



Domstolene

– den tredje statsmagt

Jens Peter Christensen

Magtudredningen

Domstolene – den tredje statsmagt

Magtudredningen

Folketinget besluttede i marts 1997 at iværksætte en dansk magtudredning eller, som det officielle navn er, *En analyse af demokrati og magt i Danmark*. Projektet ledes af en uafhængig forskningsledelse.

Magtudredningens forskningsresultater publiceres i en række bøger, som udgives på Aarhus Universitetsforlag, og i en skriftserie, som udgives af Magtudredningen.

Lise Togeby
(formand)

Jørgen Goul Andersen

Peter Munk Christiansen

Torben Beck Jørgensen

Signild Vallgård

Jens Peter Christensen

Domstolene – den tredje statsmagt

Magtudredningen

Domstolene – den tredje statsmagt
© Magtudredningen og forfatteren, 2003
ISBN: 87-7934-852-1

Omslag: Svend Siune
Tryk: AKA-PRINT A/S, Århus

Magtudredningen
c/o Institut for Statskundskab
Aarhus Universitet
Universitetsparken
8000 Århus C
Danmark

Magtudredningen@ps.au.dk
www.ps.au.dk/magtudredningen

Alle rettigheder forbeholdes. Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse af eller kopiering fra denne bog er kun tilladt i overensstemmelse med overenskomst mellem Undervisningsministeriet og CopyDan. Enhver anden udnyttelse er uden forlagets skriftlige samtykke forbudt ifølge dansk lov om ophavsret. Undtaget herfra er korte uddrag til brug ved anmeldelser.

Indhold

Kapitel 1. Domstolenes rolle som statsmagt – nogle centrale spørgsmål.....	7
Kapitel 2. Domstolenes prøvelse af loves grundlovmæssighed....	11
Grundlovens § 3 og prøvelsesretten.....	11
Prøvelsesretten slår rod – men ikke hos politikerne	14
Højesterets dom i Tvind-sagen	16
Fremtidens grundlovsfortolkning.....	19
Prøvelsesrettens politiske legitimitet.....	27
Kapitel 3. Domstolenes kontrol med den udøvende magt	33
Bruddet med enevælden.....	33
Domstolsprøvelsens udvikling	34
Domstolsprøvelsens aktuelle grænser.....	38
Domstolsprøvelsen og menneskerettighederne	41
Øget dommermagt?	43
Kapitel 4. Domstolene og Folketingets kontrol med regeringen og dens ministre	47
De politisk-administrative skandalesager og dommerundersøgelserne	47
Rigsretten som forfatningsmæssigt kontrolorgan.....	58
Kapitel 5. Domstolenes uafhængighed og dommerrekrutteringen.....	69
Domstolsreformens formål	69
Domstolsstyrelsen	72
Dommerudnævnelsesrådet og dommerrekrutteringen.....	75
Kapitel 6. Sammenfatning og perspektiver	91
Litteratur	95
Om forfatteren	100

Kapitel 1

Domstolenes rolle som statsmagt – nogle centrale spørgsmål

Domstolenes rolle som tredje statsmagt, med den opgave at kontrollere, at de to andre statsmagter – den udøvende og den lovgivende – holder sig inden for gældende rets grænser, er blevet mere fremtrædende og synlig gennem de senere år.

Mest iøjnefaldende har i så henseende været Højesterets domme i Maastricht-sagen i 1996 og 1998 om grundlovmæssigheden af Danmarks medlemskab af Den Europæiske Union og Højesterets dom i Tvind-sagen i 1999, hvor Højesteret for første gang – i 150-året for Junigrundloven – underkendte en lov som grundlovsstridig.

Mindre spektakulært har rollen som tredje statsmagt givet sig udtryk i domstolenes kontrol med forvaltningens overholdelse af lovgivningen, herunder den lovgivning der er gennemført for at opfylde Danmarks traktatmæssige forpligtelser på menneskerettighedsområdet.

På det organisatoriske plan er domstolenes placering som selvstændig statsmagt blevet understreget med gennemførelsen af domstolsreformen i 1999. Reformen indebar oprettelse af en selvstændig Domstolsstyrelse og et uafhængigt Dommerudnævnelsesråd. Sigtet var, som det blev fremhævet under Folketingets forhandlinger op til reformens vedtagelse i juni 1998, at markere domstolenes uafhængighed af den udøvende magt. Ønsket om en administrativ frigørelse fra det formelle ministerstyre samt ønsket om en bredere dommerrekruttering har stået særlig centralt.

Også den – ud fra en forfatningsmæssig og politisk betragtning væsentlige – side af dommeres virksomhed, der har vedrørt undersøgelse og retlig bedømmelse af såkaldt politisk-administrative ”skandalesager”, har haft en fremskudt plads i de senere års debat om domstolenes rolle som statsmagt.

Som en særlig udløber af den nævnte undersøgelsesvirksomhed kom Rigsretten i funktion i 1993-95. Efter mere end 80 års dvaletilstand blev denne særlige grundlovsbestemte straffedomstol i sager om ministres embedsførelse genoplivet. Trods den langvarige dvale viste Rigsretten sig fortsat funktionsdygtig. Også i så henseende blev domstolenes rolle som statsmagt understreget – og genstand for debat.

Det er sigtet med det følgende at behandle de nævnte forfatningsmæssige spørgsmål. Fremstillingen vil anlægge både et historisk og et aktuelt per-

spektiv på emnet. Som titlen angiver, er det samlede tema domstolenes rolle som statsmagt.

I kapitel 2 behandles det spørgsmål, der traditionelt er blevet opfattet som statsmagt-spørgsmålet frem for noget: Spørgsmålet om domstolenes kompetence til at prøve loves grundlovmæssighed. Efter Junigrundlovens stadfæstelse i 1849 var spørgsmålet længe uafklaret. Siden hen gjorde Højesteret i forbindelse med den omfattende jordreformlovgivning i begyndelsen af 1920'erne sin principielle stilling klar. Og senest har Højesteret med dommene i Maastricht-sagen og dommen i Tvind-sagen for alvor taget prøvelsesretten til sig. Samtidig er den politiske opfattelse af prøvelsesrettens legitimitet undergået betydelig udvikling: Fra dyb skepsis til noget der ligner begejstret tilslutning.

I kapitel 3 behandles spørgsmålet om domstolenes kontrol med den udøvende magt – i daglig tale forvaltningen, eller med grundlovens noget bedagede sprogbrug: "Øvrighedsmyndigheden". Ved Junigrundlovens stadfæstelse i 1849 var udgangspunktet en meget tilbageholdende prøvelse, der i årene siden har udviklet sig i en stadig mere intensiv retning. Som et særligt aspekt føjer sig hertil i dag kontrollen med overholdelsen af den lovgivning, der er gennemført for at opfylde Danmarks traktatmæssige forpligtelser på menneskerettighedsområdet. Denne kontrolopgave har bragt domstolene i en mere fremskudt position i forhold til både regering og Folketing.

I kapitel 4 behandles spørgsmålet om domstolenes og dommernes rolle som undersøgere og bedømmere af politisk-administrative skandalesager. I løbet af 1980'erne var der en voldsom vækst i antallet af dommerledede undersøgelser. Udviklingen kulminerede med undersøgelsen af Tamilsagen, der mandede ud i en regerings afgang og en fhv. justitsministers domfældelse ved Rigsretten. Udviklingen gav anledning til en omfattende debat om domstolenes og dommerstandens rette forfatningsmæssige rolle og om betimeligheden af Rigsretten som straffedomstol i sager om ministres embedsførelse.

I kapitel 5 behandles spørgsmålet om domstolenes organisatoriske uafhængighed og dommerrekrutteringen. Domstolsreformen i 1999 var ikke mindst et udslag af Tamilsagen, men samtidig var reformen udtryk for mere dybtgående udviklingstræk i forholdet mellem domstolene, lovgivningsmagten og forvaltningen. Den omfattende reform af domstolssystemet, med oprettelse af en selvstændig Domstolsstyrelse og indførelse af et selvstændigt Dommerudnævnelsesråd, har yderligere markeret domstolenes styrkede position som uafhængig statsmagt.

Der slutes af med en kort sammenfatning og perspektivering i kapitel 6, hvor der trækkes nogle samlende, karakteristiske udviklingstræk op, og hvor der formuleres nogle perspektiver for domstolenes fremtidige rolle og placering som tredje statsmagt.

Kapitel 2

Domstolenes prøvelse af loves grundlovsmæssighed

Grundlovens § 3 og prøvelsesretten

Domstolenes kompetence til at efterprøve, om lovgivningen holder sig inden for grundlovens grænser, betragtes formentlig i dag af de fleste som en helt selvfølgelig del af den magtadskillelse, der har fundet udtryk i grundloven. I grundlovens § 3 hedder det herom kort:

Den lovgivende magt er hos kongen og Folketinget i forening. Den udøvende magt er hos kongen. Den dømmende magt er hos domstolene.

Ganske samme indhold havde bestemmelsen, da vort nuværende forfatningssystem slog rod med Junigrundloven af 1849. På grund af tokammer-systemet stod der dog dengang Rigsdagen i stedet for Folketinget.

Bestemmelsen var et opgør med enevældens grundlov – Kongeloven af 1665 – der i sin artikel II og III bestemte, at kongen havde den højeste magt og myndighed til at gøre love efter sin egen gode vilje og velbehag, og at han skulle holdes og agtes som det ypperste og højeste hoved på Jorden, over alle menneskelige love, således at han ingen anden dommer skulle have over sig end Gud alene.¹

Ganske vist var Højesteret oprettet ved forordning af 14. februar 1661, men domsmagten i øverste instans blev med Kongelovens to nævnte artikler forudsat at høre til en af de vigtigste majestætsrettigheder.²

Det lå imidlertid ikke som en given ting i Junigrundlovens bestemmelse om magtadskillelsen, at domstolene skulle anses for kompetente til at efterprøve lovenes grundlovsmæssighed.

På Den Grundlovgivende Rigsforsamling i 1848-49 var der af den komite, der behandlede grundlovens bestemmelser om Rigsdag, regering og domstole, stillet forslag om, at domstolenes prøvelsesret skulle fastslås udtrykkeligt med en bestemmelse om, at ”Alle Love og Anordninger, der ere i Strid med Grundlovens Bestemmelser, ere forsaavidt uden Gyldighed” (grundlovsforslagets § 81). Bestemmelsen fik en blandet modtagelse under forhandlingerne.³

Officeren og bondevennen Tscherning fandt således, at prøvelsesretten kunne blive ”et Sædekorn til Splid” og gjorde gældende, at dommerne efter hele deres livsdannelse ville komme ”til at drive et Afguderi med Fortiden,

de komme til at binde sig fast til de Loves Ord og Bogstav, med hvilke de ere voxede op”.⁴

Fra den modsatte ende af det politiske spektrum vendte også det gamle enevældes fremmeste repræsentant, landets førende retslærde, tidligere geheimestatsminister Anders Sandøe Ørsted, sig mod prøvelsesretten. Ørsted fremhævede, at en prøvelsesret for domstolene ville medføre splid og uvisshed, uorden og forvirring. Det forekom Ørsted, at ”det ganske vilde forrykke alle borgerlige Forhold, at Domstolene skulde kunne bedømme, hvorvidt Loven er retfærdig og gyldig eller ikke”. Dommerne var ikke, udtalte Ørsted, ”en sideordnet, tredje Statsmagt. Dommerne blive dog udnævnte af Kongen, af Regjeringen, og kunne altsaa ikke uden at modsige sig selv blive Kongens og Regjeringens Overordnede”. Prøvelsesretten syntes at forudsætte, ”at enhver Dommer skulde være den personificerede Grundlov eller den personificerede Fornuft”. Indførte man en prøvelsesret, ville det, påpegede den gamle realpolitiker, gøre det ”nødvendigt for Regeringen at sørge for, at Domstolene bleve besatte med Mænd, som kunde antages ikke at ville omstøde Lovene”.⁵ Modstander var også F. Jespersen, som spurgte, om ikke den største garanti for grundlovens overholdelse var ”hos den lovgivende Magt, hos Folkerepresentationen, som handler efter Overveielse for hele Folkets Øine”.⁶

På det modsatte standpunkt stod Algreen-Ussing og Hage, der fandt, at domstolene ville være den bedste garanti mod et majoritetstyranni. En sådan beskyttelse måtte minoriteten kunne fordrø også i forholdet til lovgivningsmagten. Andre som A.F. Krieger, W. Ussing og C.C. Hall fandt, at prøvelsesretten fulgte af grundlovens hele tankegang og som en konsekvens af reglerne om grundlovsændringer.

Ved afstemningen om grundlovsforslagets § 81, om at ”Alle Love og Anordninger, der ere i Strid med Grundlovens Bestemmelser, ere forsaavidt uden Gyldighed”, stillede Tscherning et ændringsforslag, hvorefter kun *hidtil* udkomne love og anordninger, der var i strid med grundloven, skulle være ugyldige. Dette ændringsforslag blev vedtaget med 65 stemmer mod 58. Men derefter blev hele paragraffen forkastet med 114 stemmer mod 1. Som professor Poul Andersen har påpeget, viser Rigsforsamlingens forhandlinger således kun det sikre, at forsamlingen i hvert fald ikke ønskede prøvelsesretten positivt fastslået i grundloven.⁷ Spørgsmålet om prøvelsesretten måtte blæse i vinden.

I vore dage henvises der ofte til Montesquieus lære om magtens tredeling, når domstolenes prøvelsesret omtales. Det må formentlig også antages, at man på Den Grundlovgivende Rigsforsamling var bekendt med

Montesquieus værk fra 1748 "Om lovenes ånd", der forelå i kommenteret dansk oversættelse ved J. Hvas allerede i 1770.⁸ Hovedsynspunktet bag Montesquieus magtfordelingslære var den rent praktiske erkendelse, at al magt aldrig bør samles hos et enkelt statsorgan, da en sådan magtkoncentration let vil udarte til tyranni og dermed udgøre en trussel mod borgernes "sindsrolighed"; det vi i dag vil kalde retssikkerhed.

Domstolenes opgave var at være "lovens mund". Der var ikke tiltænkt dem noget spillerum ved fortolkningen af lovene. Retssikkerheden skulle netop bestå i, at dommene skulle følge af lovene uden plads for friere vurderinger. Domstolene skulle ikke være nogen politisk faktor. Domstolene var derfor heller ikke i Montesquieus magtadskillelseslære tillagt nogen ret til at prøve lovenes overensstemmelse med forfatningen.⁹

I årene efter Junigrundlovens givelse var der uenighed blandt de statsretlige forfattere om prøvelsesretten. Den nationalliberale professor Carl Georg Holck argumenterede i sin statsret fra 1869 for, at domstolene ikke havde nogen prøvelsesret.¹⁰ Statsretten var udgivet posthumt, idet Holck året forinden var afgået ved døden. Holck pointerede, at prøvelsesretten var uden udtrykkelig hjemmel i grundloven, og at Den Grundlovgivende Rigsforsamling forkastede forslaget om at give domstolene prøvelsesret. Friere overvejelser måtte efter Holcks opfattelse føre til samme resultat. Bag Holcks opfattelse lå det grundsynspunkt, at lovgivningsmagten var den demokratisk set bedst legitimerede myndighed til endelig afgørelse af, om en lov var i overensstemmelse med grundloven. Det ville være uacceptabelt, hvis domstolene kunne tilsidesætte lovgivningsmagtens vurdering i så henseende.¹¹

I Holcks sted trådte i 1870 højremanden, professor Henning Matzen, og dermed blæste vinden fra en anden kant. Den senere landstingsformand og forsvarer af Estrups provisorier fandt, uden smålig skelen til resultatet af forhandlingerne på Den Grundlovgivende Rigsforsamling, at prøvelsesretten var hjemlet i grundloven. Der var ganske vist ingen grundlovsbestemmelser herom, men friere overvejelser over "den hele grundlovsmæssige Ordning" og "Retsstatens Princip" tilsagde efter Matzens opfattelse dette resultat.¹² Det må nok – med al respekt – antages, at Matzens fortolkningskunst tillige var båret af hans utvivlsomt veludviklede politiske blik for prøvelsesrettens muligheder som en konservativ garanti mod alt for fremstormende reformkræfter.

Prøvelsesretten slår rod – men ikke hos politikerne

En praktisk afklaring af domstolenes stilling til prøvelsesretten kom i 1920 med Højesterets domme i de såkaldte lensafløsningsager. Sagerne vedrørte den lovgivning om landboreformer, som var blevet gennemført i 1918 og 1919 og denne lovgivnings forhold til grundlovens bestemmelse om ekspropriation. Der var ikke hos domstolene tvivl om, at man kunne efterprøve spørgsmålet om grundlovsmæssigheden. Østre Landsret nåede endda den 25. oktober 1920 frem til, at lensafløsningsloven af 4. oktober 1919 var grundlovsstridig.

Førende politikere holdt sig ikke tilbage for at tilkendegive deres misnag ved Østre Landsrets resultat. Under finanslovsdebatten i Folketinget i november 1920 fastslog fhv. stats- og justitsminister C. Th. Zahle fra Tingets talerstol, at domstolene umuligt kunne have nogen adkomst til at tilsidesætte, hvad lovgivningsmagten med en næsten enestående stærk tilslutning fra begge Rigsdagens Ting havde vedtaget. Hvis Højesteret skulle underkende loven som grundlovsstridig, ville der indtræde en uløselig konflikt. Stillet over for kritik af, at han ikke tiede, så længe retten sad, anførte Zahle frimodigt, at det var nødvendigt at tale for at forebygge en lignende dom i Højesteret.¹³

Om Højesteret på denne måde lod sig påvirke af politisk pres får stå hen i det uvisse. Ved Højesterets to domme af 11. december 1920¹⁴ blev Østre Landsrets afgørelser underkendt, og lensafløsningsloven fundet forenelig med grundloven. Men samtidig forudsatte Højesteret – ved overhovedet at efterprøve loven – at domstolene var kompetente til at påkende grundlovs-spørgsmålet.

Året efter var Højesteret i sagen om fæstegodsets overgang til selveje,¹⁵ på nippet til at tilsidesætte fæsteafløsningsloven af 30. juni 1919, jf. lov af 14. april 1920. Sidstnævnte lov bestemte, at købesummen skulle fastsættes til ejendomsskyldsvurderingen i 1916, uanset at der i mellemtiden var foretaget en ny, højere vurdering i 1920. Ejeren gjorde gældende, at han derved ikke ville få fuldstændig erstatning.

Højesteret fandt ikke at kunne give ejeren medhold ”med den Sikkerhed, som maatte kræves, for at Domstolene skulde kunne tilsidesætte Bestemmelserne i en paa grundlovsmæssig maade vedtaget Lov som grundlovsstridige”. En gennemgang af Højesterets voteringsprotokol viser, at sagen havde stået på vippen. Den 12. maj 1921 voterede seks dommere for at tilsidesætte fæsteafløsningsloven som grundlovsstridig, mens fem dommere ville opretholde loven. Den 18. maj ændrede en af de seks imidlertid sit

votum, således at der nu blev seks stemmer for at opretholde loven og fem for at tilsidesætte den.¹⁶

Den meget tilbageholdende linje i Højesterets prøvelse formåede ikke at stille væsentlige dele af det politiske system tilfreds. Under Folketingets omfattende førstebehandling i slutningen af januar og begyndelsen af februar 1926 af et ændringsforslag til retsplejeloven udtalte C. Th. Zahle, at Højesteret med prøvelsesretten påtog sig et uberettiget formynderskab for Rigsdagen og administrationen, idet domstolene måtte have i deres kald at rette sig efter en lov, vedtaget på lovlig måde under medvirken af grundlovens foreskrevne myndigheder.¹⁷

Den socialdemokratiske justitsminister K.K. Steincke støttede på bombastisk vis Zahles modstand mod prøvelsesretten:

... hvorfor har man i Aarevis haft saa hundetravlt med at slaa fast denne efter min Mening for konservativ Politik i det lange Løb meget farlige Sætning om Domstolenes Autoritet, hvorfor har man saa travlt med at slaa fast denne for konservativ Politik selvmorderiske Teori om Højesteret og Domstolene overfor den samlede Lovgivningsmagt? Er det mon ikke, naar man kommer Sagen helt ind på Livet, af ganske de samme Grunde, af hvilke man holder paa Landstinget og har øget Vanskelighederne ved Grundlovændringer? Er det ikke den praktiske Frygt for *den* almindelige Valgret, som man i Teorien endnu holder paa? Er det ikke de konservative Partiers Frygt for Socialdemokratiet, der til syvende og sidst fører dem længere ud, end rimeligt er?¹⁸

Zahle bemærkede, at dommernes ”noget ensidige Uddannelse” kun gjorde dommerne egnede til at påkende spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser og afgøre retstrætter mellem borgerne, mens domstolene helt manglede den sammensætning og organisation, som måtte kræves for at tillægge dem den opgave at censurere lovgivningsmagten. Helt anderledes stillede det sig efter Zahles opfattelse med Rigsdagen:

Rigsdagen er den eneste Forsamling, hvis Medlemmer overfor Folket selv er ansvarlig for, hvad de foretager eller undlader, og Rigsdagen er det eneste Sted, hvor Statens Anliggender drøftes i fuld Offentlighed for hele Folkets Øjne, Genstand for den mest levende Kontrol og Kritik. Rigsdagen er Folket selv, organiseret til at styre sine egne Anliggender. Over det danske Folks egen Organisation står ingen Embedsmyndighed.¹⁹

Højesterets prøvelsesret var i virkeligheden, udtalte Zahle:

den sidste Skanse for Bagstrævet, den sidste Skanse, som alt Fremskridt maatte erobre, inden det kunde komme nogen Vegne.²⁰

Over for Zahles og Steinckes krasbørstige udtalelser stod Venstre og Konservative, der tilsluttede sig prøvelsesretten. Opfattelserne delte således Rigsdagen i to omtrent lige store lejre.

Den socialdemokratisk-radikale skepsis over for prøvelsesretten var endnu intakt, da 1953-grundloven kom til verden. Under Folketingets førstebehandling af grundlovsforslaget den 10. februar 1953 udtalte den fhv. (og senere) socialdemokratiske statsminister Hans Hedtoft, at det ville være:

en ulykkelig situation, hvis domstolene ville underkende en lov [...]. Det kunne tænkes at føre til en konflikt med vidtrækkende konsekvenser, og det må derfor hilses med tilfredshed, at status quo opretholdes. Vi er bedst tjent med den tradition, der er skabt.²¹

”Den tradition, der var skabt”, indebar som beskrevet en betydelig tilbageholdenhed i domstolsprøvelsen. Som det klart fremgik af Højesterets dom om fæstegodset, måtte der kræves en høj grad af sikkerhed, før domstolene kunne forventes at ville tilsidesætte en lov som grundlovsstridig.

Den linje, Højesteret lagde med fæstegodsdommen, har været fortsat frem til allernyeste tid. Kun i en enkelt sag kan man – før Højesterets dom i Tvind-sagen – med nogen ret sige, at retten har tilsidesat et lille hjørne af en lov. Det skete i 1971 med Højesterets anden dom om de islandske håndskrifter. I dommen fastslog Højesteret, at Den Arnamagnæanske Stiftelse ikke kunne tilpligtes uden erstatning at udlevere en del af sin kapital til Islands Universitet. Loven om de islandske håndskrifter bemyndigede statsministeren til at træffe bestemmelse om, at en passende del af kapitalen skulle overføres til Islands Universitet.²²

Højesterets dom i Tvind-sagen

I den juridiske litteratur har det ikke skortet på fantasifulde sprog billeder til karakteristik af domstolenes tilbageholdenhed i grundlovsprøvelsen. ”Bjerget barslede og fødte en mus”, skrev professor O.A. Borum. Professor Henrik Zahle har sammenlignet prøvelsesretten med ”et sværd, der er ved at ruste fast i skeden”, og velkendt er også professor Knud Illums sammenligning af Højesteret med en lille dreng, der står i kanten af strandens kolde vand og siger: ”Jeg tør gå ud, jeg tør gå ud, men jeg vil ikke i dag”.²³

Med Højesterets dom i Tvind-sagen, fredag den 19. februar 1999, skrev retten derfor danmarkshistorie. Som det hedder i den pressemeddelelse, Højesteret udsendte efter dommen, var det ”første gang i grundlovens 150-årige historie, at Højesteret tilsidesætter en lovbestemmelse som grundlovs-

stridig”. Som noget helt exceptionelt – og nærmest symbolsk – blev dommens konklusion offentliggjort i Lovtidende.²⁴

I dommen kom Højesteret til det resultat, at § 7 i lov nr. 506 af 12. juni 1996 om ændring af lov om folkehøjskoler, efterskoler mv. var i strid med grundlovens § 3, 3. pkt., der bestemmer, at domstolene har den dømmende magt. Loven var derfor ugyldig i forhold til appellanten.²⁵ Nævnte § 7 lød som følger:

§ 7. Efter den 31. december 1996 ydes der ikke statslige eller kommunale tilskud i henhold til lov om friskoler og private grundskoler m.v. til følgende skoler:

Samid Skole
Gersonsvej 43
2900 Hellerup

Hellebæk Friskole
Nordre Strandvej 95
3150 Hellebæk

Roskilde Friskole
Boserupvej 100
4000 Roskilde

Friskolen i Veddinge Bakker
Riisvej 3
4540 Fårevejle

Juelsminde Friskole
Kystvej 15
7130 Juelsminde

Friskolen i Tvind
Skorkærvej 8, Tvind
6990 Ulfborg

Al Menar
Rådmandsgade 58
2200 København N

Stk. 2. Efter den 31. december 1996 ydes der ikke statslige og kommunale ydelser i henhold til den lov, der er nævnt i stk. 1, til elever på de skoler, der er nævnt i stk. 1.

Stk 3. Meddelelse om ret til at afholde folkeskolens afsluttende prøver efter § 1, stk. 2, 2. og 3. pkt., i lov om friskoler og private grundskoler m.v. bortfalder med virkning fra den 31. december 1996 for de skoler, der er nævnt i stk. 1.

Stk. 4. For skoler, der har modtaget tilsagn om tilskud indtil 31. juli 1997, har stk. 1-3 først virkning fra den 1. august 1997, for så vidt angår disse tilsagn.

Sagen var anlagt af en af de i § 7 nævnte skoler, Den Selvejende Institution Friskolen i Veddinge Bakker, med (principal) påstand om, at Undervisningsministeriet skulle tilpligtes at anerkende, at § 7 var ugyldig i forhold til friskolen.

Om § 7 anførte Højesteret, at det af bemærkningerne til forslaget til lov nr. 506 af 12. juni 1996 fremgik, at begrundelsen for bestemmelsen var, at undervisningsministeren – på baggrund af visse undersøgelser – ikke havde tillid til, at Tvind-skolerne ville anvende offentlige tilskud til formål, som Folketinget og regeringen ønskede at fremme med støtten.

Med henvisning til gengivne udtalelser i tillægsbetænkningen til loven fremhævede Højesteret derpå, at Folketinget tilsluttede sig undervisningsministerens generelle mistillid til Tvind-skolernes vilje til at administrere offentlige tilskud i overensstemmelse med lovgivningen og med vedtagelsen af § 7 fratog de navngivne skoler adgangen til at søge om tilskud efter friskolelovens almindelige regler på lige fod med skoler uden tilknytning til Skolesamvirket Tvind.

Højesteret anførte, at lovgivningsmagten herved med virkning for de i § 7 nævnte skoler havde afgjort en uoverensstemmelse mellem Tvind-skolerne og Undervisningsministeriet, der var af den opfattelse, at skolerne ikke overholdt og heller ikke fremover ville overholde betingelserne for tilskud. I afgørelsens centrale præmis udtalte Højesteret derpå, at ”et sådant lovindgreb – der havde som konsekvens, at Tvind-skolerne blev afskåret fra domstolsprøvelse af deres tilskudsberettigelse – er reelt en endelig afgørelse af en konkret retstvist”.

Under henvisning til, at en sådan afgørelse efter grundlovens § 3 henhører under domstolene med de deri liggende retsgarantier for borgerne, fandt Højesteret, at § 7 var stridende mod grundlovens § 3, 3. pkt., og erklærede § 7 ugyldig i forhold til appellanten (friskolen).

Stedet er ikke her for en nøjere analyse af Højesterets dom. Der kan i så henseende henvises til den artikel, der blev bragt i *Ugeskrift for Retsvæsen* på grundlovsdag i 1999.²⁶ Den sammenfattende konklusion er dér, at Højesterets dom formentlig har en temmelig begrænset rækkevidde.

Som noget principielt væsentligt – og afklarende i forhold til den tvivl, der hidtil har været i den forfatningsretlige litteratur – lægges det i Højeste-

rets dom til grund, at grundlovens § 3 sætter en grænse for singulære lovindgreb, dvs. lovindgreb, der retter sig mod konkret opregnede enkeltindivider eller institutioner. I dommen trækkes denne grænse – naturligt nok – i tæt tilknytning til den konkrete sag: Grænsen for lovgivningsmagts kompetence til at fratage visse tilskudsmodtagere retten til fremtidige tilskud synes at gå, hvor fratagelsen reelt er foranlediget af en tvist om, hvorvidt de pågældende tilskudsmodtagere hidtil har vist og fremover vil vise vilje til at opfylde tilskudslovgivningens betingelser, og hvor alle andre tilskudsmodtagere samtidig behandles efter de almindelige, generelle regler. Den af Højesteret nævnte ”retstvist” behøver ikke at foreligge som en sag, der allerede er anlagt – endsige afgjort – ved domstolene. Det er tilstrækkeligt, hvis det kan dokumenteres, at der har foreligget mistanke hos lovgivningsmagten om regelbrud, og at det er denne mistanke, der reelt har begrundet loven.²⁷

Fremtidens grundlovsfortolkning

Det fremadrettede spørgsmål er, om Tvind-dommen skal tages som udtryk for en ændret indstilling i Højesteret til fortolkning af grundlovsbestemmelser. Umiddelbart kunne man være fristet til at sige, at dommen ikke bør tages for mere, end hvad den i hvert fald er, nemlig en konkret stillingtagen i en konkret sag. Ud fra en konkret vurdering af det foreliggende lovindgreb har Højesteret fundet, at indgrebet var for groft; det savnede en acceptabel begrundelse og var i realiteten en ”dom”, og man har derfor underkendt det med henvisning til grundlovens § 3, 3. pkt.

Som højesteretsdommer Torben Melchior har givet udtryk for, var Tvind-loven ”singulær i mere end én forstand, idet lovgivning af denne karakter næppe tidligere var forekommet”.²⁸

På den anden side er der nok grund til at hæfte sig ved den udtalelse, som daværende højesteretspræsident Niels Pontoppidan en uge efter dommen blev citeret for i dagspressen. Pontoppidan placerede Tvind-dommen som led i en udviklingstendens med ordene:

Der er en gensidig påvirkning mellem de internationale domstole og de nationale domstole. Især har EF- og Menneskerettighedsdomstolen en stor indflydelse. For de internationale domstoles vedkommende ser vi en tendens i retning af en domspraksis med en friere fortolkningsstil, der lægger større vægt på ”present-day-conditions”: På nutidige samfundsforhold, frem for at vægte historiske fortolkninger. Det har en vis afsmitning på den nationale praksis som en udviklingstendens.²⁹

Tre år tidligere havde Niels Pontoppidan da også varslet, at nye vinde kunne være undervejs med hensyn til Højesterets indstilling til grundlovs-spørgsmål. I et interview i sommeren 1996, gav han således udtryk for, at han forestillede sig, at domstolene i fremtiden i højere grad kommer til at manifestere sig – også over for Folketinget – i spørgsmål, der vedrører de centrale frihedsrettigheder som eksempelvis ytringsfriheden, forsamlingsfriheden og foreningsfriheden, hvorimod domstolene fortsat bør udvise tilbageholdenhed i sager, der vedrører økonomiske rettigheder, typisk ejendomsretten: ”Netop på et område som ejendomsretten, hvor det gælder om at finde grænsen mellem beskyttelsen af den enkeltes ejendom og samfundets behov for reguleringer, bliver det et spørgsmål om ens politiske opfattelser. Hvis domstolene ikke udviste en vis tilbageholdenhed i den slags situationer, ville domstolene ende som en slags overfolketing”, udtalte Pontoppidan. I interviewet blev højesteretspræsidenten endvidere refereret for, at han ikke ville afvise, at domstolene i fremtiden vil komme til at inddrage grundloven mere aktivt og nyfortolke den, blandt andet inspireret af menneskerettighedskonventionen.³⁰

En del taler således for, at der har været en udviklingstendens undervejs i et stykke tid. Højesterets dom af 12. august 1996 i Maastricht-sagen, hvor retten tillod, at 11 såkaldt almindelige mennesker kunne rejse sagen, uden at de i traditionel forstand havde den fornødne retlige interesse, brød da også med Højesterets hidtidige praksis, og dommen kunne for så vidt ses som et varsel om en mere aktiv rolle for domstolene i sager om prøvelse af loves grundlovsmæssighed.³¹

Højesteretsdommer Torben Melchior har karakteriseret Maastrichtdommen af 12. august 1996 som ”det klareste eksempel på, at domstolene har påtaget sig en ny opgave”.³² Daværende højesteretspræsident Niels Pontoppidan har forklaret, at når Højesteret fandt det rigtigt at give en række borgere adgang til en grundlovsprøvelse af EU-medlemskabet, var det ”i erkendelse af, at der var et betydeligt behov for at få afklaret grundlovs-spørgsmålet”, men at man samtidig bør være opmærksom på, at der var tale om et spørgsmål af meget grundlæggende betydning for hele befolkningen, hvilket afspejlede sig i, at dommen var begrundet med, at der var tale om en sag af generel og indgribende betydning i almindelighed.³³ Som det hed i Maastricht-dommens præmisser, indebar tiltrædelsen af Traktaten om Den Europæiske Union ”overførsel af lovgivningskompetence inden for en række almene og væsentlige livsområder”, hvorfor tiltrædelsen i sig selv var ”af indgribende betydning for den danske befolkning i almindelighed”.

Højesterets brud med den hidtidige linje var således meget nøje knyttet til, at sagen vedrørte spørgsmålet om forholdet til EU. Det var tiltrædelseslovens ”generelle og indgribende betydning”, der gjorde, at appellanterne havde en tilstrækkelig væsentlig interesse i at få deres påstande prøvet.³⁴

At Maastricht-dommen af 12. august 1996 således var et særtilfælde blev understreget med Højesterets dom om Schengen-konventionen den 26. juni 2001.³⁵ Her afviste retten at behandle en sag om Schengen-konventionens forenelighed med grundloven. Konventionen, der angår ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser, giver under visse omstændigheder et medlemslands politi ret til at overskride landegrænsen for at fortsætte en forfølgning eller observation af lovovertrædere. Nogle borgere fandt, at konventionen var i strid med grundlovens § 20 og ønskede dette spørgsmål prøvet ved domstolene, formentlig inspireret af Maastricht-dommen. Højesteret afviste imidlertid sagen, idet et flertal på fem ud af syv dommere ikke fandt, at Schengenkonventionen indebærer ”overførsel af myndighedsbeføjelser inden for en række almene og væsentlige livsområder og ikke i sig selv er af indgribende betydning for den danske befolkning i almindelighed”. Afgrænsningskriteriet var således det samme som i Maastricht-dommen, men resultatet var nu – på grund af Schengen-konventionens begrænsede rækkevidde – et andet.

Mens Maastricht-dommen af 12. august 1996 om de 11 almindelige borgeres ret til at få sagen prøvet var en nyskabelse, lå Højesterets dom af 6. april 1998 om sagens realitet – spørgsmålet om, hvorvidt Danmarks EU-medlemskab var i strid med grundloven – til gengæld helt i forlængelse af traditionen.³⁶ Hverken med hensyn til Højesterets fortolkning af grundlovens § 20 eller med hensyn til Højesterets udøvelse af prøvelsesretten var der her noget tilløb til revolution. For så vidt angik fortolkningen af grundlovens § 20 lagde Højesteret i sine præmisser i alt væsentligt de synspunkter til grund, som enhver har kunnet læse i forarbejderne til 1953-grundloven, i forarbejderne til tiltrædelsesloven fra 1972 og i den statsretlige litteratur. For så vidt angik intensiteten i prøvelsen, tilkendegav Højesteret at den nærmere fastlæggelse af, hvor grænserne for § 20-suverænitetets afgivelser må trækkes, i meget vidt omfang må være overladt til lovgivningsmagtens politiske organer.³⁷

Heller ikke i andre nyere højesteretsdomme, hvor grundlovsspørgsmål har været berørt, har det været let at få øje på nogen tendens til en ny og friere grundlovsfortolkning fra Højesterets side.³⁸

Gælder ”forsigtighedsdoktrinen” fortsat?

Spørgsmålet er, om den traditionelle forudsætning om, at love kun tilsidesættes, hvis deres grundlovsstridighed fremgår med sikkerhed, må anses for bortfaldet med Højesterets dom i Tvind-sagen. Meget kunne tale for dette, idet den grundlovsbestemmelse, som Højesteret lagde til grund for sin afgørelse i Tvind-sagen – grundlovens § 3, 3. pkt., om, at den dømmende magt er hos domstolene – har været omgærdet af meget betydelig uenighed i den juridiske litteratur.³⁹ Bestemmelsen udgjorde som følge heraf et alt andet end sikkert grundlag for Højesterets prøvelse.

I *Politiken* den 6. juni 1999 blev Højesterets præsident Niels Pontoppidan spurgt: ”Dommen kom bag på mange, også en række juraeksperter. De sagde, at det ikke var oplagt, at netop den lov var grundlovsstridig?”. Hertil svarede Niels Pontoppidan: ”Det syntes vi jo altså. Oplagt og oplagt – det syntes vi”.⁴⁰

Fhv. ombudsmand Lars Nordskov Nielsen udtrykte sig mindre tvetydigt om spørgsmålet, da han på nogenlunde samme tid i en bog i anledning af grundlovens 150-års jubilæum skrev: ”Efter Højesterets dom af 19. februar 1999 (”Tvindsagen”) – hvis generelle betydning endnu ikke lader sig præcist beskrive – kan det i hvert fald slås fast, at den begrænsning i prøvelsesintensiteten, der er beskrevet på den måde, at tilsidesættelse forudsætter, at grundlovsstridigheder fremstår med sikkerhed, er afgået ved døden”.⁴¹

Andre juridiske forfattere har udtrykt sig noget tilsvarende. Professor Claus Haagen Jensen anfører i Advokatsamfundets festskrift i anledning af grundlovens 150 års jubilæum, at det forhold, at tilsidesættelsen af Tvind-loven skete på grundlag af en så vagt formuleret bestemmelse som grundlovens § 3, 3. pkt., må betyde, at den ”forsigtighedsdoktrin”, der har været anvendt siden fæsteafsløsningsdommen i 1921, nu i hvert fald ikke længere finder generel anvendelse.⁴² Med henvisning til Tvind-dommen og dommen i sagen om ”Rocker-loven” anfører Henrik Zahle i sin forfatningsretlige fremstilling fra 2001 (der er ajourført på et tidspunkt, hvor forfatteren var dommer i Højesteret), at sikkerhedskravet ikke genfindes i nyere domme, og at der således ikke er grundlag for generelt at kræve, at betingelserne for lovens underkendelse skal være sikre.⁴³

Grundlovsfortolkning i lyset af ”present day conditions” og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention?

Det fremstår som et uafklaret spørgsmål, hvorledes Højesterets fortolkningsstil kan forventes at udvikle sig i sager om loves grundlovmæssig-

hed, såfremt der med Niels Pontoppidan's ord, jf. ovenfor, vil blive lagt større vægt på "present day conditions".

I sig selv giver formelen "present day conditions" ikke megen vejledning. Hvilken vægt skal der eksempelvis tillægges lovgivningsmagtens egen opfattelse af, hvad en grundlovsfortolkning i overensstemmelse med "present day conditions" tilsiger? Kan hidtidigt antagne grundlovsgrænser, for hvilke indgreb lovgivningsmagten kan foretage, ikke blot tænkes indsnævret, men også tænkes udvidet under påberåbelse af en sådan fortolkningsformel? Og hvorledes stemmer noget sådant overens med det forhold, at grundloven med (politisk) vilje er gjort meget vanskelig at ændre?

Senest har højesteretsdommer Børge Dahl i en artikel med den tankevækkende titel "Grundlovsskrivning" givet udtryk for, at grundloven "må forstås under hensyn til samfundsudviklingen og den internationalisering, som Danmark er en aktiv del af".⁴⁴

Med al respekt kunne man vel heroverfor spørge, om det bør være en domstolsopgave at sørge for den "nødvendige" ajourføring af grundloven. Hvilke særlige kvalifikationer og hvilken demokratisk legitimitet har dommere til at varetage en sådan opgave? Og burde man ikke snarere insistere på, at grundlovens ordening er den, at det er lovgivningsmagtens og befolkningens sag, hvis grundloven skal ændres?⁴⁵

Man kan endvidere spørge, om der i Børge Dahls henvisning til internationaliseringen ligger, at Højesteret i grundlovsspørgsmål fremover må forventes at ville slå ind på en fortolkningsstil, der i højere grad minder om den, der præger Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Sidstnævntes fortolkningsstil er, som beskrevet af det danske medlem af domstolen, højesteretsdommer Peer Lorenzen, præget af "en dynamisk eller formålsbestemt (teleologisk) fortolkning af konventionen, der tilsigter at opnå, at konventionen stedse er tidssvarende – lever op til "present day conditions" – og skaber rettigheder, der er "practical and effective". Dette indebærer, at forarbejderne ikke tillægges større betydning, og at tidligere praksis ikke fastholdes, hvis omstændighederne findes at have ændret sig".⁴⁶ I sammenhæng med det nævnte generelle fortolkningsspørgsmål, kan man endvidere spørge, om det kan forventes, at Højesteret vil slå ind på en linje, hvor Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis vedrørende menneskerettighedskonventionens bestemmelser indfortolkes i de beslægtede danske grundlovsbestemmelser.

Højesterets daværende præsident Niels Pontoppidan udtalte herom i førnævnte interview i sommeren 1996, at det principielt var "næsten en umulig tanke", at domstolene indfortolkede menneskerettighedskonventio-

