvungne tilståelser påberåbes som fængslingsgrundlag – må det anses betænkeligt at tillade 24 timers fristen suspenderet på grundlag af den frihedsberøvedes samtykke, også selv om det blot skulle være for at vente på en anden forsvarer.

Situation 5

[Anholdte når ikke at blive fremstillet for en dommer inden 24 timer fra anholdelsen.

Politiet undlader at løslade og fremstiller anholdte i retten efter fristens udløb med henblik på varetægtsfængsling (eller opretholdelse af anholdelsen).]

Grundloven siger heller ikke noget om konsekvenserne af en sådan fristoverskridelse. En for sen fremstilling af anholdte kan indebære erstatningsansvar og over for den eller de involverede polititjenestemænd tillige disciplinært ansvar eller måske ligefrem strafansvar (straffelovens §§ 147, 148, 154, 157 og 261).

Dommeren, der bliver bekendt med en fristoverskridelse, skal afkræve politiet en redegørelse herom, jfr. retsplejelovens § 746 stk. 2. En redegørelse, der vil kunne indgå i beslutningsgrundlaget for den efterfølgende afgørelse af, hvorledes der skal forholdes over for de ansvarlige for forsinkelsen.

Oversiddelsen af fristen fører derimod ikke automatisk til løsladelse. Dommeren må i grundlovsforhøret selvstændigt overveje, om betingelserne for varetægtsfængsling – eller opretholdt anholdelse – er til stede, jfr. retsplejelovens § 746 stk. 2 in fine og tilføjelse UfR 1972.164 V, hvor landsretten efter en fængslingsfrists udløb – fristen kunne efter de dagældende regler have været afbrudt af en før fristens udløb indgivet forundersøgelsesbegæring – fastslog, at byretten ikke automatisk burde have ophævet fængslingen på grund af forsinkelsen, men selvstændigt have taget stilling til, om fængslingen burde opretholdes eller ophæves.

Problemstillingen må som fremhævet af bl.a. Gammeltoft-Hansen, Strafferetsplejen II (1989) s. 124 ses på baggrund af, at vi ikke i dansk ret har nogen generel doktrin om, at tilsidesættelse af formelle regler foreskrevet til betryggelse for sigtede, automa-

tisk skal indebære, at det pågældende retsskridt bør udelukkes eller annulleres, eller at andre sanktioner (af tjenstlig eller erstatningsmæssig art) udløses.

Situation 6

[Dommeren har i grundlovsforhøret besluttet opretholdelse af anholdelsen. Politiet genfremsender imidlertid anholdte for sent.]

Om denne situation må som udgangspunkt gælde det samme, som anført ovenfor om situation 5. Henset til den længere tid, politiet har haft anholdte i sin varetægt, kan forsinkelsen meget vel tænkes mindre undskyldelig.

Kravet i retsplejelovens § 760 stk. 5 om, at rettens afgørelse som udgangspunkt skal foreligge inden fristens udløb, peger i retning af den forståelse, at hvis anklagemyndigheden ikke inden fristens udløb har kunnet overbevise dommeren om, at der forelå fængslingsgrund, således at kendelse herom kunne blive afsagt, må der finde løsladelse sted, og løsladelse må så meget desto mere være konsekvensen ved den for sene fremstilling. Der vil i disse situationer også kunne være tale om fremstilling, der ligger tæt på fire døgn eller senere i forhold til det oprindelige anholdelsestidspunkt, og det betyder, at der nu meget vel tillige vil kunne foreligge en konventionskrænkelse på samme måde, som hvis politiets første fremstilling af anholdte for en dommer var trukket tilsvarende ud.

Afsluttende bemærkninger

Alt i alt går det jo meget godt. Vi plejer at brøste os af, at vi med vore regler om

grundlovsforhør ligger fint i forhold til reglerne i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og i FN Konventionen om Civile og Politiske Rettigheder (CPR artikel 9). For så vidt angår anholdelsessituationen stiller EMRK artikel 5 stk. 3, jfr. stk. 1 c i fristmæssig henseende alene krav om, at anholdte »uførtøvet« skal stilles for en dommer eller anden øvrighedsperson, der ved lov er bemyndiget til at udføre dømsmyndighed.

Om en fremstilling er sket »uførtøvet«, antages at måtte bero på en konkret bedømmelse i hvert enkelt tilfælde. Vor 24 timers regel og reglen om opretholdelse af anholdelsen i tre x 24 timer synes derfor ikke at kunne rumme nogen problemer i forhold til den dom fra Menneskerettighedsdomstolen, der sædvanligvis henvises til, EMD 145 B Brogan m.fl., hvor de britiske myndigheder i henhold til en særlig terroristlovgivning havde frihedsberøvet nogle personer, der var mistænkt for og blev afhørt om nogle terrorhandlinger og medlemskab af det illegale IRA og uden at blive stillet for en domstol.

Der fandtes at være sket konventionskrænkelser. Den korteste af perioderne var på fire dage og seks timer.

I forhold hertil er 24 timer jo ganske kort, men er det tilstrækkeligt til at gardere mod konventionskrænkelse, hvis anholdelsen opretholdes i tre x 24 timer, og hvis der alene er tale om en helt ekspeditions-mæssig opretholdelse af anholdelsen uden nogen som helst realitetsprøvelse? Og hvor går den tidsmæssige grænse i øvrigt?

I Brogan-sagen var den korteste frihedsberøvelsesperiode tilfældigvis på fire dage og seks timer. Ville der også have været tale

om krænkelse, hvis perioden havde været endnu kortere? En anden problemstilling bør også fremdrages. EMRK artikel 5 stk. 1 fastslår, at ingen må berøves friheden undtagen i nogle nærmere angivne tilfælde – herunder lovlig anholdelse af en mistænkt – og kun når det er i overensstemmelse med den ved lov foreskrevne fremgangsmåde. Lovhjemmelskravet kender vi også fra grundlovens § 71 stk. 2.

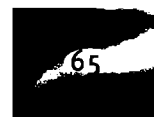
Selv om konventionen – udover hvad der måtte kunne udledes af »uførtøvet« – således ikke stiller specifikke krav til de i den nationale lovgivning gældende regler

om tidsfrister, vil det alligevel kunne være en konventionskrænkelse, hvis indgrebet ikke har tilstrækkelig hjemmel i national lovgivning.

Dette bør man til eftertanke, klartest for så vidt angår overholdelsen af fristen for fremstilling inden for 24 timer fra anholdelsen eller inden den nye fastsatte fremstillingsfrist i tilfælde af opretholdt anholdelse. Men konventionens og grundlovens lov- hjemmelskrav bør vel også føre til tøven med hensyn til »hensættelse på dommerens ansvar på grund af andre embedsforretninger« ■

**Gunnar Homann, født 1943. Advokat og partner i advokatfirmaet Kø-
nig, Homann & Erichsen, København.**





Frihedsberøvelse

Af advokat Henrik Steen Andersen

Det er så betænkeligt at varetægtsfængsle en person alene af hensyn til befolkningens retsfølelse, at denne mulighed bør forbydes ved en kommende grundlovsrevision, mener advokat Henrik Steen Andersen. I forhold til det, der oprindeligt var formålet med varetægtsfængsling, nemlig at »sikre Tilstedeblivelsen til Domssagen«, er der sket et voldsomt skred. Folketinget viser ikke megen respekt for princippet om, at enhver skal betragtes som uskyldig, indtil det modsatte er bevist. Også uden for strafferetten går Folketinget på akkord med principperne i grundloven. Eksempelvis har psykiatriske patienter ikke længere mulighed for at indbringe en administrativ frihedsberøvelse direkte for domstolene.

**Danmark er et underligt land;
Friheden
er en S-togsstation**

(en udlænding om Danmark)

I et demokratisk samfund betragtes den personlige frihed som den vigtigste af en række frihedsrettigheder. Modstykket her til fremgår af straffeloven. Lovens strengeste straf er fængsel. Du bliver spærret inde –

i værste fald for livstid. Berøvet retten til at bevæge dig frit, til at skifte opholdssted og til at vælge, hvem du vil være sammen med.

Den personlige frihed har imidlertid ikke altid været en selvfølge. Den har krævet kampe.

Historisk tilbageblik

De amerikanske fristaters kamp mod det engelske overherredømme førte til uafhængighedserklæringen af 4. juli 1776. »Vi regner følgende sandheder for selvindlysende: at alle mennesker er skabt lige; at deres skaber har givet dem visse umistelige rettigheder; at blandt disse er liv, frihed og stræben efter lykke ...«

Det er ikke svært at gennemskue, at der bag disse højtidelige ord gemmer sig en ideologi, der har rødder tilbage i naturretten og dens tanker om, at en højere magt har givet mennesker visse ufortæbelige rettigheder, hævet over al jordisk magt. Uafhængighedserklæringen gav dog – trods de fine ord – ikke anledning til nogen forandring i slaveriet. »Alle dyr er lige – men nogle dyr er mere lige end andre,« som George Orwell sagde.

Via den franske revolution, der lancerede begrebet menneskerettighederne, og strømninger i Europa blev frihedsrettighederne optaget som vigtige bestanddele af den danske juni-grundlov fra 1849. I Verdenserklæringen om Menneskerettigheder, vedtaget af FN i 1948, hedder det i artikel 1: »Alle mennesker er født frie og lige i værdighed og rettigheder. De er udstyret med fornuft og samvittighed, og de bør handle mod hverandre i en broderskabs ånd.«

Konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, vedtaget af Det Europæiske Råd i 1950, henviser til verdenserklæringen om menneskerettigheder. Men sprogbrugen er anderledes. For eksempel hedder det i artikel 1: »De høje kontraherende parter garanterer enhver person under deres jurisdiktion de rettigheder og friheder, der angives i denne konventions afsnit I.«

Der er ikke noget galt med ordet menneskerettigheder. Men det er nok værd at understrege, at de er menneskeværk og formuleret på et bestemt tidspunkt i det historiske forløb. De kan ændres igen eller fortolkes dynamisk under hensyntagen til samfundsudviklingen.

Når vi taler om menneskerettigheder, bør det heller ikke glemmes, at de bygger på en europæisk, kristen tankegang og ville have set ganske anderledes ud, hvis de var formulerede af islamisk eller buddhistisk orienterede personer.

På vej mod år 2000

På tærsklen til år 2000 tales der i mange lande om modernisering af (demokratiske) forfatninger. Det er almindeligt at stille krav om, at der i grundlovene optages et katalog over menneskerettigheder, der er så bredt, at det også omfatter beskyttelse af natur og miljø! Det har jeg intet imod – men jeg er bange for, at det smukke ideal »menneskerettighederne« udvandes, hvis det bruges i tide og utide.

Den danske grundlov har som sin første opgave at fastlægge, hvem der er de øverste statsorganer og omfanget af deres kompetence.

Af de i alt 89 paragraffer handler de første 65 om den lovgivende magt, den udøvende magt og den dømmende magt. Dernæst indeholder grundloven en række frihedsrettigheder. Disse kan med Alf Ross' terminologi inddeles i tre grupper: 1) frihedsrettigheder til beskyttelse af retssikkerheden (f. eks. privatlivets ukrænkelighed), 2) frihedsrettigheder af først og fremmest politisk tilsnit (herunder ytringsfriheden) og 3) frihedsrettigheder der indrømmer borgerne friheder eller goder af social og kulturel art (f. eks. erhvervsfriheden).

Socialistisk Folkeparti har i februar 1999 udsendt et prisværdigt debatoplæg »Danmarks Grundlov – 200?« Her opererer man med overbegrebet menneskerettigheder, som opdeles i de politiske frihedsrettigheder og de sociale rettigheder. Et ganske godt udtryk for, at man er sig bevidst, at reglernes nærmere indhold fastlægges af mennesker.

Der skelnes tillige mellem negative menneskerettigheder og positive menneskerettigheder, forstået på den måde, at de negative rettigheder giver borgeren frihed for staten (områder, hvor staten ikke må blande sig), mens de positive rettigheder giver borgeren et krav på staten. Som jurist påskønner jeg denne klare sondring mellem begreberne – men mit hjerte er ikke med, når der tales om »negative menneskerettigheder.«

Frihedsrettighederne lægger bånd på de øverste statsorganer og begrænser deres ret til at udøve magten i forhold til borgerne. Lovgivningsmagten kan således ikke anordne vilkårlige indgreb i ejendomsretten eller tiltage sig den udøvende magt. At der er realitet bag disse principper, så man et

klart eksempel på i Tvind-sagen, hvor Højesteret statuerede, at en række bestemmelser i en særlov var ugyldige. Når frihedsrettighederne findes i grundloven, betyder det ikke, at de har evig eller guddommelig gyldighed, blot at de betragtes som så fundamentale, at de ikke skal kunne ændres ved pludselige beslutninger fra dag til dag.

Hvad der betragtes som fundamentale frihedsrettigheder, veksler ikke alene fra tid til anden, men også fra land til land. Eksempelvis indeholder den norske grundlov et forbud mod at give love med tilbagevirkende kraft, som ikke genfindes i den danske grundlov. Efter 2. verdenskrig kriminaliserede vi handlinger, som ikke var strafbare, da de blev foretaget.

Rettigheder og pligter følges normalt ad. »Spørg ikke hvad Amerika kan gøre for dig, men hvad du kan gøre for Amerika,« udtalte en vis amerikansk præsident. Den danske grundlov indeholder ikke mange pligter for borgerne, men enkelte findes: »Den, der ikke selv kan ernære sig eller sine, og hvis forsørgelse ikke påhviler nogen anden, er berettiget til hjælp fra det offentlige.« (§ 75).

Det historiske udgangspunkt er – hvad mange synes at have glemt – at man har pligt til at ernære sig eller sine, hvis man kan. »Forældre eller værger har ret til selv at sørge for, at børn i den undervisningspligtige alder får en undervisning, der kan stå mål med, hvad der almindeligvis kræves i folkeskolen«. Omvendt har de pligt til at sørge for, at børnene undervises (§ 76). »Enhver våbenfør mand er forpligtet til med sin person at bidrage til fædrelandets forsvar efter de nærmere bestemmelser, som loven foreskriver« (§ 81).

1953-grundloven

Grundloven er sprogligt præget af korte, fyndige og lidt gammeldags vendinger. Det gør efter min smag ikke noget.

En grundlov kan ikke beskrive alt i detaljer, og den skal bestå i mange år. Man kan frygte – hvis eller når grundloven skal ændres – at den først får en tur gennem Justitsministeriets lovaftdeling og derefter fremstår som 343 paragraffer med pædagogiske definitioner ad modum: »Ved kongen forstås i denne lov...« Den personlige frihed er nedfældet i grundlovens § 71 og lyder således:

- stk. 1. Den personlige frihed er ukrænkelig. Ingen dansk borger kan på grund af sin politiske eller religiøse overbevisning eller sin afstamning underkastes nogen form for frihedsberøvelse.
- stk. 2. Frihedsberøvelse kan kun finde sted med hjemmel i loven.
- stk. 3. Enhver, der anholdes, skal inden 24 timer stilles for en dommer. Hvis den anholdte ikke straks kan sættes på fri fod, skal dommeren ved en af grunde ledsaget kendelse, der afsiges snarest og senest inden 3 dage, afgøre, om han skal fængsles, og hvis han kan løslades mod sikkerhed, bestemme dennes art og størrelse. Denne bestemmelse kan for Grønlands vedkommende fraviges ved lov, for så vidt dette efter de stedlige forhold må anses for påkrævet.
- stk. 4. Den kendelse, som dommeren afsiger, kan af vedkommende straks særskilt indbringes for højere ret.
- stk. 5. Ingen kan underkastes varetagtsfængsel for en forseelse, som kun kan medføre straf af bøde eller hæfte.
- stk. 6. Udenfor strafferetsplejen skal lovligheden af en frihedsberøvelse, der ikke

er besluttet af en dømmende myndighed, og som ikke har hjemmel i lovgivningen om udlændinge, på begæring af den, der er berøvet sin frihed, eller den, der handler på hans vegne, forelægges de almindelige domstole eller anden dømmende myndighed til prøvelse. Nærmere regler herom fastsættes ved lov.

- stk. 7. Behandlingen af de i stk. 6 nævnte personer undergives et af [F]olketinget valgt tilsyn, hvortil de pågældende skal have adgang til at rette henvendelse.

Stk. 3 – 5 er (med uvæsentlige sproglige moderniseringer) en gentagelse af 1849-lovens § 85, der kun bestod af disse tre stykker. Sætningen vedr. de særlige grønlandske forhold måtte indsættes i 1953, da Grønland blev en del af riget. Det nugældende stk. 1 blev tilføjet i 1953 – men fandtes allerede i det grundlovsforslag, som blev vedtaget af Rigsdagen i 1938-39, men bortfaldt ved folkeafstemningen den 23. maj 1939. Bestemmelsen skal ses som et værn mod oprettelsen af koncentrationslejre m.v. – men beskytter umiddelbart kun danske borgere. Stk. 2, 6 og 7 stammer alle fra revisionen i 1953.

At den personlige frihed er »ukrænkelig« (ligesom boligen og ejendomsretten) er en sandhed med modifikationer og må opfattes som en programmerklæring. Bestemmelsen kunne lige så vel lyde således: »Den personlige frihed kan krænkes under følgende betingelser...«

Det er klart, at man i et moderne samfund må underkaste sig en række begrænsninger i bevægelsesfriheden. Man må ikke køre over for rødt lys, græsset må ikke betrædes, mindreårige må blive hjemme, hvis mor siger det, og så fremdeles.

Man kan kontraktligt have forpligtet sig til ikke at forlade arbejdspladsen, når det passer én, eller have afskåret sig fra at rejse til udlandet, fordi man ikke har gyldigt pas.

Man kan formentlig nøjes med sige, at den personlige frihed ikke i sådanne tilfælde er krænket. En enkelt gruppe er ikke fuldt ud beskyttet af § 71 – nemlig de personer, der hører til forsvarsmagten, § 85. Det giver heller ikke anledning til mange overvejelser, at man kan frihedsberøves (fængsles), hvis man ved dom findes skyldig i en alvorlig lovovertrædelse. Grundloven forlanger blot, at en sådan frihedsberøvelse skal have hjemmel i loven.

Varetægtsfængsling og isolation

§ 71 stk. 3 – 5 handler om anholdelse og varetægtsfængsling. Det er forudsat, at politiet kan anholde personer, der mistænkes for en lovovertrædelse, men løsladelse skal ske, medmindre den pågældende inden 24 timer stilles for en dommer. Denne regel, som vist kendes af de fleste, har grundlovsfædrene ikke æren af. Den fandtes allerede under enevælden i forordning af 3. juni 1776 § 25.

Kun en dommer kan bestemme, at frihedsberøvelsen skal opretholdes. Dommerens kendelse kan straks indbringes for højere ret, hvilket afskærer lovgivningsmagten fra at bestemme, at visse afgørelser ikke eller kun med særlig tilladelse kan appelleres. Ligeledes er lovgivningsmagten afskåret fra at hjemle varetægtsfængsling for en forseelse, der kun kan medføre straf af bøde eller hæfte.

Grundloven nævner særskilt, at der – uanset at betingelserne for varetægtsfængsling i øvrigt er til stede – kan ske løsladelse

mod sikkerhed. Det kan være udslag af en særlig dansk ligestillingstrang, at denne mulighed aldrig benyttes. En amerikaner forstår ikke dansk praksis på dette punkt.

Varetægtsfængsling er for så vidt en grov krænkelse af den personlige frihed – ikke mindst når den kombineres med isolation (som ikke omtales i grundloven). Frihedsberøvelsen finder nemlig sted på et tidspunkt, hvor det ikke er sikkert, at den pågældende kan dømmes for den forbrydelse, som politiet har rejst sigtelse for. Det kræver en ordentlig moral hos anklagemyndigheden ikke at rejse sigtelser, der skyder over målet.

»Enhver, der anklages for en lovovertrædelse, skal anses for uskyldig indtil hans skyld er bevist i overensstemmelse med loven,« siges det markant i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6 stk. 2, som nu er gældende dansk ret. Ikke alle, der varetægtsfængsles og oplever deres sag omtalt i medierne, føler, at denne regel efterleves.

Det er sagt før, men tåler at blive gentaget: Det er stærkt betænkeligt, at dansk ret hjemler varetægtsfængsling alene af hensyn til »retshåndhævelsen« (læs den almindelige borgers ulyst til at møde vedkommende på gade og vej), jfr. retsplejelovens § 762 stk. 2. Folketinget viser ikke megen respekt for princippet om, at enhver skal betragtes som uskyldig, indtil det modsatte er bevist, når man går så langt som at bestemme, at en person, der er sigtet for vold, kan varetægtsfængsles, når der er særlig bestyrket mistanke om, at han er skyldig, og han i øvrigt skønnes at stå til mindst 60 dages fængsel. Når grundloven tages op til revision, bør § 71 suppleres med følgende bestemmelse:

»Ingen kan varetagtsfængsles alene af hensyn til retshåndhævelsen.«

Grundloven nævner intet om, hvorvidt den, der kræves varetagtsfængslet, har krav på, at nogen står ham bi og hjælper ham mod statsmagtens repræsentanter. Det er overladt til lovgivningsmagten at fastsætte de eventuelle regler herom. De findes nu i retsplejelovent, der trådte i kraft i 1919. Hvordan var det så i tiden fra 1849 til 1919?

Den lange vej

Før retsplejelovent var det uden for København således, at dommeren tillige var politimester. I København lededes politiet, som også i dag, af en politidirektør, der i givet fald måtte anmode retten om at træde i virksomhed. Uden for København kunne et forundersøgelsesforhør, hvor der ikke var behov for en forudgående efterforskning (ved politifolk), iværksættes uden videre på dommerens/politimesterens eget initiativ. Helt op til 1933 var det endnu sådan, at dommeren under selve domsforhandlingen var den, der afhørte tiltalte. Derefter kunne anklager og forsvarer få lov at stille supplerende spørgsmål.

I Den Danske Kriminal-Proces fra 1888 skrev C. Goos blandt andet:

»Sådanne mod den sigtede rettede Forholdsregler som Varetagtsfængsel, Husundersøgelse og deslige høre under Undersøgelsesdommerens kompetence og hjemfalde derfor under Inkvisitionsprincippet. Der bliver derfor ikke Spørgsmaal om særegne Forsvarsrettigheder mod dem, undtagen med hensyn til Retsmidlerne. Før Grundloven galdt i så henseende de samme Regler, som med hensyn til Appel, med

hvilken Appellen mod disse Forholdsregler maatte følge. Efter Grundlovens § 80 er det nu Regel, at Kendelser om Varetagtsfængsel kunne af Vedkommende særskilt indankes for højere Ret. Appellen som altså ske særskilt og strax, maa nu foretages af Vedkommende selv, ikke ved officiel Foranstaltning, lige som der heller ingen Forsvarer beskikkes«.

»Ifølge Inkvisitionsprincippet har den mistænkte en Retspligt til at sige Sandheden og altså til, hvis han er skyldig, at afgive sandfærdig Tilstaaelse herom. Ved Forhøret over den mistænkte gives der ham Lejlighed til at opfylde denne pligt, men Forhøret er tillige et middel til at fremtvinge den Opfyldelse, der ikke ydes frivillig.«

Interessant er det at læse, hvad Goos mente om behovet for varetagtsfængsling. Han skrev med henvisning til de da gældende regler i Danske Lov: »Med den udstrakte adgang til Frihed mod Sikkerhedsstillelse, se 1.1.9.1 in fine jfr. 1.23.1 er denne slet ikke beregnet på et sådant inkvisitorisk Dommerforhør. Den aabenbarer tydelig, at Fængslingens eneste Hensigt er at sikre Tilstedeblivelsen til Domssagen.« Det tør nok siges, at der ved udgangen af det tyvende århundrede er sket en udvikling.

Det er nemt at få en person varetagtsfængslet i Danmark – alt for nemt efter manges mening. En af forklaringerne kan være, at der ikke sættes præcise grænser fra lovgivers side.

Det overlades til dommeren at afgøre, hvad man tror, den mistænkte vil gøre, hvis og såfremt han ikke fængsles. Især troen på, at den mistænkte på fri fod vil og kan modvirke efterforskningen, navnlig ved at advare eller påvirke andre (skønt det vel er

det dumme, den mistænkte kan gøre), er udbredt, ikke mindst hos anklagemyndighed og politi. Og mange dommere har muligvis den opfattelse, at de ikke vil være skyld i, at politiets mulighed for at efterforske en begået forbrydelse vanskeliggøres ved en løsladelse.

Varetagtsfængsling af hensyn til efterforskningen ledsages hyppigt af en beslutning om, at den fængslede skal anbringes i isolation – dvs. uden fællesskab med andre indsatte og uden mulighed for at modtage besøg af pårørende. Det skal dog siges, at politiet ganske ofte arrangerer kontrollerede besøg, hvor agtefæller eller andre nære pårørende får lejlighed til at tale med den fængslede – men overvåget af en kriminalassistent.

Det er dokumenteret gennem adskillige undersøgelser, at nogle personer psykisk kan tage skade af at sidde isoleret. Skaden kan indtræffe selv efter relativt kort tid. Andre kan klare at sidde i isolation i månedsvis. Ingen er i tvivl om, at isolation er en alvorlig belastning, men at kalde det tortur – som er en klar menneskeretskrænkelse – er begrebsforvirring. Den, der har siddet ansigt til ansigt med en person og hørt på beretninger om, hvad tortur er, og hvad det kan gøre ved mennesker, har svært ved at tage det alvorligt, når isolation i et dansk fængsel sidestilles med tortur. Ikke desto mindre skal risikoen ved isolation tages alvorligt. Det er et oplagt emne for en kommende grundlovskommission at tage fat på.

Administrativ frihedsberøvelse

Frihedsberøvelse kan (kun) finde sted med hjemmel i loven (§ 71 stk. 2). Dvs. at det ik-

ke kun er inden for strafferetsplejen, at frihedsberøvelse kan komme på tale. Det er i overensstemmelse med grundloven, hvis Folketinget vedtager en lov, hvorefter personer, der ikke har begået kriminalitet, kan underkastes frihedsberøvelse. Blot foreskriver § 71 stk. 6, at lovligheden af en frihedsberøvelse, der ikke er besluttet af en dømmende myndighed, på begæring af den, der er berøvet sin frihed, skal forelægges de almindelige domstole eller anden dømmende myndighed til prøvelse. Er frihedsberøvelsen sket med hjemmel i lovgivningen om udlændinge, er domstolskontrollen ikke grundlovssikret. Men en tilsvarende kontrol er dog gennemført i udlændingeloven.

§ 71 stk. 6 skal naturligvis læses med stk. 1 in mente. Men derudover angiver bestemmelsen ikke, hvilke grunde der kan legitimere frihedsberøvelse ved lov. I modsætning hertil indeholder Den Europæiske Menneskeretskonvention i artikel 5 en udtømmende opregning heraf.

Flere danske love indeholder hjemmel for administrativ frihedsberøvelse, men det er især »psykiatriloven« og lov om social service (tidl. bistandsloven), der i antal påkalder sig interesse.

Psykiatriloven

Efter psykiatriloven kan der ske tvangsindlæggelse og tvangstilbageholdelse af personer, der er sindssyge, og det vil være uforvarsomt ikke at frihedsberøve den pågældende med henblik på behandling, fordi:

- 1) udsigten til helbredelse eller en betydelig og afgørende forbedring af tilstanden ellers vil blive væsentligt forringet (»gule papirer«) eller...

- 2) den pågældende frembyder en nærliggende og væsentlig fare for sig selv eller andre («røde papirer»).

Loven indeholder en række bestemmelser, der skal sikre patienten, dels at indlæggelse/tilbageholdelse kun finder sted, når det er tvingende nødvendigt, dels at beslutningen løbende revurderes. Desuden skal der udarbejdes planer for behandlingen.

Fra lovens ikrafttræden den 1. oktober 1989 var ordningen den, at afgørelser vedr. tvangsindlæggelse og tvangstilbageholdelse på begæring af patienten (eller dennes patientrådgiver) skulle indbringes direkte for retten i henhold til reglerne i retsplejelovens kap. 43 a. (hvilket bl.a. indebar advokatbeskikkelse for patienten), mens beslutninger om andre tvangsmæssige foranstaltninger kunne begæres indbragt for patientklagenævnene. Fra 1. januar 1999 er reglen den, at alle klager først skal indbringes for patientklagenævnene. Først derefter kan afgørelser om frihedsberøvelse begæres indbragt for retten.

Psykiatriloven og udlændingeloven synes at dele skæbne. De indeholdt begge oprindeligt nogle meget stærke retsgarantier, baseret på principielle synspunkter. Det synes, som om Folketinget taber det principielle af syne, som tiden går, og behov for lovændringer opstår.

Et flertal i »Kallehaug-udvalget« foreslog, at klager over frihedsberøvelse først skulle forelægges lokale patientklagenævn, mens mindretallet gik ind for, at afgørelserne skulle kunne indbringes direkte for domstolene.

Justitsministeriet skrev i bemærkningerne til lovforslaget: »Justitsministeriet

finder, at frihedsberøvelse er et så alvorligt indgreb, at det af retssikkerhedsmæssige grunde må foretrækkes, at sager om tvangsindlæggelse og tvangstilbageholdelse efter begæring så hurtigt som muligt indbringes direkte for en domstol. Det kan efter Justitsministeriets opfattelse ikke undgås, at en forudgående administrativ lokal behandling af en sådan sag vil medføre en forsinkelse af den retlige prøvelse, uanset hvor smidig og effektiv den administrative behandling tilrettelægges. Justitsministeriet kan derfor tiltræde mindretallets synspunkter på dette punkt.« Man har et standpunkt, til man tager et nyt.

Domstolene har i de forløbne år taget stilling til mange sager vedr. tvangsindlæggelse og tvangstilbageholdelse. Det siger næsten sig selv, at det er meget vanskeligt for en dommer på egen hånd at vurdere, om en person er sindssyg, behandlingskrævende og farlig. Men sagerne er blevet taget alvorligt, og blandt andet derfor har det ved mange retter været hovedreglen, at Retslægerådet blev bedt om at foretage en kontrol af overlagernes skøn. Det betød til gengæld, at sagsbehandlingstiden trak ud. Domstolene har ikke holdt sig tilbage, hvis det kunne konstateres, at formelle regler ikke var overholdt. Når loven til eksempel foreskriver, at en overlage skal foretage en vurdering, nytter det ikke, at en reservelæge har optrådt i stedet.

Adskillige tvangstilbageholdelser er blevet kendt ulovlige, fordi lovens forskrifter ikke var blevet fulgt. Ligeledes har man fra domstolenes side grebet ind, hvis det af sagen fremgik, at der ikke kunne gives patienten nogen form for behandling. Så måtte vedkommende udskrives.

Jeg tror, det betyder noget for de psykiatriske hospitaler, at de ved, at de bliver kigget over skuldrene. Det er ikke morsomt at få en domstols ord for, at en tvangstilbageholdelse har været ulovlig. Om der vil være den samme respekt for patientklagenævne, kan kun tiden vise. For mig har det undertiden været påfaldende at konstatere, hvor hurtigt en patient kunne udskrives, efter at der var indgivet begæring om domstolsprøvelse.

Det må enten betyde, at indbringelse skærper opmærksomheden/angsten for underkendelse, eller at den moderne psykiatri ved hjælp af medicinering hurtigt er i stand til at lindre tilstanden selv hos stærkt forpinte patienter. Overlæger, som jeg har mødt i retten, har forsikret mig, at det sidstnævnte er tilfældet.

§ 71-tilsynet

Det af Folketinget i henhold til grundlovens nedsatte § 71 tilsyn afgiver hvert år beretning om sin virksomhed. Dets opgave er alene at føre tilsyn med behandlingen af de personer, der er frihedsberøvede i henhold til stk. 6.

Det fremgår med al tydelighed, at det er et udvalg, som tager opgaven alvorligt – navnlig ved at aflægge anmeldte og uanmeldte besøg på institutionerne, men også ved at tage principielle spørgsmål op til drøftelse med de berørte ministerier. Udvalget kan ikke træffe beslutninger, men kun fremkomme med henstillinger. Det er et spørgsmål, om man ved en grundlovsændring skulle tillægge udvalget kompetence til at fremsætte krav – ikke mindst i betragtning af, at udvalget gang på gang må

pege på, at de lokalemæssige forhold ikke altid er tilfredsstillende.

Undertiden er kritikken endog meget skarp. I den forbindelse vil jeg minde om, at Kallehauge-udvalgets flertal foreslog, at der i loven blev optaget et udtrykkeligt katalog over visse goder, som frihedsberøvede patienter skulle have ret til, såsom enestue, når det er lægeligt indiceret, passende værelsesstand mv. og mindst en times ophold i frisk luft dagligt. Disse anbefalinger fulgte Folketinget imidlertid ikke.

Tvangsfjernelse af børn

Hvert år tvangsfjernes adskillige børn fra deres forældre i medfør af reglerne i lov om social service. Hvis man har blot en smule sans for sprog, skurrer det i ørerne, at reglerne om tvangsfjernelse af børn findes i en lov om social service. De burde overføres til en særlig lov.

Det er i første omgang det kommunale Børn- og ungeudvalg, der træffer afgørelse, når en socialforvaltning finder, at et barn mod forældrenes vilje skal fjernes fra hjemmet. Udvalget består af i alt fem personer, hvoraf den ene er den lokale byretsdommer. Afgørelserne kan indbringes for Den Sociale Ankestyrelse, hvis afgørelser igen kan begæres indbragt for landsretten som første instans.

Landsretten tiltrædes af en dommer, der er sagkyndig i børneforsorg, og en dommer, der er sagkyndig i børne- eller ungdomspsykiatri eller i psykologi. Det er en lidt trang vej, før sådanne sager når frem til en egentlig domstolsbehandling. For de berørte forældre er det ofte en frustrerende oplevelse at møde i landsretten, fordi der læses

så meget op fra socialforvaltningens akter med udtalelser, der ikke altid er smigrende for forældrene.

Der er næppe nogen tvivl om, at både Børn- og ungeudvalget og de øvrige instanser foretager en virkelig prøvelse af, om det nu også er strengt nødvendigt at fjerne et barn, og om der fra de sociale myndigheds side har været forsøgt mindre indgribende foranstaltninger.

Det har tidligere været diskuteret, om de her omhandlede indgreb overhovedet var omfattet af grundlovens § 71, men der er i dag almindelig enighed om, at en barnefjernelse i det mindste må betragtes som et indgreb i barnets ret til at være hos forældrene. Det kan passende præciseres i grundloven.

Reformer?

Hvis man spørger, om de nugældende regler om frihedsberøvelse fungerer tilfredsstillende, vil man naturligvis få forskellige svar, alt efter hvem man spørger. Hvis jeg var ansat i politiet eller anklagemyndigheden, ville jeg nok være ganske godt tilfreds.

Det fremmer ofte den mistænkte lyst til at fortælle om sagen, at han sidder fængslet og endnu mere, hvis han er isoleret. Omvendt kan man i socialforvaltningerne møde den opfattelse, at det er for svært at tvangsfjerne børn.

Efter min opfattelse skal det være svært at frihedsberøve voksne som børn. Vi kommer næppe uden om, at det undertiden er nødvendigt – og det fremgår også af blandt andet Den Europæiske Menneskeretskonvention. Det må så være politikernes opgave at tage stilling til, hvor svært det skal

være, og at indsætte de nødvendige begrænsninger i grundloven – således at reglerne ikke kan laves om fra den ene dag til den anden.

Politikerne må i den forbindelse meget gerne koncentrere sig om de principielle hovedlinier, hvad de ofte har svært ved. Vi ser alt for mange hovsa-lovgivningsinitiativer, der udspringer af politikernes ubændige lyst til at blande sig i enkeltsager, der giver adgang til omtale i medierne.

Hvis man – som i mange andre lande – vil gøre det svært eller blot sværere at komme igennem med krav om frihedsberøvelse, må man se i øjnene, at det er vanskeligt at udtale sig med blot rimelig sikkerhed om, hvad en person må forventes at gøre i fremtiden. Men det er i alt overvejende grad den opgave, man stiller domstolene overfor. Inden for strafferetsplejen er det mest effektive værn mod frihedsberøvelse grundlovens ord om, at der ikke kan varetægtsfængsles for en forseelse, som kun kan medføre straf af hæfte eller bøde.

Retsplejeloven har skærpet kravet, således at varetægtsfængsling kun kan anvendes, når lovovertrædelsen kan medføre fængsel i 1 år og 6 måneder. Til gengæld har folketingsmedlemmerne været flinke til at opfylde dette krav om en bestemt strafferamme, når nye straffebestemmelser skulle vedtages eller gamle ændres. Der kunne være behov for faste regler om, hvor længe en person kan sidde varetægtsfængslet, ganske korte og ufravigelige bestemmelser om hvor længe isolation må udstrækkes (ufravigelige i den forstand, at der ikke bevidstløst gøres undtagelser for narkokriminalitet) og gerne regler om, hvor lang tid der må gå fra en sigtelse formuleres og til tiltal-



le rejses. Tempoet i strafferetsplejen er et stigende og stort problem. Som tidligere nævnt er jeg modstander af, at der overhovedet kan varetægtsfængsles alene af hensyn til retshåndhævelsen. Det stemmer så dårligt med princippet om, at enhver har krav på at blive anset for uskyldig, indtil det modsatte er bevist.

Det overvejes at ophæve hæfte som en særskilt strafart, hvorefter der kun bliver bøde og fængsel tilbage.

Spørgsmålet er, om man kan gennemføre en sådan regel uden at komme på kollisionskurs med § 71. Det er med sikkerhed forudsat i grundloven, at der findes en form for frihedsberøvelse (hæfte), der ikke er så infamerende, at den kan give anledning til varetægtsfængsling. Dette forbud kan man næppe komme uden om blot ved i de enkelte straffebestemmelser at erstatte »bøde eller hæfte« med »bøde eller fængsel indtil 4 måneder.«

For de administrative frihedsberøvelsers vedkommende bør det indføres i grundlo-

ven, at reglerne om domstolskontrol også gælder for unge under 18 år. Det ville harmonere godt med FN-konventionen om børns rettigheder.

Jeg anser det – som Justitsministeriet i sin tid – for et gode, at frihedsberøvede kan begære sagen indbragt direkte for domstolene, og jeg er betænkelig ved den udvikling, der synes sat i gang, hvorefter man først lader diverse nævn se på sagerne. Man skal ikke forvente, at hverken nævn eller domstole på egen hånd vil tilsidesætte sagkyndiges skøn om, at en frihedsberøvelse er tvingende nødvendig. Men man kan fastsætte nogle præcise regler vedrørende fremgangsmåden og behandlingen – jfr. Kallehaug-udvalget – og den tidsmæssige udstrækning af frihedsberøvelsen. Retspraksis viser, at det er på »fodfejl«, de administrative myndigheder dømmes – og selv om det er irriterende med alt for mange formkrav, er de nødvendige for anstændig menneskelig adfærd.

Tillid er godt – men kontrol er bedre ■

Henrik Steen Andersen, født 1940. Advokat, København.





Offentlighed og mundtlighed i videst muligt omfang

Af advokat Oluf Engell

Trods grundlovens krav om offentlighed og mundtlighed i retsplejen i videst muligt omfang synes udviklingen at gå i retningen af, at skriftlighed vinder frem på bekostning af den mundtlige og offentlige procesform. Dette skyldes ikke altid principielle overvejelser, men »hensigtsmæssighedssynspunkter« og ressourceproblemer. Det kan bekymre, skriver advokat Oluf Engell. Hvis udviklingen fortsætter, kan det i sin yderste konsekvens betyde, at procesreglerne sammen med Højesterets voteringsform kommer i konflikt med grundlovens krav om mundtlighed i videst muligt omfang og indirekte med kravet om offentlighed – med risiko for at dette kan brede sig til de øvrige domstole. I så fald vil grundlovens krav være reduceret til en tom skal.

Junigrundloven fra 1849 indførte en ny forfatningsorden. Enevælden blev afskaffet.

Statsmagten skulle deles i tre: den lovgivende, den udøvende og den dømmende magt.

Siden da har domstolenes uafhængighed været grundlovssikret, bl.a. gennem grundlovens bestemmelse om, at udøvelsen af den dømmende magt kun kan ordnes ved lov. I dag er det en selvfølgelighed.

Nok så bemærkelsesværdigt var Juni-grundlovens pålæg til lovgivningsmagten om, at offentlighed og mundtlighed i retsplejen skulle gennemføres »så snart og så vidt muligt«. Set i historisk perspektiv er det ikke nogen selvfølgelighed, at retssager skal være offentlige, eller at sagerne skal afgøres på grundlag af, hvad der fremføres mundtligt direkte over for den dømmende ret.

Det er velkendt, at præsten, højskolemanden og salmedigteren N.F.S. Grundtvig (1783-1872) var den, der fik dette pålæg til lovgivningsmagten »listet ind« – som han dengang selv beskrev det – i grundloven fra 1849. Bestemmelsen var et krav og et løfte om reform af den hidtidige retsplejeordning, som blev anset for utidssvarende og uforenelig med kravene til retfærdig og effektiv rettergang. Strafprocessen, som nok optog grundlovsfædrene mest, var inkvisitorisk med lukkede undersøgelsesforhør uden klar adskillelse mellem efterforskning og rettergang. Civilprocessen, der i det væsentlige var baseret på parternes skriftlige indlæg, var omstændelig og langsommelig. Større og hurtigere retfærdighed skulle sikres i en offentlig, mere koncentreret og dermed mere effektiv retspleje.

Historisk stod retsplejen for Højesteret som en undtagelse. Siden oprettelsen i 1661 har Højesteret med begrænsede undtagelser afgjort de indbragte sager efter offentlig og mundtlig domsforhandling. Tilsvarende har været gældende for Sø- og Handelsretten siden oprettelsen i 1861.

Grundtvigs grundlovspålæg til lovgivningsmagten blev ikke indfriet i hans levetid. Der skulle gå mere end 70 år, før offentlighed og mundtlighed blev fuldt gennemført med retsplejelovens ikrafttræden den 1. oktober 1919. Dermed skiftede grundlovens krav til retsplejeordningen også karakter. Den gældende grundlovs § 65, stk. 1, er ikke længere et løfte om reformer, men et forbud mod at afskaffe offentlighed og mundtlighed i retsplejen. Det vil ikke kunne ske uden en grundlovsændring.

Grundlovens krav til procesordningen er imidlertid ikke ganske præcist. Offentlighed og mundtlighed skal gennemføres »i videst muligt omfang«. Det åbner mulighed for en afvejning over for andre hensyn. Juridisk er dette ikke problemfrit. Hvor langt kan man gå i retning af at indskrænke, hvad der i dag gælder med hensyn til offentlighed og mundtlighed i retsplejen, uden at komme på kant med grundlovsbudet om offentlighed og mundtlighed i videst muligt omfang?

Spørgsmålet lader sig næppe besvare særlig præcist. I et vist omfang må retsplejeordningen følge tidens retspolitiske bølgeslag. Og bølgerne kan tage forskellig retning. Mens kravene om offentlighed i retsplejen synes at vokse i et stadigt mere medieorienteret samfund, kan der omvendt spores tegn på, at kravet om mundtlighed i retsplejen tillægges mindre betydning. Nogle træk i den nyeste udvikling kan tjene som eksempler herpå.

Grundlovens pålæg til lovgivningsmagten om at gennemføre offentlighed i retsplejen i videst muligt omfang suppleres af det absolutte krav i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (artikel 6) om,

at enhver har ret til en »retfærdig og offentlig rettergang«. Offentlighed i retsplejen skal modvirke uretfærdighed og overgreb i det skjulte og medvirke til at fastholde tilliden til domstolene og dermed til retsanvendelsen. I udgangspunktet var offentlighed nært knyttet til kravet om mundtlighed i retsplejen og offentlighedens mulighed for derigennem at følge med i, hvad der passerer i offentlige retsmøder. I almindelighed er der ikke mange, som benytter sig af denne adgang. Alligevel har offentlighedens principielle adgang sin betydning.

Pressens rolle

I praksis er offentlighedens rolle som tilhører afløst af pressens muligheder for at følge med og referere fra retssalene. Det er derfor et tilbageskridt, at medierne har opgivet tidligere tiders løbende og kyndige retsreportage. Mediernes omtale af retssager er blevet sporadisk og mere journalistisk. Alligevel tillægges pressen her som på andre af samfundslivets områder stadig større betydning.

Et eksempel herpå er det forslag, som justitsministeren fremsatte i oktober 1998, om ændring af retsplejeloven med henblik på styrkelse af »samarbejdet mellem retterne og pressen«, og som snart kan forventes gennemført. Efter forslaget skal journalister – hvordan de så i praksis nærmere afgrænses – have særlige krav på aktindsigt i retssager og medindflydelse i spørgsmål om dørlukning, referatforbud og navneforbud. Forslaget har forskellige regler for straffesager og civile sager.

I straffesager skal journalister have adgang til anklageskrifter og anklagemyndig-

hedens retsmødebegæringer, med mindre der er tale om retsmøder for lukkede døre. Endvidere skal journalister både i straffesager og i civile sager efter domsforhandlingen have aktindsigt i retsbøgerne, bortset fra retsbøger fra møder for lukkede døre. Journalisternes brug af stof, de således får adgang til, vil fortsat være begrænset bl.a. af reglerne om referat- eller navneforbud i særlige tilfælde, og i straffesager skal forurettede og vidner sikres anonymitet.

I civile sager går lovforslaget mere forsigtigt til værks. Som begrundelse angives, at civile retssager i modsætning til straffesager fortrinsvis er af »privat eller forretningsmæssig karakter«.

Noget rigtigt kan der vel være i dette. Men helt dækkende er det ikke. Også civile sager kan påkalde sig betydelig offentlig interesse, f.eks. forvaltningssager om »øvrighedsmyndighedens grænser« eller forfatningsretlige sager. Også sager mellem private parter kan på grund af deres samfundsmæssige konsekvenser have offentlig interesse. Men efter lovforslaget skal det fortsat være sådan, at offentligheden og journalister ikke har aktindsigt i parternes processkrifter og bilag. De må afvente den mundtlige domsforhandling og dér følge med, så godt de kan.

Der skal ikke her forsøges nogen vurdering af, om forslaget går rigelig langt i straffesager eller ikke langt nok i alle civile sager. Men den, der hæfter sig ved forskellene, skal ikke søge svaret alene i en ideel afvejning af hensynet til den sigtede i straffesager og hensynet til parterne i et civilt søgsmål. Som det fremgår af lovmotiverne, er ordningen i civile sager begrundet også i risikoen for, at en væsentlig udvidelse af pres-

sens adgang til aktindsigt kunne medføre, at flere sager ville blive behandlet ved voldgift, der foregår for lukkede døre, i stedet for ved domstolene. I civile sager har partene et alternativ. Det har den sigtede i en straffesag ikke.

Tilstedeværende journalister skal ikke blot have aktindsigt, men også ret til at udtale sig, inden retten træffer afgørelse om dørlukning eller om referat- og navneforbud. Og journalisterne skal tillige have adgang til at appellere rettens afgørelser herom. Nogle journalister har været betænkelige ved på denne måde at få et indirekte medansvar for disse afgørelser, men når lovforslaget er gennemført, skal adgangen nok blive brugt. I forvejen er det vist mediernes almindelige opfattelse, at der for ofte bestemmes dørlukning eller udstedes referat- eller navneforbud. Kritikken kan måske ikke helt afvises, men under alle omstændigheder vil det blive vanskeligere for en interesseret journalist at affinde sig med begrænsninger uden at benytte sig af adgangen til at udtale sig i retten og eventuelt derefter appellere, hvis afgørelsen går mod dem imod.

I praksis vil de nye regler formentlig betyde en udvidet offentlighed og pressedækning navnlig i straffesager, og også inden sagerne kommer til pådømmelse. Betænelighederne herved ville måske ikke være store, hvis mediernes interesse for sagerne var båret af de retssikkerhedsmæssige hensyn, som ligger bag kravet om offentlighed i retsplejen. Når man imidlertid har oplevet pressens isnende polarstorm, f.eks. mod den dengang sigtede i sagen om de mange dødsfald på plejehjemmet »Plejebo«, må man håbe, at de nye regler vil gå

hånd i hånd med større respekt for sigtede personer og øget ansvarsfølelse over for den udsatte stilling, som de og deres pårørende befinder sig i, indtil domstolene har afgjort skyldspørgsmålet.

Justitsministerens lovforslag »fastfryser« i øvrigt, hvad der i dag gælder med hensyn til direkte transmission fra offentlige retsmøder. Det kræver fortsat domstolens tilladelse i hvert enkelt tilfælde, og tilladelsen skal kun kunne gives undtagelsesvis. Det forudsættes i lovbemærkningerne, at der aldrig gives tilladelse til optagelse af tiltaltes eller vidners forklaringer i straffesager, og at der i civile sager kun gives tilladelse med alle involveredes samtykke. Med erfaringer fra udlandet in mente skal man nok være tilfreds med, at denne særlige form for offentlighed i retsplejen ikke foreslås udvidet.

Ellers kunne det, der af Grundvig og grundlovsfædrene var tænkt som et værn mod uretfærdighed, slå om til det modsatte og blive en ubehagelig trussel for den, som – med eller uden egen skyld – stilles for retten og i så fald måtte frygte den offentlige menings dom på foreløbige eller ufuldstændige præmisser mere end domstolens afgørelse.

Småsager uden offentlighed

Selv om tidens bølgeslag går mod øget offentlighed i retsplejen, navnlig i forhold til medierne, er der også modgående strømninger. Et eksempel herpå er forslagene i en betænkning fra 1997 om en ny, summarisk småsagsproces, som vil blive omtalt senere. Hvis den foreslåede småsagsproces måtte blive gennemført – hvad der heldigvis for

tiden ikke synes umiddelbar udsigt til – vil det i realiteten have som konsekvens, at offentlighed afskaffes i mange af dagliglivets små civile retssager (under 20.000 kr.). Forslagsstillerne mener ikke, at dette vil være i strid med grundlovens § 65 (eller med artikel 6 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention). Helt overbevisende forekommer dette ikke. I hvert fald vil det være et tilbageskridt, som vanskeligt kan forenes med kravet om offentlighed i »videst muligt omfang«.

Mundtlighed

Grundlovens krav om mundtlighed i retsplejen blev for 150 år siden anset som en nødvendig forudsætning for offentlighed i retsplejen. Den mundtlige procesform med en koncentreret domsforhandling direkte for den domstol, der skal afgøre sagen, har imidlertid også sine egne fordele. Det er således værd at notere, at grundlovsfædrene efter erfaringerne med datidens overvejende skriftlige procesform har anset den mundtlige domsforhandling for bedre egnet til at sikre en effektiv og retfærdig retspleje. Det er derfor bemærkelsesværdigt, at de sporadiske tilløb, der siden er gjort i retning af at begrænse mundtlighed i retsplejen, ligeledes begrundes med forventninger om større effektivitet.

Som tidligere omtalt havde grundlovens krav om mundtlighed ikke adresse til Højesteret, der allerede i henved 200 år havde haft en procesform med de hovedelementer, som kendes i dag: forberedende skriftveksling, offentlig domsforhandling, mundtlig forelæggelse med dokumentation af sagens faktiske omstændigheder, mundt-

lig procedure, votering umiddelbart efter domsforhandling og hurtigst mulig domsafsigelse. Indførelsen af den mundtlige procesform ved landets øvrige domstole gik imidlertid ikke hurtigt og blev mange steder mødt med skepsis ved retsplejelovens ikrafttræden i 1919. En tidligere præsident for Vestre Landsret har genfortalt, hvorledes der i Viborg var »nærmest rædsel« blandt overretsassessorerne ved tanken om, at de – nu som landsdommere – skulle slippe ikke alene advokater, men også parter ind i retten. Men den nye ordning blev gennemført og har siden stået sin prøve, således at den i dag af de fleste opfattes som en selvfølgelighed.

Nu forhandles alle retssager mundtligt. Det gælder i alle instanser. Kæremål, der i det væsentlige drejer sig om processuelle spørgsmål, afgøres dog i almindelighed på skriftligt grundlag. Og i ankesager kan retten i særlige tilfælde bestemme, at domsforhandlingen skal være skriftlig. Bortset fra sager, som både efter Højesterets og parternes opfattelse oplagt egner sig til afgørelse på skriftligt grundlag – f.eks. sager om overskuelige lovfortolkningsspørgsmål og med ukompliceret faktum – har Højesteret hidtil kun anordnet skriftlig behandling i meget begrænset omfang.

På grund af sagsmængden og for lange berammelsestider er det imidlertid ved forskellige lejligheder blevet tilkendegivet, at Højesteret kan finde det nødvendigt at anordne skriftlig behandling i videre omfang. Højesteret vil på den måde kunne spare noget af den tid, som ellers vil gå med den mundtlige domsforhandling. Til gengæld vil advokaternes arbejde med de skriftlige procedureindlæg blive mere om-

fattende og tage mere tid, allerede fordi indlæggene må udarbejdes og afgives successivt og efter tur.

Det må blive en afvejning, som næppe altid vil være let, af på den ene side ulemperne ved generelt for lange berammelsestider og på den anden side svaghederne ved, at den konkrete sag afgøres uden mundtlig domsforhandling. I det samlede regnskab er der næppe udsigt til væsentlige tidsmæssige besparelser, og helt tilfredsstillende kan det ikke blive, at kapacitets- og resourceproblemer i landets øverste domstol skal være styrende for Højesterets efterlevelse af grundlovens krav om mundtlighed i retsplejen.

Småsager uden mundtlighed og offentlighed

Principielt nok så betænkelige er forslagene i den tidligere omtalte betænkning fra 1997 om en ny, summarisk småsagsproces. Forslaget omfatter som nævnt de fleste civile sager om beløb på – i første omgang – op til 20.000 kr. Forslaget er båret af et ønske om at effektivisere behandlingen af disse såkaldte »småsager« og i det hele gøre domstolsbehandlingen mere tiltrækkende.

Målet er, at flere sager skal indbringes for og afgøres af domstolene. Endvidere vil forslagene give udvidede opgaver og øget beskæftigelse for domstolenes jurister. Til gengæld indebærer den foreslåede småsagsproces afskaffelse af mundtlighed (og dermed offentlighed) – og tillige af advokaters medvirken – i et stort antal af dagliglivets civile sager.

Forslaget rejser adskillige principielle retsplejemæssige og retssikkerhedsmæssige

spørgsmål, som falder uden for rammerne her. Det kan i flere henseender vise sig en farlig vej at betråde – også for domstolene og deres almindelige omdømme.

Hvis mundtlighed (og offentlighed) – og retten til at møde med advokat – i almindelighed anses for vigtige garantier mod, at der sker uret, er det ikke let at acceptere, at disse garantier kan undværes i almindelige menneskers småsager. Kan ønsket om at sikre borgerne en retfærdig retspleje gøres relativt i forhold til beløbenes størrelse – og hvor skal grænserne i så fald trækkes under tidernes omskiftelser? Det er vel rigtigt, at effektivitet og tempo er vigtige led i en ordentlig retspleje, men det burde også i mindre sager være muligt at forene kravene herom med grundlovsbudene om offentlighed og mundtlighed i retsplejen.

I småsagsudvalgets betænkning argumenteres med, at grundlovens »bud« om mundtlighed i retsplejen i teori og praksis ikke er blevet opfattet som noget »absolut krav«. Forslaget om skriftlig behandling af småsager begrundes derefter med »henigtsmæssighedsovervejelser«.

Argumentationen forekommer letbenet og udvalgets forslag betænkelige. Juni-grundloven fra 1849 krævede mundtlighed i retsplejen i større omfang end tidligere med »mundtlighed i videst muligt omfang« som målet. Dette mål har været fastholdt under alle senere grundlovsændringer. Er det foreneligt hermed ikke blot at begrænse, men helt afskaffe mundtlighed (og offentlighed) i et meget stort antal domstolssager? Hvis forslagene måtte blive gennemført, må man i hvert fald have lov til at spørge, om bølgeslaget fra 1849 er ved at vende.

Skriftlig forberedelse – mundtlig domsforhandling

Rigtigt tilrettelagt og gennemført kan den mundtlige domsforhandling med forelægelse, bevisførelse og procedure gennemføres på kortere tid end det vil tage at udarbejde, udveksle og besvare skriftlige indlæg – også selv om man til varigheden af selve domsforhandlingen lægger den tid, som medgår til den skriftlige forberedelse af sagen og forberedelsen af domsforhandlingen.

En skriftlig eller overvejende skriftlig procesform kan føre til øget risiko for vidtløftiggørelse og trække sagerne i langdrag. Den, der ikke har sin modpart direkte over for sig, må tage flere eventualiteter i betragtning. Det kan være vanskeligere at bedømme, hvad der kræver enten fremhævelse eller imødegåelse. Papiret er også mere tålmodigt end de fleste dommere. Fristelsen til – med en herostratisk frase – at »skrive sig ud af« en vanskelig problemstilling kan være betydelig. Tankerækker, der ikke møder modsigelse, mens de nedskrives, afregnes lettere kontant under en mundtlig domsforhandling.

Til gengæld stiller den mundtlige procesform utvivlsomt meget store krav til dommerne. Det ligger i nogen grad i selve den kontradiktoriske procesform. Parternes advokater taler for modstående synspunkter og vil på afgørende punkter være uenige om sagens faktiske omständighederne eller om indholdet af gældende ret – ofte om begge dele – og derfor modsige hinanden. Til tider må det kræve meget af dommerne at fastholde koncentrationen og overblikket. En skriftlig procesform kan give bedre mulighed og tid til fordybelse og egne overvejelser.

Mundtlighed og skriftlighed er imidlertid ikke absolutte modsætninger i retsplejen. Selv om retssager domsforhandles mundtligt, forberedes de skriftligt. Sagt i almindelighed fastlægges sagens rammer skriftligt. Den mundtlige domsforhandling skal holdes inden for disse rammer, men særkendet for den mundtlige procesform er, at domstolene skal træffe deres afgørelse på grundlag af, hvad der mundtligt fremføres direkte over for den dømmende ret. Hvad der ikke er sagt, er ikke hørt, og kan ikke tages i betragtning af retten ved sagens afgørelse. Kombinationen af og samspillet mellem den skriftlige forberedelse og den mundtlige domsforhandling kan indrettes forskelligt. I mange lande er skriftlighed dominerende i processen, navnlig for de øverste domstole.

I USA's højesteret, Supreme Court i Washington – der i øvrigt er nødt til at være ekstremt selektiv i udvælgelsen af de sager, som tillades indbragt – er parternes mundtlige indlæg i almindelighed begrænset til ikke over en halv times varighed. Det er også velkendt, at der for De Europæiske Fællesskabers Domstol efter kontinental retstradition kun tillades meget korte mundtlige indlæg fra parternes advokater. Og ofte går en del af den knapt udmålte tid med advokaternes besvarelse af spørgsmål fra rettens medlemmer. Med sådanne begrænsninger får den mundtlige procedure sekundær betydning i retsplejen. Der kan uddybes, understreges og besvares spørgsmål, men chancerne for at vende nederlag til sejr under den mundtlige procedure eller for afgørende at påvirke udfaldet må være beskedne. Tyngden må lægges i de forudgående skriftlige indlæg.

I dansk retspleje er det anderledes. Inden for rammerne af den skriftlige forberedelse ligger tyngdepunktet i den mundtlige domsforhandling. Det er naturligt i byretterne, landsretterne og Sø- og Handelsretten, hvor afhøringer af parter, vidner og eventuelle sagkyndige foretages under domsforhandlingen. Men det har også i flere hundrede år været gældende i Højesteret, selv om der ikke dér foretages afhøringer.

Omvendt har den skriftlige forberedelse for Højesteret traditionelt været begrænset. Typisk har den blot bestået i en kortfattet ankestævning med angivelse af den indankede doms konklusion og appellants påstand for Højesteret. Hvis den appelindstævntes modpåstand alene går ud på, at Højesteret skal stadfæste den foregående instans dom, har svarskrift fra appelindstævnte eller andre processkrifter ikke været påkrævet.

Højesterets voteringsform

Selv om mundtlighed (og offentlighed) har været gennemført i Højesteret, længe inden kravet blev grundlovsfæstet i juni 1849, har der i de seneste år været tendenser i modgående retning. Et første tegn for en halv snes år siden var Højesterets henstilling til parterne om senest én uge før domsforhandlingen at indsende oversigter over relevante lovforarbejder og relevant retspraksis samt juridisk litteratur.

I forbindelse med nye generelle regler herom indførte Højesteret i 1998 efter forhandling med bl.a. Advokatrådet et yderligere krav om, at parterne senest én uge før domsforhandlingen skal indlevere påstandsdokumenter med oversigt over samt-

lige anbringender, gerne i form af et sammenfattende processkrift, med ret udførlig redegørelse for, hvad der gøres gældende i sagen. Højesteret vil herigennem på forhånd have kendskab til hovedpunkterne i den mundtlige procedure. De nye regler afhjælper manglen af den udførlige skriftlige forberedelse, som anvendes for landsretterne, og burde ikke i sig selv give anledning til principielle overvejelser.

Når de nye skriftlige elementer i forberedelsen af højesteretssager alligevel påkalder sig nogen interesse, har det sammenhæng med Højesterets traditionelle og særegne voteringsform. Højesterets votering påbegyndes i reglen straks efter, at den mundtlige domsforhandling er afsluttet. Dommerne voterer efter embedsalden nedfra, således at den yngste rejser sig og voterer først, så snart de procederende advokater og tilhørerne har forladt retssalen.

Man kan forestille sig, at det må være noget af et kunststykke for den eller de førstvoterende dommere at leve op til Højesterets ifølge sagens natur meget høje krav til gennemarbejdede og holdbare afgørelser på disse betingelser. Dette var måske i sin tid medvirkende til en ejendommelig ordning, som Højesteret praktiserede for godt 300 år siden, med to blandt højesteretsdommerne udpegede referendarer, som parterne mødte på dagen før domsforhandlingen for udførligt at redegøre for sagen, således at referendarerne inden domsforhandlingen kunne give Højesteret »all fornøden Underretning«.

Ordningen er forlængst forladt og ville ikke af nogen blive anset for gangbar i dag. Men der er ikke slækket på kravene til de førstvoterende, som nu inden domsfor-

handlingen minutiøst selv gennemgår den indankede dom og det foreliggende bilagsmateriale (ekstrakten), parternes skriftlige indlæg, herunder deres sammenfattende processkrifter, suppleret med omfattende egne studier vedrørende de retsområder, som må antages at have særlig betydning.

Inden domsforhandlingen har de førstvoterende udvekslet resultaterne af deres undersøgelser og udarbejdet et udkast – eller i hvert fald skelettet – til forslag om, hvorledes sagen bør afgøres.

For udenforstående fortaber det sig, i hvor høj grad den eller de førstvoterende herved i realiteten lægger sig fast på afgørelsen inden domsforhandlingen. Det kan vel fra tid til anden ske, at de ændrer opfattelse efter at have hørt den mundtlige forelæggelse og parternes procedure. Tilbage står imidlertid risikoen for, at parterne med Højesterets skærpede krav til den skriftlige forberedelse kan få en opfattelse af, at de ved domsforhandlingen står over for dommere med forudfattede meninger og manglende lydhørhed over for, hvad der fremføres mundtligt.

I sin yderste konsekvens kan man frygte, at den mundtlige procesforms betydning i højesteretssager indskrænkes og begrænses i retning af, hvad der gælder f.eks. i den amerikanske højesteret eller for De Europæiske Fællesskabers Domstol. En sådan udvikling synes ikke forenelig med grundlovens krav om mundtlighed i videst muligt omfang.

Indtil et godt stykke op i dette århundrede blev det vist nok – i hvert fald blandt højesteretssagførere – anset for utilstedeligt, hvis Højesterets dommere overhovedet havde gennemlæst sagens bilag (ekstrakten)

inden domsforhandlingen. Den opfattelse er nu forladt. Det forekommer heller ikke meningsfyldt at sætte spørgsmålstegn ved de senere års skærpede krav til den skriftlige forberedelse af højesteretssager. Til syvende og sidst må det være i alles interesse, at Højesteret har de bedst mulige forudsætninger for at træffe gennemarbejdede og holdbare afgørelser i de forelagte sager.

Til gengæld er det måske værd alvorligt at overveje en ændring af Højesterets særegne voteringsform, således at højesteretsdommerne – og navnlig de førstvoterende – får den nødvendige tid til at forberede deres votering og formulere deres forslag til afgørelse, efter at den mundtlige domsforhandling har fundet sted.

Forslaget er ikke nyt. Allerede inden retsplejereformen blev gennemført i 1919, var Højesterets daværende præsident (justitiarius) Niels Lassen i en artikel »Om Højesteretsdommenes Præmisser« (Ugeskrift for Retsvæsen 1912 B side 249 ff.) inde på den tanke, at det ved lov skulle tillades Højesteret at udsætte domsafsigelsen eller i hvert fald offentliggørelsen af præmisserne en uges tid efter domsforhandlingen. Hvordan nu reglerne nærmere kan udformes – og det kræver næppe lovgivning – vil forslaget selvsagt betyde en ændring af Højesterets traditionelle arbejdsform.

Til gengæld kunne det være medvirkende til at undgå risikoen for, at grundlovens krav om »mundtlighed i videst muligt omfang« eroderes og ender med en accept af mundtlighed i mindst muligt omfang, som det kendes i udlandet. Hvis den særegne voteringsform fører til begrænsning af den mundtlige procesforms betydning for Højesteret, kan man frygte samme udvik-

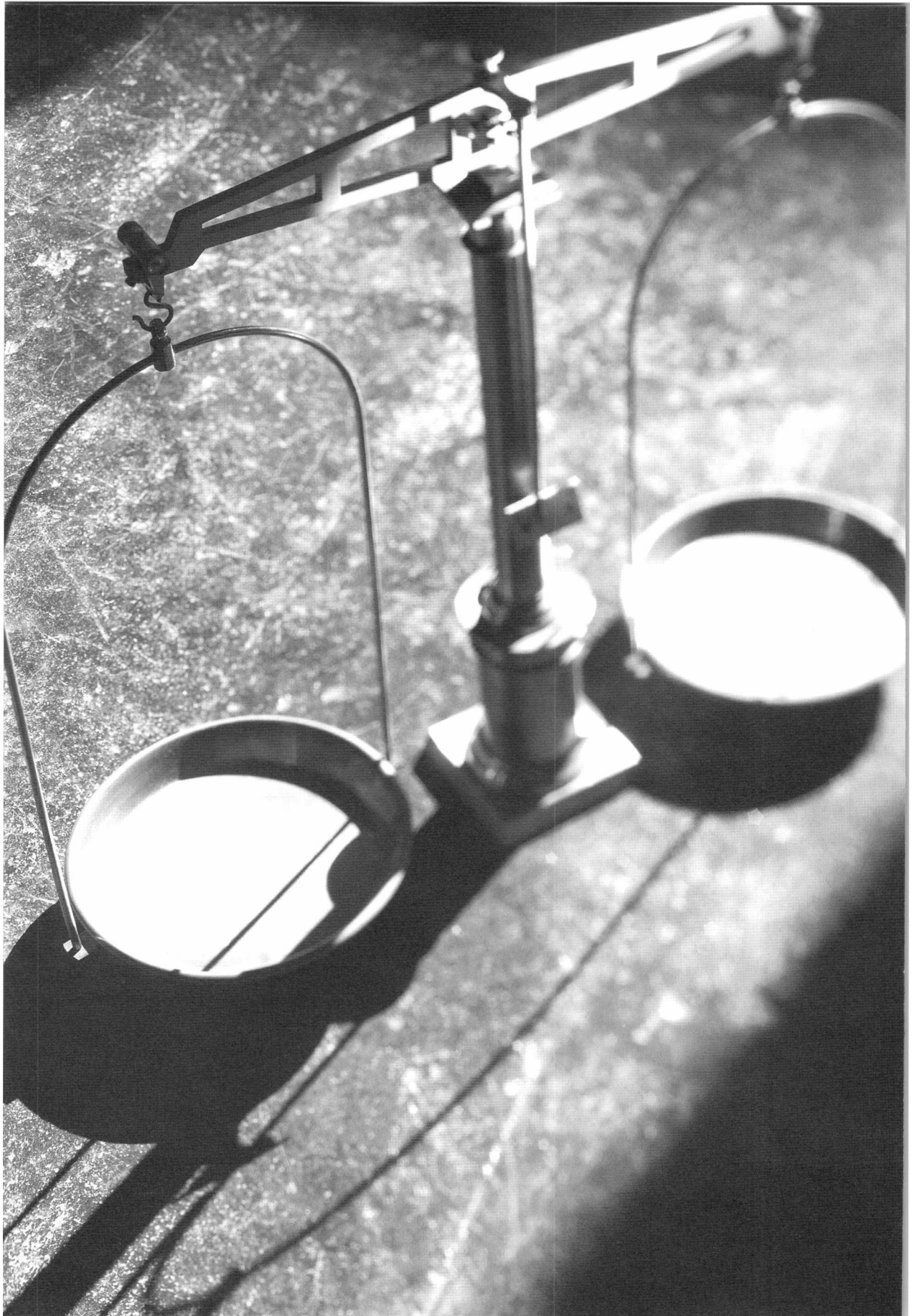
ling i landsretterne og de underordnede retter. I så fald vil tidens bølgeslag have gjort

grundlovens krav om mundtlighed i retsplejen til en tom skal ■

Oluf Engell, født 1945. Advokat og medindehaver af Hjejle, Gersted & Mogensen, København.

[illegible]

11





Rigsretten og menneskerettighedskonventionen

Af professor, dr. jur.
Hans Gammeltoft-Hansen

Rigsretten er i sin juridiske konstruktion hverken mere sart eller robust i menneskeretlig henseende end landets øvrige domstole, skriver Folketingets Ombudsmand, professor Hans Gammeltoft-Hansen og imødegår dermed angrebet på Rigsretten under den seneste rigsretssag. Det forhold, at Folketinget både udpeger den ene halvdel af Rigsrettens dommere og optræder som anklagemyndighed udgør ikke i sig selv et problem i forhold til menneskerettighedskonventionens krav om upartiske dommere. Menneskerettighedsdomstolen vil således næppe tillægge denne dobbeltrolle betydning, vurderer Hans Gammeltoft-Hansen

Inden for rammerne af et skrift, hvis overordnede tema er grundloven og retsplejen, har redaktionen naturligt nok også haft

opmærksomheden henvendt på Rigsretten som en grundlovsfastet del af vort retsplejesystem.

Lige så naturligt har man ment, at en eventuel kritisk vurdering af Rigsretskonstruktionen i særlig grad måtte beskæftige sig med forholdet til de generelle krav, der i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) og i den tilhørende praksis fra konventionsorganerne stilles til domstole, ikke mindst straffedomstole.

Dette spørgsmål fik aktualitet i forbindelse med den seneste rigsretssag (Rigsretssag nr. 5, anlagt i 1993 mod en forhenværende justitsminister og afsluttet med Rigsrettens dom af 22. juni 1995 – herefter benævnt RRD 5). I denne sag angik en meget væsentlig del af formalitetsproceduren netop spørgsmålet om forholdet mellem Rigsretten og EMRK, idet forsvarerne i vidt omfang begrundede deres afvisningspåstand med, at en gennemførelse af sagen ville være i strid med konventionen.

Rigsretten er forankret i grundlovens §§ 16, 59 og 60; nærmere regler er givet ved rigsretsloven (lovbk. 641/1986). Rigsrettens sammensætning, der er fastsat ved grundlovens § 59, udgøres af indtil 15 højesteretsdommere samt et tilsvarende antal medlemmer valgt af Folketinget efter forholdstal, d.v.s. på en sådan måde at det afspejler de politiske partiers mandattal på valgets tidspunkt.

De valgte medlemmer må ikke selv have sæde i Folketinget, og de vælges for en periode på seks år for derved at sikre medlemmerne en vis uafhængighed af de skiftende politiske forhold. I tilfælde af forfald kan Rigsretten fungere med et mindre antal dommere, dog ikke under 18 og altid under iagttagelse af paritet mellem højesteretsdommerne og de folketingsvalgte medlemmer.

Rigsretten behandler straffesager (og erstatningssager) mod ministre i anledning af deres embedsførelse. Sagerne rejses af Folketinget eller Regeringen. Retten var i perioden 1849-1910 i funktion fire gange; den femte rigsretssag, der fandt sted 1993-95, er nævnt ovenfor. I alle fem sager er tiltalen rejst af Folketinget.

Rigsretten blev institueret ved 1849-grundloven; men bestemmelserne måtte ændres med 1953-grundloven som følge af Landstingets afskaffelse. Indtil da var det Landstinget, der blandt tingets egne medlemmer udpegede de 15 dommere og deres stedfortrædere. Ordningen var således inspireret af andre lande (bl.a. Norge, England og USA) med tokammer-systemer, hvor den dømmende funktion er knyttet til førstekammeret, mens anklagerfunktionen er henlagt til andenkammeret. Med indførelsen af etkammersystemet i 1953 blev man nødt til at knytte begge funktioner til Folketinget, men altså således, at folketingsmedlemmer ikke selv kunne have sæde i Rigsretten, og med en fast valgperiode på seks år.

EMRK blev vedtaget i 1950 som den udbyggede vesteuropæiske version af de globale bestræbelser i FN-regie for at fremme og fastslå respekten for de grundlæggende menneskerettigheder. Konventionen trådte i kraft i 1953 (altså i samme periode som vores nuværende grundlov).

Det mest bemærkelsesværdige ved konventionen var, at den ud over kataloget af grundlæggende rettigheder for det enkelte individ også etablerede særlige organer (Kommissionen og Domstolen), der skulle gøre konventionsbeskyttelsen operativ og effektiv gennem undersøgelse og bindende pådømmelse af klager over krænkelser af

de i konventionen opregnede grundrettigheder. Konventionen er siden blevet suppleret med en række protokoller, som på forskellig vis udbygger konventionsbeskyttelsen. Den righoldige praksis, der gennem årene er udviklet af Kommissionen (som i øvrigt blev nedlagt i 1998) og Domstolen, udgør det egentlige indhold af den beskyttelse, som personer kan kræve overholdt af Europarådets medlemsstater.

Danmark, der tidligt ratificerede EMRK og dermed var forpligtet til at overholde dens krav, tog i 1992 det yderligere skridt at inkorporere konventionen. Det skete ved lov 285/1992, der direkte gjorde konventionen til en bestanddel af dansk ret på linie med al anden dansk lovgivning.

Indvendinger mod Rigsretten

Når det gælder spørgsmålet om Rigsretten som institution set i forhold til EMRK, er det først og fremmest konventionens artikel 6 stk. 1 og den hertil knyttede praksis, der udgør grundlaget: »Enhver skal, når der skal træffes afgørelse angående en mod ham rettet anklage for en forbrydelse, være berettiget til en retfærdig rettergang inden en rimelig frist for en ved lov oprettet, uafhængig og upartisk domstol«. Spørgsmålet er med andre ord, om Rigsretten i sin konstruktion opfylder kravet om at være en »uafhængig og upartisk domstol«.

Dette spørgsmål er ganske intensivt belyst i forbindelse med formalitetsproceduren i RRD 5, hvor tiltalte og forsvaret som anført påstod sagen afvist fra Rigsretten bl.a. med henvisning til, at dens gennemførelse ville stride mod EMRK artikel 6. Forsvarets procedure vedrørende dette spørgs-

mål var yderst grundig – og afstikker dermed en naturlig ramme for de mulige indvendinger, der med udgangspunkt i EMRK overhovedet kan tænkes anført mod Rigsrettens konstruktion.

Der blev fra forsvarets side også fremført andre EMRK-baserede indvendinger mod gennemførelsen af rigsretssagen end dette, at Rigsretten ikke opfyldte kravet om at være en upartisk domstol. De angik navnlig spørgsmålet om, hvorvidt tiltalte under de givne forhold kunne forvente en »retfærdig rettergang« i artikel 6 stk. 1's forstand.

Forsvarets betragtninger vedrørte her først og fremmest spørgsmålet om den umiddelbare bevisførelse for Rigsretten, der hævdedes umuliggjort ved den meget omfattende dommerundersøgelse, som var gået forud, og hele karakteren af denne undersøgelse. Endvidere inddrog man artikel 6 stk. 1's krav om »rettergang inden en rimelig frist« i grundlaget for afvisningspåstanden. Også artikel 6 stk. 2, hvorefter »enhver, der anklages for en lovovertrædelse, skal anses for uskyldig, indtil hans skyld er bevist i overensstemmelse med loven«, blev anført af forsvaret under henvisning til den forudgående – og efter forsvarets opfattelse tendentiøse – medicomtale af sagen.

Alt dette angår problemer, der ikke er nødvendigt forbundne med rigsretsinstitutionen som sådan, og skal derfor forbigås her. Det samme gælder for så vidt den ene halvdel af forsvarets begrundelse for i den konkrete sag at karakterisere Rigsretten som en ikke-upartisk domstol.

Som anført består halvdelen af Rigsrettens medlemmer af højesteretsdommere. Forsvaret pegede i denne forbindelse på, at den forudgående undersøgelse havde været

ledet af en højesteretsdommer, der altså tilhørte samme kollegiale ret som halvdelen af rigsretsdommerne. Det kollegiale samvær i den langvarige periode, undersøgelsen stod på, sammenholdt med omverdenens mulige (men ukorrekte) indtryk af, at Højesteret selv så at sige stod for undersøgelsen ved at lægge lokaler til mv., foranledigede forsvarret til at hævde, at de medvirkende højesteretsdommere ikke kunne fremstå som upartiske medlemmer af Rigsretten.

Som yderligere momenter pegede forsvaret på, at Højesteret også ved overhovedet at medvirke til udpegningen af undersøgelsesdommeren – trods visse, senere tilkendegivne, betænkeligheder fra højesteretspræsidenten ved på denne måde at inddrage domstolene i politisk kontroversielle sager – samt ved at have afgjort kæremål over nogle af undersøgelsesrettens afgørelser havde involveret sig i sagen på en inhabiliterende måde.

Denne del af indsigelserne mod rigsretsdommernes upartiskhed er imidlertid nøje forbundet med de konkrete omstændigheder i sagsforløbet og vedrører ikke Rigsretten som sådan. De skal derfor ligeledes lades uomtalte her.

Derimod gjorde forsvaret – naturligt nok – ikke gældende, at rigsretsprocedurens udelukkelse af domstolsbehandling i to instanser (appelmuligheden) var i strid med EMRK. Retten til to-instansbehandling i straffesager er ellers fastslået i Protokol nr. 7 artikel 2 stk. 1. Men i stk. 2 gøres der netop en undtagelse fra princippet i de tilfælde, hvor en person i første instans er blevet stillet for den højeste domstol; og i bemærkningerne til bestemmelsen nævnes udtrykkeligt sager mod en minister som ek-

sempel på undtagelsesbestemmelsens anvendelsesområde.

Konventionen og grundloven

Indvendingen mod den anden halvdel af rigsretsdommerne udsprang af det forhold, at disse dommere udpeges af Folketinget, der samtidig optræder som anklagemyndighed i rigsretssager; det nærmere indhold af denne synsmåde uddybes i det følgende afsnit. Men når spørgsmålet går ud på, om Rigsretten på baggrund af denne grundlovsfæstede forbindelse mellem anklagemyndighed og dommerkollegiet er forenelig med kravene i EMRK – og udgangspunktet for overvejsen tages i RRD 5 – må det fremhæves, at forsvaret ikke på noget tidspunkt formelt hævdede, at Rigsretten som sådan var i strid med EMRK artikel 6.

Det blev faktisk ustandselig anført under forsvarets procedure, at man ikke generelt hævdede, at den danske grundlov (§ 59) var uforenelig med EMRK artikel 6 stk. 1.

Umiddelbart kan det undre, hvorledes man på en gang kan hævde, at den udpegning af den ene halvdel af rigsretsdommerne, som er fastsat ved grundlovens § 59, betager disse dommere muligheden for at fremtræde som upartiske i EMRK artikel 6 stk. 1's forstand, og samtidig fastholde, at man ikke dermed har påstået, at Rigsretten som sådan er konventionsstridig.

Forsvarets forklaring på denne tilsyneladende umulige dobbeltposition bestod i en henvisning til, at Menneskerettighedsdomstolen ved vurderingen af, om de processuelle grundrettigheder måtte være krænket, sædvanligvis anlægger en helhedsvurdering. Domstolen tager så at sige alle sagens tvivl-

somme (og aflastende) elementer i øjesyn og foretager så en samlet vurdering af, om disse elementer i deres sum udgør en krænkelse af konventionens rettigheder.

Det er korrekt, at Menneskerettighedsdomstolen i sin hidtidige praksis ofte (men dog ikke altid) anvender en sådan metode, hvorved et enkelt element i sagen jo udmærket kan være belastende i forhold til konventionens krav, uden dog i sig selv fuldt ud at udgøre en konventionskrænkelse. På denne baggrund kunne forsvaret så gøre gældende, at Folketingets udpegnings af halvdelen af dommerne gør Rigsretten til »en juridisk sart konstruktion«, som på forhånd gør det vanskeligt (men altså ikke principielt umuligt) for Rigsretten at fremstå som en uafhængig og upartisk domstol.

Og i forbindelse med alle de øvrige indvendinger, der udsprang af det konkrete sagsforløb, mod rigsretsbehandlingen var det da, at Folketingets udpegnings af halvdelen af dommerne fik sin betydning ved at bidrage afgørende til den samlede sum af tvivlsomme elementer i procesmåden og dermed, efter forsvarets opfattelse, gjorde den konkrete sag umulig at behandle uden at komme i strid med EMRK.

Det er formentlig en fuldstændig korrekt opfattelse fra forsvarets side, at en eventuel afgørelse fra Menneskerettighedsdomstolen aldrig ville gå ud på – i hvert fald ikke direkte og næppe heller indirekte – at Rigsretten som sådan er uforenelig med EMRK artikel 6 stk. 1. Dermed kunne man for så vidt sige, at hovedspørgsmålet var besvaret: Den danske Rigsret er ikke i strid med EMRK. Men herved kan man naturligvis ikke blive stående. Det interessante

spørgsmål er, om udpegningsmåden af de valgte rigsretsdommere overhovedet er af betydning i forhold til EMRK artikel 6 stk. 1; om Menneskerettighedsdomstolen med andre ord må forventes at betragte det som et relevant kriterium af en vis, negativ vægt i en samlet vurdering af en eventuelt påklaget rigsretsafgørelse.

Før man vender sig til det indholdsmæssige i problemet, kan der være grund til at fremdrage et formelt spørgsmål. Som anført er EMRK gjort til en dansk lov ved inkorporeringsloven af 1992. Under en nationalretlig synsvinkel er EMRK artikel 6 dermed som lovbestemmelse en trinlavere norm end grundlovens § 59 og kan således på ingen måde anfægte den grundlovsfæstede udpegningsmåde af rigsretsdommerne. Men dette er som sagt en rent nationalretlig synsmåde. Spørgsmålet er, om EMRK i sig selv, og således som den forstås og anvendes af Menneskerettighedsdomstolen, viger for nationale forfatningsbestemmelser.

Dette spørgsmål er for så vidt enkelt at besvare. I og med at Danmark har ratificeret EMRK, har man påtaget sig en folkeretlig forpligtelse til at opfylde konventionens krav. Dette medfører, at den danske stat ikke i en eventuel sag for Menneskerettighedsdomstolen vil kunne komme igennem med det synspunkt, at en eventuel konventionskrænkelse disculperes, idet den er en konsekvens af rigets forfatningsbestemmelser. Der er således heller intet i Menneskerettighedsdomstolens praksis, som tyder på, at man i den konkrete vurdering af en sag ville vise særlig tilbageholdenhed, fordi de påståede krænkelser helt eller delvist måtte fremstå som konsekvenser af nationale forfatningsbestemmelser.

Betragtninger af formel karakter om retskildernes rangorden løser således ikke problemet. Man er nødt til at angribe det indholdsmæssigt, d.v.s. sammenholde udpegningsmåden af rigsretsdommerne og dens mulige konsekvenser med EMRK artikel 6 stk. 1 i lyset af den praksis, der findes om denne bestemmelse.

Hvad er »upartisk«?

Udgangspunktet for fortolkningen af begrebet »upartisk« i artikel 6 stk. 1 tages traditionelt i sondringen mellem det, der beskrives som henholdsvis den »subjektive« og den »objektive« test. Begge disse kriterier indgår i Menneskerettighedsdomstolens vurdering af spørgsmålet om inhabilitet eller »partiskhed« på den måde, at et givet forhold i begge henseender skal vurderes som korrekt, for at kravet om upartiskhed kan anses for opfyldt.

Den subjektive test angår spørgsmålet om, hvorvidt der er konkrete forhold, som gør et eller flere medlemmer af domstolen inhabil på grund af interessekonflikter, typisk i form af en eller anden tilknytning til den ene af sagens parter, og således at de uvedkommende hensyn må antages at have spillet en rolle ved sagens afgørelse. Den objektive test vedrører derimod den måde, hvorpå domstolen måtte blive opfattet af udenforstående.

Selv om der ikke rent faktisk er tale om en svækkelse af domstolens saglige bedømmelse som følge af uvedkommende interesser hos et eller flere af dens medlemmer, kan der dog alligevel være sådanne forhold, som i omverdenen svækker tilliden til domstolens uvildighed.

Begrebsapparatet og dets betegnelser (»subjektiv« og »objektiv« test) forekommer ikke særlig hensigtsmæssigt. Det er stort set de samme typer af forhold, som tages i betragtning ved såvel den subjektive som den objektive test, nemlig en mulig interessekonflikt, normalt som følge af en eller anden form for tilknytning til den ene af sagens parter eller andre med interesse i sagens udfald. Det, der adskiller, er alene tilknytningens klarhed og intensitet.

Hvis en person, der tidligere som anklager har truffet beslutning om at rejse tiltale, nu sidder som dommer i den samme sag, falder den pågældende allerede for den subjektive test. Hvis han derimod blot har været tilknyttet den anklagemyndighed, som har rejst tiltalen, men uden selv at have deltaget i sagens behandling, vil spørgsmålet om hans eventuelle inhabilitet som dommer i sagen henhøre under den objektive test.

Langt mere træffende er det at betragte det som en skala, hvor interessekonflikten i den ene ende må anses for meget nærliggende eller ligefrem indlysende, mens risikoen for inddragelse af uvedkommende interesser aftager og udtynnes undervejs ad skalaen. Dette har intet at gøre med hverken noget specifikt »subjektivt« eller »objektivt«. Hvis man ville anvende adækvate betegnelser for de forskellige områder på skalaen, er udtryk som henholdsvis »konkret« fare og »abstrakt« risiko for, at uvedkommende interesser kan spille ind i sagens afgørelse, mere nærliggende.

Forholdet er nu det, at Menneskerettighedsdomstolen har tillagt også den mere abstrakte risiko en vis vægt, ud fra den betragtning, at selv om der ikke kan påvises en så konkret og nærliggende fare for par-

tiskhed, at en påvirkning af de uvedkommende hensyn må antages eller ligefrem anses for godtgjort, så vil dog også den rent abstrakte risiko herfor efter omstændighederne kunne svække omverdenens tillid til domstolen.

At der under alle omstændigheder skal foreligge en vis grad af risiko (og altså ikke blot en rent subjektiv følelse hos tiltalte eller andre), fremgår af, at der kræves en »berettiget« tvivl om domstolens upartiskhed, for at en krænkelse af artikel 6 stk. 1 kan komme på tale.

Dommernes baggrund

At Menneskerettighedsdomstolen ud fra tillidssynspunktet er indstillet på at tillægge også den mere abstrakte risiko vægt, illustreres ganske godt af Holm-sagen (Holm mod Sverige, Ser. A 234-C), der da også spillede en fremtrædende rolle i formalitetsproceduren under RRD 5.

Sagen angik et injuriersøgsmål i anledning af en bog, udgivet på et socialdemokratisk ejet forlag, i hvilken der var givet en omfattende beskrivelse af Holm som en yderst aktiv højreekstremist med nærmest racistiske synspunkter. Holms søgsmål mod forfatteren og forlaget skulle behandles efter reglerne i den svenske trykkefrihedsforordning (der har forfatningsrang), hvilket bl.a. betød, at sagen skulle pådømmes af en jury på ni medlemmer. Efter parternes udskydelse og foretagelse af lodtrækning endte man med en jury, der alle var erklærede medlemmer af politiske partier, fem socialdemokrater, én kommunist og tre borgerlige; de socialdemokratiske medlemmer af juryen havde alle aktuelle el-

ler tidligere tillidsposter i partiet. Injurie-sagens inappellable afgørelse faldt ud til frifindelse.

Menneskerettighedsdomstolens flertal fandt, at der under disse omstændigheder, sammenholdt med sagens karakter, kunne herske tvivl om de fem socialdemokratiske medlemmers upartiskhed, og statuerede på dette grundlag, at sagen ikke havde opfyldt artikel 6 stk. 1's krav om en upartisk domstol. Der var ikke påvist konkret inhabilitet hos nogen af jury-medlemmerne, så det var alene den mere abstrakte risiko med dens tillidsundergravende konsekvenser, der førte til underkendelse af procesmåden i Holm-sagen.

Afgørelsen i Holm-sagen er utvivlsomt den mest betydningsfulde i Menneskerettighedsdomstolens praksis ved vurderingen af forholdet mellem Rigsretten og EMRK, fordi den direkte vedrører spørgsmålet om virkningen af dommeres politiske ståsted i sager, hvor vurderingen kan være præget af politiske holdninger. Dette sidste vil formentlig altid kunne hævdes at være tilfældet i sager, der føres mod ministre i anledning af deres embedsførelse, om ikke af anden grund så fordi ministre er fremtrædende politiske personer.

Ud over selve det formelle spørgsmål om tilladeligheden af, at samme institution udpeger dommere og fungerer som anklagemyndighed (der omtales nærmere nedenfor), må man således også gå ind i betragtninger over, hvad det rent faktisk er for personer, der vælges som rigsretsdommere. Dette aspekt ville efter Menneskerettighedsdomstolens praksis og fortolkningsstil utvivlsomt blive inddraget og tillagt betydelig vægt, således som bl.a. Holm-sagen viser.



Igen kan man tage udgangspunkt i forsvarrets formalitetsprocedure under RRD 5, hvor det billede, der måtte møde omverdenen af en folketingsvalgt rigsretsdommer, tegnes med stærkest mulig kritik.

Det understreges, at valg efter forholdstal forudsætter en rent partipolitisk udpegning (en fremgangsmåde, der ikke i samme grad var forudsat eller kunne forudsættes ved Rigsrettens indførelse med 1849-grundloven), og at de i Folketinget repræsenterede politiske partier i deres udpegningspraksis klart vælger personer med et nært og aktivt forhold til partiet. De personer, der vælges, vil normalt indtage eller have indtaget vigtige politiske tillidsposter i det pågældende politiske parti, i nogle tilfælde endda således at væsentlige dele af deres indtagter hidrører fra sådanne poster. Dette fører forsvaret til at hævde, at man under Menneskerettighedsdomstolens synsvinkel må betragte disse rigsretsdommere som »trofaste og loyale partigangere«.

I sin kendelse af 5. januar 1994 tager Rigsretten klart afstand fra dette synspunkt. Retten finder det »naturligt og legitimt«, at de folketingsvalgte medlemmer har tilknytning til de politiske partier. Heraf kan det imidlertid ingenlunde udledes, at de i deres funktion som rigsretsdommere kan betragtes som partigangere, der i et eller andet omfang vil lade sig lede af, hvad deres politiske bagland måtte mene om den konkrete sag.

Menneskerettighedsdomstolens afgørelse (der blev truffet med dissens) i Holm-sagen må antages at markere en grænse for, hvornår politisk tilhørsforhold kan betage en domstol dens upartiskhed. Man skal formentlig befinde sig på et niveau svarende til

Holm-sagens omstændigheder, før Domstolen med denne begrundelse ville stille spørgsmål ved, om kravet om uafhængighed og upartiskhed er opfyldt. Og herved falder navnlig to ting i øjnene, som klart adskiller rigsretssager (også RRD 5) fra Holm-sagens omstændigheder.

For det første var der i den svenske sag tale om en direkte bedømmelse af politiske anskuelser i forhold til injurielovgivningens forholdsvis vage standarder. Selv om det som anført er vanskeligt at tænke sig en rigsretssag, hvor de personlige politiske holdninger ikke vil kunne influere på i det mindste graden af sym- eller antipati over for den tiltalte og de i sagen påtalte forhold, vil processens indhold dog ikke bestå i en så direkte vurdering af rent politiske anskuelser og under så vage retlige standarder, som tilfældet var i Holms injuriesøgsmål.

For det andet var juryen i Holm-sagen ved udskydningsrettens og tilfældets ugunst kommet til at bestå af et flertal af medlemmer med ganske samme politiske ståsted som de sagsøgte.

Selv om udgangspunktet må være, at blot en enkelt dommer i et kollegium er inhabiliteret, rammer det kollegiet som sådan og dermed dets afgørelse, så vil det dog under den mere pragmatisk prægede helhedsvurdering, som Menneskerettighedsdomstolen anlagger, kunne have endog væsentlig betydning, om der er tale om et flertal, et mindretal eller måske kun en enkelt dommer. Men dertil kommer som noget nok så betydningsfuldt, at selv om nøjagtig halvdelen af Rigsrettens medlemmer er politisk valgte, så er det jo ikke med et flertallets velkommende ensartet politisk for tegn, tværtimod.

Udpegningen ved forholdstalsvalg sikrer netop, at alle de forskelligartede politiske opfattelser, som på det pågældende tidspunkt rummes i Folketinget, vil være repræsenterede.

Hvis der overhovedet måtte være tale om en eller anden form for politisk bias, ville man kunne hævde, at de folketingsvalgte dommere i deres sammensætning så at sige neutraliserer hverandre i denne henseende.

Dette er naturligvis ikke i sig selv tilfredsstillende – man ville jo heller ikke efter dansk ret kunne hævde i en egentlig inhabilitetssag, at blot inhabiliteten forekommer i tilstrækkeligt omfang og med modsatrettede fortegn, så er alt i orden – men at det adskiller Rigsrettens konstruktion fra omstændighederne i Holm-sagen, er indlysende. Og der er næppe tvivl om, at det ville spille en væsentlig rolle for Menneskerettighedsdomstolens eventuelle vurdering. Rigsretten er i begrundelsen for sin kendelse inde på dette forhold, idet det udtrykkeligt anføres, at rigsretsdommerne vælges efter forholdstal og derved afspejler mandatfordelingen i Folketinget.

Folketingets dobbeltrolle

Ved siden af det særlige politiske aspekt ved rigsretssager kan man rejse det mere almindelige spørgsmål om, hvilken betydning det måtte have, at samme institution, Folketinget, udpeger halvdelen af Rigsrettens dommere og fungerer som anklagemyndighed i den konkrete sag. Dette er som anført et spørgsmål, der kunne rejses i forhold til en hvilken som helst sag eller domstol, hvor der måtte være eller have været en eller anden forbindelse mellem an-

klagemyndigheden og de personer, der er dommere, det være sig af konkret eller af organisatorisk art.

I Danmark har det f.eks. fra visse sider været hævdet, at den såkaldte Præsteret (etableret ved lov 336/1992 om domstolsbehandling af gejstlige læresager) er i strid med EMRK artikel 6 stk. 1. Man henviser herved til, at Kirkeministeriet – efter indstillinger fra en række instanser og organisationer – udfærdiger grundlisten over de teologiske fagkyndige, blandt hvilke dommerne til de konkrete sager findes ved lodtrækning, samtidig med at ministeren er beføjet til som »anklager« at rejse sag ved Præsteretten.

I Menneskerettighedsdomstolens praksis er der ikke (sammenlignelige) afgørelser, som direkte vedrører udpegningsproblematikken. Men der er adskillige afgørelser, som på anden vis beskæftiger sig med spørgsmålet om tilladeligheden af forskellige former for forbindelse mellem anklagemyndighed og domstol i relation til en konkret sag.

En af de mest retningsgivende blandt disse afgørelser er Piersack-sagen (Piersack mod Belgien, Ser. A 53).

Sagen drejede sig om pådømmelse ved nævningeting af en tiltale for to drab. Retsformanden i sagen havde før sin overtagelse af dommerembedet været chef for det kontor i anklagemyndigheden, hvor tiltalen blev forberedt, uden dog selv at have deltaget i sagens behandling. Nævningerne fandt tiltalte skyldig, men med en så lille stemmeovervægt, at de tre juridiske dommere efter reglerne i den belgiske retspleje selvstændigt skulle votere om skyldspørgsmålet. De juridiske dommere tiltrådte næv-

ningernes kendelse, og der skete på dette grundlag domfældelse.

Menneskerettighedsdomstolen udtalte indledningsvis, at den blotte omstændighed, at en dommer tidligere har været ansat i anklagemyndigheden, ikke i sig selv giver grundlag for at tvivle om hans upartiskhed. Men hvis han har været ansat på en sådan måde og på et sådant tidspunkt, at han har haft mulighed for at øve indflydelse på tiltalerspørgsmålet, kan han ikke som dommer beskæftige sig med den samme sag; og dette gælder, uanset at det må lægges til grund, at han rent faktisk ikke har haft noget med sagens behandling i anklagemyndigheden at gøre.

Søger man at anvende Piersack-afgørelsen (der ligesom Holm-sagen spillede en fremtrædende rolle i forsvarets formalitetsprocedure i RRD 5; der er ikke siden fremkommet domme fra Menneskerettighedsdomstolen, som i samme grad berører problemstillingen) på spørgsmålet om de folketingsvalgte rigsretsdommere, kan man umiddelbart konstatere, at da dommerne ikke må vælges blandt Folketingets egne medlemmer, har de følgelig heller ikke haft mulighed for at øve indflydelse på tiltalerspørgsmålet.

Dette forhold anføres da også i begrundelsen for Rigsrettens kendelse om ikke at tage afvisningspåstanden til følge.

Under en mere generel synsvinkel udsiger Piersack-afgørelsen (på samme måde som en række andre afgørelser fra Menneskerettighedsdomstolen), at også den abstrakte risiko for, at dommeren kunne være påvirket af sin tidligere beskæftigelse i anklagemyndigheden, efter omstændighederne kan være i strid med kravet om u-

partiskhed i artikel 6 stk. 1, men kun til en vis grænse.

Den blotte omstændighed, at halvdelen af Rigsrettens dommere på et tidspunkt er blevet udpeget for en seks års periode af Folketinget (som institution, d.v.s. ikke nødvendigvis af det samme Folketing, der senere måtte fungere som anklagemyndighed i en konkret sag), må efter alt at dømmeligge uden for denne grænse.

Selv om der ikke foreligger udtrykkelige (sammenlignelige) afgørelser fra Menneskerettighedsdomstolen om selve udpegningsspørgsmålet, og selv om domstolens såkaldte dynamiske fortolknings stil altid må opfordre til varsomhed med forudsigelser om dens afgørelser i endnu ikke efterprøvede spørgsmål, må det dog med betydelig sikkerhed kunne hævdes, at det formelt prægede sammenfald af anklagerfunktion og udpegningsinstans næppe vil blive tillagt betydning ved vurderingen af, om artikel 6 stk. 1's krav om upartiskhed er overholdt.

Det samme ville i øvrigt kunne siges vedrørende det ovennævnte og til dels parallelle spørgsmål om udpegningsinstans dommere i de gejstlige læresager. Det afgørende er, at ikke en hvilken som helst abstrakt risiko kan tages i betragtning. Menneskerettighedsdomstolen drager en grænse et sted på skalaen mellem den konkrete fare for uvedkommende påvirkning og den helt fjerne abstrakte risiko. Og selv om Menneskerettighedsdomstolen af hensyn til opretholdelse af omverdenens og tiltaltens tillid til den nationale domstol drager grænsen forholdsvis langt ude på skalaen, så peger afgørelserne dog klart i retning af, at formelt prægede forhold af rent organisatorisk eller strukturel karakter, hvor enhver

tænkkelig dobbeltfunktion i forhold til den konkrete sag er principielt udelukket, falder helt uden for denne grænse.

Konklusionen af det foregående er, at de forhold, der gør sig gældende vedrørende udpegningen af den folketingsvalgte halvdel af rigsretsdommerne, ikke kan antages at indgå med nogen særlig vægt i vurderingen af, om en sag for Rigsretten måtte have været uforenelig med de krav, der stilles i EMRK artikel 6 stk. 1. Rigsretten er i sin juridiske konstruktion formentlig hverken mere eller mindre sart eller robust i menneskeretlig henseende end landets øvrige domstole.

Læggdommere eller sagkyndige?

Men hvis det nu mod al forventning skulle ske – fremtrædende domstole kan jo undertiden byde på virkelige overraskelser – at rigsretskonstruktionen blev draget i tvivl af Menneskeretlighedsdomstolen, eller hvis man i øvrigt helt uafhængigt af EMRK var af den opfattelse, at selv den formelt prægede forbindelse mellem anklagerfunktion og dommerudpegning i grunden burde søges undgået – hvad så? Hvilke andre veje end anvendelse af Rigsretten i dens nuværende konstruktion kunne tænkes at være farbare i de tilfælde, hvor der ønskes en judiciel afgørelse af sager vedrørende ministeransvar?

Svaret på dette spørgsmål deler sig naturligt i to forgreninger, alt efter om man overvejer spørgsmålet inden for rammerne af den nugældende retstilstand, eller om man forudsætter gennemførelse af den for tiden så livligt debatterede grundlovsændring, der i givet fald åbner for fantasien

frie løb i henseende til forandringer i konstruktionen af en i øvrigt bevaret Rigsret.

Ser man på perspektiverne under den nuværende retstilstand, består der jo altid den såre pragmatiske mulighed, at man i praksis ophører med at anvende Rigsretten. Man kan ikke just påstå, at eksistensen af en domstol, der har været i funktion fem gange i løbet af 150 år (eller to gange i løbet af dette århundrede) er nødvendiggjort af et meget presserende behov.

Ganske uanset hvad man i øvrigt måtte mene om dens konstruktion, er det da også højest tænkeligt, at det under alle omstændigheder går således, at Rigsretten rent faktisk ophører med at blive anvendt. Behovet for Rigsretten som instrument er jo – i hvert fald under en teoretisk synsvinkel – helt anderledes begrænset i et system, hvor parlamentarismens princip er gennemført, end i den epoke, hvor regeringen bestod af kongens ministre.

Skulle der undtagelsesvis være behov for en judiciel afgørelse af sager om ministeransvar, kunne man muligvis lade dette ske ved de almindelige domstole. Hvorvidt dette lader sig gøre, er dog usikkert, idet det fremstår som et uafklaret spørgsmål, om Rigsretten har den eksklusive kompetence til at træffe judiciel afgørelse af sager mod ministre vedrørende deres embedsførelse, eller om også de almindelige domstole har en parallel kompetence i så henseende. Svaret afhænger af, hvorledes man opfatter formålet med rigsretsinstitutionens etablering – om det folketingsvalgte element alene blev indført så at sige i demokratiets interesse, eller om det tillige tilsigtede at yde en tiltalt eller sagsøgt minister den særlige retsgaranti, at sagen skulle pådømmes af en

domstol, der blandt sine medlemmer talte personer med særlig indsigt i den politiske verden og dens vilkår.

En endelig afklaring af spørgsmålet ville i givet fald kunne finde sted ved de almindelige domstoles stillingtagen til en afvisningspåstand under påberåbelse af Rigsrettens eksklusive kompetence i en sag anlagt af anklagemyndigheden med Justitsministeren i spidsen efter indhentet samtykke fra Folketinget.

Drejer en sådan sag sig klart om spørgsmål vedrørende ministerens embedsførelse og forholdet til ministeransvarlighedsloven, er det vel mest sandsynligt, at Rigsrettens eksklusive kompetence vil blive lagt til grund og sagen afvist fra de almindelige domstole (jfr. herved UfR 1946.902H, hvor Højesterets flertal afviste behandling ved de almindelige domstole af en række forhold, der fandtes at være udført af tiltalte i hans egenskab af minister og som led i regeringens politik).

Som anført indeholdt forsvarets indvendinger i RRD 5 mod de folketingsvalgte rigsretsdommere to (sammenhængende) led: Selve dette at udpegningskompetencen og anklagerfunktionen er henlagt til samme institution, og dertil at man i praksis udpeger personer med tæt tilknytning til de politiske partier; man kunne kort kalde dem henholdsvis »den organisatoriske indvending« – og med forsvarets eget udtryk – »partigængerindvendingen«.

Den organisatoriske indvending lader sig under de gældende grundlovsbestemmelser selvsagt ikke løse. Det samme gælder derimod ikke partigængerindvendingen, der jo alene udspringer af den af Folketinget fulgte praksis, når tinget udpeger

de konkrete personer som medlemmer af Rigsretten. Der er teoretisk set intet i vejen for, at Folketinget ændrede denne praksis, og at partierne enedes om at udpege personer uden et stærkt markeret politisk tilhørsforhold.

Man kunne hævde, at dette ville stride mod forudsætningen om, at Rigsretten skal indeholde medlemmer med særlig indsigt i det politiske liv og dets vilkår, en art »fagdommere« på linie med f.eks. Sø- og Handelsrettens fagkyndige medlemmer. Hertil er imidlertid at bemærke, at det jo på ingen måde er eksplicit fastsat, at den ene halvdel af Rigsrettens medlemmer skal besidde en sådan særlig indsigt. Og hvis man med indsigt mener den særlige forståelse, der grunder sig på egen personlig virksomhed og erfaring, må det konstateres, at det langt fra er alle blandt de hidtil valgte medlemmer af Rigsretten, der besidder denne baggrund.

I virkeligheden er det vistnok kun et mindretal af Rigsrettens valgte medlemmer, der selv har været fremskudte aktører i det folketings- og regeringspolitiske miljø, hvori en tiltalt ministers handlinger har udspillet sig.

Mange har haft tillidsposter i de politiske partiers organisationer eller på det kommunale og amtskommunale plan. Den politiske indsigt, som de folketingsvalgte rigsretsmedlemmer besidder, må således for en ydre betragtning snarere karakteriseres som en mere almindelig indsigt, der opnås af den, som nærer en betydelig og aktiv interesse for politik og det politiske liv; de pågældende rigsretsdommere befinder sig således et sted på skalaen imellem klart fagkyndige dommere og almindelige lægdom-

mere. Og en sådan indsigt kan utvivlsomt også besiddes uden nødvendigvis at være kombineret med et udadtil meget markeret politisk ståsted.

Hvis Folketinget og de politiske partier overhovedet måtte ønske – hvad der altså som anført ikke er nogen tvingende menneskeretlig grund til – at ændre den konkrete udpegningspraksis, er der således næppe afgørende saglige synspunkter til hinder herfor.

Alternative modeller

Den samme afvejning ville i givet fald også være aktuell i tilfælde af en grundlovsændring. Her ville valget formentlig stå imellem helt at afskaffe rigsretsinstitutionen og i stedet henlægge ministeransvarssagerne til de almindelige domstole, eller at opretholde Rigsretten i dens nuværende eller en ændret skikkelse.

Vælger man den første mulighed, må det samtidig fastholdes, at Folketinget og regeringen er de alternative påtalemyndigheder, ligesom det ville være naturligt at gøre Højesteret til det direkte værneting for ministeransvarssagerne.

Ønsker man derimod at bevare Rigsretten som et paritetisk sammensat organ af højesteretsdommere og andre dommere, nødes man til at gå ind i nærmere overvejelser om, hvad det er for formål, der ønskes tilgodeset med de andre dommere.

I virkeligheden kan man sige, at grundlovsændringen i 1953 medførte et slags amfibium mellem på den ene side en ordning med pådømmelse af egentligt fagkyndige dommere og »peers« og på den anden side en særlig udgave af den lægdommer-

medvirken, som er det almindelige retsplejeprincip i straffesager af mere alvorlig betydning.

Førhen var det aktive rigsdagspolitikere (landstingsmedlemmer), der var dommere. Dette var ganske i overensstemmelse med de udenlandske forbilleder, der havde inspireret til den danske Rigsret, og som stadig findes. Herved tog man klart parti for hensynet til politisk kyndighed og erfaring samt princippet om pådømmelse ved tiltaltes »peers«. Samtidig blev det, der ovenfor er kaldt partigængerindvendingen, naturligvis tilsidesat, dels fordi begrebet politiske partier dengang kun var i sin vorden, men vel også i bevidst eller ubevidst erkendelse af, at disse to hensyn er aldeles uforenelige.

Man kan ikke på én gang kræve en på politisk erfaring grundet indsigt og samtidig sige, at de pågældende dommere ikke må have et markeret politisk tilhørsforhold. At partigænger-indvendingen kan rumme nogen realitet i en sådan ordning, skal naturligvis ikke benægtes; den i begyndelsen af 1999 gennemførte impeachment-sag mod den amerikanske præsident fandt til eksempel sin afgørelse i Senatet efter linier, der næsten fuldstændigt fulgte partiopdelingen.

Landstingets afskaffelse i 1953 medførte så den nuværende ordning, hvor man på den ene side har bevaret noget af forestillingen om, at politikere skal være med til at pådømme politikeres embedsførelse i deres egenskab af ministre, men på den anden side fik et system, der snarere bærer mindelser om den almindelige lægdommerordning i straffesager, omend i en særlig udgave som følge af sagernes i flere henseender specielle karakter. (Også udpegningen af de almindelige lægdommere i straffesa-

ger har jo sit udspring i det politiske liv gennem de kommunale udvalgs etablering af grundlisterne).

Samtidig blev det i modsætning til tidligere muligt at fremføre den ovenfor nævnte organisatoriske indvending, idet dommerudpegningen og anklagerfunktionen begge blev placeret i Folketinget.

Medmindre man i forbindelse med en grundlovsændring bestemmer sig for enten helt at afskaffe Rigsretten eller at bevare den i uændret skikkelse, må man således overveje, hvilke formål der ønskes varetaget gennem dubleringen af højesteretsdommerne med de andre dommere.

Man kan lægge hovedvægten på, at de i disse særlige sager skal repræsentere strafferetsplejens lægdommer-element. Eller man kan omvendt fastholde, at de i overensstemmelse med den oprindelige ordning og dens forbilleder skal tilføre dommerkollegiet en særlig fagkundskab og indsigt med henblik på disse sagers specielle karakter. Endelig kan man kombinere det sidste synspunkt med en betragtning om, at ministre i givet fald skal dømmes af deres »peers«. Alt efter hvorledes sådanne formålsovervejelser falder ud, tegner der sig i hvert fald tre modeller:

Lægdommer-modellen

Ved »lægdommer-modellen« lægges vægten i det væsentlige på, at det almindelige princip om lægdommeres medvirken i strafferetsplejen også skal finde anvendelse i rigsretssager.

På samme måde som kommunalbestyrelserne etablerer Folketinget en grundliste, eventuelt efter indstillinger fra diverse or-

ganisationer og instanser, fra hvilken dommerne til de eventuelle rigsretssager udpeges, f.eks. ved lodtrækning forestået af Højesterets præsident.

Selv om Folketinget – i modsætning til kommunalbestyrelserne – stadig fungerer som påtalemyndighed, er grundlaget for den organisatoriske indvending under en ordning som den skitserede udtyndet i en sådan grad, at man under enhver synsvinkel kan se bort fra den.

Også partigænger-indvendingen må anses for praktisk talt elimineret, medmindre Folketinget og de politiske partier vælger at etablere grundlisterne med personer, som har et markeret politisk tilhørsforhold. Der kan naturligvis fastsættes regler – vel i så fald i Folketingets forretningsorden som en slags forlængelse af bestemmelsen om, at rigsretsdommere ikke må være medlemmer af Folketinget – hvorefter der ikke må udpeges personer, der beklæder eller har beklædt politiske tillidsposter. Sådanne regler vil imidlertid næppe være realistiske, og de vil i hvert fald være svære at praktisere med fuldstændig klarhed.

Hvis man tænker sig, at Rigsrettens lægdommer-grundliste i vidt omfang kom til at bestå af personer, der i det mindste er medlemmer af de politiske partiers vælgerforeninger (sådan som tilfældet i hvert fald tidligere var for de kommunale grundlisteres vedkommende), er partigænger-indvendingen ikke elimineret, omend i nogen måde udtyndet.

Under denne forudsætning burde det derfor også overvejes at bevare det nuværende system med udpegning efter forholdstal og med personlige stedfortrædere i stedet for lodtrækning, for derved at sikre sig

imod den situation, at tilfældigheder fører til en sammensætning, der kunne vække forestillinger om en vis ensidighed i de udpegede dommers politiske ståsted.

Hvordan man end vender og drejer det, kan man som nævnt ikke komme bort fra, at politiske holdninger vil kunne hævdes at spille en vis rolle ved pådømmelse af rigsretssager – i modsætning til langt størsteparten af almindelige straffesager – om ikke på anden måde, så ved en grad af sym eller antipati i forhold til tiltalte som en central politisk personlighed.

Politiker-modellen

Ved »Politiker-modellen« lægges der afgørende vægt på, at de valgte dommere selv skal tilhøre det samme politiske miljø som den tiltalte minister og derved tilføre dommerkollegiet den indsigt og indføling, der kun opnås ved egen personlig deltagelse i og erfaring fra folketings- og regeringspolitikken.

Dette betyder imidlertid, at kun folketingspolitikere kan komme på tale. Hvis et sådant system skulle etableres, synes der teknisk set at være to veje at gå, når det samtidig skal undgås at lægge sig fuldstændig blot for den organisatoriske indvending.

Den ene er teknisk set besværlig, men ikke uigennemførlig. Den forudsætter, at rigsretsmedlemmerne skal vælges blandt de personer, der på valgets tidspunkt er medlemmer af Folketinget, for så vidt svarende til ordningen før 1953, hvor de udpegede dommere var rigsdagsmedlemmer, men altså af Landstinget.

Det forudsætter en fremgangsmåde, hvor Folketinget udpeger f.eks. 15 domme-

re og 30 stedfortrædere, men således at de pagældende 45 medlemmer herefter er forfatningsmæssigt afskåret fra at deltage i enhver forhandling eller beslutning vedrørende eventuel rigsretstiltale.

Ordningen er som anført ikke teknisk uigennemførlig; men den rummer visse vanskeligheder, især i henseende til de pagældende folketingsmedlemmers deltagelse i debatter og udvalgssamråd m.v. om sager, der teoretisk set i senere stadier kunne udvikle sig til rigsretssager.

Den anden mulighed består i at udpege rigsretsmedlemmerne blandt tidligere folketingsmedlemmer og ministre. En sådan ordning ville være langt mere enkel at praktisere. Og selv om man ikke ganske kan udelukke muligheden af, at en rigsretsdommer som tidligere folketingsmedlem har deltaget i behandlingen af forstadier til en nu foreliggende rigsretssag, vil det dog kun sjældent være tilfældet, og det klares i givet fald let gennem stedfortræderordningen.

Den organisatoriske indvending vil efter et sådant system formelt set være elimineret, mens partigænger-indvendingen er klart tilslidat i lighed med forholdene før 1953.

Fagdommer-modellen

Ved »Fagdommer-modellen« lægges der vægt på, at rigsretssager bør pådømmes under medvirken af en særlig indsigt i politiske forhold, men ikke en indsigt opnået gennem egen personlig aktivitet og deltagelse i de politiske organers arbejde. Også her foretager Folketinget udpegningen – efter indstillinger fra institutioner og organisationer – men er bundet til at vælge blandt særligt sagkyndige uden for de akti-

ve politikeres kredsløb. Typiske rigsretsdommere under en sådan ordning ville være universitetslærere i politologi, forvaltningsvidenskab, statsret, moderne historie, etc.

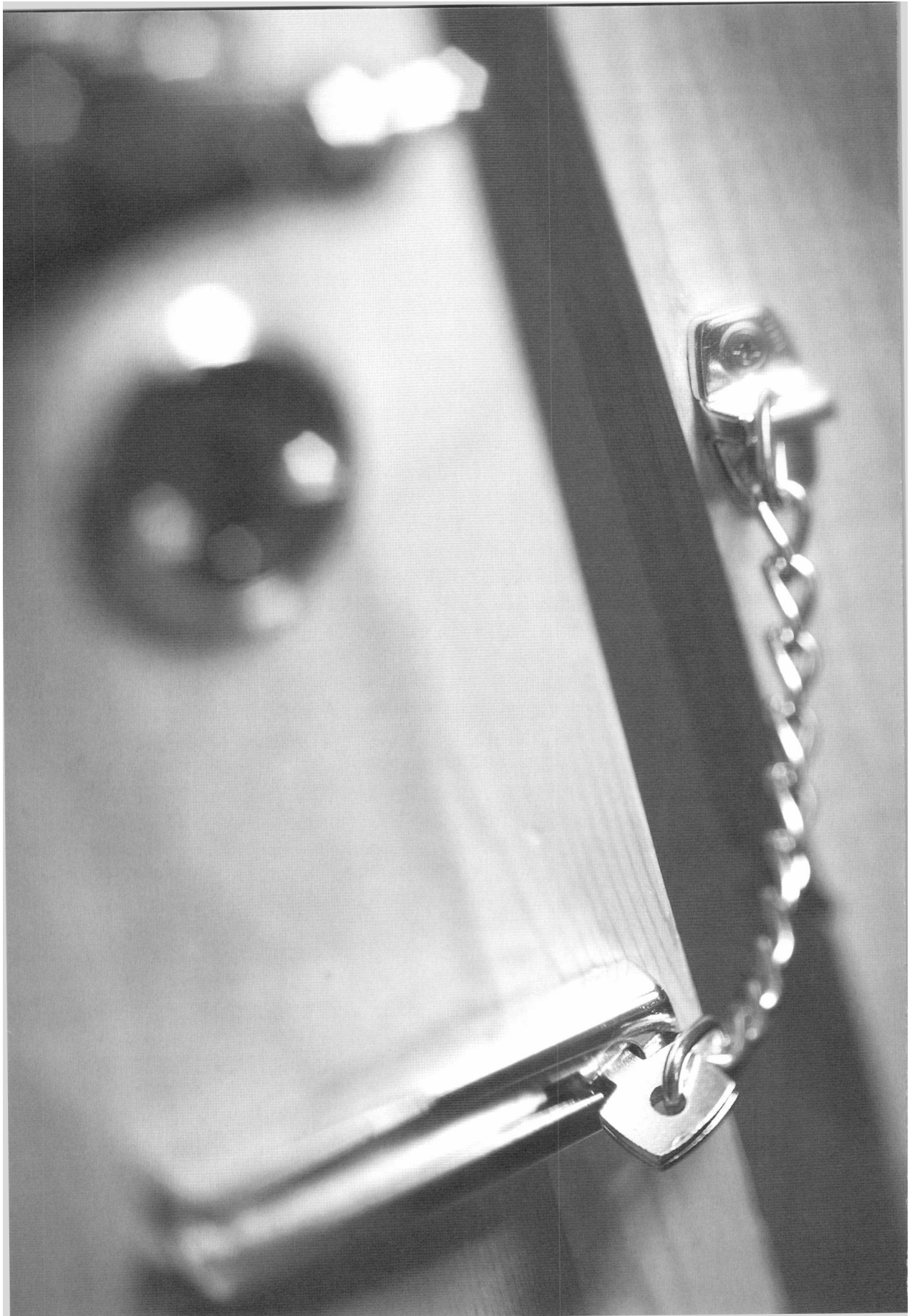
Også uden for universiteterne findes der mange personer, som uden selv at være aktive politikere besidder særlig indsigt i det politiske liv og dets vilkår, f.eks. som fremtrædende redaktører og kommentatorer, tidligere højtstående embedsmænd, politiske biografer m.fl.

Et system af denne art ville tilgodese behovet for særlig fagkundskab, omend af en delvis anden art end den indsigt og indlevelse, som aktive politikere har erhvervet, og under tilsidesættelse af tankegangen om, at en minister i givet fald skal dømmes af sine »peers«. Partiganger-indvendingen er

elimineret; og grundlaget for den organisatoriske indvending er helt udtynnet.

Ved siden af de tre nævnte grundmodeller – der både kan varieres og suppleres – består der som anført den mulighed helt at afskaffe Rigsretten, idet man fastholder påtalekompetencen hos folketing og regering, og eventuelt gør Højesteret til umiddelbart og eneste værneting. Endelig kunne man som ligeledes anført vælge at videreføre Rigsretten stort set i dens nuværende skikkelse, i berettiget tillid til at der næppe vil opstå problemer med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i den anledning – og i en måske lige så berettiget tillid til, at Rigsretten nok alligevel ikke vil blive bragt i funktion igen i en overskuelig fremtid ■

**Hans Gammeltoft-Hansen, født 1944. Professor, dr. jur. & lic. jur. ved
Københavns Universitet. Folketingets Ombudsmand siden 1987.**



Boligens ukrænkelighed

Af professor, dr.jur.
Jens Peter Christensen

Så længe der er klar lovhjemmel til at krænke husfreden, er det ikke i strid med grundloven, at forvaltningsmyndigheder kan trænge ind hos borgerne uden retskendelse. Heller ikke, selv om der findes en sådan hjemmel i mere end 100 love. Professor, dr. jur. Jens Peter Christensen mener imidlertid, at der bør foretages en kritisk gennemgang af alle disse love med henblik på at vurdere, om myndighederne har for vid adgang til husundersøgelse mv. Der er samtidig behov for, at forvaltningsmyndighedernes personale opdrages og får bedre forståelse for borgernes retssikkerhed, ligesom der bør gennemføres lovgivning, der forhindrer, at borgerne kommer til at kriminalisere sig selv i sager, hvor de er mistænkt.

»Skulde dog ikke denne Paragraph, og navnlig den første Sætning »Boligen er ukrænkelig«, hvor smuk og, om jeg saa tør sige, hoitklingende den er, dog ikke henhøre blandt

dem,[...] som vanskeligen kunde faae nogen praktisk Betydning, fordi de enten sige for meget eller for lidet.«

C.E. Bardenfleth, 1849

Justitsminister C.E. Bardenfleth ytrede sig ikke som nogen begejstret beundrer af grundlovsbestemmelsen om boligens ukrænkelighed, da bestemmelsen blev drøftet på Den Grundlovgivende Rigsforsamlings forhandlinger om aftenen, fredag den 13. april 1849. Bestemmelsen var ikke med i Martsministeriets grundlovsudkast, men var foreslået af den komité, der med C.C. Hall som ordfører behandlede grundlovsudkastets bestemmelser om frihedsrettighederne (den vedtagne Junigrundlovs kapitel VII og VIII).

Justitsminister Bardenfleth fandt, at bestemmelsen om boligens ukrænkelighed var et hus i splid med sig selv. Skulle sætningen om, at »Boligen er ukrænkelig«, tages på ordet, måtte den, fandt Bardenfleth, næsten udelukke bestemmelsens anden del, ifølge hvilken »Husundersøgelse, Beslaglæggelse og Undersøgelse af Breve og andre Papirer maa, hvor ingen Lov hjemler en særegen Undtagelse, alene skee efter en Retskjendelse«. Omvendt måtte bestemmelsens første del »tabe meget af sit smukke Udseende«, når det måtte anses for en selvfølge, at loven måtte være beføjet til at fastsætte de nærmere regler for indgrebene (Forhandlingerne på Den Grundlovgivende Rigsforsamling 1848-49 sp. 2590).

Trods Bardenfleths indvendinger endte bestemmelsen om boligens ukrænkelighed med at blive enstemmigt vedtaget uden ændringer. Bestemmelsen blev optaget i Junigrundloven af 1849 som § 86: »Boligen er ukrænkelig. Husundersøgelse, Beslaglæggelse og Undersøgelse af Breve og andre Papirer maa, hvor ingen Lov hjemler en særegen Undtagelse, alene skee efter en Retskjendelse.«

Sådan har bestemmelsen stået siden, idet der dog ved grundlovsændringen i 1953 blev indføjet, at »brud på post-, telegraf- og telefonhemmeligheden« også skulle være omfattet af bestemmelsen. Med denne ændring har grundlovens § 72 i dag følgende ordlyd: »Boligen er ukrænkelig. Husundersøgelse, beslaglæggelse og undersøgelse af breve og andre papirer samt brud på post-, telegraf- og telefonhemmeligheden må, hvor ingen lov hjemler en særegen undtagelse, alene ske efter en retskendelse.«

Den Grundlovgivende Rigsforsamlings forhandlinger giver et vist, begrænset bidrag til forståelse af, hvad der var bestemmelsens sigte. Komiteens ordfører C.C. Hall udtalte således – blandt andet foranlediget af Bardenfleths bemærkninger – at komiteen ikke ville have noget særligt imod, om bestemmelsens første sætning om, at boligen er ukrænkelig, udgik eller blev erstattet med en anden, idet det væsentlige var indeholdt i bestemmelsens følgende led.

Det, komiteen tilsigtede med bestemmelsen, var, at den – til trods for »de Mangler, der vilde være aldeles uadskillige fra en Bestemmelse af denne Natur« – kunne: »fyldestgøre det dobbelte, vigtige Formaal, deels at rense Lovgivningen for enkelte Bestemmelser, hvor Husundersøgelse er bestemt paa en Maade og i Tilfælde, hvor den ikke kan ansees nødvendig, og ialtfald sikre mod at flere lignende Bestemmelser kom ind deri, og deels ogsaa indeholde alvorlig Opfordring til vedkommende Retsbetjente om at vogte sig for overilet at foretage slige Handlinger« (sp. 2592).

Halls udtalelse vidner om, at der ikke kan tillægges grundlovsbestemmelsens første punktum nogen særlig betydning, men

at det, som et formål med bestemmelsen som helhed, har ligget forslagsstillerne på sinde, at grundlovsbestemmelsen skulle føre til en vis tilbageholdenhed med at anordne husundersøgelse, hvor det ikke var nødvendigt.

Det dobbelte hjemmelskrav

Som lærer i statsret erfarer man hurtigt, at grundlovens § 72 volder studenterne besvær. Som Bardenfleth var inde på, ser bestemmelsen ved første øjekast ud af meget, men ender så i meget mindre. Man tror, at bestemmelsen udelukker krænkelse af husfreden, men i virkeligheden handler bestemmelsen om, under hvilke betingelser husfreden kan krænkes.

I et forsøg på at få studenterne til at forstå dette, gør man erfaringsmæssigt klogt i at forsøge at indprente dem, at der – i kraft af grundlovens § 72 – kræves ikke én, men to hjemler for forvaltningens indgreb i husfreden.

For det første skal der være lovhjemmel for selve indgrebet: Husundersøgelsen, beslaglæggelsen, brevundersøgelsen etc. At der kræves lovhjemmel for sådanne indgreb følger imidlertid allerede af det almindelige legalitetsprincip, hvorefter indgreb i borgerens retsfære kræver hjemmel i lov. Det samme ville med andre ord gælde, hvis det i 1849 var gået, som Bardenfleth ønskede, og bestemmelsen ikke var kommet med i grundloven. For så vidt står grundlovens § 72 overflødig.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at der ikke i § 72 er en bestemmelse, der svarer til den skærpelse af hjemmelskravet, som findes i grundlovens § 71, stk. 2, hvor-

efter frihedsberøvelse kun kan finde sted »med hjemmel i loven«. Det følger imidlertid af det almindelige legalitetsprincip, at intensive indgreb, som dem § 72 omhandler, som regel må kræve en forholdsvis klar og sikker hjemmel.

For det andet kræves der – i tillæg til selve hjemlen til husundersøgelsen mv. – at myndighederne skal indhente en retskendelse, hvis ikke lovgivningsmagten har bestemt anderledes. Det er her, at betydningen af grundlovens § 72 viser sig: Før myndighederne med magt kan brase ind gennem borgerens dør, skal de have en dommers godkendelse – medmindre altså loven indeholder en (særlig) undtagelse fra dette krav.

Borgerens retsbeskyttelse består i, at dommeren nyder en særlig grundlovssikret uafhængighed, personligt og funktionelt, i kraft af grundlovens § 64. En sådan uafhængighed har forvaltningens ansatte ikke. Tværtimod kan man frygte, at de vil være mere optagede af ønsket om indgreb og kontrol end af borgerens retssikkerhed. Derfor har vi grundlovens § 72.

Gælder § 72 uden for strafferetsplejen?

I den forfatningsretlige teori har det været omstridt, om grundlovens § 72 finder anvendelse også uden for strafferetsplejen. Her som i mange andre statsretlige spørgsmål, hævdede Alf Ross et særstandpunkt, som eftertiden har anset for forfejlet.

Efter Ross' opfattelse måtte grundlovens § 72 læses i nær sammenhæng med grundlovens § 71 om den personlige frihed, der før 1953 alene vedrørte strafferetsplejen. Hertil kom, at lovgivningen efter Ross'

opfattelse var affattet ud fra en forudsætning om, at grundlovens § 72 ikke fandt anvendelse uden for strafferetsplejen. Det var, skrev Alf Ross, som om lovgivningsmagten ikke havde regnet med, at lovhjemmel skulle være nødvendig, for at husundersøgelse kunne ske uden retskendelse. Efter Alf Ross' opfattelse havde lovgivningsmagten overhovedet ikke regnet med noget problem (Ross, Dansk Statsforfatningsret 1966, s. 526 ff). At det kunne være lovgivningsmagten, der havde vist for ringe respekt for grundloven, faldt – her som andre steder – ikke Alf Ross ind.

Andre samtidige statsretsforfattere, som Poul Andersen og Max Sørensen, delte ikke Alf Ross' opfattelse. Hverken bestemmelsens ordlyd eller dens forhistorie og forarbejder giver da heller noget holdepunkt for at anse bestemmelsens anvendelsesområde begrænset til strafferetsplejen. Som det blev anført af den komité, der på Den Grundlovgivende Forsamling foreslog bestemmelsen, skulle den netop være en »Betryggelse mod den Krænkelse og øvrige Ulempe, som en Indtrængen i Borgernes Bolig eller en Undersøgelse af deres Breve og andre Papirer altid maa medføre« (sp. 2590). Her var der ingen sondring mellem, om indtrængen skete i strafferetligt eller andet øjemed.

I de forfatningsretlige lærebøger, der for tiden anvendes ved undervisningen af landets jurastuderende, er det da også antaget, at § 72 gælder både inden for og uden for strafferetsplejen (Zahle, Dansk Statsforfatningsret 1997, s. 242 f; Germer, Statsforfatningsret 1995, s. 222). I nyere lovgivningspraksis, i ombudsmandens praksis (FOB 90.227) såvel som i Justitsministeriets redegørelse af 19. december 1996 til Folketinget

om forvaltningsmyndigheders adgang til privat ejendom uden retskendelse er en tilsvarende opfattelse lagt til grund. Også i retspraksis er det fastslået, at grundlovens bestemmelse gælder uden for strafferetsplejen. Nogen højesteretsdom, der udtrykkeligt tager stilling til spørgsmålet, foreligger dog ikke. Senest har Højesterets flertal ladet spørgsmålet stå åbent i UfR 1976.184.

De retssikkerhedsmæssige problemer

Når det antages, at grundlovens § 72 finder anvendelse uden for strafferetsplejen, rejser der sig en række særlige problemer af forfatningsretlig og lovgivningspolitisk art.

Inden for strafferetsplejen er reglerne om, i hvilke tilfælde og under hvilke betingelser, der kan foretages indgreb af den art, som § 72 omhandler, nogenlunde klare og undergivet en samlet regulering i retsplejeloven.

Den retstekniske hovedregel i retsplejeloven er, at der kræves retskendelse til ransagning (rpl. kap. 73), beslaglæggelse (rpl. kap. 75b) og indgreb i meddelelshemmeligheden (rpl. kap. 71). Samtidig er det dog bestemt, at politiet på egen hånd kan træffe beslutning om at foretage indgrebet, hvor øjemedet ville forspildes, hvis retskendelse skulle afventes. Politiet skal i givet fald snarest muligt og inden 24 timer forelægge sagen for retten.

Princippet i retsplejeloven er således, at loven nøje angiver, i hvilke tilfælde der kan ses bort fra kravet om forudgående retskendelse. Det vil sige i hvilke tilfælde der – med grundlovens ord – skal gælde en »særegen undtagelse«.

Samme klare lovregulering finder man ikke for husundersøgelser mv. uden for strafferetsplejen.

Der er i talrige love hjemmel til, at forvaltningen kan foretage husundersøgelse mv. som led i den almindelige kontrol med, at lovgivningen overholdes – for eksempel i form af besigtigelser, undersøgelser af fast ejendom og virksomhedslokaler, gennemgang af regnskaber, forretningsbøger og korrespondance, prøveudtagninger, ransagninger, beslaglæggelser og visitation. Men der er ofte ikke fastsat særligt præcise regler om, i hvilke tilfælde eller efter hvilke procedurer indgrebene kan ske, ligesom det normale er, at indgrebene foretages uden den forudgående domstolskontrol, som grundloven omtaler.

I 1995 opgjorde Berlingske Tidende i forbindelse med en større artikelserie om grundlovens § 72, at der fandtes 135 bestemmelser i særlovgivningen, der gav offentlige myndigheder ret til at foretage husundersøgelse mv. uden retskendelse. Bestemmelserne havde man fundet ved opslag på ordene »uden retskendelse« i den elektroniske udgave af Karnovs Lovsamling. Senere kunne man supplere listen af undtagelser fra kravet om retskendelse med op mod en halv snes love, der indeholdt bestemmelser om, at politiet skal yde de administrative myndigheder bistand ved gennemførelse af husundersøgelser mv.

Sådanne bestemmelser om politibistand har, forudsat de er knyttet tilstrækkelig klart til bestemmelser om de administrative myndigheders adgang til husundersøgelse mv., traditionelt været fortolket således, at der kan gøres undtagelse fra kravet om retskendelse.

Rationalen bag denne opfattelse er, at en bestemmelse om politiets bistand indebærer en anvisning på umiddelbar magtanvendelse, der må betyde, at kravet om retskendelse er fraveget. Når politiet foreskrives at være med, er det for i givet fald at kunne slå døren ind.

Som eksempel på anvendelse af sådanne politibistandsbestemmelser kan nævnes, at Vestre Landsret i 1977 slog fast, at den dagældende Miljøbeskyttelseslov § 51, stk. 2 – der indeholdt bestemmelse om, at politiet skulle yde bistand i forbindelse med myndighedernes adgang efter § 51, stk. 1, til offentlige og private ejendomme – måtte forstås som en fravigelse af kravet om retskendelse. Det havde bonden, der modsatte sig myndighedernes ønske om at udtage vandprøver på hans ejendom, ikke regnet med (UfR 1977.1026).

Foranlediget blandt andet af den pressedebat, der fulgte i kølvandet på Berlingske Tidendes artikelserie, rejste partiet Venstre i foråret 1996 en forespørgselsdebat i Folketinget om, hvad man fandt var en krænkelse af grundlovens § 72. Forespørgselsdebatten den 21. maj 1996 endte med vedtagelse af en dagsorden, der pålagde regeringen at udarbejde en redegørelse for udviklingen i forvaltningsmyndigheders adgang til privat ejendom uden retskendelse.

I Justitsministeriets redegørelse af 19. december 1996 var antallet af love, indeholdende regler om husundersøgelse mv. uden retskendelse, opgjort til 111 (Berlingske Tidendes opgørelse angik antallet af bestemmelser, ikke antallet af love). En oversigt over de love og bekendtgørelser mv., der gennem det seneste årti var offentliggjort i Lovtidende, vidnede samtidig om, at der

havde været en ikke ubetydelig vækst, om end en helt præcis kvantitativ opgørelse ikke lod sig foretage.

Den nævnte tingenes tilstand giver anledning til at stille to spørgsmål. For det første: Er selve det forhold, at der så ofte gøres undtagelse fra kravet om retskendelse, udtryk for en krænkelse af grundlovens § 72? For det andet: Er den gældende retstilstand – ud fra bredere forfatnings- og lovgivningsmæssige principper – rimelig og hensigtsmæssig?

I den offentlige debat har der været en tilbøjelighed til at blande de to spørgsmål sammen. Sammenblandingen kan for så vidt ikke undre, al den stund der – i hvert fald mediemæssigt – kan være særligt schwung i at føre et retspolitisk synspunkt frem under påberåbelse af, at den herskende tingenes tilstand er udtryk for grundlovsbrud, eller det, der er værre. I forbindelse med Berlingske Tidendes artikelserie tog formanden for Advokatrådets menneskerettighedsudvalg, advokat Frantz Dahl, utvivlsomt førsteprisen i så henseende ved at sammenligne de mange lovhjemler for husundersøgelse uden retskendelse og den udhulning af grundloven, der dermed angiveligt fandt sted, med tilstandene i nazitidens Tyskland (Berlingske Tidende, 9. marts 1995). I den foreliggende sammenhæng kan der imidlertid være grund til at søge at skille klinten fra hveden.

Bliver grundloven brudt?

Hvad angår det første spørgsmål – om den gældende retstilstand, således som den har fundet udtryk i de mange love, der giver forvaltningsmyndigheder hjemmel til at

foretage indgreb uden forudgående retskendelse, er udtryk for en krænkelse af grundlovens § 72 – har Justitsministeriets svar været nej.

I den forfatningsretlige litteratur er det antaget, at der i udtrykket »en særegen undtagelse« ligger en vis begrænsning i lovgivningsmagtens kompetence til at fravige kravet om retskendelse, men som anført af Max Sørensen kan der næppe lægges meget andet i dette udtryk, end at en undtagelse fra kravet om retskendelse må tage sigte på indgreb inden for et nærmere bestemt sagsområde. En lov, der gav hjemmel til, at der for eksempel i alle tilfælde uden for strafferetsplejen kunne foretages husundersøgelse uden retskendelse, ville derfor være i strid med grundloven (Max Sørensen, Statsforfatningsret 1973, s. 364).

Nogenlunde tilsvarende anfører Henrik Zahle i førsteudgaven af sin statsret fra 1989, at der af passagen om »særegen undtagelse« i grundloven næppe kan afledes nogen kvantitativ fordeling med hensyn til, hvornår retskendelse kræves eller ej (Zahle, 1989, s. 194). I andenudgaven fra 1997 er dette synspunkt dog taget ud, og tilbage står alene den opfattelse, at der i passagen om »særegen undtagelse« ligger, at loven som hovedregel skal lade et indgreb efter § 72 bero på en retskendelse.

Også hos en anden nutidig statsretsfatter, Peter Germer, har opfattelsen af grundlovens § 72 været under forandring. Endnu i 1967 anførte Peter Germer, at spørgsmålet om, hvorvidt en lov kan gøre undtagelse fra hovedreglen i § 72 om retskendelse må bero på, om der er et særligt behov for at foretage husundersøgelse mv. uden forudgående retskendelse. »Men om

der er et sådant behov må være et politisk spørgsmål, som er henlagt til lovgivningsmagtens endelige afgørelse», fastslog Germer (Germer, Juristen 1967, s. 137 f).

I 1975 havde Germer imidlertid skiftet opfattelse og slog nu til lyd for, at der ikke med grundlovens § 72 var »givet lovgivningsmagten frie hænder, idet grundlovsbestemmelsen har en fast kerne, et væsensindhold, som lovgivningsmagten ikke kan gøre indgreb i.

Administrative husundersøgelser uden forudgående retskendelse bør kun tillades[,] når der er et særligt behov derfor, og domstolene bør ikke uden videre lægge lovgivningsmagtens vurderinger til grund, men bør foretage en tilbundsgående prøvelse« (Germer, Juristen 1975, s. 99 f). En tilsvarende opfattelse slår Germer til lyd for i sin statsforfatningsret fra 1995, hvor det tilføjede anføres, at »erfaringen viser, at lovgivningsmagtens vurdering af behovet for at gøre undtagelse fra hovedreglen i grundlovens § 72 ikke altid er forsvarlig« (Germer, 1995, s. 226).

Den nyere statsretlige teori har således været i bevægelse i retning af at indrømme lovgivningsmagten et mindre spillerum for vurderingen af, om retskendelse uden for strafferetsplejen er fornøden. Samtidig er der imidlertid en del, der tyder på, at lovgivningsmagten har været i bevægelse den modsatte vej. Tendensen synes som nævnt at gå i retning af, at der i stigende omfang er blevet gjort undtagelse fra kravet om forudgående retskendelse.

I betragtning af at den traditionelle opfattelse i den statsretlige teori har været, at grundlovens § 72 overlader lovgivningsmagten et vidt skøn til at vurdere, hvornår der er

behov for at fravige kravet om retskendelse og i betragtning af, at lovgivningsmagtens kriterier for dette skøn vanskeligt lader sig underkaste en indgående retlig prøvelse, må man forvente, at domstolene vil være meget tilbageholdende med at tilsidesætte lovgivningsmagtens vurdering af, om der på et givet lovgivningsområde er grund til at gøre en »særegen undtagelse« fra kravet om retskendelse. Det er derfor også at skyde rigeligt højt, hvis man vil påstå, at den gældende retstilstand er grundlovsstridig.

Mens det næppe er nærliggende at forvente, at domstolene undtagen i helt ekstraordinære situationer vil tilsidesætte lovgivningsmagtens vurdering af behovet for en »særegen undtagelse« – et spørgsmål, der i øvrigt i en konkret sag vil vedrøre en bestemt lovregulering og ikke lovgivningen som helhed – kan man måske med større grund forvente, at domstolene, i lyset af tidens tendens til øget opmærksomhed om borgerens retsbeskyttelsesbehov over for forvaltningen, kan vise sig tilbøjelige til at stille krav om, at der skal foreligge en udtrykkelig lovhjemmel, hvis der skal gøres undtagelse fra kravet om retskendelse.

I så henseende har lovgivningen uden for strafferetsplejen traditionelt ikke været klar. Endnu i 1967 kunne Peter Germer i sin undersøgelse af den dagældende lovgivning konstatere, at der uden for retsplejelovent vist nok ikke fandtes lovbestemmelser, der indeholdt udtrykkelig hjemmel for husundersøgelse mv. uden retskendelse (Germer, 1967, s. 138).

Til gengæld var der talrige eksempler på ikke-udtrykkelige hjemler. Sådan er det ikke længere. I de tilfælde, hvor lovgivningsmagten har udnyttet muligheden for

at fravige grundlovens hovedregel, er det i dag normalt udtrykkeligt bestemt, at det pågældende indgreb kan foretages »uden retskendelse« (Justitsministeriets redegørelse af 19. december 1996, s. 3022).

De såkaldte »politibistandsbestemmelser«, der fastsætter, at politiet skal yde bistand ved gennemførelsen af det pågældende indgreb – og som traditionelt er blevet fortolket som en undtagelse fra kravet om retskendelse – findes imidlertid stadigvæk.

Ud fra et elementært ønske om, at også den borger, der er uden avancerede juridiske kundskaber eller på anden måde skriftklog, skal have mulighed for at læse og forstå loven, bør undtagelser fra kravet om retskendelse imidlertid ikke bero på mere eller mindre spidsfindige juridiske fortolkninger. Politibistandsbestemmelserne er derfor en uting, der bør gøres op med. Hverken for administrationen eller lovgivningsmagten kan det være noget stort besvær at erstatte disse bestemmelser med klar tale.

Som et eksempel på, hvordan det kan gøres, foreligger i skrivende stund Lovforslag nr. 73 om ændring af skattekontrolloven m.m., fremsat den 29. oktober 1998 af skatteministeren. Lovforslaget, der er en udløber af Justitsministeriets opfølgning af redegørelsen af 19. december 1996, indebærer, at en lang række politibistandsbestemmelser inden for told- og skatteområdet m.m. erstattes af udtrykkelige bestemmelser om, at der gøres undtagelse fra kravet om retskendelse.

Bør der kræves retskendelse?

Tilbage står imidlertid spørgsmålet, om det ud fra bredere forfatnings- og lovgivnings-

mæssige principper er rimeligt, at der i så vidt omfang, som tilfældet er, i lovgivningen gøres undtagelse fra kravet om retskendelse.

I betænkning 1039/1985 om Tvangsindgreb uden for Strafferetsplejen var det sagkyndige udvalg – der havde professor, dr. jur. Bent Christensen som formand, og hvor også Advokatrådet var repræsenteret – ikke i tvivl: I tilfælde, hvor tvangsindgreb er hjemlet af kontrolhensyn eller som oplysningsmiddel, bør man undlade at stille krav om retskendelse. Udvalgets begrundelse var, at langt de fleste indgreb er begrundet i kontrolhensyn, ofte stikprøvekontrol, og at det netop er det stikprøvemæssige – og dermed uforudsigeligheden – der giver ordningerne værdi.

Beskrivelsen af de betingelser, der skal foreligge for at foretage indgrebene, kan derfor vanskeligt blive særligt præcis. Hvor der er tale om tvangsindgreb som oplysningsmiddel, er betingelserne for indgrebene næsten altid enkle og let konstaterbare. Et krav om retskendelse vil derfor ofte være et unødigt omsvøb, der vil belaste domstolene med unødige sager og svække forvaltningsmyndighedernes kontrolmuligheder, uden at der reelt er vundet noget i retssikkerhedsmæssig henseende (s. 137).

Justitsministeriet har så sent som i 1996 i redegørelsen om forvaltningsmyndigheders adgang til privat ejendom uden retskendelse erklæret sig enig i Tvangsindgrebsudvalgets synspunkter: »Det er vanskeligt at se, hvilket formål et krav om retskendelse skulle tjene i tilfælde, hvor domstolene reelt ikke har noget at tage stilling til. I givet fald ville retten i realiteten blot skulle påse, at det var den rette myndighed, der havde fremsat begæringen om adgang til

den pågældende lokalitet», skrev Justitsministeriet (s. 3023).

Fra kritikere af de mange undtagelser fra kravet om retskendelse er det ofte blevet anført, at det er urimeligt, at den, der er mistænkt for at have begået en strafbar handling, skal have en bedre retsbeskyttelse end den, som ikke står under mistanke. Synspunktet kan måske forekomme umiddelbart besnærende, men det er vel værd at minde om, at det netop er et af grundprincipperne i strafferetsplejen, at den, som statsmagten mistænker for at have begået en forbrydelse, er i en særlig udsat position, og derfor har behov for – og får – en særlig retsbeskyttelse, som ikke ydes den, der ikke er mistænkt.

Det er imidlertid ikke på forhånd givet, at der ikke kan være et formål med at stille et krav om retskendelse uden for strafferetsplejen i tilfælde, hvor tvangsindgreb er hjemlet af kontrolhensyn eller som oplysningsmiddel. I navnlig to henseender synes dette at kunne være tilfældet.

For det første kan et krav om retskendelse tjene det formål at give domstolene mulighed for at påse, at en eventuel adgang til at foretage husundersøgelse uden for strafferetsplejen ikke misbruges til at foretage ransagning i tilfælde, hvor en formodning om lovovertrædelser ikke er således underbygget, at der efter retsplejelovens regler ville kunne opnås rettens tilladelse til ransagningens foretagelse.

Der kan endvidere i de tilfælde, hvor der er hjemmel til at foretage husundersøgelse mv. i forbindelse med et rutinemæssigt eftersyn eller som led i en stikprøvekontrol, være det formål med at stille krav om forudgående retskendelse, at domstols-

kontrollen vil kunne tjene som et værn imod personfølgelse og andre former for magtfordrejning (Jf. Germer, 1967, s. 136).

Hvilken vægt, der bør tillægges de nævnte formål, som en domstolskontrol i princippet vil kunne tjene, må imidlertid vurderes i lyset af, hvilke muligheder domstolene i praksis vil have for at udøve en kontrol som den omtalte. I mange tilfælde, hvor der er tale om omfattende rutinemæssige eftersyn og stikprøvekontrol, vil mulighederne formentlig ud fra en praktisk betragtning være meget begrænsede.

Væsentligere end kravet om retskendelse vil det være, om de eksisterende hjemler for husundersøgelse mv. blev undergivet en kritisk gennemgang med henblik på at vurdere, om de er affattet bredere, end hensynet til kontrol- og tilsynsvirksomheden nødvendiggør. I langt de fleste tilfælde er det erhvervsmæssige indretninger, lokaler og arealer, der er behov for adgang til – og ikke borgerens private bolig og gemmer.

Det er formentlig nærliggende at antage, at de forvaltningsmyndigheder, der udarbejder lovene – og som bagefter selv skal kontrollere, at lovene overholdes og om nødvendigt anmelde, hvis det ikke sker – ikke altid, så at sige fra naturens hånd, vil være tilstrækkeligt opmærksomme på, at hjemlerne ikke strækkes videre end nødvendigt. Når man som forvaltningsmyndighed er meget tæt på de hensyn og formål, der ligger bag ønsket om regulering og kontrol, kan det være svært at se sagen i de rette proportioner.

Der er derfor god grund til, at Justitsministeriet i forbindelse med den lovtekniske gennemgang af ressortministeriernes lovforslag ser kritisk på ressortministerier-

nes ønsker om adgang til indgreb af den art, som grundlovens § 72 omhandler.

Den politiske debat om de mange undtagelser fra kravet om retskendelse har – om ikke andet – haft den effekt, at opmærksomheden om dette spørgsmål, i hvert fald for en tid, er blevet skærpet.

Omgåelses- og selvinkrimineringsproblemet

Et særskilt problem, der rækker ud over grundlovens § 72, knytter sig til spørgsmålet om omgåelse af strafferetsplejens beskyttelsesregler ved anvendelse af beføjelser, som myndighederne er tillagt som led i den almindelige kontrol- og tilsynsvirksomhed. Som praktisk væsentlige beføjelser kan nævnes adgang til undersøgelse af regnskaber, forretningsbøger, korrespondance etc. samt adgang til at kræve oplysninger.

Problemerne knytter sig navnlig til told- og skatteområdet, men genfindes også på andre forvaltningsområder som for eksempel inden for landbrug, fiskeri og miljø.

Også her er der tale om gammelkendte spørgsmål, som der imidlertid endnu ikke har været lovgivningspolitisk ønske om at tage op til en samlet regulering. I betænkningen om Tvangsindgreb uden for strafferetsplejen fra 1985 frarådede det sagkyndige udvalg, at der blev fastsat generelle regler om spørgsmålet, idet man fandt, at der var tale om »en uhyre omfattende lovgivning, der regulerer vidt forskellige af samfundslivets forhold. En regel om, at man ikke har pligt til at meddele oplysninger fra et bestemt fastsat tidspunkt er måske rimelig i nogle tilfælde, men måske urimelig i andre...« (s. 155).

Udvalget fandt dog – vel ikke overraskende – at udgangspunktet burde være, at en sag skal overgå til behandling efter de straffeprocessuelle regler, når der er indgivet anmeldelse til politiet. Og udvalget fastslog endvidere, at en omgåelse af strafferetsplejens regler ikke må forekomme. Udvalget pegede herved på to omgåelsessituationer: Enten anvender man de almindelige tilsynsregler i tilfælde, hvor man rent faktisk har forsøgt at anvende straffeprocessuelle indgreb, men ikke har kunnet opnå rettens tilladelse hertil. Eller også anvender man for eksempel særlovgivningens regler om pligt til at meddele oplysninger til at søge at fremskaffe en forklaring i en situation, hvor de faktiske (ulovlige) forhold ligger klart, men hvor problemet alene er, om en handling kan tilregnes den pågældende som strafbar (s. 154 f).

Som det i de seneste år er blevet påpeget i flere artikler i Advokatrådets blad *Lov & Ret*, trænger spørgsmålet om retsvern mod selvinkriminering sig i stigende grad på, som følge af den stadig mere omfattende lovregulering og – ikke mindst – som følge af kravene i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (Jens Møller, 1994; Lars Bo Langsted, 1999; Isi Foighel, 1999 og Hanne Østergaard, 1999).

Det vil imidlertid være en illusion at tro, at indførelse af lovregler, der i videre omfang end i dag kræver retskendelse forud for husundersøgelse mv. uden for strafferetsplejen, vil kunne bidrage væsentligt til løsning af de problemer, der opstår, hvor en undersøgelse, der foretages som led i forvaltningens almindelige kontrol- og tilsynsvirksomhed, umærkeligt glider over i en strafferetlig undersøgelse.

En sådan glidning vil kunne forekomme ganske uafhængigt af, om en dommer indledningvis – på grundlag af speciallovgivningens regler – har godkendt kontrol- og tilsynsvirksomheden eller ej. Et krav om retskendelse vil ikke i sig selv indebære nogen sikring mod, at undersøgelsen efterfølgende glider over i en strafferetlig gråzone, undtagen i det helt særlige tilfælde, hvor det fra starten kan dokumenteres, at kontrol- og tilsynsmyndigheden har en omgåelseshensigt.

Som vor grundlov i dag ser ud, er der først og fremmest tale om et lovgivningspolitisk spørgsmål, hvor der må foretages en afvejning af hensynet til forvaltningens effektivitet over for grundlæggende straffeprocessuelle hensyn, herunder respekten for Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6 om fair trial. Borgernes fælles interesse i at lovgivningen på centrale områder som skat, miljø og erhvervsregulering overholdes, må afvejes med hensynet til den enkeltes retsbeskyttelse.

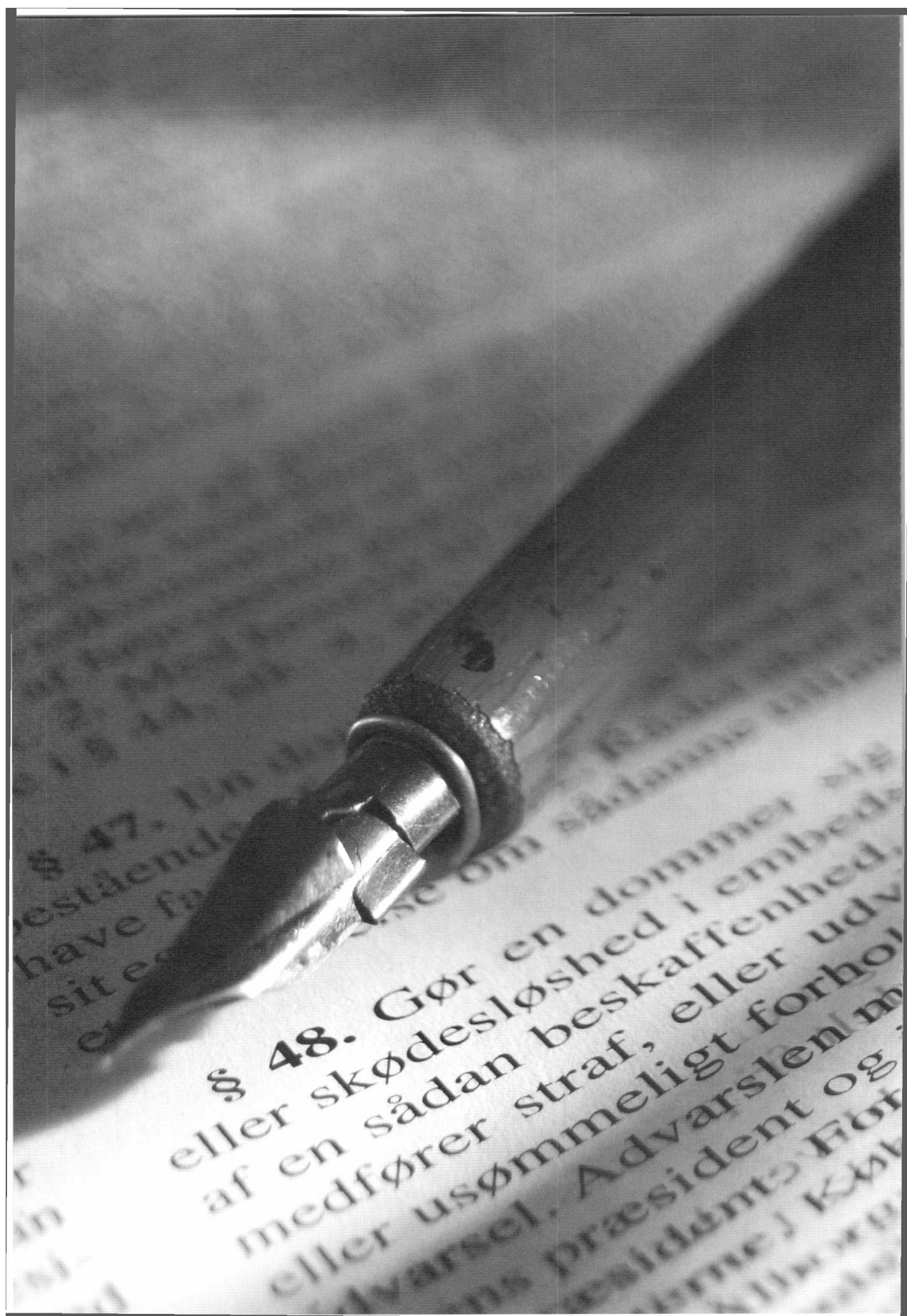
På det praktisk-administrative plan er det formentlig først og fremmest et spørgsmål om, at forvaltningsmyndighederne opdrages, og opdrager sig selv, til øget opmærksomhed om de retssikkerhedsmæssige problemer, der aktualiseres, når man bevæger sig ind i den gråzone, hvor der i forbindelse med tilsyns- og kontrolvirksomhed

danner sig en konkret mistanke af en vis styrke om, at der kan foreligge strafbare forhold. Fagministerielle embedsmand, der har det som hovedopgave at kontrollere, at borgerne overholder speciallovgivningens mange regler om, hvad man må og navnlig ikke må, kan ikke på forhånd forventes på samme måde som politiet og anklagemyndigheden at have de straffeprocessuelle retssikkerhedsgarantier på rygmarven.

En lovmæssig regulering – eventuelt i generel form i forvaltningsloven eller retsplejeloven – af, hvorledes myndighederne i sådanne tilfælde bør forholde sig og hvilke procedurer, de i givet fald bør iagttage med hensyn til underretning af borgeren om dennes partsbeføjelser, herunder retten til ikke at udtale sig, eventuel mulighed for advokatbistand mm., kunne formentlig være egnet til at øge både fagministeriernes og borgernes opmærksomhed om disse spørgsmål på en måde, som den eksisterende spredte og ad hoc prægede regulering i interne vejledninger og instrukser ikke er.

Grundlovens § 72 kan for disse spørgsmål vanskelig få nogen praktisk betydning. Men bestemmelsen kan, som C.C. Hall slog fast for 150 år siden, være med til at minde både lovgivningsmagten og de udøvende myndigheder om behovet for, at borgerne beskyttes mod unødigt og overilet myndighedsfremfærd ■

Jens Peter Christensen, født 1956. Professor, dr. jur. ved Juridisk Institut, Afdelingen for Offentlig Ret, Aarhus Universitet.



§ 48. Gør en dommer sig
eller skødesløshed i embede
af en sådan beskaffenhed,
medfører straf, eller udv
eller usømmeligt forhold
advarsel. Advarslen m
præsident. For
me i Kbt

»De ustyrlige domstole?«

Af fhv. retspræsident Kurt Haulrig

Selv om domstolenes eget disciplinærsystem er principielt vigtigt, fordi det handler om borgernes tillid til domstolene, er denne artikel den første i den juridiske litteratur, hvor kontrollen med domernes adfærd beskrives i sammenhæng. Kontrollen med, at dommerne ikke gør sig skyldige i forsømmelser og skødesløs adfærd, føres af retspræsidenterne og Den Særlige Klageret. »Selvdømmet« foregår »i stilhed«, og det er måske en af årsagerne til, at systemet ikke er kendt, og nogle opfatter domstolene som »ustyrlige«. Men det er de ingeniører, og selv om hovedparten af de hundredvis af klager, retspræsidenterne modtager hvert år, er ubegrundede, er tilsynet effektivt, skriver fhv. retspræsident Kurt Haulrig.

Forfattere til navngivne avisartikler mødes ikke sjældent med en kritik af, at artiklens overskrift ikke svarer til indholdet. Kritikken imødegås oftest ved at henvise til, at det er avisens redaktion og ikke forfatteren, der

forsyner artiklen med overskrift. Her er det endnu værre: Redaktionen havde bestemt overskriften endnu inden, forfatteren havde skrevet artiklen. Øvelsen går således nærmest ud på at fastslå, om artiklen kom

til at passe til overskriften. Når artiklen er læst, må læseren således selv tage stilling til, om domstolene er så ustyrlige endda.

Tanken om domstolenes ustyrlighed har naturligvis sammenhæng med bestemmelsen i grundlovens § 64 om domstolenes funktionelle og personelle uafhængighed. Montesquieu har været på spil igen: det er en konsekvens af magtfordelingslæren, at domstolenes afgørelser skal træffes uden indblanding eller påtryk fra administrationen eller Folketinget. Grundlovens § 64 har følgende ordlyd: »Dommerne har i deres kald alene at rette sig efter loven. De kan ikke afsættes uden ved dom, ej heller forflyttes mod deres ønske, uden for de tilfælde, hvor en omordning af domstolene finder sted. Dog kan den dommer, der har fyldt sit 65. år afskediges, men uden tab af indtægter til det tidspunkt, til hvilket han skulle være afskediget på grund af alder.«

Det kræver næppe nogen nærmere begrundelse, at værnet mod indgriben i uøvelsen af den dømmende funktion ikke er noget værd, medmindre dommeren også personligt er beskyttet mod afsked og chikane i form af forflyttelse.

Administrationen – in casu Justitsministeriet – kan således på ingen måde antaste dommernes personlige uafhængighed. Administrationen har altså mindre styr på dommerne end på de øvrige tjenestemænd, som man efter tjenestemandsløvens regler kan indlede disciplinærsag mod, hvis de ikke følger de foreskrevne administrative regler. Den praktiske gennemførelse af principperne i magtadskillelæsen bliver ikke mindre vanskelig af, at dommerne – som det fremgår af retsplejelovens § 14 – foruden den judicielle (dømmende) virksom-

hed, herunder skifteforvaltning samt foged- og auktionsforretninger, også varetager en lang række administrative opgaver, bl.a. tinglysningsvæsenet og opkrævning af og regnskab for retsafgifter. På disse områder er det utvivlsomt Justitsministeriet, der er øverste myndighed, men ligeså utvivlsomt er det, at dommernes grundlovssikrede uafhængighed udelukker administrativ disciplinær efterfølgning, hvis der synes på disse områder.

Hertil kommer, at dommere i den daglige ledelse af de enkelte retter træffer talrige beslutninger, der er reguleret ved administrative forskrifter om budget, personale o.s.v. På dette område har domstolsreformen af 1998 dog med virkning fra 1. juli 1999 gennemført den ændring, at det fremtidig er Domstolsstyrelsen – altså et organ, der i højere grad styres af dommerne selv – der fastsætter reglerne om disse emner.

Dette ændrer ikke ved den kendsgerning, at der fortsat er væsentlige områder, hvor det er af betydning at drage grænsen mellem dommernes judicielle og administrative funktioner. For så vidt angår de sidste kan administrationen – i fremtiden normalt Domstolsstyrelsen – både fastsætte generelle regler og give konkrete instrukser, mens dette ikke kan ske på det judicielle område. På begge områder nyder den enkelte dommer imidlertid godt af den grundlovsmæssigt sikrede personlige integritet.

Hvem kontrollerer dommerne?

Grænserne for det judicielle område trækkes forholdsvis vidt. Berømmelse af retssager er således efter fast praksis et judicielt

spørgsmål, hvorom der ikke kan gives administrative forskrifter. Selv Domstolsstyrelsen kan ikke foreskrive, hvor mange sager en dommer skal behandle om dagen eller om ugen.

Det er formentlig kendskabet til, at der ikke kan gives administrative forskrifter for dommernes judicielle virksomhed, der har forledt redaktionen til at udstyre denne artikel med den ovennævnte overskrift.

Naturligvis må man stille spørgsmålet: Når administrationen ikke kan eller må styre domstolene, hvem skal så gøre det? Svaret er imidlertid ganske enkelt: Det skal domstolene selv.

Det sker allerede, og hvorledes det sker, vil resten af artiklen handle om.

Når talen er om styring, hører man ofte – næsten som et mundheld – at tillid er godt, men kontrol er bedre. Jeg kan i grunden ikke rigtig lide denne talemåde, men vil dog følge den så vidt, at jeg først vil beskæftige mig med tilliden og derefter med kontrollen af dommernes funktion inden for det judicielle område. Det kan efter min opfattelse lægges til grund, at domstolene og dermed dommerne kan glæde sig over at blive mødt med tillid såvel fra fagfællers som fra de fleste medborgeres side. Det kan formentlig også aflæses af den kendsgerning, at både administrationen og lovgivningsmagten i udstrakt grad gør brug af dommere såvel til løsning af permanente opgaver i råd og navn, som til løsning af specielle opgaver i kommissionsdomstole og lignende.

Tilliden omfatter – så vidt jeg ser – såvel den fagligt-juridiske dygtighed som dommernes personlige integritet og moralske kvalitet.

Rekruttering skaber tillid

Opretholdelse af denne tillid er utvivlsomt nøje sammenhængende med dommernes rekruttering, idet dommernes uafhængighed og uafsættelighed ikke giver plads for mange fejltagelser i udnævnelsesproceduren.

Når domstolene nyder almen tillid, er der derfor formentlig grund til at tro, at det bl.a. skyldes, at den hidtidige udnævnelsesprocedure har ført til rimelige resultater.

Det er utvivlsomt velbekendt, at uanset, at den formelle udnævnelseskompetence ligger hos »Kongen« (justitsministeren), har domstolene reelt selv båret ansvaret for udnævnelserne. Det er næppe for meget sagt, at det afgørende led i proceduren er den indstilling, der af landsretspræsidenten gennem Højesteret fremsendes til justitsministeren. Gennem denne procedure er det sikret, at indstillingerne hidrører fra de personer, der har det bedste kendskab til, hvilke kvalifikationer den ledige stilling kræver, og – bl.a. fra ansøgernes konstitution i landsretten – det bedste kendskab til, hvilke af ansøgerne der er i besiddelse af disse kvalifikationer.

Fra 1. juli 1999 indtræder imidlertid væsentlige ændringer med hensyn til udnævnelsesproceduren: Den hidtidige indstilling fra retterne erstattes af en indstilling fra et råd, der består af en dommer fra hver af de tre instanser, en advokat og to repræsentanter for offentligheden. Landsretspræsidenterne må ikke have sæde i rådet. Det vil herefter bero på tilfældigheder, i hvilket omfang rådets medlemmer har kendskab til de særlige kvalifikationer, som bestridelsen af det nu ledige embede stiller, og ingen af medlemmerne vil have personligt kendskab til hele ansøgerfeltet.

Udnavnelserådet kommer på en vanskelig opgave. Man må håbe, at for mange fejltagelser undgås, og at den hidtidige validitet i rekrutteringen kan opretholdes.

Mine erfaringer som indehaver af de nedenfor beskrevne disciplinære funktioner har for mig godtgjort, at der er god grund til at nære tillid til domstolene.

Dommere, retsassessorer og dommerfuldmægtige er som helt overvejende regel både arbejdsomme og samvittighedsfulde. Når man ofte – ikke mindst blandt advokater – hører om den fristelse, som det må være at misbruge den personlige uafhængighed til at foretrække golfbanen for retssalene, kan jeg oplyse, at det lykkes at modstå fristelsen. Der ydes i almindelighed en arbejdsindsats, der fuldt ud står mål med, hvad der ydes i andre erhvervsgrupper, og der er ikke generelt vanskelighed med at holde styr på tingene.

Nu er der for dommerne mange andre krav end arbejdsindsatsen at leve op til, og det må naturligvis hænde af og til, at tilliden skuffes. I forhold til domstolenes brede funktionsområde – civile sager, straffesager, fogle- og skiftesager, tinglysning o.s.v. – og det betydelige sagsantal er det dog heldigvis de sjældne undtagelser, at »kunderne« føler sig dårligt behandlet.

Medvirkende hertil har det utvivlsomt været, at uddannelsen af dommerfuldmægtige og efteruddannelsen af retsassessorer og dommere siden slutningen af 80-erne er væsentlig forbedret.

Der lægges ved denne uddannelse ikke blot vægt på det juridisk-faglige, men også på retsledelse og andre »kunderelaterede« emner. Endvidere har de senere års øgede debat om udøvelsen af offentlig myndighed

sat fokus på nødvendigheden af, at myndighedsudøvelse – også dommernes – sker i en acceptabel form.

Disciplinærsystemet

Når det trods al anvendt omhu ved rekruttering og uddannelse alligevel sker, at domstolene ikke lever op til forventningerne, må kontrollen træde til.

Der tænkes i denne forbindelse naturligvis ikke på kontrollen med, om domme og kendelser er i overensstemmelse med lovgivningen og den stedfundne bevisførelse. Denne kontrol udøves som bekendt ved anke og kære.

Der tænkes på kontrollen med, hvad der i lovgivning og teori kaldes for forsømmelse eller skødesløshed i embedsførelsen – eller med andre ord, hvorledes styres dommerne, når de ikke kan styre sig selv?

Hvilke midler står til rådighed, og hvorledes anvendes de?

Systemet er bl.a. på grund af grænsedragningen mellem, hvad der er judicielt, og hvad der er administrativt, ikke ganske ukompliceret. For så vidt angår dommernes administrative funktioner kan Justitsministeriets kasseinspektører påtale fejl og forsømmelser. Det gør de også, men Justitsministeriet har ingen sanktionsmuligheder over for dommerne.

Det fremgår allerede af grundlovens § 64, at dommere kan afsættes ved dom. Til at tage sig af sådanne sager blev der i 1939 etableret en speciel domstol: Den Særlige Klageret. Klageretten har imidlertid også andre sanktionsmuligheder end afsked. Den

kan udtale sin misbilligelse og kan idømme dommeren en bøde.

I henhold til retsplejelovens § 49 kan enhver, der »anser sig krænket ved utilbørligt eller usømmeligt forhold fra en dommers side under udøvelsen af dennes embedsvirksomhed«, bede rigsadvokaten om at indbringe klagen for Den Særlige Klageret. Fra den 1. juli 1999 vil klage dog kunne indgives direkte til klageretten.

På tilsvarende måde kan Justitsministeriet pålægge rigsadvokaten at rejse sag ved klageretten, hvis ministeriet finder, at dommeren har gjort sig skyldig i et forhold, der betager ham den for hvervet nødvendige agtelse og tillid eller, hvis ministeriet finder, at han bør afsættes »på grund af vedvarende åndelig eller legemlig svaghed«. Når klageretten virker som disciplinærret, sammensættes den af en højesteretsdommer, en landsdommer og en byretsdommer.

Klageretten har sin hovedvirksomhed i forbindelse med genoptagelse af straffesager. Om Den Særlige Klagerets virksomhed findes et antal trykte redegørelser, der også indeholder oplysninger om klagerettens virksomhed som disciplinærret. Jeg skal derfor kun i begrænset omfang komme ind herpå. På grundlag af en statistisk opgørelse for de seneste 25 år (1974-1998) kan dog oplyses, at inden for dette tidsrum er der afgjort 825 sager, d.v.s. et gennemsnit på 33 om året. Heraf er 277 sager afvist ved dom. Der er i denne 25-årige periode kun meddelt et samlet antal af ti misbilligelser, og der er ikke idømt bøder til dommere. Kun i ét tilfælde er der (af helt specielle sygdomsmæssige årsager) givet dom til afskedigelse. Alle øvrige sager er afgjort ved skrivelse om, at klageretten intet kunne foretage i

anledning af begæringen, navnlig fordi den ikke henhørte under denne ret. Antallet af klager har dog været jævnt stigende og er nu knap 50 om året.

Medvirkende til det begrænsede antal klager fra borgernes side har måske været, at klagefristen er yderst kort – kun 14 dage. På dette punkt sker der imidlertid fra 1. juli 1999 den væsentlige ændring, at fristen for indbringelse for klageretten forlænges til fire uger. Også Justitsministeriet har kun i begrænset omfang benyttet sig af klageretten. Det er bl.a. sket på opfordring af en retspræsident, der var »kørt fast« med en over for ham fremsat klage. Den Særlige Klageret spiller alligevel en vigtig rolle – ikke ved antallet af afgørelser, men ved at være i baggrunden som en sidste udvej.

Præsidenternes tilsyn

Det i praksis vigtigste instrument til styring af »de ustyrlige domstole« har været de i retsplejelovens § 48 givne beføjelser til landsretspræsidenterne (og visse andre præsidenter) og det i sammenhæng hermed af præsidenterne udøvede almindelige tilsyn.

Om anvendelsen af § 48 findes ingen større sammenhængende trykt fremstilling, men kun sporadiske lovkommentarer.

Præsidenternes tilsyn har vistnok slet ikke afsat sig spor i den juridiske litteratur. Årsagen til den manglende omtale skal muligvis søges i den omstændighed, at en afgørelse efter § 48 skal meddeles »i stilhed«. Selv om dette udelukker omtale af de enkelte sager, bør en generel redegørelse for sagernes behandling imidlertid kunne finde sted, og jeg vil derfor bruge en væsentlig del af min spaltepads hertil.

Retsplejelovens § 48 bestemmer, at hvis en dommer gør sig skyldig i forsømmelse eller skødesløshed i embedsførelsen – dog uden, at der er tale om noget strafbart – eller i øvrigt udviser utilbørligt eller usømmeligt forhold, skal der gives ham en advarsel. Den advarsel meddeles i de kollegiale retter af rettens præsident og ellers af landsretspræsidenten. Over for præsidenterne tilkommer kompetencen Højesterets præsident.

Hidtil har der ikke været nogen frist for indbringelsen, men fra 1. juli 1999 gælder der også her en frist på fire uger.

Der skal ikke her gives nogen retshistorisk redegørelse, men det skal nævnes, at der siden oprettelsen af klageretten i 1939 har bestået to klagemuligheder for så vidt angår klager over utilbørlige eller usømmelige forhold, nemlig dels klage til vedkommende retspræsident, dels til klageretten. Selv om ordvalget i bestemmelserne er ensartet, synes det i forarbejderne forudsat, at § 48 tager sigte på de mindre graverende forhold, men klageren har efter lovteksten valgfrihed. Langt de fleste klager har foretrukket at henvende sig til vedkommende retspræsident.

Der findes ikke egentlige regler for, hvorledes sådanne klagemål skal behandles, men Præsidentrådet, der består af alle præsidenter for de kollegiale retter, har i 1993 foretaget en grundig drøftelse af bestemmelsen i § 48 og er nået til enighed om visse retningslinier for sagernes behandling.

Det er antaget i mangeårig praksis, at bestemmelsen i retsplejelovens § 48 finder anvendelse også over for klager over retsassessorer og dommerfuldmægtige. Det er også fast antaget, at behandling efter § 48 ikke er betinget af, at der er indgivet en

klage. Retspræsidenten kan også rejse sager ex officio, f.eks. på grundlag af omtale i medierne. Fra 1. juli 1999 er med domstolsreformen begge disse antagelser lovfæstet.

Det er almindeligt antaget, at disciplinærmyndigheden også omfatter hverv, som en dommer varetager, fordi det efter lovgivningen kræves, at indehaveren skal være dommer eller skal opfylde betingelserne for at være dommer. Det samme gælder efter omstændighederne andre hverv, som den pågældende beklæder, fordi han er dommer. Folketingets Ombudsmand er ikke kompetent med hensyn til den del af forvaltningen, der varetages af dommere, men ombudsmanden vil dog kunne anse sig for kompetent til at bedømme dommers virksomhed i disse hverv. Disciplinærmyndigheden efter § 48 er imidlertid efter præsidenternes opfattelse ikke afhængig heraf.

Behandlingen af sager efter § 48 foregår naturligvis efter samme principper, hvad enten sagen vedrører en dommer i en af de kollegiale retter og dermed behandles af præsidenten i denne ret, eller den vedrører en byretsdommer uden for de kollegiale retter og dermed behandles af den landsretspræsident, hvorunder byretten hører.

Daglige klager over dommere

Det er fristende for mig at skildre sagernes behandling gennem en fremstilling af mine egne erfaringer fra Østre Landsret, der behandler et større antal af sådanne klagemål.

Østre Landsret modtager næsten dagligt breve, der indeholder besværing over en truffen retlig afgørelse. Ofte har brevet karakter af en følelsesladet kommentar til afgørelsen, og det kan være tvivlsomt, om

brevskriveren egentlig forventer svar. Hvis besværingen kun går på afgørelsens materielle indhold, bliver henvendelsen naturligvis besvaret med en orientering om anke- og kæremuligheden. Det kan være hensigtsmæssigt at supplere denne anke- og kærevejledning med spørgsmål, der er egnede til at afklare, hvad der tilsigtes med henvendelsen. I nogle tilfælde benytter klageren imidlertid lejligheden til at lange ud efter dommeren, f.eks. med en bemærkning om, at dommeren var partisk og straks fra retsmødets begyndelse gav udtryk for, at modparten burde vinde sagen. I så fald behandles henvendelsen som en klage efter § 48.

Der kommer naturligvis også klager, der kun indeholder en besværing, der klart omfattes af retsplejelovens § 48, men som antydnet er der tale om en bred vifte af muligheder.

Det kan hændes, at klagens indhold er så absurd, at den kan afvises som åbenbart grundløs, men i almindelighed indledes klagebehandlingen med en høring af den dommer, hvorover der er klaget. Hvis der er behov herfor, underrettes klageren om høringen. Det gælder især, såfremt der er grund til at benytte lejligheden til at præcisere, hvorledes man har forstået klagen.

Hyppigt vedrører klagen dommerens udtalelser eller attituder under eller i forbindelse med retsmøder. Høringssvaret vil da oftest indeholde en fremstilling af hændelsesforløbet, således som det tager sig ud set fra dommerens side.

Dommere skal naturligvis være psykisk velafbalancerede og i stand til at bevare ro og overblik – også, når de provokeres. Det er de i reglen også, men selv for den bedste eller i alt fald den næstbedste hænder det, at

han forløber sig på en dag, hvor irritations-tærsklen er lavere end sædvanligt. I så fald vil høringssvaret ofte indeholde en beklagelse af det passede, og præsidenten vil da i mange tilfælde kunne slutte sagen med at tilslutte sig den givne undskyldning.

I andre tilfælde må præsidenten tage stilling til, om der er noget i hændelsesforløbet, der bør påtales. Dette forudsætter naturligvis, at der er fornøden klarhed over, hvad der er passeret. Det vil der i reglen være, når høringssvaret sammenholdes med de oplysninger, der fremgår af klagen og eventuelle erklæringer, som var vedlagt klagen eller senere er tilvejebragt.

I sjældne tilfælde hænder det imidlertid, at der foreligger diametralt modstridende oplysninger om hændelsesforløbet. I så fald er præsidenten ude af stand til at træffe en afgørelse efter § 48, idet han ikke har nogen mulighed for at foranstalte bevisførelse. Er klagen af bagatelagtig karakter, kan den afvises af bevismæssige grunde, men hvis der er tale om en klage af mere alvorlig karakter, er denne løsning naturligvis ikke tilfredsstillende. Præsidenten vil heller ikke kunne henvise klageren til at gå til klageretten, da 14 dages fristen vil være udløbet. Problemet er i praksis blevet løst ved, at præsidenten i en redegørelse til Justitsministeriet pegede på det uheldige i, at sagen således var kørt fast. Ministeriet har så benyttet sin ret til at indbringe sagen for klageretten, for hvilken indbringelse der ikke gælder nogen frist. Fra 1. juli 1999 indtræder en væsentlig ændring heri, idet domstolsreformen hjemler præsidenten en selvstændig ret til at indbringe sagen for klageretten, hvis sagen efter sin beskaffenhed er uegnet til afgørelse efter § 48.

En anden – mindst lige så stor – hovedgruppe af klager vedrører dommerembedets administration. Det hyppigst forekommende er klager over sagsbehandlingstiden, men i øvrigt er spektret bredt: Jeg har fået klager over, at skiltningen i retsbygningen var for dårlig, hvilket skulle have medført, at klageren var blevet dømt som udebleven.

De sager, der har fået karrieremæssige konsekvenser, vedrører grovere tilfælde af smøleri. Alle klager behandles imidlertid seriøst og afgøres med en skrivelse, der indeholder en begrundelse ledsaget af et referat eller en kopi af de indhentede udtalelser.

I Østre Landsret var antallet af afgørelser i min tid ca. to om ugen. Der er ikke senere sket væsentlige ændringer heri. Antallet af klager til præsidenten for Vestre Landsret er efter det for mig oplyste af nogenlunde samme størrelse. Landsretspræsidenterne afgør således henimod 200 klager årligt. Hertil kommer det (mindre) antal sager, der behandles af præsidenterne for de store byretter og Sø- og Handelsretten.

»Tandløs kritik« virker præventivt

Det fremgår af lovbestemmelsen, at præsidentens beføjelse er begrænset til at meddele en advarsel. Såfremt der findes grundlag for at meddele en sådan, anvendes altid ordet »advarsel«.

Der forekommer imidlertid tilfælde, hvor der ganske vist ikke er fuldt tilstrækkelig grund til at meddele en advarsel, men alligevel anledning til at udtale kritik af det passerede. I så fald anvendes formuleringer som, at præsidenten »ville have foretrukket, at«

Mange vil måske sætte spørgsmålstegn ved betydningen af en så tandløs reaktion som en advarsel. En advarsel eller kritik tages imidlertid alvorligt af dommere, retsassessorer og dommerfuldmægtige og vil efter omstændighederne spille en rolle ved fremtidige bedømmelser. Bestemmelsen har derfor efter min opfattelse en væsentlig præventiv betydning.

De rejste klagemål kan som nævnt blive indbragt for klageretten, og klagemålene giver i alt fald præsidenten et væsentlig bidrag til at kunne udøve det almindelige tilsyn, som omtales nedenfor. Selv klager, der hverken fører til en advarsel eller kritik, kan være af betydning.

Samler der sig inden for et kortere tidsrum et større antal af sådanne klager omkring en enkelt person, kan det godt give anledning til eftertanke.

De efter § 48 truffne afgørelser kan ikke ankes eller kæres. Uanset at præsidenten for Højesteret har disciplinærmyndighed med hensyn til de øvrige retspræsidenter, kan disses afgørelser efter § 48 heller ikke indbringes for Højesterets præsident. Derimod kan klageren naturligvis besvare sig over vedkommende retspræsidents sagsbehandling. Det kan i praksis af og til være vanskeligt at afgrænse sådanne sager over for klager over det materielle indhold af den af retspræsidenten efter § 48 truffne afgørelse.

Som nævnt ovenfor kan sager efter § 48 også rejses ex officio af vedkommende præsident. Sådanne sager kan tjene som formelt grundlag for det mere almindelige tilsyn, der af landsretspræsidenten føres med de dommere, retsassessorer og dommerfuldmægtige, der hører under hans disciplinærmyndighed. Den manglende opmærk-

somhed på – eller ligefrem ukendskab til – dette tilsyn kan være en del af forklaringen på den overskrift, redaktionen har forsynet min artikel med.

Tilsyn »i stilhed«

Selv om bestemmelsen i § 48 om, at en advarsel skal meddeles »i stilhed«, udgår den 1. juli 1999, giver det imidlertid sig selv, at tilsynet fortsat udøves i stilhed. Der er dog ikke af den grund tale om, at det er mindre effektivt.

Denne tilsyns- og disciplinærmyndighed, der tilkommer de enkelte retspræsidenter, udøves naturligvis efter ensartede principper. Jeg vil med udgangspunkt i mine erfaringer fra Østre Landsret give en fremstilling af de problemer, der er forbundet med udøvelsen af landsretspræsidenternes tilsyns- og disciplinærmyndighed over for byretterne uden for de store kollegiale byretter.

Grundlaget for tilsynet er naturligvis landsretspræsidentens personlige kendskab til de enkelte byretter og deres (juridiske) personale sammenholdt med de informationer, der løbende modtages.

Informationskilderne er mangfoldige: Ovenfor er indkomne klagesager omtalt. Hertil kommer omtale i dagblade og elektroniske medier. Landsretspræsidenten modtager også genpart af de rapporter, der afgives af Justitsministeriets kasseinspektører. Disse rapporter giver et øjebliksbillede af en del af forholdene ved embedet og kan danne udgangspunkt for en reaktion. Endelig har landsretspræsidenten mange uformelle kontakter, hvorfra der kan hentes nyttige oplysninger.

Civil courage efterlyses

Advokater er naturligvis velorienterede om den retskreds, hvori de har deres virke, men ofte tilbageholdende med at indgive formel klage over forhold, som ellers burde give anledning hertil. Sådanne forhold kan afdækkes i en uformel samtale og bidrage til at højne præsidentens informationsniveau.

Det er forståeligt, at advokater og anklagere er tilbageholdende med at indgive klage over den lokale dommer. Klagerne vil næppe være af en sådan karakter, at det kan give dem begrundet håb om at slippe af med dommeren, med hvem han så fortsat skal samarbejde. Klagens indhold vil røbe, hvorfra den stammer, og det er så lettere at få luft for sin mulige utilfredshed ved en uformel samtale med præsidenten. Selv med anvendelsen af betydelig opfindsomhed vil det imidlertid ofte være umuligt for præsidenten på dette grundlag at få taget hånd om problemerne.

I nogle tilfælde kunne man ønske sig lidt mere civil courage hos potentielle »kvalificerede klagere« – det være sig i advokatstanden, politiet, anklagemyndigheden eller kriminalforsorgen. Det ville skabe øgede muligheder for en endnu bedre retspleje.

Det bør også nævnes, at tilsynet ikke behøver at have noget at gøre med forsømmelse eller skodesløshed: Den i de senere år stærkt forbedrede statistik, bl.a. vedrørende berammelsestider, giver således øgede muligheder for, at landsretspræsidenten kan følge med i de enkelte embeders eventuelle vanskeligheder.

Den siden 1994 etablerede »rejsedommerordning«, hvorefter landsretspræsidenten kan tilbyde hjælp af en udefra kommende »ekstradommer« til embeder, der er

kommet i vanskeligheder, f.eks. på grund af en eller flere særligt omfangsrige sager, giver præsidenten både anledning til og mulighed for at følge godt med i de lokale forhold.

Med indførelsen af edb i tinglysningen og på andre områder er det nødvendige registertilsyn – af hensyn til domstolenes uafhængighed – tillagt landsretspræsidenterne. I denne anledning aflægger præsidenten besøg ved de enkelte embeder og får dermed en god anledning til også at gøre sig bekendt med andre lokale problemer.

Det vil af den givne fremstilling forhåbentlig fremgå, at tilsynet giver landsretspræsidenterne et bredt spektrum af informationer om de enkelte embeder. Hvis der heriblandt er informationer, der kunne tyde på, at der ved et embede er forhold, som bør påtales og ændres, kan præsidenten rejse sag efter retsplejelovens § 48.

Ofte vil han dog foretrække at tage en samtale med vedkommende dommer. En sådan samtale kan finde sted næste gang, præsidenten har anledning til at besøge embedet eller træffe dommeren, men det kan også tænkes, at der aftales et møde hos landsretspræsidenten.

I mere ekstreme tilfælde er det sket, at præsidenten uanmeldt har opsøgt dommeren på dennes kontor.

Sådanne samtaler vil – alt efter emnets beskaffenhed – ofte være en smidig blanding af rådgivning og en løftet pegefinger. Som oftest vil rådgivningen skabe en sådan klarhed, at den berørte selv er i stand til at tage de nødvendige beslutninger – også hvis disse måtte være af mere alvorlig karakter. I andre tilfælde vil de givne råd have karakter af kraftige henstillinger.

Kontrollens betydning for karrieren

Ved en umiddelbar betragtning kunne man mene, at et sådant tilsyn næppe er meget bevendt, når præsidenten – bortset fra en stilfærdig advarsel – alene kan betjene sig af sine egne argumenter og sin personlighed.

Som berørt ovenfor i forbindelse med omtalen af klager fra retsvæsenets »brugere«, har systemet imidlertid en væsentlig præventiv effekt, og der findes eksempler på, at sager efter § 48 og det i forbindelse hermed stående tilsyn har haft væsentlig indflydelse på et karriereforløb. Klageretten har som nævnt i alt fald i de sidste 25 år kun sjældent udtalt misbilligelse og aldrig idømt en dommer bøder. Afskedigelse er kun forekommet som en sjælden undtagelse.

Når klageretten således har kunnet føre en ret tilbagetrukket tilværelse, må det skyldes, at problemerne er blevet taget op, inden de er gået i hårdknude, og løst ved en forhandling, hvor argumenternes vægt har kunnet forøges ved henvisning til de foreliggende muligheder for, at sagen kunne tages op på anden måde.

Forhåbentlig har jeg med min fremstilling skabt forståelse for, at selv om det følger af magtfordelingslæren – som den har fundet udtryk i grundlovens §§ 3 og 64 – at domstolene styrer sig selv, er det lykkedes at opbygge et system, der indebærer, at behovet for styring er begrænset til det mindst mulige, og at dette behov opfyldes på en måde, der nok indebærer, at domstolene er svære at styre, men gør det vanskeligt at tale om, at de skulle være ustyrlige.

Det skal naturligvis ikke forhindre, at det tages under overvejelse, om noget kan forbedres.

Festskriftets redaktion har bedt om overvejelse af behovet for eventuelle ændringer af grundlovsbestemmelser vedrørende det behandlede emne. Hertil er at sige, at grundlovens § 64 utvivlsomt kunne sikre dommernes funktionelle og personelle uafhængighed i en mere nutidig sprogdragt, men at det næppe her er stedet at forsøge sig med udkast hertil.

Selve indholdet er der intet behov for at ændre – det er helt fundamentalt for magtfordelingslæren. Der er næppe heller anledning til supplerende eller udfyldende bestemmelser. Det gøres bedst i form af almindelig lovgivning med heraf følgende enklere mulighed for at kunne tilpasse det aktuelle regelsæt til den stedfundne udvikling af samfundet.

Grænsen for dømmende virksomhed

De nuværende grænser for, hvad der er judicielt og derfor ikke kan reguleres administrativt, trækkes efter nogens opfattelse for vidt. Der tænkes navnlig på sagernes behandling, der som nævnt anses for et judicielt spørgsmål. Det er naturligvis – også for en mangeårig administrator af en stor kollegial ret – en bestikkende tanke, at dommerne blot har at møde op og dømme, når

administrationen har bestemt, at nu skal der holdes ret.

Efter nøje overvejelse er jeg imidlertid kommet til, at spørgsmålet om, hvornår en sag er moden til domsforhandling, og hvor lang tid, der skal sættes af til forhandlingen, er en så integreret del af den dømmende funktion, at der ikke bør røres ved den nuværende grænse.

Etablering af en højere grad af selvstyre for dommerne gennem oprettelse af en særlig domstolsstyrelse, vil måske åbne op for en vis bevægelse i opfattelsen af, hvor grænsen går mellem, hvad der kan bestemmes administrativt, og hvad kun den enkelte dommer kan bestemme. Det er dog endnu for tidligt at sige noget nærmere herom.

Man kunne også overveje, om der er grund til at udstyre domstolenes interne kontrolsystem med flere magtbeføjelser. Det ville der nok ikke ske nogen skade ved, men af min fremstilling ovenfor vil fremgå, at jeg ikke ser det store behov herfor.

Jeg er helt klar over, at jeg med denne tilsyneladende konservative holdning løber en vis risiko for at blive anset for en gammel Jeronimus. Det må jeg leve med. Jeg takker dog for, at jeg har fået mulighed for et forsøg på at overbevise om, at domstolene ikke er helt så ustyrlige, som festskriftets redaktion muligt havde forestillet sig ■

Kurt Haulrig, født 1924. Præsident i Østre Landsret 1977-94. Advokat 1958-67, senere dommer i Københavns Byret og Østre Landsret.



Nævninger og grundloven

Af professor, lic. jur.
Gorm Toftegaard Nielsen

Lægdommerne er ikke mindre egnede end juridiske dommere til at udmåle en straf, og de giver domstolene det demokratiske mandat, de juridiske dommere ikke har. Selv i tilståelsessager er lægdommere derfor med til at behandle sagen i ankeinstansen. I nævningsager er lægdommerne imidlertid holdt uden for indflydelse i ankeinstansen. Skønt strafudmålingen er et af de varmeste retspolitiske emner, er der ingen debat om dette demokratiske underskud og lægdommernes betydning for strafudmålingen, konstaterer professor Gorm Toftegaard Nielsen. Han tilslutter sig et forslag om at indføre et nyt nævningsystem med lægdommere i begge instanser, fordi det eksisterende er for stift, formelt og mangelfuldt.

Der er i Danmark tre fora for domstolsbehandling af straffesager. Bodesager og sager, hvor den tiltalte tilstår, behandles af en byretsdommer. Langt de fleste sager om spirituskørsel afgøres i samme forum.

Sager med påstand om frihedsstraf, hvor der ikke foreligger tilståelse, behandles af en byretsdommer og to domsmænd. Det gælder f.eks. langt de fleste tyverier, voldtagts- og voldssager. Sager om økono-

misk kriminalitet behandles også i dette forum.

De alvorligste sager behandles i landsretten af tre landsdommere og 12 nævninger. Det gælder primært sager, hvor anklagemyndigheden påstår den tiltalte idømt mindst fire års fængsel.

Også sager mod personer, der p.g.a. sindssygdom påstås dømt til anbringelse i institution, eller personer, der påstås dømt til forvaring (tidsubestemt), behandles af nævninger. Endelig er sager om politiske overtrædelser nævningesager.

I praksis vedrører de fleste nævningesager drab og narkotikaforbrydelser. Som nævnt behandles sager om økonomisk kriminalitet ikke som nævningesager, men som domsmandssager. Det skyldes, at disse sager ofte er så komplicerede, både hvad angår de faktiske og de juridiske spørgsmål, at lovgiver har fundet dem uegnede til afgørelse af nævninger.

I antal betyder nævningesager meget lidt. Der er i hele landet under 100 om året, medens der er ca. 8.000 domsmandssager og nogenlunde samme antal sager, hvor der p.g.a. den sigtedes tilståelse ikke medvirker domsmænd. Men nævningesager har altid tiltrukket sig stor opmærksomhed. Dels er drabssager godt pressestof, og dels er det ifølge sagens natur typisk de alvorligste sager, der er nævningesager.

Nævningesagerne må også betragtes som straffesagernes flagskib. Det er meget væsentligt for bedømmelsen af straffesystemet, hvorledes de største og sværeste sager behandles. Det er vel også rimeligt at antage, at det forhold, at disse sager afgøres af folket selv og ikke af juristerne, er med til at øge befolkningens tiltrækning af disse sa-

ger. Ligesom mange nok – omend med tvivlsom ret – føler, at de kender disse sagers behandling fra utallige amerikanske og engelske film.

Når det afgøres, hvem der skal behandle straffesagerne, er det som anført afgørende, om den sigtede tilstår eller ej. Tilstår han, behandles sagerne af en jurist alene, nægter han, behandles sagerne – hvis de ikke er af begrænset betydning – af jurister og lægdommere i fællesskab. Dette peger klart i retning af, at lægdommerne er med, fordi der er bevisproblemer i sagerne. Det er også en nærliggende antagelse, at menigmand ofte kan være lige så god som jurister til at vurdere, om en tiltalt er skyldig eller ej. Det er netop i benægtelsessagerne, at der er særlig risiko for et justitsmord, og derfor i disse sager, at der er særligt behov for retssikkerhed. Lægdommernes deltagelse anses da også primært for at tjene til at øge den tiltaltes retssikkerhed.

Et andet væsentligt argument for lægdommernes deltagelse ved straffesagers behandling er, at det er demokratisk. Folketinget har et klart demokratisk mandat. Regeringen har i dag p.g.a. parlamentarismen også et klart demokratisk mandat. Selv om det ikke svarer til grundlovens ordning, er folketingsvalg i dag reelt oftest et regeringsvalg. Befolkningen opfatter med rette situationen sådan, at valget handler om, hvilken statsminister, man ønsker.

Da regeringen leder administrationen, har administrationen også et demokratisk mandat. Det er derimod svært at finde et demokratisk mandat for domstolene. Tidligere blev de udnævnt af justitsministeren og havde derfor et – omend svagt – demokratisk mandat. Ved indførelsen af et dom-

merudnåvnelsesråd er det meget svært at se et demokratisk mandat hos dommerne.

Ved at lade lægdommere deltage i straffesagernes behandling sker der en vis demokratisering af denne. Denne deltagelse antages at ville øge befolkningens tillid til domstolene og også at give borgerne større forståelse for, hvordan straffesager afgøres. Dette kan medvirke til at fremme borgernes accept både af straffereglerne og af reglerne for, hvordan sagerne behandles. En accept, der er nødvendig i et moderne demokrati.

Både nævninger og domsmænd er også med til at fastsætte straffen. At lægdommere ikke blot medvirker for at bedømme, om tiltalte er skyldig eller ej, er måske mere tydeligt, hvis man ser på, hvorledes sagerne behandles, når de ankes. Har der medvirket domsmænd i byretten, medvirker der også domsmænd i landsretten. Har der ikke medvirket domsmænd i byretten, fordi tiltalte tilstod, medvirker der alligevel domsmænd i landsretten. Nævningesagerne kan kun i meget begrænset omfang ankes, og det sker til Højesteret, hvor der aldrig medvirker lægdommere.

At der medvirker lægdommere i tilståelsessagerne, der næsten altid alene handler om, hvor hård straffen skal være, kan kun forklares ved, at lovgiver finder det væsentligt, at lægdommerne er med til ikke blot at undgå justitsmord, men også at fastsætte straffen.

Netop vedrørende straffastsættelse har domstolene et meget stort spillerum. Ved en normal voldtægt er straffen mellem 30 dages og seks års fængsel. Der findes næppe andre områder, hvor domstolene har så frie hænder til at træffe samfundsrelevante afgørelser. Samtidig kan man med god ret

hævde, at en jurist ikke har mere forstand end en lægmand på at afgøre, om straffen for voldtægt, som i Danmark, typisk skal være halvandet års fængsel eller, som i Skotland, fire års fængsel.

At fastlægge selve straffniveauet er ikke noget, man bliver bedre til, fordi man har læst jura. Det er i stedet et spørgsmål af moralsk eller politisk natur. Hvor grov synes man, at denne overtrædelse er? Det er således fuldt forståeligt, at dommerne i landsretten ikke alene afgør dette spørgsmål, selv i tilståelsessager.

Det er et område, hvor det er helt relevant at inddrage lægdommere. Det kan derimod undre, at den straf, der i nævningesager er udmålt af dommere og nævninger i fællesskab, kan prøves af Højesteret. Her går systemet altså den stik modsatte vej af systemet med tilståelsessagerne. Og der er ikke tvivl om, at Højesteret i praksis foretager en rimelig tæt prøvelse af strafudmålingen i disse sager. Det er overraskende, hvor lidt dette ud fra et demokratisk synspunkt væsentlige spørgsmål har interesseret offentligheden og for den sags skyld også juristerne. Dog behandlede Bent Unmack Larsen spørgsmålet indgående i Juristen 1977.

Netop strafudmålingen er ellers et af de varmeste emner inden for den politiske debat om straffesystemet. Lovgiver har i mange tilfælde inden for de sidste ti år forsøgt at få skærpet straffene.

For nylig har dette både vedrørende våbenlovsovertrædelser og voldssager resulteret i ret præcise motivedirektiver til domstolene. Begge landsretter har kritiseret dette kraftigt og endog anført, at det tenderer en krænkelse af magtadskillelseslæren efter

grundlovens § 3. Man får nærmest indtryk af, at dommerne mener, at grundloven sikrer dem retten til et ret frit skøn ved strafudmålingen. Synspunktet er uden enhver forfatningsretlig substans.

Omvendt er det tydeligt, at Højesteret i en lang række sager i de sidste ti år ved en strafudmåling har skelet klart til lovgivers tilkendegivelser om strafudmålingen. Ofte er motivtalelser herom gengivet i Højesterets præmisser. Man kan således sige, at Højesteret søger det demokratiske mandat for sin strafudmåling ved at følge den demokratisk valgte lovgivers ønsker. Man må alligevel undre sig over, at der aldrig har været nogen principiel diskussion om lægdommeres betydning for strafudmålingen i Danmark. Det kan meget vel hænge sammen med den historiske baggrund for nævnings- og domsmandsinstitutionerne herhjemme.

Historien

Udvalget på Den Grundlovgivende Rigsforsamling foreslog, at grundloven skulle indeholde en bestemmelse om nævninger: »I Misgjerningssager og i Sager, der reise sig af politiske Lovovertrædelser, skulle Nævninger indføres.« Man tilføjede, at heraf ville med nødvendighed følge, at der ville blive indført mundtlighed, offentlighed og anklageproces i hele strafferetsplejen.

Udvalget anførte, at man ikke var i tvivl om, at nævningsinstitutionen burde indføres. Den kom fra England og havde bredt sig til Amerika og Frankrig; videre til de tyske Rhinprovinser og derfra til alle tyske delstater. Den var et kraftigt middel til »Retfærdighedens Haandhævelse og som

eet af Folkefrihedens Sikreste Værn«. Dog kunne det ikke være grundlovens opgave at give de nærmere regler om den nærmere gennemførelse af institutionen.

Under debatten på den grundlovgivende rigsforsamling var meningerne delte, endog inden for regeringen. Således talte justitsministeren imod og indenrigsministeren for, at bestemmelsen blev optaget.

Der var en betydelig diskussion, om det var den engelske eller den franske model, der var udgangspunktet, men der blev ikke på nogen måde opnået en afklaring af spørgsmålet. Det blev af Ørsted naturligvis også hævdet, at man ikke kunne stemme for noget, som man ikke vidste, hvad egentlig var.

Ordføreren afviste disse betragtninger: »Der har i Udvalget slet ikke været Tale om hele Detaillen heraf, og der har ganske naturligt ikke kunnet være Tale derom paa nærværende Standpunkt, da det, hvorom Spørgsmålet dreier sig, er, om man anseer Tanken for at være saa rigtig, at man bør vedkjende sig den i Grundloven; men man har netop meent, at der ikke paa nogen officiel Maade burde finde Forhandlinger Sted om alle Enkelthederne, der ville blive at gennemarbejde ved Institutionens Optagelse, og mindst har man meent, at man i Betænkningen skulde antyde nogen Forkjærlighed for den ene eller den anden Form, hvorunder Institutionen skulde indføres her i Danmark.«

Ørsted gav sig ikke og ønskede en mere præcis formulering om, at spørgsmålet om skyld skulle afgøres af nogle dertil udmeldte mænd af folket, og man kunne så i en parentes skrive jury, sandemænd eller hvilken betegnelse, man ønskede.

Dette blev afvist af et andet medlem af udvalget, Hage, der bemærkede, at meningen netop var at holde spørgsmålet åbent: »..., det er ganske overladt Fremtiden at tage nærmere Bestemmelse om den hele Detail af Udførelsen. Det er overladt til de udmærkede Mænd, som tildeels bekjæmpe Institutionens Indførelse, med al deres Dygtighed, med al deres Indsigt i og Overskuelse af Forholdene at gennemføre Indretningen paa den Maade og i de Former, som de anerkjende som fortrinlige.«

Forslaget blev vedtaget med overvældende flertal, uden at man på noget tidspunkt diskuterede det senere så omdiskuterede punkt, om nævningerne skulle votere alene eller sammen med de juridiske dommere. Først ved retsplejeloven i 1916 blev den fornødne lovgivning vedtaget.

Nævningesagerne skulle behandles ved landsretterne af tre landsdommere og 12 nævninger. Nævningerne udgjorde et særskilt panel, som selvstændigt og isoleret afgjorde, om tiltalte var skyldig eller ej. De juridiske dommere hverken deltog i eller overværede nævningernes rådslagning. Nævningerne afsluttede deres rådslagning med en afstemning. For at kende tiltalte skyldig krævedes otte af de 12 stemmer. Når nævningernes formand havde afgivet nævningernes afgørelse, var deres rolle udslettet, og de tre juridiske dommere afgjorde straffastsættelsen.

I 1932 blev indført en anden lægdommerinstitution: domsmænd. Lovgiver ønskede at lade lægdommere medvirke i flere sager end nævningesagerne. Domsmændenes medvirken adskiller sig klart fra nævningernes ved, at domsmændene behandler sagen sammen med den juridiske

dommer og deltager både i afgørelsen af skyld- og straffespørgsmålet på lige fod med dommeren. Dog med hver én stemme, således at de kan dømme tiltalte mod dommerens stemme.

I 1936 ændredes behandlingen af nævningesagerne, således at nævningerne nu også var med til at afgøre straffespørgsmålet. Hver nævning fik én stemme og hver dommer fire stemmer, således at nævningerne som gruppe fik samme vægt som dommerne som gruppe. Baggrunden for ændringen var, at man mente, at nævningerne i nogle tilfælde havde svaret nej til skyldspørgsmålet, selv om de mente, at tiltalte var skyldig, men var bange for, at de juridiske dommere ville idømme for streng en straf. For at redde tiltalte fra denne, var de altså nødt til at svare nej til skyldspørgsmålet.

Der er ikke senere sket væsentlige ændringer i reglerne om, hvordan nævningesagerne behandles. Derimod er der flere gange sket ændringer i hvilke sager, der behandles som nævningesager. I Frankrig blev derimod i 1941 indført fælles votering mellem nævningerne (jurès) og dommerne. Dette var i Tyskland allerede sket i 1924 (Geschworene). Begge steder med bevarelse af de nationale betegnelser for nævninginstitutionen.

Grundlovens bestemmelse om nævningesager blev fra Junigrundloven overført til de følgende grundlove, indtil formuleringen blev ændret i 1953: »I strafferetsplejen skal lægmænd medvirke. Det fastsættes ved lov, i hvilke sager og under hvilke former denne medvirken skal finde sted, herunder i hvilke sager nævninger skal medvirke.« Forfatningskommissionen angav i sin betænkning, at formuleringen forpligter til at

bevare nævningeinstitutionen. Der anføres intet om, hvad der nærmere skal forstås ved nævninger, men modsat 1848 er der nu klart to forskellige lægmandsinstitutioner: domsmandsretter og nævningeting. I forfatningskommissionens bemærkninger ligger altså en tilkendegivelse af, at man ikke kan overføre nævningsagerne fuldstændigt til domsmandsbehandling. Selv om både Tyskland og Frankrig for længst havde indført fælles votering, omtaler forfatningskommissionen ikke spørgsmålet.

Nærmere om nævningsystemet

Det forhold, at nævningerne isoleret afgør skyldspørgsmålet, medfører, at dette skal formuleres meget præcist i et eller flere spørgsmål. Spørgsmålene skal formuleres så enkelt, at der kun er mulighed for at svare ja eller nej: »Er tiltalte T skyldig i manddrab efter straffelovens § 237 ved natten til den 16. oktober 1994 eller samme dags morgen på adressen ... at have dræbt A, idet tiltalte efter at have lagt et reb om halsen på A hængte ham op i rebet, hvorved han blev kvalt?«

Dette spørgsmål kaldes et hovedspørgsmål, fordi det vedrører selve spørgsmålet, om T har udført drabshandlingen forsætligt. Hvis den tiltalte f.eks. hævder, at der foreligger nødværge eller andre grunde, der udelukker straf, stilles tillægsspørgsmål efter samme mønster. De skal altså også være formuleret så enkelt, at de kan besvares med ja eller nej. Hvis den tiltalte benægter f.eks. at have haft forsæt til drab, kan stilles et subsidiært hovedspørgsmål om uagtsomt manddrab.

Dette viser grundtrækkene i spørgsmålssystemet. Der findes et utal af variationer, og

de gør systemet mere uoverskueligt. Men det citerede hovedspørgsmål viser et af de væsentligste problemer ved systemet. Hvis vi antager, at fire nævninger vil svare ja til spørgsmålet, og at otte nævninger vil svare nej, er svaret nej til, at tiltalte er skyldig. Dette gælder også i den situation, hvor seks af de otte mener, at T dræbte A, men finder, at dette skete ved at kvæle ham med rebet, før han blev hængt op.

Det samme er tilfældet, hvis syv nævninger vil svare ja til spørgsmålet, men fem vil svare nej, fordi de mener, at tidsangivelsen er forkert. Døden indtrådte efter deres opfattelse først ved middagstid. Eksemplerne er muligvis ikke realistiske. Det ved vi ikke, for nævningernes votering er hemmelig. Men givet er det, at spørgsmålssystemet binder nævningernes afgørelse til et formelt system.

Nævningerne får ikke noget spillerum for at skelne imellem det, der er væsentligt for skyldspørgsmålet, og de forhold, der alene er biomstændigheder. Hvis der svares nej p.g.a. biomstændigheder – altså forhold, der ikke påvirker selve skyldspørgsmålet – sker frifindelse. Dette medfører, at anklageren og retten er nødt til at formulere spørgsmålene forholdsvis bredt.

Enhver detalje, som måske kan have betydning for, hvor groft forholdet er og dermed for strafudmålingen, bør overvejes nøje. Jo mere præcist forbrydelsen angives, jo større er risikoen for, at nævningerne svarer nej. I andre sager end nævningsager kan retten altid dømme for det mindre i det mere og se bort fra biomstændigheder. Er der rejst tiltale for at have tildelt den overfaldne seks slag, kan retten dømme for fire.

Ud over spørgsmålssystemet medfører det forhold, at nævningerne isoleret skal afgøre skyldsspørgsmålet, at den ene af de tre juridiske dommere, retsformanden, skal give en redegørelse for sagens problemer. Efter at anklager og forsvarer har procederet for nævningerne, skal retsformanden dels give en redegørelse for sagens bevisproblemer og dels en redegørelse for de relevante juridiske problemer. Retsformanden skal således objektivt redegøre for, hvilke bevisproblemer der er i sagen, og hvilke beviser eller indicier der er i sagen.

Det antages, at han har ret til at give udtryk for, hvorledes han selv bedømmer beviserne. Blot skal han klart fortælle nævningerne, at det er dem, der afgør skyldsspørgsmålet. De er således ikke på nogen måde bundet af hans redegørelse. Derimod antages nævningerne at være bundet af retsformandens redegørelse for de juridiske regler, retsbelæringen, f.eks. hvad der forstås ved, at et drab er begået forsætligt. Denne redegørelse kan derfor blive afgørende for nævningernes afgørelse.

Både anklager og forsvarer kan derfor forlange, at dele af retsbelæringen skrives ned og gengives i retsbogen. Parterne har derimod ikke krav på at få retsbelæringen optaget på bånd, men det er sket flere gange i Vestre Landsret. Den tredje konsekvens af, at nævningerne træffer deres afgørelse isoleret, er, at den ikke begrundes.

Hvis nævningerne svarer nej til, at tiltalte er skyldig, skal han straks frifindes, og sagen er færdig. De juridiske dommere har ikke herhjemme den mulighed, der er i Norge, for at forkaste nævningernes nej og bestemme, at sagen skal gå om. Hvis nævningerne derimod svarer ja til, at tiltalte er

skyldig, skal de tre dommere afgøre, om de kan tilslutte sig dette resultat. Loven er formuleret således, at retten kan beslutte, at sagen skal gå om for et nyt nævningsting, hvis der ikke har været tilstrækkeligt bevis til domfældelse. Der har været nogen diskussion, om denne regel giver retten en ret til at forkaste nævningernes afgørelse, eller om retten har pligt hertil, hvis de tre dommere ikke selv ville dømme tiltalte på det grundlag, der er i sagen. Udviklingen er nok gået i retning af den sidstnævnte løsning.

En enkelt landsretsafdeling, med Peter Rørdam som retsformand, har taget konsekvensen af dette synspunkt og fundet, at dommerne også burde give en begrundelse for deres standpunkt. Selv i en tid, hvor enhver dommer forventer, at administrationen begrundet sine afgørelser, har de af Rørdam introducerede begrundelser ikke påvirket hans kolleger.

Hvis nævningerne har svaret ja til skyldsspørgsmålet, og dommerne har tiltrådt dette, foretages strafudmålingen som nævnt i fællesskab.

Den bevisbedømmelse, der er foretaget af nævninger og dommere, kan ikke appelleres i sig selv. Hvis en tiltalt føler sig dømt med urette, har han altså ikke den normale mulighed at appellere til en højere instans, som efterprøver bevisbedømmelsen. Hvis tiltalte vil prøve at få ophævet domfældelsen, skal dette typisk begrundes med, at der er begået processuelle fejl under sagsbehandlingen i landsretten.

Meget ofte bliver dette i Højesteret til et spørgsmål, om retsbelæringen har været rigtig. Der kan også være spørgsmål om de formelle problemer ved formuleringen af spørgsmålene osv.

Den gældende retstilstand kan hævdes ofte at presse den dømte til at anke domfældelsen på formelle spørgsmål og således gennemtvinge en situation, hvor sagen behandles i Højesteret på nogle meget formelle præmisser uden mulighed for stillingtagen til sagens egentlige problem: om domfældte virkelig var skyldig.

Den dømte har imidlertid også den mulighed at anke til Højesteret, alene fordi han er utilfreds med dommernes og nævningernes fælles strafudmåling. Det samme kan anklagemyndigheden gøre. Højesteret har forholdsvis mange af disse sager. På grund af den ovenfor fremhævede, formelle fremgangsmåde i nævningesager har Højesteret ofte ikke et helt klart billede af, hvad nævningerne har lagt til grund. Har de f.eks. anset mordet for planlagt eller spontant? Har de anset det for begået med hensigtsforsæt eller alene med *dolus eventualis*?

Disse mangler gør, at Højesteret ofte er afskåret fra at trænge til bunds i sagen. Som nævnt er det i øvrigt også besynderligt, at man tager lagdommerne med ved strafudmålingen i landsretten, og hvis man er utilfreds med resultatet, kan man appellere og få en ren juristvurdering af strafværdigheden.

Retplejerådets reform-forslag

Højesteret gav i 1994 i en skrivelse til Justitsministeriet udtryk for, at man fandt, at Højesteret som rigets øverste domstol i højere grad burde beskæftige sig med sager af betydning for retssikkerheden, herunder »spørgsmål af generel betydning for rets anvendelsen og retsudviklingen eller i øvrigt af væsentlig samfundsmæssig rækkevidde.«

Det blev fremhævet, at to tredjedele af alle straffesagerne i Højesteret var nævningsager, og at størstedelen af disse sager vedrørte konkret strafudmåling uden principiel betydning. Højesteret opfordrede til overvejelse af en egentlig to-instansbehandling af nævningsagerne.

På denne baggrund bad Justitsministeriet Retsplejerådet om at udarbejde et forslag til ændret nævningebehandling med udgangspunkt i en 1. instansbehandling ved byretterne med mulighed for fuldstændig anke til landsretterne.

Rådet blev bedt om at overveje mulighederne for fælles votering med dommere og nævninger og spørgsmålet om begrundelse af afgørelserne. Rådet blev bedt om at vurdere de grundsløvmæssige og menneskeretlige problemer ved en eventuel ændring, herunder mulighederne for at ophæve de danske forbehold til artikel 14, stk. 5 i Den Internationale Konvention om Borgerlige og Politiske Rettigheder, og til artikel 2 i Den 7. Tillægsprotokol til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

I den forfatningsretlige teori havde Poul Andersen og Max Sørensen klart udtrykt, at grundloven forpligtede til at bevare nævningeinstitutionen, men ikke udtalt sig om grænserne for eventuelle ændringer i den.

Max Sørensen nævnte dog, at det ville være svært at håndhæve grundlovens regel, hvis lovgiver afskaffede nævningeinstitutionen. Ross satte spørgsmålstegn ved, om grundloven overhovedet forpligtede lovgiver til at opretholde nævningeinstitutionen og fastslog, at grundloven i hvert fald ikke forpligtede til at bevare formen, hvor nævningerne udgjorde et afsondret kollegium, der selvstændigt afgjorde skyldsspørgsmålet

og kun dette. Blot skulle kernen bevares: at nævningerne som kollektivt organ afgjorde skyldsspørgsmålet.

I 1. udgaven af sin statsret fulgte Zahle nærmest Ross og anførte, at det var tvivlsomt, om grundlovens forudsætning om nævninger fortsat ville blive respekteret. Der var ingen beskrivelse af eventuelle grænser for lovgivers ændring af institutionen.

I 2. udgaven ændres linjen, så det nu næppe er foreneligt med grundloven at opheve nævningeinstitutionen, og det hævdes, at nævningerne må bevares som »et selvstændigt kollegium vedrørende skyldsspørgsmålet«. Hermed er muligvis ment et selvstændigt og afsondret kollegium. Spørgsmålene er overhovedet ikke nævnt i Peter Germers Statsforfatningsret.

I den processuelle litteratur har meningerne været delte. Gomard, Peter Garde og Henning Krog har fundet fælles votering fuldt foreneligt med grundloven, medens Eva Smith har fundet en sådan ordning i strid med grundloven. Gammeltoft-Hansen har befundet sig i en mellemposition.

Han udtrykker klart større sympati for domsmandsinstitutionen end for nævningeinstitutionen og finder, at fælles votering »næppe« vil være i overensstemmelse med grundlovsbestemmelsen og forfatningskommissionens bemærkninger.

Retsplejerådet antog i betænkning nr. 825/1977 om retternes kompetence og arbejdsform, at fælles votering er foreneligt med grundloven, medens rådet i betænkning nr. 994/1983 om lægdommerordningen i straffesager nok kunne tiltræde argumenterne for fælles votering, men fandt, at en sådan ændring »muligvis kunne give anledning til forfatningsmæssige invendinger«.

Retsplejerådet fandt på denne baggrund, at grundloven kræver opretholdelse af nævningeinstitutionen i den form, at nævningerne afgør skyldsspørgsmålet som et kollegium. Nævningernes stemmer skal opgøres for sig, men kan afgives efter en fælles votering.

Rådets forslag blev herefter, at nævningesager behandles i byretterne i de retskredse, hvor der i forvejen findes nævningeretssale. Der medvirker to dommere og seks nævninger. Der voteres fælles. Til domfældelse kræves fortsat, at to tredjedele af nævningerne stemmer for (altså fire).

En afgørelse om skyldig kan forkastes af de to dommere, hvis de er uenige med nævningerne. Afgørelsen af skyldsspørgsmålet skal i alle tilfælde oplyse stemmetallene og indeholde en udførlig begrundelse. Dernæst afgøres spørgsmålet om sanktionsfastsættelsen af dommere og nævninger i fællesskab, således at hver gruppe fortsat har lige stor vægt.

Som følge af fællesvoteringen falder spørgsmålssystemet og retsformandens formelle resumé og retsbelæring væk. Det er dog naturligvis meningen, at retsformanden leder voteringen og herunder giver nævningerne den fornødne information. Den kan dog i denne situation gives, efterhånden som voteringen skrider frem, således at nævningerne ikke på én gang skal kappere hele lektionen, ligesom der bliver bedre mulighed for at afklare eventuelle tvivlsspørgsmål.

Sagerne skal efter forslaget kunne ankes både på beviset og vedrørende strafudmålingen. Både den dømte og anklagemyndigheden kan anke.

Ved bevisanker afgøres sagen af et nyt

nævningeting med tre landsdommere og ni nævninger. Sagerne vil stort set blive behandlet som andre ankesager. Således vil nævningerne blive gjort bekendt med den allerede afsagte dom og dens præmisser.

Allerede p.g.a. pressedækningen er der ikke mulighed for at holde denne skjult for nævningerne, selv om man måtte finde dette mere tilfredsstillende. I anken skal stadig to tredjedele af nævningerne stemme for skyldig, for at tiltalte kan dømmes, ligesom to af de tre juridiske dommere skal stemme for dette resultat. Finder to af de juridiske dommere ikke grundlag for domfældelse, skal der efter forslaget ikke ske henvisning til et nyt nævningeting, men ske frifindelse. Dette skyldes, at sagen nu har været behandlet to gange.

De juridiske dommers mulighed for at forkaste nævningernes skyldafgørelse, den såkaldte dobbeltgaranti, anses undertiden for en erstatning for ankeadgangen. Dobbeltgarantien er imidlertid bevaret. Den, der kendes skyldig af nævningerne i byretten, har således både chancen for, at byretsdommerne forkaster afgørelsen og chancen ved en anke. Tilsvarende har han i landsretten både chancen for, at nævningerne ikke finder ham skyldig, og at de juridiske dommere ikke finder grundlag for nævningernes skyldafgørelse. Omvendt har den, der er frifundet i byretten, efter forslaget den risiko, at anklagemyndigheden anker afgørelsen.

Hvis anken alene omfatter strafudmålingen, behandles sagen i landsretten som en domsmandssag.

Efter de nugældende regler har den tiltalte valget mellem at tilstå og at få sin sag behandlet med nævninger. Efter forslaget

er nævningebehandling en ret for den tiltalte. Han har således mulighed for at vælge at få sagen behandlet med domsmænd i stedet.

Et mindretal i Retsplejerådet, nemlig de to medlemmer fra advokatstanden, har tilsluttet sig, at forslaget er foreneligt med grundloven, og at tiltalte får ret til at fravælge nævningebehandlingen. Men mindretallet finder, at den gældende ordning er at foretrække. Dog bør de juridiske dommere pålægges at begrunde, hvorfor de tiltræder eller forkaster nævningernes afgørelse, ligesom det bør præciseres, at dommerne kun kan tiltræde en skyldig-afgørelse, hvis de selv ville have dømt ud fra beviserne i sagen. Retsbelæringen bør optages på bånd.

Det er især fællesvoteringen, mindretallet er imod. Denne modstand begrundes med den centrale placering, lægdommerelementet har haft gennem tiden inden for strafferetsplejen, og at fælles votering vil indebære, at enkelte lægdommere vil censurere egen overbevisning i respekt for opfattelsen hos de juridiske dommere.

Kritik af forslaget

Betænkningens forslag har udløst betydelig kritik. Uanset det ringe antal nævningesager er det naturligt, at netop nævningeinstitutionen tiltrækker sig stor interesse. Det er både retsvæsnets flagskib og en hjørnesten i demokratiet. Det er også naturligt, at de, der har ytret sig om forslaget, overvejende har været kritiske. Det er dem, der har haft særlig anledning til at udtale sig. Det er næppe heller for meget sagt, at størstedelen af kritikken har været forudsigelig. Den procesinteresserede kreds er herhjemme ikke større end, at alle kender alle.

Den væsentligste del af kritikken er vendt mod forslaget om fælles votering og særligt denne voterings forhold til grundloven. Indledningsvis er der dog grund til at fremhæve kriminaldommer Peter Gardes kritik (Ugeskrift for Retsvæsen 1998 B.215 ff.). Den går væsentligst på, at det havde været bedre at bygge på det nye norske system. Norge har netop andret et system, der lignede vores. Det norske system trådte i kraft i august 1995, og Retsplejerådet har således ikke haft mulighed for at studere, hvorledes dette system virkede i praksis.

I Norge er indført en særlig domsmandsbehandling i byretterne med to dommere og tre lagdommere. Herfra kan sagerne ankes af begge parter til Lagmannsretterne med tre dommere og ti nævninger. Nævningerne voterer her isoleret. Hvis dommerne ikke finder, at der er grundlag for nævningernes skyldig-afgørelse, kan de ved flertal beslutte ny behandling.

Hvis omvendt dommerne (enstemmigt) er uenige i nævningernes ikke-skyldig-afgørelse, kan de beslutte, at sagen skal gå om. I begge tilfælde behandles den nye sag ved Lagmannsretten af tre dommere og fire lagmænd – altså en domsmandsret. Når Retsplejerådet ikke valgte denne model, skyldes det primært, at man fandt det rigtigst at fastholde, at man ved sagens behandling i førstestansen burde tilstræbe den bedst mulige behandling. Vidneudsagnene er her friske, og chancerne for at finde den materielle sandhed vil alt andet lige forringes, jo længere sagsbehandlingen har trukket ud. Ved et betydeligt antal anker ville man lægge tyngden på det senest mulige tidspunkt i processen.

Garde er også kritisk over for andre de-

le af forslaget. Primært finder han det uheldigt, at nævningesagerne koncentrerer sig til nogle få byretter, hvorved der skabes forskel på byretsdommerne. Han finder desuden, at forslaget med sin dobbelte dobbeltgaranti giver en tiltalt for mange chancer.

Efter forslaget kan både nævningerne i byret, dommerne i byretten og nævningerne i landsretten stemme for, at tiltalte er skyldig, og han vil blive frifundet, hvis to af de tre landsdommere ikke finder grundlag for at dømme. Dette kan ubestrideligt blive konsekvensen af forslaget, men er foreslået for netop at opretholde systemet med den dobbelte garanti, som hele tiden har været en del af den danske nævningeinstitution.

Advokatrådet har i sit høringssvar klart vendt sig mod fællesvoteringen og således tilsluttet sig mindretallet – de to advokater. Ligeledes finder man kritikken af spørgsmålsystemet overdreven. Vedrørende begrundelsesspørgsmålet anfører Advokatrådet, at præciseringen af skyldafgørelsen kan gøres til en del af begrundelsen for strafudmålingen, således at den udfærdiges af dommerne på grundlag af drøftelse med nævningerne. Advokatrådet går imidlertid et skridt videre end Retsplejerådets mindretal, idet man udtaler, at det er »meget tvivlsomt«, om fællesvoteringen er forenelig med grundloven.

Dette sidste spørgsmål er behandlet mere udførligt af Eva Smith (Ugeskrift for Retsvæsen 1998 B.470 ff.), der finder, at forslaget er grundlovsstridigt. Hun påberåber sig i denne forbindelse hele den forfatningsretlige litteratur:

»Ross er som nævnt citeret (i betænkningen), men ikke direkte til dette spørgsmål, og hverken Max Sørensen, Germer el-

ler Zahle, der alle finder, at fælles votering formentlig vil kræve en grundlovsændring, er citeret i dette afsnit. Det havde i mine øjne været mere loyal, om man havde nævnt, at samtlige de statsretseksperter, der har udtalt sig om spørgsmålet, holder til den opfattelse, at fælles votering kræver en grundlovsændring.»

Det er spændende læsning. Desværre angives ingen kildesteder. Germer omtaler i sin Statsforfatningsret, 1995, alene § 65 s. 79, hvor hverken nævninger eller fælles votering omtales. I Max Sørensen, Statsforfatningsret, 1973, nævnes § 65, stk. 2, s. 161, hvor alene anføres, at det er grundlovsstridigt helt at afskaffe nævninger, men intet om voteringen. Ross anfører i Dansk Statsforfatningsret II, 1966, s. 554, at grundloven ikke kræver det klassiske nævningebegreb respekteret. Han nævner som del af dette direkte, at nævningerne er et »afsondret kollegium, der selvstændigt afgør skyldsspørgsmålet og kun dette« (min fremhævelse). Det konkluderes, at grundloven formentlig forudsætter, at »nævningerne som kollektivt organ afgør spørgsmålet om tiltaltes skyld.«

Som ovenfor nævnt synes Zahle at have skiftet standpunkt, medens Retsplejerådet arbejdede med spørgsmålet, og mener sandsynligvis, at grundloven kræver, at nævningerne voterer afsondret. Det siges blot ikke klart: »nævningerne må bevares som et selvstændigt kollegium vedrørende skyldsspørgsmålet.« Det turde være klart, at den af Eva Smith anvendte brug af den forfatningsretlige litteratur afviger fra almindelig accepteret juridisk metode.

Som medlem af Retsplejerådet er jeg naturligvis inhabil og skal ikke forfølge spørgs-

målet om fælles votering og grundlovens § 65, stk. 2, nærmere. Det er derimod måske værd at trække et aspekt frem, som ikke har været inddraget i debatten. Det nuværende nævningsystem er i sin binding til spørgsmålssystemet og med de meget begrænsede ankegrunde med til at fastholde fokus på en række formelle spørgsmål og problemer. Jo flere formelle regler, jo større chance for formelle faldgruber. Umiddelbart synes nævningsinstitutionen at være netop den sunde fornufts bedste forum. Men alle, der beskæftiger sig med straffesager, ved, at nævningsagerne er omgærdet af så megen formalia, at formalia ofte tager overhånd.

I de fleste angelsaksiske systemer har disse forhold bevirket, at både anklager, forsvarer og dommer i meget vidt omfang indgår forskellige aftaler – plea bargaining – med det ene formål at undgå jurybehandling.

I nogles øjne er det flot jura at have et fint system. I andres øjne er det relevante ikke institutionen, men hvordan sagerne faktisk afgøres. Jeg siger ikke, at vi risikerer at havne i den angelsaksiske grøft, hvor det ofte er svært at se forskel på strafferet og købmandsskab.

Professor Andrew Ashworth, Oxford, beskriver i *The Criminal Process*, 1994, dette system således, at roulettehjulet har erstattet rule of law. Den største ulykke for dansk straffeprocess vil være en tendens mod øget formalisme med deraf følgende øget risiko for uformelle arrangementer. Den, der vil bedømme det angelsaksiske juryssystem, bør nok se lidt bredere på tingene ■



Gorm Toftegaard Nielsen, født 1947. Professor i strafferet ved Juridisk Institut, Aarhus Universitet. Lic. jur. i statsret og medlem af Retsplejerådet.

