

## POLITIK OG JURA

- hvem sikrer borgerne deres rettigheder?

Et parlaments opgave er primært at vedtage de regler - love - som både myndigheder og borgere skal rette sig efter. Hvilket indhold reglerne får, afhænger i betydelig grad af den politiske opfattelse i parlamentet, eller sagt på en anden måde, af de politiske magtforhold.

Reglerne skal udtrykke parlamentets politiske valg. Uden at gå ind i nogen filosofisk bestemmelse af, hvad en politisk afgørelse er, er det imidlertid rimeligt her at bemærke, at den politiske afgørelse er karakteriseret ved, at den udtrykker et valg mellem flere forskellige muligheder, f.eks. vil en regel om fradrag for investeringer i skibsanparter være udtryk for, at man ønsker at støtte skibsfarten ved at gøre det attraktivt for borgerne at anbringe penge her. Det kan så måske være, fordi man vil støtte specielt bygningen af nye skibe, hvilket vil være relevant, hvis man ønsker at støtte værftsindustrien. En sådan støtte kunne politikerne også vælge at give direkte til værfterne. Men måske vil der være en politisk pointe i at vælge fradragsløsningen. Hvis støtten gives direkte til værfterne, er det klart for skatteborgerne, at deres penge bruges til at støtte værfterne. Det vil nogle borgere måske være meget imod, - formodningen kan måske være for, at borgeren vil synes, at pengene ligger bedre i hans egen lomme eller bedre kan anvendes til noget, han/hun mere direkte vil få glæde af. Ved at vælge fradragsløsningen vil de samme borgere måske være mere positive og måske endog selv investere i skibsanparter for på denne måde at få fradragsret og altså føle, at de får lov at beholde flere penge til det, de vil bruge dem til. Da fradraget bevirker, at den investerende betaler mindre i skat, skal disse penge imidlertid oftest betales af andre skatteydere. Denne sammenhæng er dog ikke nær så iøjnefaldende som en direkte værftsstøtte. Så selv om det billigste rent administrativt må være at give værfterne støtten direkte, kan det af politiske grunde være mere opportunt at give støtten gennem en fradragsregel.

Måske er begge støtteformer i strid med vores forpligtelser over for andre lande, f.eks. EU-regler. Om dette er tilfældet, er underordnet i denne sammenhæng. Det afgørende er at vise, at den politiske afgørelse træffes ud fra en række politiske hensyn, og at dette netop er dens kvalitet.

Som nævnt med EU-reglerne kan der være retlige grænser for parlamentets frihed til at træffe den afgørelse, man helst vil. Hvilken frihed Folketinget har i den givne sammenhæng, kan som nævnt afhænge af, hvad EU-reglerne indeholder om dette emne. Folketinget må, inden det træffer sin afgørelse, finde ud af, om de forskellige løsninger er i strid med EU-reglerne. De enkelte folketingsmedlemmer kan selv læse EU-reglerne, men Folketinget vil næppe lade sig nøje med det. I stedet vil man lade mini-

steriernes embedsmænd undersøge spørgsmålet og komme med en udtalelse, som Folketinget så typisk vil lægge til grund. Spørgsmålet er jo ikke et spørgsmål om det politisk ønskelige, men derimod et spørgsmål om, hvad EU-reglerne indeholder om et emne. Det er altså, hvad vi kalder et spørgsmål om en fortolkning af EU-reglerne. Muligvis er EU-reglerne så klare, at der ikke er nogen tvivl om, hvorledes de skal fortolkes, men ofte er retsregler ikke entydige. Ofte vil der være flere fortolkningsmuligheder. En eller nogle af disse harmonerer bedst med Folketingets og regeringens politiske ønsker. Kan man så ikke blot vælge denne fortolkning og altså følge det princip, at hvis der er flere fortolkningsmuligheder, kan politikerne vælge den, der bedst harmonerer med Folketingets politiske opfattelse?

Det kan man næppe i denne sammenhæng. Ganske enkelt fordi den endelige afgørelse af, hvordan EU-reglerne skal fortolkes, ikke afgøres af ministeriernes embedsmænd eller Folketingets politikere, men af EU-domstolen. Det bliver altså i sidste ende afgørende, hvad de jurister, der sidder som dommere i EU-domstolen, mener. De vil næppe fortolke EU-reglerne under særlig hensyntagen til Folketingets opfattelse. Deres fortolkning har jo også gyldighed i og skal lægges til grund ved afgørelse af tilsvarende spørgsmål i andre EU-lande.

Vil EU-dommerne så skele til den politiske opfattelse i EU-parlamentet eller EU-kommissionen? Den konkrete sag vil typisk ikke være behandlet i EU-parlamentet, der iøvrigt ikke har samme status som Folketinget. EU-parlamentet er ikke lovgiver for EU. EU-kommissionen kan heller ikke direkte sammenlignes med et nationalt parlament. EU-dommerne vil bl.a. derfor være henvist til at finde den "mest rigtige" fortolkning af reglerne, men hvad dette udtryk indebærer, er det svært at sige. Man vil først og fremmest se på den naturlige sproglige fortolkning af den givne EU-regel og denne regels formål - hvad har man i sin tid ønsket at opnå med den?

Det karakteristiske for afgørelsen kan siges at være, at dommerne forsøger at finde den fortolkning, der bedst harmonerer med opfattelsen hos de, der gav reglen. I hvert fald er dommernes egen politiske opfattelse principielt uden betydning. Netop herved adskiller den politiske afgørelse sig markant fra den juridiske. Politikeren skal netop gå ind for den regel eller afgørelse, der harmonerer med hans egen politiske opfattelse. Juristen - dommeren - skal derimod ikke træffe afgørelsen ud fra sin egen politiske opfattelse, men ud fra, hvad han finder, at den politiske vedtagne regel udtrykker.

Sat på spidsen kan man hævde, at politikerens kvalifikation er, at han er valgt og er i stand til at træffe afgørelser ud fra den politik, han er valgt til at føre. En dansk dommer derimod er ikke valgt ud fra nogen politisk opfattelse, men ud fra hans dygtighed til at finde den rigtige fortolkning. Hans kvalifikationer har mere end politiske karakter af en politisk neutral og snarere håndværksmæssig kunnen. Ofte opfattes forholdet således, at politikeren er subjektiv og dommeren objektiv. Normalt har de hver især deres arbejdsområde, men i en række tilfælde kan de

støde på hinanden som i det netop nævnte eksempel. Undertiden hævdes, at man i Danmark i dag i for høj grad søger juridiske løsninger på politiske problemer. For nylig har Højesteret som en ganske sjælden foreteelse advaret politikerne mod at rode domstolene ind i det politiske spil.<sup>1)</sup> Folketingets fhv. formand Svend Jacobsen har taget til genmæle i en artikel med den opsigtsvækkende titel: Vil Højesteret aktionere mod Folketingets flertal?<sup>2)</sup>

Hvis forholdet mellem politik og jura er ved at ændre sig, er det næppe et spørgsmål, der kun har interesse for en meget lille kreds af fagfolk. Spørgsmålet handler om afgørende grænser for parlamentets frihed, om fordelingen af den politiske magt i samfundet, om juristerne som gruppe skal have en særlig indflydelse på, hvilken politik der føres, om borgernes retssikkerhed osv. Det kan derfor være rimeligt at se på fundamentet for vores politiske system: Grundloven.

## Hvad er en grundlov?

Herhjemme valgte vi i 1849, da en ny forfatning blev vedtaget til afløsning af Kongeloven og enevælden, at kalde den for Grundloven. Dette skete naturligvis for at få et dansk ord. Når det blev "Grundlov", er det for at understrege, at det ikke er en almindelig lov, men den grundlæggende. Den danner grundlaget for de øvrige love. Den fastslår, at kongen og Folketinget har den lovgivende magt og altså kan give alle øvrige regler. Den foreskriver en vis procedure for lovgivningsprocessen: Hvem kan fremsætte lovforslag og hvorledes skal behandlingen være. Med disse bestemmelser har man gjort det muligt for regeringen og Folketinget at vedtage love om, hvad man måtte ønske. Man kunne således mene, at dette var tilstrækkeligt. For den sags skyld kunne man vel endog nøjes med mindre og f.eks. lade Folketinget selv fastsætte reglerne for, hvordan det vil behandle lovforslag m.v. Det ville dog være demokratisk: at nøjes med at fastslå, at den lovgivende forsamling vælges af befolkningen og i kraft af dette demokratiske mandat selv kan fastsætte de øvrige regler ved lov.

Vores Grundlov af 1849 og de senere grundlove har ikke valgt denne simple og øjensynligt demokratiske løsning. Man har i andre vesteuropæiske lande været utilbøjelig til at vedtage en så kort forfatning. At forstå, hvorfor man ikke har valgt denne løsning, er næsten det samme som at forstå, hvorfor vi har en grundlov og hvorfor der i et moderne vestligt demokrati altid vil være en potentiel konflikt mellem politik og jura.

Slår man op i en lærebog om forfatningsret/grundlovsret, vil man se, at en forfatning typisk defineres som reglerne om de øverste statsorganer, hvad de hver især kan beslutte - det vi normalt kalder deres kompetence - og efter hvilken fremgangsmåde eller

<sup>1</sup>. Brevet fra Højesterets præsident til Folketingets Præsidium er bl.a. offentliggjort i Information den 5.11.1993.

<sup>2</sup>. Jfr. Lov og Ret 1994 nr. 4, s. 4 f.

procedure, de træffer deres beslutninger. Normalt fremhæves, at også en række frihedsrettigheder - i dag ofte kaldet menneskerettigheder - hører til det naturlige indhold i en forfatning. Der er ingen tvivl om, at en vestlig forfatning typisk indeholder disse to elementer: reglerne om de øverste statsorganer og frihedsrettighederne. Spørgsmålet er blot: hvorfor?

### Frihedsrettighederne

Spørgsmålet er lettest at besvare vedrørende frihedsrettighederne. Når man f.eks. i Grundlovens § 77 har valgt at beskytte ytringsfriheden, er det sket ved en bestemmelse, hvis anden del lyder: "Censur og andre forebyggende foranstaltninger kan ingensinde påny indføres". Meningen er klar: Man vil afskære lovgiver (parlamentet, Folketinget) fra at vedtage en lov om censur. Man har altså forudset det som en mulighed, at der kunne være et politisk flertal for en lov om censur. Uanset, at dette flertal fandtes i en forsamling valgt af befolkningen, ville man afskære forsamlingen fra at vedtage en sådan regel. Var man sikker på, at der aldrig ville kunne opstå et sådant flertal, var der ingen grund til at forhindre Folketinget i at vedtage en sådan lov. Når man har sikret ytringsfriheden i Grundloven, er det således fordi man har begrænset tillid til, at den lovgivende forsamling altid vil handle fornuftigt eller demokratisk.

Grundloven skal sætte en grænse for den lovgivende forsamling. Dette forudsætter naturligvis, at lovgiver ikke blot kan vedtage en ændring af Grundloven, altså f.eks. ophæve bestemmelsen om, at der ikke må indføres censur og derefter vedtage en lov om censur. Hvis Grundloven skal være en grænse for lovgiver, skal den indeholde regler om, at den er sværere at ændre end almindelige love. I Danmark er dette sket ved en bestemmelse om, at Grundloven kun kan ændres, hvis Folketinget først følger samme procedure som ved behandlingen af almindelige lovforslag, dernæst lader et nyt Folketing følge samme procedure og endelig afholder en folkeafstemning om grundlovsforslaget. Hvis der ved denne afstemning opnås et flertal blandt vælgerne, og hvis dette flertal udgøres af mindst 40% af samtlige stemmeberettigede, kan kongen (regeringen) stadfæste forslaget til en ny grundlov. Folketinget kan således ikke selv ændre Grundloven. Tværtimod er vores grundlov i forhold til de fleste andre landes særdeles vanskelig at ændre. Medens den almindelige lovgivende magt er hos regering og Folketing, er den grundlovgivende magt hos regering, Folketing og befolkning.

Lovgiver må altså respektere grundlovgiver/Grundloven. Der er retlige grænser for, hvad lovgiver kan gøre. Da disse grænser er meget svære at flytte, kan Grundloven let blive en total forhindring for at vedtage en bestemt politisk beslutning. Det er her, kimen ligger til en fundamental konflikt mellem politik og jura.

Også andre frihedsrettigheder end ytringsfriheden er sikret ved

grundlovsbestemmelser, der klart udtrykker en begrænsning af lovgivers kompetence, f.eks. forenings- og forsamlingsfriheden. Ejendomsretten er i § 73 beskyttet ved en regel om, at der kun kan eksproprieres med hjemmel i lov. Denne regel synes dog ikke at begrænse lovgivers beføjelser, men samtidig fastsættes, at ekspropriation kun kan ske, hvis almenvellet kræver det og mod fuldstændig erstatning. At man netop her ofte har set problemer er indlysende. Opfattelsen af den private ejendomsret er vel i høj grad bestemmende for den traditionelle deling mellem højre og venstre i parlamentet. Nogle vil opfatte grundlovskravet om fuldstændig erstatning således, at lovgiver ikke uden at betale erstatning kan fastsætte regler, der f.eks. forbyder en grundejer at grave efter grus eller at bygge et hus lige ved skovkanten. Andre derimod vil hævde, at sådanne bestemmelser ikke er udtryk for, at man fratager grundejeren retten til grunden og, at han derfor ikke skal have erstatning. Men hvis han f.eks. lige har købt en grund ved skoven for at bygge, og man ved lov forhindrer ham i at bygge, er det da ikke det samme som at tage hans byggegrund fra ham, eller ihvert fald krænke hans ejendomsret? Et eller andet sted ligger en grænse for lovgivers frihed. Hvorledes Grundloven skal fortolkes, og hvor denne grænse er, kan resultere i en dyb konflikt mellem politik og jura.

#### Reglerne om de øverste statsorganer

Omend mere kompliceret at forklare er det samme tilfældet med den anden del af Grundlovens bestemmelser. I sidste ende sætter også reglerne om de øverste statsorganer grænser for lovgiver. De bestemmelser, der fastsættes for regering og domstole, kan ses under denne synsvinkel.

Det primære formål med at sikre domstolenes uafhængighed har givetvis været at sikre dem uafhængighed af regeringen, men reglerne gælder også i forholdet til Folketinget. Bestemmelserne om regeringen har i høj grad ændret betydning efter, at Folketinget i kraft af parlamentarismen kan tvinge en regering bort. Når Folketinget ved et mistillidsvotum kan stemme en regering væk - eller tvinge den til at udskrive folketingsvalg - vil det meget let bevirke, at Folketinget opfattes som den øverste politiske magt i samfundet, og at det eneste afgørende for vedtagelsen af love og den øvrige styring af samfundet er Folketingets vilje. At hævde andre synspunkter i forhold til Folketinget bliver let opfattet som unødvendig formalisme, udemokratisk tankegang eller juristeri.

Som et særligt klart eksempel kan nævnes Tamilsagen. Ninn-Hansen er for Rigsretten tiltalt for som justitsminister at have tilsidesat udlændingeloven. Ninn-Hansen har i vidt omfang henvist til, at han havde regeringen og muligvis et flertal i Folketinget bag sig. Hvis der var et flertal i Folketinget bag, at tamilerne ikke fik den ret, de havde i kraft af udlændingeloven, skulle det altså være i orden, at justitsministeren brød loven. Folketing og regering kunne jo have ændret loven. Hvis de har godkendt en bestemt

administration af loven, har denne administration støtte af lovgiver. Dette er vel lige så godt som støtte i loven? Lovgiver kunne jo blot have ændret loven. At man alene brød den i stedet for at ændre den, er et rent formelt spørgsmål uden andet end akademisk interesse. Havde Ninn-Hansen befolkningen bag sig for at holde tamilerne ude, har han ifølge denne tankegang handlet ægte demokratisk og hele sagen er - som mange danskere utvivlsomt mener - en ubegrundet forfølgelse. For andre er en justitsministers eventuelle klare og bevidste overtrædelse af loven et af det groveste og alvorligste brud, der overhovedet kan tænkes i forhold til vores politiske system.

## **Statsmagtens tredeling**

Ud fra en politisk betragtning kan det nok være rimeligt at lægge vægt på de politiske magtforhold: regeringen skal holde sig inden for det, der er politisk basis for i Folketinget. Ud fra en juridisk betragtning kan det måske være mere væsentligt at fastholde, at regeringen er bundet af den gældende lovtekst. Konflikten mellem disse to synsmåder er ikke blot afgørende for forståelsen af Tamil-sagen, men for hele det spil, der i de senere år har givet anledning til en række dommerundersøgelser, senest omkring Himmerlandsbanken og Skatteministeren. I meget vidt omfang er det et spil mellem regeringen, Folketinget og domstolene.

Alle i den vestlige verden har fået magtadskillelises- eller magtfordelingslæren inde næsten med modermælken. Spillet vedrører i høj grad denne lære eller dette princip om statsmagtens tredeling. I den danske debat - både den politiske og den juridiske - forholder man sig traditionelt ret pragmatisk til mere fundamentale principielle spørgsmål. Det gælder også i høj grad dette princip, selv om alle er enige om, at det er et af de mest fundamentale for såvel vores politiske som vores retlige system.

Det er efter min opfattelse påfaldende, i hvor høj grad de problemer, vi i dag diskuterer, har deres rødder i den ideologi, der ligger bag magtadskilleliseslæren. På grund af den normale danske pragmatisme er det derfor nødvendigt at se nærmere på denne ideologi. Normalt nævnes i denne forbindelse Montesquieus værk om Lovenes ånd (*L'Esprit des lois*) fra 1748. Denne fremstilling er imidlertid på mange punkter en naturlig efterfølger til John Lockes 'To afhandlinger om den borgerlige regering' (*Two Treatises of Civil Government*) fra 1690. Også Rousseaus senere bog om samfundspagten (*Contrat Social*) fra 1762 hører til samme tids ideologiske arvegods. Der er således ikke tale om én mands værk, men snarere om hele oplysningstidens syn på statsmagtens indretning bygget op ud fra hensynet til oplysningstidens frihedsbegreb og demokratiske idealer. En ideologi, der ikke blot er væsentlig for forståelsen af vores grundlov, men også f.eks. for Den europæiske Menneskerettighedskonvention, som i dag er gjort til dansk ret og har væsentlig betydning for vores håndtering af straffesager.

## Frihedsbegrebet

Både Locke og Montesquieu fremhæver den lovgivende, den dømmende og den udøvende funktion og kræver disse funktioner adskilt. Begrundelsen hos Montesquieu er ganske enkelt, at ellers ville der ikke være nogen frihed. Der foretages ikke nogen nærmere definition af de tre funktioner eller gives nogen præcis begrundelse for, at de skal adskilles. Fremstillingen af selve dette fundamentale princip fylder kun godt en side. Dette kan måske skyldes, at fremstillingen ikke er særlig gennemtænkt. Imidlertid er det også muligt at opfatte den korte fremstilling som udtryk for, at der er tale om banaliteter, som alle potentielle læsere dengang måtte formodes at være bekendt med. Der var jo ingen grund til at bruge mange sider på at forklare det, alle var enige om. Netop læsningen af Lockes afhandlinger understøtter den sidste opfattelse. Locke argumenterer langt mere indgående for, hvad de tre funktioner indebærer og hvorfor de skal holdes adskilt.

Væsentlig er opfattelsen af frihed. I dag vil de fleste nok være tilbøjelige til at opfatte frihed som et spørgsmål om at have flest mulige handlingsmuligheder. Locke siger derimod, at frihed ikke er frihed for enhver til at gøre, hvad han ønsker, til at leve som han finder behageligt og til ikke at være bundet af nogen lov. Frihed i en stat er ifølge Locke derimod at have en stående regel at leve efter, fælles for enhver i samfundet og vedtaget af den lovgivende magt valgt til dette. En frihed til at følge sin egen vilje i alle tilfælde, hvor reglen ikke foreskriver det modsatte. Ikke at være undergivet en vekslende, usikker, ukendt, vilkårlig (arbitrær) vilje hos en anden person.

For Montesquieu er frihed retten til at gøre det, som loven tillader og for Roussau er frihed ensbetydende med lydighed mod lovens forskrifter. I dag kan det naturligvis undre, at flere af fortidens store statsteoretikere bestemte friheden nærmest som retten til at gøre det, loven ikke forbyder.

Mange vil i dag hævde, at netop lovgivningen begrænser friheden. Hvorfor havde man øjensynligt den modsatte opfattelse for to eller tre århundreder siden? Måske fordi megen klassisk statsteori (og vel også anden teori), der fremtræder som selvstændig konstruktiv tænkning, i virkeligheden ikke i så høj grad er tanker ud fra abstrakte og absolutte idealmønstre, men tanker, der er vendt mod datidens fejltagelser - i disse tilfælde datidens overgreb.

Ofte vil de, der former tanker og krav til en styreform, være i opposition til de, der har magten. Med rette vil de vel også af magthaverne blive betragtet som en trussel. De vil derfor ofte være udsat for overgreb fra magthaverne. Det er velkendt, at de, der under enevælden kritiserede denne styreform, kunne risikere ubehageligheder fra enevoldskongen. Herhjemme således P.A.-Heiberg, der i 1800 blev landsforvist for kritik af styret. Det var netop karakteristisk for enevælden, at den enevældige konge gav lovene og selv dømte efter lovene. Kongen var derfor ikke

bundet af lovene. Han kunne altså dømme og straffe også de, der ikke havde overtrådt lovene. Selvfølgelig var dette en sjælden undtagelse. Men netop overfor kritikere af systemet var det en nærliggende mulighed for kongen at bringe dem til tavshed ved en fængselsdom uden hensyn til, om de strengt taget havde overtrådt loven. Deres aktivitet måtte i kongens øjne ofte tage sig ud som landskadelig virksomhed. På denne baggrund er det vel fuldt forståeligt, at det blev et grundkrav til en demokratisk stat, at kun den, der havde overtrådt loven, kunne rammes af statsmagten. I datiden kaldte man det borgerlig frihed. I dag kalder vi nøjagtigt det samme fænomen retssikkerhed.

Det centrale er her at forstå, at oplysningstidens filosoffer i deres kamp for den moderne demokratiske stat ikke blot krævede folkesuveræniteten, men også krævede, at den, der nu havde den lovgivende eller øverste magt i samfundet, var bundet til at styre ved "vedtagne, stående love, kundgjort og kendt af folket" (Locke). Den lovgivende magt kunne ikke, uanset at det var den øverste statsmagt, have nogen absolut og arbitrær magt over befolkningens liv og skæbne. Uanset hvem, der styrede samfundet, skulle dette ske i overensstemmelse med de vedtagne love. Det fundamentale retssikkerhedskrav er altså klart et krav om lovens overherredømme. I en politologisk analyse med hovedvægt på spørgsmålet om, hvem der har den politiske magt i samfundet, kan princippet om lovens herredømme meget let blive omformet til et princip om lovgivers herredømme i forhold til regering og domstole.

### Natvægterstaten

I den magtadskillelse, som de fleste har lært om allerede i Folkeskolen, er den lovgivende magt hos parlamentet, den udøvende magt (administrationen) hos regeringen og den dømmende magt hos domstolene. I 1600- og 1700-tallet var der ikke nogen administration i moderne forstand. Den statsmagt, man da arbejdede med, havde alene den opgave at beskytte borgerne mod indre og ydre fjender, kriminelle og andre landes krigsmagt. Ofte bruger man betegnelsen natvægterstaten om dette udviklingstrin. Hvis man vil forstå magtadskillelsens ide, skal den altså forstås på denne baggrund, før man eventuelt vælger at tillempe eller udvikle ideen til vores moderne samfund.

### Lovgiver må ikke være dommer

I kapitlet om målene med et politisk samfund og en regering anfører Locke, at der er tre funktioner: Først at udstede love, som ud fra almindeligt accepterede standarder fastlægger, hvad der er rigtigt og forkert, og som kan tjene som målestok for afgørelsen af senere kontroverser. Dernæst en kendt og uafhængig dommer til at afgøre alle spørgsmål om lovens anvendelse i de konkrete tilfælde og endelig for det tredje en magt til at understøtte de trufne afgørelser og til at føre dem ud i livet. Dette harmonerer med Montesquieus tredeling af statsmagten. Det afgørende bliver således, at den lovgivende magt skal adskilles

fra den dømmende. Hvis lovgiver nemlig selv dømmes, kan man ikke være sikker på, at det er lovens ord, der håndhæves. Lovgiver vil være tilbøjelig til at anse loven blot som udtryk for lovgivers *vilje*. Man ville let havne i det enevældige system, hvor kongen både var lovgiver og dommer og netop derfor ikke var bundet af lovens ord. At netop dette er baggrunden for kravet om adskillelse mellem den lovgivende og den dømmende magt er ikke særlig klart udtrykt hos hverken Locke eller Montesquieu.

Tankegangen er derimod få år før John Locke udgav sit værk klart udtrykt af John Lilburne. I England mistede parlamentet i 1642 tålmodigheden med enevoldskongen og den engelske borgerkrig starter. På den ene side kæmpede de kongetro kavalerer (katolikker og anglikanere), på den anden side de parlamentstro puritanere under ledelse af Oliver Cromwell. I Cromwells hær fandtes en særlig radikal gruppe kaldet Levellers (herhjemme undertiden kaldt lighedsmænd).<sup>3)</sup> På grund af sine radikale holdninger med krav om almindelig valgret og social udjævning (level down) kom gruppen i kraftig modsætningsforhold også til Cromwells hær og parlamentet. Man forsøgte flere gange at få gruppens leder John Lilburne dømt af en jury, men forgæves. Parlamentet reagerede ved at vedtage en lov om straf til flere af Levellers' ledere. Altså ganske enkelt en lov, der bestemte, at en bestemt ved navn nævnt person ifaldt en bestemt straf.

Dette institut kan nok forekomme enhver dansker besynderlig. Der findes dog paralleller også herhjemme. Således fremsatte kommunisterne i 1948 et lovforslag om, at en bestemt navngiven person ved lov skulle fratages sin danske indfødsret og dernæst have al sin ejendom konfiskeret efter reglerne i en lov fra 1946 om konfiskation af tysk og japansk ejendom. Forslaget var begrundet med, at den pågældende i sin omgang og sit samarbejde med besættelsesmagten havde optrådt som en af de groveste landsforrædere. Han var i Højesteret blevet idømt 4 års fængsel og havde fået halvdelen af sit gods konfiskeret. Selvom lovforslaget ikke i sin ordlyd gav udtryk for det, var der altså ingen tvivl om, at realiteten var, at kommunisterne ville have lovgiver til at skærpe en dom. Justitsministeren afviste forslaget bl.a. med henvisning til, at det ville stride mod magtadskillelsen i den danske forfatning, hvis lovgiver gav sig til at ændre en afsagt dom.

Levellers svarede igen på parlamentets overgreb ved at kræve en forfatningsændring, der skulle gøre parlamentet ude af stand til at afsige domme. Begrundelsen var ikke en anfægtelse af parlamentets overherredømme, men at folket nok havde givet parlamentet magt til at lovgive, men intet menneske kunne være så tåbeligt at give parlamentet bemyndigelse til at regere frit, ubundet af lovregler. Derfor kunne et menneske kun straffes, hvis det havde overtrådt en på forhånd synlig og kendt lovregel. Som bekendt endte den engelske borgerkrig med, at England i 1660 igen blev et monarki og Levellers' ideer sejrede ikke i den politiske virkelighed, men kravet om adskillelse af lovgivningsmagt og domsmagt levede videre hos oplysningstidens filosoffer,

---

<sup>3)</sup> Jfr Hartvig Frisch: Europas Kulturhistorie, III, København 1962, s. 386.

således at man krævede den lovgivende magt adskilt fra den dømmende for at sikre sig, at der blev regeret og dømt efter den kundgjorte og kendte lovs indhold og ikke efter lovgivers vilje.

Tilsvarende er det nærliggende at anse kravet om adskillelse af den dømmende og den udøvende (executive) magt som udtryk for et krav om, at ingen straffes uden at være dømt. Magtadskillelseskravet bliver på denne måde til en strafferetlig doktrin om, at ingen må dømmes uden at have overtrådt loven og at ingen må straffes uden at være dømt forinden.

### Den politiske magtfordeling

Det er klart, at magtadskillelses- eller magtfordelingslæren også indeholder principper for fordelingen af den politiske magt i samfundet. Som ovenfor nævnt er den lovgivende magt den øverste politiske magt. Foruden at vedtage sædvanlige love om borgernes adfærd er det også lovgiver, der fastsætter reglerne for borgernes skattebetaling. Netop dette element er særdeles væsentligt ud fra en politisk betragtning, idet parlamentet kan stille betingelser for at bevilge skatte kroner. Parlamentet kan altså nægte at gøre det muligt for regeringen at opkræve skatter, hvis man ikke kan blive enige om, hvad pengene skal bruges til. På denne måde får parlamentet også en væsentlig indflydelse på statsbudgettet.

Både Locke og Montesquieu opstiller foruden den lovgivende magt to andre magter.

### Lockes magtfordeling

I Lockes kapitel XII opstilles den lovgivende, den udøvende (executive) og den udenrigspolitiske (federative) magt. Derimod nævnes den dømmende magt ikke i dette kapitel. Om baggrunden for den udøvende magt siges, at der ikke er noget behov for, at den lovgivende magt er samlet hele tiden. Den behøver alene at være samlet i kortere perioder for at vedtage de nødvendige love. Disse skal imidlertid hele tiden føres ud i livet og bakkes op af den nødvendige magt (force), hvorfor der hele tiden må være en udøvende magt i funktion.

Om den udenrigspolitiske magt siges, at der er behov for en tredje magt til at varetage relationer til personer uden for staten og til andre stater. Denne magt over krig, fred og alliancer adskiller sig fra den udøvende magt ved, at den ikke er bundet af loven. Man kan ikke lovgive for, hvornår og hvordan staten skal gå i krig. Men den er alligevel oftest forenet med den udøvende magt, for både den udenrigspolitiske og den udøvende magt udøves ved hjælp af samfundets fysiske magt. Som en af Lockes forgængere skrev: Soldatens og bødlens sværd er et og det samme sværd. Locke bemærker, at hvis man adskiller samfundets fysiske magt, således at den udøvende og den udenrigspolitiske magt kan handle uafhængigt af hinanden, kunne det skabe kaos og ødelægge staten. Igen svarer Lockes teori i

forbløffende grad til den moderne vestlige stat. Den udøvende magt er på hans tid nærmest politiet og den udenrigspolitiske er hæren. Dette er også i den moderne stat de eneste to organer, der er beføjet til og udlært til at udøve fysisk magt. Betragtningen om, at hvis hæren og politiet kæmper på hver sin side, kan staten blive ødelagt, er vel også stadig fuldt ud gyldig. Locke forudsiger den mulighed, at den udøvende magt vil udnytte sin fysiske styrke til at hindre parlamentet i at arbejde. I dette tilfælde må folket rejse sig imod den udøvende magt.

### Montesquieus upolitiske domstole

De tre magter, Montesquieu opstiller, er som nævnt den lovgivende, den udøvende og den dømmende magt. Umiddelbart synes hans model således at adskille sig væsentligt fra Lockes. Men forskellen er næppe væsentlig. Selv om Montesquieus fremstilling er meget uklar, er det rimeligt at antage, at den udøvende magt hos ham stort set har samme indhold som den udøvende og den udenrigspolitiske magt hos Locke. Når den dømmende magt opstilles som en selvstændig magt skyldes det de ovenfor anførte betragtninger om retssikkerheden. Hvad det politiske angår, udtaler Montesquieu imidlertid, at den dømmende magt er intet. Dommeren er alene "lovens mund". Herved menes, at dommeren ikke selv skal foretage afvejsninger af, hvad der er rigtigt og forkert, men alene skal læse loven. Hvilket Montesquieu synes at forudsætte er en mekanisk proces. Dette kan siges at være naivt.

Vil loven altid kunne have en sådan klarhed, at der ikke er tvivl om fortolkningen? Næppe. F.eks. bestemmer Straffelovens § 252, stk. 1, at den, der på hensynsløs måde volder nærliggende fare for nogens liv eller førlighed, straffes med hæfte eller fængsel op til 4 år. I en meget omtalt sag mod en AIDS-smittet haitianer fandt både byret og landsret, at haitianeren, ved at have samleje med en række piger uden at fortælle dem om sin smitte og uden at bruge kondom, på hensynsløs måde havde udsat pigerne for en nærliggende fare for at få AIDS. Højesteret kom til det modsatte resultat. Meget muligt ved at fortolke ordet "nærliggende" således, at risikoen skal have en vis styrke. Smitterisikoen var på ca 1%. Faren for smitte kan således siges ikke at have været "nærliggende". Eksemplet viser, at vores straffelov i hvert fald ikke har en sådan klarhed, som Montesquieu forudsatte. For egen regning kan jeg tilføje, at jeg heller ikke tror, at det er muligt at skrive en lov med en sådan klarhed, at der ikke opstår fortolkningsproblemer.

Man kan derfor nok sige, at hvis Montesquieu forsøgte at beskrive den dømmende funktion som alene at læse indenad, var det en naiv beskrivelse. Det er imidlertid nok nærliggende at læse Montesquieus fremstilling snarere som en beskrivelse af en idealtilstand. Altså på dette punkt som et krav om, at straffeloven skal formuleres så klart, at den ikke efterlader meget spillerum for domstolene. Som andre idealer er også dette uopnåeligt, men det er værd at bemærke, at det stadig opfattes

som et krav til lovgiver, at straffeloven både af hensyn til dommerne og de berørte borgere udformes så klart som muligt. Dette er ikke alene et spørgsmål om domstolenes muligheder for at påvirke landets politik, men i lige så høj grad et spørgsmål om borgernes retssikkerhed. Det hjælper ikke at opstille det ovenfor nævnte krav om, at borgerne kun kan straffes, hvis de har overtrådt en både vedtaget og kundgjort lov, hvis loven er så vagt formuleret, at det ikke er muligt for borgerne at se, hvad det egentlig er for en adfærd, der er strafbar.

Der er således ikke tvivl om, at domstolene hverken i Lockes eller i Montesquieus teorier indgik som en faktor i det politiske spil. Dette spil var et spil mellem den udøvende magt og den lovgivende magt, mellem kongen (eller regeringen) og det folkevalgte parlament.

Både Lockes og Montesquieus teorier indeholder behandlinger af andre væsentlige problemer end de her nævnte. Men disse kan i denne sammenhæng udelades.

## **Den danske grundlov**

I vores Grundlov bestemmes, at den lovgivende magt er hos Folketinget og regeringen (kongen) i forening. Den udøvende magt hos kongen og den dømmende magt hos domstolene.

## **Den lovgivende magt**

Man hører ofte den påstand, at den lovgivende magt reelt er hos Folketinget, underforstået, regeringens andel er ikke væsentlig. Efter Grundloven kan både regeringsmedlemmer og folketingsmedlemmer fremsætte lovforslag. Der er imidlertid ingen tvivl om, at næsten alle de lovforslag, der vedtages, fremsættes af regeringen. Det er sjældent, at folketingsmedlemmers forslag (kaldet private lovforslag) vedtages. Det følger klart af Grundloven, at en lov først er gyldig, når den er underskrevet af kongen og altså tiltrådt af regeringen. Det er derfor misvisende at fremstille forholdene således, at Folketinget har den lovgivende magt og regeringen alene en vetoret. Når det er regeringens lovforslag, der er tyngden i lovgivningsarbejdet, hænger det naturligvis sammen med, at regeringen har den ekspertise, der typisk er nødvendig for at udarbejde lovforslag. Ekspertisen sidder som embedsmænd i centraladministrationen og er altså underlagt regeringen.

Hvis man vil lave en analyse af de politiske magtforhold i et samfund, er en af de klassiske bommerter at tro, at det afgørende er, hvem der ifølge forfatningen har hvilke beføjelser. En række andre forhold, herunder besiddelse af ekspertise, spiller ofte en større rolle end de formelle regler.

I svensk forfatningsret nævnes undertiden et godt eksempel på, at den juridiske tildeling af beføjelser kan bruges til endog at

ophæve politisk magt. Det anføres, at man i tiden op til den nye svenske grundlov i 1974 forelagde den svenske konge så mange sager til afgørelse, at han ikke havde nogen jordisk chance for at sætte sig ind i dem. På denne måde blev det umuligt for ham at udøve nogen politisk indflydelse. Han havde nok at gøre med at underskrive sine rådgiveres forslag til afgørelse. Unægtelig en noget mere elegant måde at fratage folk indflydelse på end ved at fratage dem deres formelle beføjelser.

I dag kan en tilsvarende metode anvendes ved at forelægge de politiske beslutningstagere en så omfattende informationsmængde, f.eks. baggrundsstof for et lovforslag, at det bliver meget vanskeligt at gennemskue baggrunden for lovforslaget. Ligesom det var svært for kongen at sige, at han ikke ville blandes ind i så mange afgørelser, er det i dag svært for politikerne at sige, at de ikke vil have så megen information. Man kan naturligvis kræve at få det i en overskuelig eller pædagogisk form, men rådgiveren kan jo altid hævde, at problemet nu engang er så kompleks, som det fremtræder.

#### Finansloven

Ud over retten til at udstede almindelige love, herunder skattelove, er det bestemt i Grundloven, at statens budget vedtages som en særlig lov, Finansloven. Man har valgt denne form for at sikre, at Folketinget har den endelige afgørelse af, hvad regeringen må bruge statens indtægter til. Ingen udgift må nemlig afholdes, uden at den er optaget på Finansloven. Dette system, som stammer tilbage fra 1848-Grundloven, er bevaret, men har en noget anden karakter nu. Gennem såkaldte rammebevillinger gives der regeringen og andre offentlige myndigheder en betydelig større bevægelsesfrihed end i forrige århundrede.

Det er velkendt, at oppositionen under Estrups styre i forrige århundrede prøvede at gennemtvinge parlamentarismen ved at nægte at vedtage finanslovsforslaget for på den måde at hindre Estrup-regeringen i at udbetale noget beløb og således tvinge regeringen til at gå af. Som bekendt svarede Estrup igen med at hjemsende rigsdagen og dernæst benytte en bestemmelse i Grundloven om regeringens ret til i særlige nødstilfælde at udstede foreløbige (provisoriske) love. Denne noget specielle løsning, at regeringen selv fremkaldte nødsituationen og dernæst udnyttede den til udstedelse af provisoriske love, havde støtte hos de da toneangivende jurister. Metoden var netop mulig, fordi man havde valgt den specielle løsning at lade statsbudgettet vedtage som lov. Erfaringerne fra den tilsvarende kamp i andre lande synes dog at vise, at man heller ikke der kunne anvende parlamentets beføjelser vedr. budgettet til at gennemtvinge parlamentarismen. Netop på grund af Finanslovens særlige karakter har man stadig på Christiansborg diskussionen om, hvorvidt et "ansvarligt parti" kan stemme imod finansloven ved den endelige afstemning.

#### Indfødsretslove

At udlændingede-batten ikke er af ny dato, kan ses af, at Grundloven helt tilbage siden 1849 har haft en regel om, at udlændinge kun kan få dansk indfødsret ved lov. Igen en lov med et noget specielt indhold, idet den alene består af en lang liste af navne på udlændinge som tildeles dansk indfødsret og altså bliver danske statsborgere. En noget speciel forestilling at landets parlament skal diskutere, om NN fortjener at blive dansk statsborger. Reglen forhindrer, at regeringen/administrationen kan træffe disse afgørelser, selvom netop afgørelser om den enkeltes retsstilling jo typisk træffes af administrationen. Grundlovgiverne må have været bange for, at administrationen ville være for positiv over for udlændinge.

### Folketingsmedlemmernes beskyttelse

En bestemmelse i Grundloven vidner om, at man til dels har næret samme frygt som Locke for, at den udøvende magt skulle misbruge sin fysiske magt til at hindre folketingsmedlemmer i at udføre deres hverv. Man har i lighed med andre forfatninger indsat en bestemmelse om, at folketingsmedlemmer ikke kan anholdes, altså holdes tilbage, uden Folketingets samtykke, medmindre de er grebet på fersk gerning. Denne bestemmelse skyldes, at regeringen som leder af politiet ellers kunne tænkes at anholde et folketingsmedlem uden fornødent grundlag netop for at hindre vedkommende i at deltage i Folketingets arbejde. I samme regel er fastsat, at anklagemyndigheden heller ikke kan rejse tiltale mod et folketingsmedlem uden Folketingets samtykke. Tiltalen er formelt alene udtryk for, at sagen skal afgøres af retten - de uafhængige domstole. Imidlertid har selve tiltalebeslutningen en infamerende virkning. En avisoverskrift om, at folketingsmedlem NN er tiltalt for bedrageri, kan nok mindske vælgernes tillid til NN, ligesom selve deltagelsen i retsmøderne vil lægge betydelig beslag på NN's arbejdstid. Man har altså derfor besluttet, at tiltale kræver Folketingets samtykke.

Reglen er naturligvis ikke en regel, der har til formål at beskytte folketingsmedlemmernes mulighed for straffrit at overtræde lovgivningen. Den har alene mening som en sikring imod, at regeringen misbruger sit herredømme over anklagemyndigheden til chikanøse tiltaler. Hver gang der har været optræk til tiltale mod et folketingsmedlem, og Folketinget er blevet anmodet om at give samtykke, er dette sket. Med undtagelse af nogle få mindre partier er det sket med henvisning til, at der er fast praksis for at meddele samtykket. De store partier har næppe nogensinde indladt sig på en diskussion af, om en given tiltale kunne være politisk begrundet. Man har næsten afvist, at dette kan ske i Danmark og altså derved gjort reglen illusorisk. Ikke fordi jeg tror, at der har foreligget misbrug, men hvis spørgsmålet skulle have været diskuteret i Grundlovens ånd, skulle det vel være sket, da man anmodede om samtykke til tiltale mod Glistrup for skattesnyderi. Glistrup havde jo netop startet sin politiske karriere på at proklamere, at han ikke selv betalte skat og med at ligestille skattenægttere med frihedskæmpere. Uanset ens personlige holdning til dette aparte

program, må det erindres, at der her var en i usædvanlig høj grad sammenblanding af en politikers program og det han var tiltalt for. Læser man Folketingets debat, vil man imidlertid se, at alle andre partier end Fremskridtspartiet, Retsforbundet og De Uafhængige nægtede at diskutere, om tiltalen var politisk bestemt. Blot at rejse spørgsmålet, der jo altså forudsattes af Grundloven, ansås nok for umoralsk. Ingen grund til mistillid til anklagemyndighedens objektivitet. Dette kan måske undre i dag, hvis man sammenholder det med flere politikeres udtalte mistillid til undersøgelsesretten i Tamilsagen. Her kunne man godt udtrykke sin mistillid, selvom den vedrørte en dommer, hvis uafhængighed - modsat anklagerens - er reel og grundlovssikret.

### **Den udøvende magt**

Som nævnt var det ideologiske udgangspunkt, at den udøvende magt er politiet/fængselsvæsenet. Det karakteristiske for denne funktion er dens indhold af en fysisk magtudøvelse. Denne tankegang var uden større appel i 1849. Kun Grundtvig synes at have opfattet dette forhold, idet han bemærkede, at ordet magt var vel anbragt vedrørende den udøvende magt, men at de to øvrige magter ikke var magter, men myndigheder. Heller ikke på dette punkt vandt Grundtvigs bemærkninger genklang i den grundlovgivende forsamling. Man anså den udøvende magt for at være regeringen og den regeringen underlagte administration. Administrationens opgave var primært at træffe afgørelser ud fra de gældende regler: at meddele tilladelser, forbud, at opkræve skatter osv. Det afgørende var, at denne administration var bundet af loven og kun kunne handle i henhold til loven.

En særlig grundlovsbestemmelse fastslog, at udenrigspolitiske spørgsmål henhørte under regeringen og ikke under Folketinget. Kun i særligt kvalificerede tilfælde var regeringen bundet til at indhente Folketingets samtykke, før regeringen ved sine dispositioner bandt den danske stat. Efter Grundloven er udenrigspolitik stadig et regeringsanliggende, men i kraft af parlamentarismen kan et folketingsflertal rent faktisk tvinge regeringen til at føre en bestemt politik. Det skete ganske tydeligt i en del af Uffe Ellemann-Jensens tid som udenrigsminister og gik under navnet fodnotepolitikken, fordi et flertal uden om regeringen tvang udenrigsministeren til at tage forbehold, der blev sat ind i traktaterne som noter.

Formelt bestemmer Grundloven, at kongen har den udøvende magt. Samtidig bestemmes imidlertid, at kongen er ansvarsfri og udøver magten gennem sine ansvarlige ministre. Dette medfører, at kongen stort set kun kan handle med regeringens godkendelse eller samtykke. Dette gælder også, når kongen foretager sonderinger i forbindelse med regeringsdannelse ved udnævnelse af en ny regering.

### Parlamentarismen

Grundloven bestemte imidlertid ikke, hvem der skulle have

regeringsmagten. Altså hvem der skulle være statsminister og have de øvrige ministerposter. Netop dette spørgsmål resulterede i en af de hårdeste forfatningskampe. I 1849-Grundloven var Rigsdagen delt i to kamre, Landsting og Folketing, således at Landstinget blev valgt på en sådan måde, at det ville have en modererende (eller konservativ) indflydelse. Da højre mistede flertallet i Folketinget, fortsatte man med at have regeringsmagten. Man havde jo flertal i Landstinget. Folketinget ønskede imidlertid, at dettes flertal skulle afspejle sig i regeringsdannelsen og forsøgte derfor ved den ovenfor nævnte nægtelse af at vedtage Finansloven, at tvinge Højre-regeringen til at give op. Som nævnt svarede Estrup igen ved at hjemsende Folketinget og regerede ved provisoriske love fra 1885 til 1894. Først i 1901 med kongens udnævnelse af Matzen-regeringen fik vi en regering i en vis harmoni med Folketingets flertal.

Ved Grundloven af 1953 blev Landstinget afskaffet og parlamentarismen blev grundlovsfæstet. Man vedtog imidlertid ikke en bestemmelse om, at en regering for at kunne udnævnes skulle have et flertal i Folketinget bag sig. Man valgte en lidt vagere bestemmelse om, at et flertal i Folketinget ved at vedtage sin mistillid kan tvinge en regering bort. Dog således at statsministeren i stedet for at gå af kan udskrive nyvalg til Folketinget og altså appellere til vælgerne om at støtte regeringen, der så eventuelt kan fortsætte. Som en følge af denne regel antages, at kongen ikke kan udnævne en regering, der ud fra de ved udnævnelsen foreliggende oplysninger må antages at have et flertal i Folketinget imod sig. Netop denne formulering giver en mindretalsregering et betydeligt spillerum. Den kan træffe adskillige dispositioner som ikke kunne opnå flertal i Folketinget, blot de ikke er af en så væsentlig karakter, at Folketingets flertal vil vælte regeringen på spørgsmålet med risiko for at skulle ud i en valgkamp.

Det forhold, at Folketinget kan tvinge en regering til at gå af, eller eventuelt alene en enkelt minister, udtrykkes ofte ved termen 'det politiske ansvar'. Normalt menes med ansvar, at den ansvarlige kan risikere visse ubehageligheder, hvis han har handlet på en bestemt måde. Her kan man altså, hvis en regering eller en minister har foretaget noget, Folketingets flertal absolut ikke kan acceptere, "fyre" regeringen eller ministeren. Der er ingen retlige grænser for, hvornår Folketinget kan foretage "fyringen". Man kan blot vedtage, at man ikke har tillid til regeringen.

#### Ministrenes retlige ansvar (strafansvar)

Det oprindelige ansvar for ministrene og det, der knytter sig til Grundlovens bestemmelse om, at ministrene er ansvarlige for regeringens førelse, er det, fagfolk kalder det retlige ansvar. Hermed menes, at det er et ansvar, der kan udløses, såfremt en minister har overtrådt de gældende regler på strafbar vis, og som kan medføre, at ministeren straffes.

Den enevældige konge regerede i kraft af Guds nåde og var alene

ansvarlig over for Gud. Med demokratiets indførelse bliver det et grundkrav, at den, der har offentlig myndighed, skal udøve denne under ansvar over for de synlige jordiske magter. Man fandt imidlertid ikke, at ministre skulle underkastes samme retssystem som borgerne. Spørgsmålet om en minister skulle tiltales, skulle ikke afgøres af den almindelige anklagemyndighed, men af Folketinget. Grundloven oprettede en speciel domstol til at afgøre straffesager mod ministre: Rigsretten. Rigsretten består nu af indtil 15 højesteretsdommere og et tilsvarende antal lægdommere valgt af Folketinget uden for dets egen medlemskreds. De 15 lægdommere vælges i det politiske miljø, således at de formodes at have særligt kendskab til og forståelse for det politiske arbejdes særegne vilkår. Imidlertid har man ikke alene opnået en domstol med særlig indsigt, men også en domstol, hvor de i Folketinget repræsenterede anskuelser må antages at være repræsenteret.

Tre gange blev der i forrige århundrede rejst tiltale mod ministre for deres embedsførelse: i 1855 mod ministeriets Ørsted, i 1877 mod finansminister Krieger og hans efterfølger Fønnesbech samt deres chef Holstein-Holsteinborg, i 1877 i en anden sag mod kirke- og undervisningsminister Hall og hans efterfølger Worsaae. I alle tre tilfælde er den overvejende opfattelse i dag nok, at sagerne var rejst mere af politiske end af juridiske grunde og i alle tre tilfælde skete frifindelse. Som nævnt blev det i 1901 accepteret, at en regering ikke kunne udnævnes eller fortsætte, hvis den var i strid med Folketingets flertal. Der var derfor ikke længere nogen anledning til at rejse tiltale mod ministre for at tvinge dem bort.

Siden 1901 har der indtil Tamilsagen kun været én sag. Nemlig sagen mod konseilspræsident (nu: statsminister) I.C.Christensen og Sigurd Berg. De blev i 1910 tiltalt for ikke at have ført tilstrækkeligt tilsyn med Alberti, der som justitsminister havde foretaget omfattende økonomisk kriminalitet. Selve sagen mod Alberti blev begrænset til den kriminalitet, der ikke havde forbindelse med hans embedsførelse og som derfor kunne pådømmes af de almindelige domstole. Sigurd Berg blev idømt en bøde på 1000 kr. for manglende tilsyn og I.C.Christensen blev frifundet for straf, men dog tildelt en næse. Sagen bevirkede, at han forlod konseilspræsidentposten og ikke senere vendte tilbage.

Siden da har Rigsretten ikke været i funktion, og loven om Rigsretten og dermed proceduren for Rigsretten har ikke tiltrukket sig større opmærksomhed. I den juridiske teori har der på samme tid været enighed om at anse ministres retlige ansvar for at være et fundamentalt princip, men samtidig at anse det for meget lidt sandsynligt, at Rigsretten skulle komme i funktion igen. Det er dybest set en besynderlig ting at hævde, at et ansvar er fundamentalt, men samtidig at antage, at det aldrig vil blive aktuelt.

I det parlamentariske liv er det hændt, bl.a. i Tamilsagen, at statsministeren har erklæret, at en given handling er regeringens ansvar. En uerfaren iagttager kunne tro, at dette betød, at man var villig til at tage sin straf for handlingen.

Hvis en kriminel siger, at han er villig til at tage ansvaret for sine lovovertrædelser, vil dommer, forsvarer og anklager hurtigt blive enige om, at så kan sagen klares som en tilståelsessag. Når statsministeren siger det samme, har det en ganske anden betydning. Det betyder nærmest, at nu gider han ikke mere diskutere det spørgsmål, nu kan det være nok - videre til mere relevante sager på dagsordenen. Grunden til denne tilsyneladende forskel på menigmands måde og på regeringsmedlemmers måde at tage ansvaret på er nok, at statsministeren alene vil markere, at politisk tager regeringen ansvaret og så er det op til oppositionen, om de vil forsøge at vælte regeringen. Statsministeren har så eventuelt den mulighed at udskrive valg frem for at gå af, og på denne måde appellere til vælgernes gunst. Den nævnte talemåde viser således nok blot, at når statsministre taler om ansvar, mener de udelukkende det politiske. Det retlige ansvar, det at der kunne tænkes rejst rigsretssag, har ligget uden for statsministerens fantasi.

### Ministeransvarlighedsloven

I 1959 forliste grønlandsskibet "Hans Hedtoft". Der opstod bagefter stor diskussion, om grønlandsministeren - før der blev givet grønt lys for vintersejlad på Grønland - havde vildledt Folketinget om farerne ved sejlad. Man besluttede bl.a. under henvisning til, at der aldrig (over 100 år efter indførelsen ministeransvaret) var vedtaget en lov om ministres strafansvar, ikke at rejse tiltale mod ministeren. I stedet var nedsat en kommission til at undersøge behovet for den nævnte lov. Kommissionens store flertal var enige om ikke at tilråde en lovgivning. Imidlertid pressede venstre og konservative voldsomt på for at få en lov vedtaget - ikke mindst Ninn-Hansen var særdeles optaget af, at det blev markeret, at ministrene ikke alene kunne fyres af Folketinget (det politiske ansvar), men at de også kunne straffes, hvis de blev fundet ansvarlige for overtrædelser af loven eller vildledning af Folketinget. Folketinget og regeringen vedtog derfor i 1964 Lov om ministres ansvarlighed.

Teorien fandt det imidlertid fortsat ganske usandsynligt, at det retlige ansvar ville blive gjort gældende ved en rigsretstiltale. Professor i retshistorie i København Ditlev Tamm gik endog så vidt som til i en artikel i Advokatrådets blad "Lov og Ret" at hævde, at Rigsretten ikke kunne bruges igen.<sup>4)</sup> Hans indlæg kom desværre påfaldende tæt på arbejdet i undersøgelsesretten og kan vanskeligt ses som andet end et mere politisk end juridisk/historisk indlæg i debatten. Ditlev Tamm hævdede, at Rigsretten var blevet uaktuel allerede på grund af parlamentarismens indførelse. Han glemte desværre at nævne, at det var lykkedes bl.a. Ninn-Hansen at få markeret ansvarets aktualitet så sent som i 1964. Dette er naturligvis også en spændende facet i spillet mellem jura og politik: Hvornår fremsættes et udsagn som objektiv jura, selvom det i langt højere grad er præget af

---

<sup>4)</sup> Jfr. Lov og Ret 1991 nr. 1, s. 13: "Rigsretten begravet med Albertis bedragerier".

politiske holdninger end af jura? Findes der en klar grænse, eller findes der blot nogle få klare misbrugstilfælde?

## Rigsretten

Når man har anset en rigsretssag for usandsynlig, hænger det naturligvis sammen med, at Rigsretten er et meget specielt organ. Næsten hele Højesteret tages ud af det daglige arbejde. En domstol med op til 30 dommere er et meget tungt instrument. Reglerne er nok oprindelig indført til beskyttelse af ministrene for at sikre dem en fair og værdig behandling. Netop det forhold, at organet er så tungt, har dog sandsynligvis haft den følge, at man har været utilbøjelig til at bruge det. Den praktiske virkning har således ikke været at sikre ministrene en fair og værdig behandling, men at sikre dem mod, at deres sag overhovedet blev behandlet.

Man kan da også spørge, om sager mod ministre ikke kunne afgøres i et meget simplere og mere operationsdygtigt forum. Hvis Københavns overborgmester måtte blive tiltalt for embedsforbrydelser, afgøres sagen af en almindelig dommer og 2 domsmænd. Hvis landbrugsministeren tiltales, skal der op til 15 højesteretsdommere og 15 lægdommere til. Er der så megen standsforskkel, at dette er rimeligt eller er der så meget mere politik i jobbet som landbrugsminister end i jobbet som overborgmester? Jeg har svært ved at se proportionerne. I øvrigt kunne man vel sætte spørgsmålstegn ved en af de afgørende præmisser. Er det rigtigt, at højesteretsdommerne ikke selv har det fornødne kendskab til ministrenes arbejde? Jeg tror det ikke. I hvert fald har en hel del af dommerne en fortid i Justitsministeriet. Man kunne måske lige så vel antage, at hvis der er noget arbejdsområde, de har særligt kendskab til, er det netop ministerierne. I hvert fald i betydelig højere grad end til arbejdet i kommunernes ledelse. Men er det ikke rimeligt, at der er et politisk element i Rigsretten - dybest set handler det jo om politik?

I forrige århundrede byggede relationen mellem Folketing og regering ofte på et modsætningsforhold. Ideen med parlamentarismen er at ophæve i hvert fald en væsentlig del af dette modsætningsforhold. Der er ikke i dag basis for at straffe ministre af delvis politiske grunde. Det politiske må behandles politisk med kritik i Folketinget eller kraftigere sanktioner, i værste fald en mistillidsdagsorden. Det retlige ansvar skal koncentrere sig til tilfælde, hvor der retligt set er grund til at rejse tiltale. Og hverken ved afgørelse af skyld- eller strafudmålings spørgsmål bør der tages politiske hensyn.

Kan det retlige ansvar ikke helt afskaffes? Er der grund til at straffe ministre? De vil jo i dag alle være fyrede, før de tiltales og har dermed fået straf nok. Er der grund til at bruge millioner af kroner på noget så formelt som også at straffe dem? Dette er naturligvis et holdningsspørgsmål, som hver enkelt må gøre op med sig selv. Har det nogen positiv virkning på den pågældende eller på andre at straffe en fyret minister? Dette er

meget svært at besvare, men kan man ikke med samme ret spørge, om der er nogen grund til at straffe den lastbilchauffør, der allerede er fyret, fordi at han efter spirituskørsel har mistet kørekortet? Nogle vil kun diskutere spørgsmålet i forhold til samfundets ledelse. Andre vil måske lægge vægt på, at i et demokrati udøves magten under et retligt ansvar og at man tilstræber lighed for loven.

#### Domstolskontrollen med administrationen

Som nævnt var en af måderne at sikre, at administrationen overholdt loven på at true cheferne, ministrene med straf, hvis de overtrådte loven. Dette ansvar har som nævnt næppe haft den store politiske virkning, da ministrene i dette århundrede næppe har troet, at der var en risiko for rigsretstiltale.

For yderligere at beskytte borgerne mod overgreb fra administrationen, indsatte man i 1849-Grundloven en regel om, at enhver borger kunne indbringe spørgsmål, om administrationen i forhold til hans interesser havde handlet lovligt, for domstolene. Disse sager drejer sig ikke om straf, men om at tvinge administrationen til at ændre afgørelse. Har man f.eks. fået et ulovligt afslag, kan man sagsøge ministeriet og få dom for sin ret. Både på grund af de store omkostninger ved at anlægge og føre en sådan sag, og fordi man først kan vente en afgørelse efter flere år, er det meget få administrative afgørelser, der prøves ved domstolene. Typisk er der tale om skattesager, dels fordi disse ofte drejer sig om betydelige beløb og dels, fordi sagerne ofte berører personer eller virksomheder med en vis indflydelse. For nylig tilbød staten et pengeinstitut fri proces til at lade domstolene afgøre en tvivl mellem pengeinstituttet og staten om, hvorvidt staten havde lovet pengeinstituttet et nærmere bestemt skattefradrag for at overtage et andet næsten falleret pengeinstitut. Tilbuddet lød altså på, at staten ville betale sin modparts sagsomkostninger ved at lade domstolene afgøre spørgsmålet. Pengeinstitutts ledelse svarede klart nej til tilbuddet. Sandsynligvis fordi man følte, at statens forslag ville have den for pengeinstituttet ubehagelige virkning at udskyde afgørelsen i flere år. Sagen viser således, hvorfor domstolssager ofte ikke er en acceptabel løsning selv i sager om store beløb.

Domstolskontrollen har sin store værdi ved, at domstolen træffer nogle principielle afgørelser, der kan have væsentlig betydning for afgørelser i fremtiden i mange andre sager. Det kan naturligvis være tiltrækkende for organisationer, men har ikke den store betydning for bagermester Pedersen, der nok ser mere på, hvad han selv kan få ud af et sagsanlæg. I øvrigt ændres lovgivningen i dag langt hyppigere end for 50 år siden. Disse hyppige lovændringer bevirker ofte, at den lov, domstolene fortolker i en flere år gammel sag, allerede er ophævet eller ændret. Dommen giver således alene retningslinier for fortolkningen af en ophævet lovbestemmelse. Det har ikke altid den store principielle interesse for fremtiden.

## Ombudsmanden

Forud for vedtagelsen af 1953-Grundloven var man opmærksom på, at der kunne være behov for yderligere beskyttelse af borgernes retssikkerhed i forhold til administrationen, der siden første verdenskrig havde fået en stadig større betydning. Man besluttede derfor efter svensk forbillede at indføre en ombudsmandsinstitution. Borgere, der mente sig forkert behandlet af statsadministrationen, fik hermed en mulighed for uden væsentlige omkostninger at få deres sag prøvet. De skulle blot klage til ombudsmanden, der så kunne tage sagen op og selv undersøge den. Det var således ikke nødvendigt med kostbar advokatassistance. Sagerne behandles primært ud fra det skriftlige materiale, de indeholder. Sagsbehandlingen er derfor betydeligt hurtigere end ved domstolene. En væsentlig forskel på ombudsmandsinstitutionen og på domstolene er i denne henseende, at medens domstolenes opgave i disse sager er at træffe en for begge parter bindende afgørelse, har ombudsmanden ingen beføjelser til at ophæve eller ændre administrationens afgørelser. Det hænger sammen med, at sagerne ikke her behandles med samme minutiøse grundighed som ved domstolene. I hvert fald er der under en retssag betydeligt bedre mulighed for at få belyst ikke alene hvad der står i papirerne, men også ved vidneførsel, hvad der rent faktisk er sket. Dette kunne ligne en væsentlig svækkelse af ombudsmandsinstitutionen. Enhver har jo principielt ret til at sætte sig ind i en sag og udtale sin uforgribelige mening. Det har næppe altid nogen større effekt.

Det politiske liv siden 1953 har imidlertid vist, at ombudsmandens udtalelser, herunder kritik af administrative afgørelser, har særdeles kraftig effekt. Det er meget sjældent, at en administrativ myndighed efter at ombudsmanden har udtalt kritik af dens afgørelse vil svare: "Nåh! Det kan han jo bare mene". At ombudsmandens udtalelser tillægges ganske særlig vægt skyldes i høj grad den formelle konstruktion, man har valgt. Institutionens rette navn er Folketingets Ombudsmand. Han vælges efter hvert folketingsvalg af Folketinget og kan frit afskediges af dette. Meningen hermed er at udtrykke, at han formelt udøver sin kontrol på Folketingets vegne. Hele institutionen bygger således på, at han har Folketingets tillid. Hvis ombudsmanden har Folketinget bag sig, er det en naturlig følge i et parlamentarisk system, at ministerierne vil rette sig efter hans eventuelle henstilling om at ændre en afgørelse.

En anden væsentlig grund til, at ombudsmandens afgørelser normalt følges, er naturligvis også disse afgørelses kvalitet. Denne skyldes en grundig sagsbehandling, men også at ombudsmandsinstitutionens personale ganske naturligt opnår en særdeles høj indsigt i administrative regler og procedurer. Dette retsområde er et af de sværeste inden for juraen og et område, som mange advokater og dommere kun sjældent støder på. Denne indsigt i administrationsjuraen har ikke alene bevirket en høj standard for den konkrete sagsbehandling, men har også medført, at ombudsmandsinstitutionen i adskillige tilfælde har været banebrydende i retning af at sikre, at borgerne får fair

behandling af administrationen. Dette er dels sket ved forslag til lovændringer og dels ved udvikling af principper for god sagsbehandling, som efterfølgende er blevet accepteret af de administrative myndigheder.

I en vis forstand har det muligvis styrket ombudsmandsinstitutionen, at ombudsmanden ikke kan træffe bindende afgørelser. Den, der endeligt kan afgøre en sag, kan jo blot gøre det. Bevidstheden herom vil meget let komme til at påvirke den pågældende i forhold til begrundelsen eller rettere i retning af, at det måske ikke er nødvendigt at give den mest udførlige begrundelse - man har jo magten. Den, der som ombudsmanden alene kan henstille til andre at ændre deres afgørelse, er næsten tvunget til med gode argumenter at overbevise dem om, at en ændring er det rigtige. Ombudsmandsinstitutionen har således udviklet sig til nok at være den institution, der yder borgerne den bedste beskyttelse af deres retssikkerhed.

Ombudsmandens mulighed for at undersøge en sag er naturligvis afhængig af, om han kan få sandfærdige oplysninger fra myndighederne. Det er derfor bestemt i lovgivningen, at myndigheder er pligtige til at besvare hans spørgsmål med den virkning, at det er strafbart for de ansatte at tage del i at afgive urigtige oplysninger. Efter de i dommer Hornslets rapport fremlagte oplysninger er der ikke tvivl om, at justitsministeriets embedsmænd medvirkede til at afgive urigtige oplysninger til ombudsmanden. Statsministeren anmodede statsadvokaten om at undersøge muligheden for at rejse sigtelse og tiltale mod de pågældende. Eventuelle straffesager viste sig imidlertid forældede. Senere under selve rigsretssagen besluttede justitsministeren, at der ej heller skulle foretages nogen tjenstlig undersøgelse af dette forhold med den begrundelse, at det i rigsretssagen lå klart, at deres chef Ninn-Hansen ikke kunne straffes for dette. Ministerens begrundelse forekommer overraskende. Det er rimeligt ikke at straffe underordnede, hvis hovedmanden går fri, selv om man har mulighed for det. Imidlertid var spørgsmålet ikke, om de pågældende embedsmænd skulle straffes, men om det er en tjensteforseelse at medvirke til at afgive urigtige oplysninger til ombudsmanden. Og om en sådan adfærd i givet fald kunne give problemer ved de pågældendes fortsatte ansættelse i ministeriet. Ministeren har nu slået fast, at det ikke er noget problem for ministeriet, at dets embedsmænd muligvis på strafbar måde har vildledt ombudsmanden. Samtidig har man fået nedsat en kommission til at kulegrave, hvordan man kan undersøge ministres eventuelle overtrædelser af lovgivningen. Man foregiver vilje til at finde brugbare undersøgelsesformer samtidig med, at man træffer en afgørelse, der klart svækker ombudsmandens mulighed for at afdække ulovlighederne.

Folketingets stående udvalg

Ombudsmanden er valgt af Folketinget, men tinget kan ikke blande sig i, hvordan den enkelte sag afgøres. Imidlertid har der i de senere årtier været en udvikling, som i særlige tilfælde har

svækket ombudsmandsinstitutionen. Ideelt set er ombudsmandens kontrol en del af Folketingets kontrol med administrationen. Det har hele tiden siden 1849 været forudsat, at Folketinget skulle holde øje med, om regeringen og administrationen holdt sig inden for lovens grænser. Tidligere var der ikke et særligt forum for denne aktivitet. Folketinget nedsatte udvalg, når der var behov for det til at behandle lovforslag. I 70'erne gik Folketinget imidlertid over til at vælge stående udvalg. Disse udvalg fik typisk et arbejdsområde svarende til et ministerium og skulle således behandle alle lovforslag vedr. dette område. Fordelen ved denne form var naturligvis, at udvalgets medlemmer fik et indgående kendskab til et bestemt område. Dette bevirkede naturligt, at de også fik bedre mulighed for at overvåge administrationen på området. Som udgangspunkt skulle dette give en mere kvalificeret og effektiv kontrol med, at administrationen holdt sig på "lovens smalle sti". Den gamle model med Folketinget som kontrollant af regeringen bygger imidlertid på, at Folketinget har en afgørende interesse i at fastholde regeringen på lovens grund. Hvis der er et modsætningsforhold mellem regering og Folketing, kan Folketinget bruge kontrollen som en magtfaktor. Med parlamentarismens indførelse ophæves denne modsætning imidlertid mere eller mindre. I et parlamentarisk system vil det til dels være naivt at tro, at Folketingets flertal har en afgørende interesse i at afsløre en regerings eventuelle lovbrud. Tværtimod er det nærliggende, at hvis regeringen har et flertal i Folketinget bag sig, vil dette flertal i højere grad være interesseret i at beskytte regeringen end på at afsløre den. Det afgørende for folketingsmedlemmer og partier er naturligvis primært, hvilken politik der føres. Spørgsmålet om lovligheden af de trufne afgørelser bliver let betragtet som et formelt spørgsmål uden større interesse. Er der et folketingsflertal bag en bestemt administrativ afgørelse, kan dette flertal jo blot sammen med regeringen ændre loven, så afgørelsen bliver lovlig.

Et folketingsudvalg kan stille spørgsmål til ministrene for at kontrollere administrationen. Det pudsige er imidlertid, at ministeren i visse tilfælde er interesseret i denne kontrol. Det er ikke ukendt, at spørgsmål stilles af udvalgsmedlemmer fra ministerens eget parti og det erkendes vel også åbent, at dette kan ske efter opfordring fra ministeren. Han kan herved opnå at få et spørgsmål diskuteret med udvalget og på denne måde få sat fokus på et bestemt problem eller måske vejre, hvorledes stemningen er i udvalget og derved nok også i Folketinget over for en bestemt løsning af problemet. Der er intet til hinder for, at denne "kontrolkontakt" mellem minister og udvalg sker, før ministeren har truffet sin afgørelse. Udvalget vil ikke have anledning til at modsætte sig dette. Det er da åbenbart bedre, at ministeren fra starten træffer den efter udvalgets opfattelse rigtige afgørelse fremfor at udvalget bagefter skal prøve at få ham til at ændre en forkert afgørelse. Ministeren kunne naturligvis hævde, at det er ham, der har retten til at træffe afgørelsen, og at udvalget så bagefter kan kritisere dens lovlighed eller politiske indhold. Det vil en minister dog næppe finde klogt i et parlamentarisk system. Hvis han skulle være i tvivl, om en afgørelse er lovlig, er det væsentligt at få

spørgsmålet undersøgt. Hvis han imidlertid har fået opbakning i folketingsudvalget for sin afgørelse, har spørgsmålet om lovligheden mindre betydning. I og med at udvalget bakker op om beslutningen, har den til dels karakter af en folketingsbeslutning. Man kan ikke tænke sig, at samme Folketing bagefter vil drage ministeren til ansvar for beslutningen. Folketingsudvalgets opbakning sikrer altså reelt ministeren mod at blive draget til ansvar for beslutningen - både retligt og politisk. Afgørelsen kan således næppe forstyrre ministerens personlige karriere. Ydermere er der den virkning, at ombudsmanden, netop fordi han er Folketingets ombudsmand, er afskåret fra at kritisere afgørelsen. Det ville jo være en kritik af hans egen chef Folketinget. Ombudsmanden er derfor nødt til at undlade at behandle sagen. Dette medfører, at den borger, der på denne måde føler sin ret krænket af administration og Folketing, har en meget svækket beskyttelse af sin retssikkerhed. Borgerens eneste mulighed er at rejse en retssag. Som ovenfor nævnt er der for en minister sjældent grund til at frygte, at dette vil blive resultatet og under alle omstændigheder vil en eventuelt belastende afgørelse først komme flere år senere.

Noget tyder på, at denne mekanisme med at fjerne borgernes retsbeskyttelse har været anvendt fra tid til anden, men det endelige bevis blev først ført for undersøgelsesretten i Tamilsagen, hvor dommer Hornslet anså det for bevist, at justitsministeren og hans embedsmænd netop for at undgå kritik fra ombudsmanden fik ministerens partifælle til at stille et spørgsmål til ministeren. Taktikken lykkedes, idet ombudsmanden følte sig nødsaget til at træde ud af sagen, hvilket som bekendt forårsagede en del postyr, da en stor del af udvalgets medlemmer - måske dem alle - først bagefter blev klar over, at dette var prisen for udvalgets drøftelse med ministeren. Denne ville udvalgets flertal ikke betale og ombudsmanden blev derfor underrettet om, at udvalget ikke havde truffet nogen afgørelse, men alene var orienteret af ministeren. Ombudsmanden genoptog derefter sin behandling af sagen. Denne del af Tamil-sagen fik navnet Telefax-sagen, fordi pressen afslørede, at spørgsmålet til Justitsministeren var sendt med telefax fra Justitsministeren til spørgeren - og altså ikke omvendt.

## **Domstolene**

Som bekendt er den dømmende magt henlagt til domstolene. Den dømmende magt omfatter afgørelse af straffesager og tvister mellem borgerne eller mellem borgerne og det offentlige. I ethvert vesteuropæisk land er det væsentligste krav til domstolene, at de er uafhængige. Andre statsorganer - primært regeringen - må ikke kunne styre domstolene ved at bestemme, hvordan disse skal afgøre deres sager. Når domstolene skal afgøre deres sager, er de politiske organer afskåret fra indflydelse. Lovgiver har naturligvis den afgørende indflydelse ved at have vedtaget de love, der skal dømmes efter. I Grundloven er dette formuleret ved en bestemmelse om, at dommerne, når de dømmer, alene skal rette sig efter loven.

Folketinget kan således lige så lidt som regeringen pålægge domstolene at træffe en bestemt afgørelse. Reglen fortolkes således, at det nok også vil være i strid med reglen, om regeringen eller Folketinget udtalte et ønske om eller en henstilling om, at domstolene traf en bestemt afgørelse. Reglen er derimod ikke et krav om, at domstolene, når de fortolker loven, alene skal rette sig efter lovens tekst. Tværtimod er det helt almindeligt, at domstolene, hvis det er tvivlsomt, hvorledes en lovbestemmelse skal fortolkes, ser på bemærkningerne til lovforslaget. Når der i Folketinget fremsættes lovforslag, vil dette altid indeholde en række forklarende bemærkninger om, hvorfor forslaget fremsættes, hvad der er hovedindholdet og hvorledes de enkelte bestemmelser skal forstås. Som ovenfor nævnt er langt de fleste lovforslag udarbejdet i ministerierne og bemærkningerne er altså udarbejdet af disses embedsmænd. Baggrunden for at lægge vægt på disse bemærkninger er ikke, at de udtrykker regeringens synspunkt, men at de har været forelagt Folketinget og at man derfor må gå ud fra, at Folketinget, medmindre andet er oplyst, har tiltrådt disse bemærkninger. De er altså lovgivers forudsætninger for læsning af loven. Der er ingen tvivl om, at denne fortolkningsmetode er objektiv i den forstand, at den ikke giver dommeren særlige muligheder for at lade sine egne politiske holdninger være afgørende. Den tvinger jo netop dommeren til at afstå fra at vælge den fortolkning, han personligt måtte foretrække og i stedet at vælge lovgivers. Men man kan måske undre sig over, at jurister og altså også dommere generelt henviser til de af embedsmændene udarbejdede lovforslag i langt højere grad, end de henviser til selve debatten i Folketinget. Såfremt man i demokratiets navn anså Folketingets forudsætninger for det afgørende, kunne man forvente hyppige henvisninger til folketingsdebatten. Som et af de få tilfælde, hvor der henvises til folketingsdebatten, kan nævnes Højesterets dom i den ovenfor omtalte sag om den HIV-positive haitianer. Måske er det ikke tilfældigt, at der her citeres fra debatten for at vise, at den var så uklar, at den ikke kan bruges til noget konstruktivt. Undertiden henvises dog til de betænkninger, der afgives af folketingsudvalg mellem behandlingerne i folketingssalen. Desværre er bemærkningerne oftest meget kortfattede i disse udvalgsbetænkninger.

Ofte behandles en gældende lovbestemmelse i Folketinget, uden at den foreslås ændret, f.eks. spørger et medlem af Folketinget ministeren, hvorledes en bestemmelse fortolkes eller administreres. Vil sådanne udtalelserne være bindende for dommerne? Der er ikke tvivl om, at de ud fra almindeligt accepterede fortolkningsprincipper ikke er en del af loven, men omvendt er det vel ikke kritisabelt, om dommerne ved deres fortolkning tager hensyn til sådanne udtalelser, hvilket da også er sket i praksis.

Problemet kan være mere kompliceret. F.eks. kan tænkes, at der i Folketinget fremsættes et forslag til ændring af loven for at få en højere straf for f.eks. vold mod sagesløse fodgængere. Det fremgår af debatten, at domstolene i typetilfældene har givet 30 dages fængsel, og at flertallet finder, at niveauet bør være 60

dages fængsel. Loven fastsætter ikke straffen for de enkelte forbrydelser, men giver domstolene et spillerum f.eks. fra hæfte op til 1½ års fængsel. Flertallet ønsker straffen hævet, men ønsker ikke at ændre loven, fordi den allerede giver mulighed for at fordoble straffen i de sager, hvor man ønsker forhøjelse. Hvis man havde valgt at forhøje strafmaksimum til 4 års fængsel, ville domstolene med rette føle sig bundet heraf og være forpligtet til at forhøje normalstraffen for vold mod sagesløse forgængere. Nu gør Folketinget det fornuftige, at man konstaterer, at loven er god nok. Vil domstolene være forpligtet til at forhøje normalstraffen? Nogle dommere vil måske føle, at strafudmåling mere er et domstols- end et folketingsanliggende og vil derfor være utilbøjelige til at forhøje. Jeg tror dog, at de fleste dommere vil nå til det fornuftige resultat, at spørgsmålet om, hvor hårdt samfundet skal straffe enkelte typer af forbrydelser i sin natur er et politisk og ikke et juridisk spørgsmål. At en normalvoldtægt i Danmark måske koster 1½ års fængsel og i Storbritannien måske det dobbelte er ikke udtryk for forskellig jura, men for forskellig politik. Det er således rimeligt, at domstolene i disse tilfælde vil være tilbøjelige til at følge udtalelser fra parlamentet om generelle ønsker om et højere eller lavere straffniveau, modsat udtalelser om udmåling for enkelte allerede begåede forbrydelser.

#### Dommernes personlige beskyttelse

I erkendelse af, at dommere er mennesker, er der tradition for, at man har sikret deres personlige uafhængighed. En ting er en bestemmelse om, at dommerne alene skal rette sig efter loven, men hvad hvis dommeren ved, at han risikerer at blive fyret, hvis han afsiger en dom, som regeringen ikke kan lide? Det er let at forestille sig, at den risiko kunne indgå i dommerens overvejelser, hvis den var reel. Man må altså sikre dommerne mod den slags afskedigelser. Omvendt kan man ikke gøre dem helt uafhængige. Det kan jo tænkes, at en person, der er udnævnt til dommer, pga sygdom eller af andre grunde ikke kan eller vil bestride jobbet på en forsvarlig måde. Grundloven har derfor valgt det system, at dommere kan afskediges, men kun ved dom. Regeringen er således afskåret fra at afskedige en upopulær dommer.

Grundlovens princip er således enkelt: fordi domme kan have særdeles stor betydning for den enkelte, kan de kun afsiges af dommere, der alene skal rette sig efter loven og som ikke kan fyres af regeringen. Det påfaldende er imidlertid, at dette i Grundloven klart formulerede princip aldrig har været efterlevet fuldt ud. De personer, der er udnævnt til dommere, har den nævnte beskyttelse mod afskedigelse, men ved danske domstole afsiges i meget vidt omfang domme af dommerfuldmægtige og retsassessorer. Ansættelse som dommerfuldmægtig sker typisk lige efter, at den pågældende har fået sin juridiske eksamen og en meget stor del af dommerfuldmægtigene forfremmes efter nogle år til retsassessorer. Dommerfuldmægtigene er end ikke tjenestemænd, men overenskomstansatte, der forholdsvis let kan afskediges. Endvidere har en del af justitsministeriets yngre

jurister bemyndigelse til at fungere som 'dommere'. Endelig er en del af landsretternes jurister dommerfuldmægtige eller retsassessorer, der fungerer i landsretten i en vis periode, dels i uddannelsesøjemed og dels med henblik på en prøvelse af deres egnethed til at beklæde en dommerstilling. Der har således været en tradition for, at der i meget vidt omfang afsiges domme af personer, der klart ikke opfylder Grundlovens krav om uafhængighed. Den forfatningsretlige teori har længe forholdt sig kritisk til denne tingenes tilstand, men spørgsmålet ses ikke at have optaget lovgiver, ligesom dommerstandens kritik af systemet tilsyneladende har været moderat.

I 1953 trådte Den europæiske Menneskerettighedskonvention i kraft for Danmark. Den danske stat var herefter forpligtet til at overholde konventionens bestemmelser. Efter konventionens art. 6, stk. 1, skal bl.a. straffesager afgøres af en "uafhængig og upartisk domstol". Kravet til dommernes uafhængighed er ikke i konventionen angivet med samme præcision som i Grundloven. Indtil 1992 var det alene en folkeretlig forpligtelse for regering og lovgiver at sikre, at dansk ret levede op til dette krav. I 1992 blev konventionen vedtaget som en dansk lov og var herefter bindende også for danske domstole.

I juni 1993 protesterede en tiltalt mod at blive dømt af en fuldmægtig konstitueret som dommer. Fuldmægtigen var ansat i Justitsministeriet og var, da straffesagen startede ved retten, beskæftiget i det kontor, der er overordnet anklagemyndigheden. Tiltaltes forsvarer ville have fuldmægtigen til at vige sit sæde, fordi hun ikke opfyldte kravet til dommer-uafhængighed i Menneskerettighedskonventionen, men fuldmægtigen gav ham ikke medhold. Spørgsmålet blev indbragt for Østre Landsret, der heller ikke gav forsvareren medhold. Spørgsmålet blev endelig indbragt for Højesteret, der afgjorde sagen i april 1994. Forsvareren valgte tilsyneladende at procedere på, at den gældende ordning var i strid med konventionen. I hvert fald indeholder Højesterets referat af hans indlæg ikke nogen egentlig påstand om, at ordningen er i strid med Grundloven. Højesteret tager imidlertid først stilling til, om ordningen er i strid med Grundloven. Det konstateres, at lovgiver har vedtaget bestemmelser om, at personer, der ikke har grundlovsbeskyttelse mod afskedigelse, kan fungere som dommere. Dernæst konkluderes, at Grundlovens bestemmelse "på baggrund af denne lovhjemlede, mangeårige praksis for anvendelse af konstituerede dommere fortolkes således, at den ikke udelukker, at dømmende funktioner i et vist omfang kan udøves af dommere, der ikke nyder grundlovssikret beskyttelse mod afskedigelse og forflyttelse". Endelig konstaterer Højesteret, at der gennem årene er sket en betydelig udvidelse af omfanget af den nævnte konstitutionspraksis, men finder "ikke tilstrækkeligt grundlag for" at anse den bestående konstitutionspraksis for grundlovsstridig.

Højesteret går herefter over til at se på den mere upræcise konventionsbestemmelse. Der er en særlig international domstol til afgørelse af, om staterne har overtrådt konventionen. Højesteret konstaterer derfor først, at denne domstol ikke har

taget stilling til en sag, der ligner den danske. Højesteret må derfor foretage sin egen fortolkning af konventionsbestemmelsen, der imidlertid er formuleret særdeles upræcist i forhold til normen for danske lovbestemmelser. Den efterlader således et entydigt spillerum for politisk hensyntagen: hvor højt prioriteres disse ideale betragtninger om dommeruafhængighed i forhold til værdien af et rimeligt uddannelsessystem for dommere. Uden at foretage nogen præcis fortolkning udtaler Højesteret, at det er tvivlsomt, om den danske konstitutionsordning som helhed er forenelig med konventionen. Da spørgsmålets besvarelse afhænger af en tvivlsom fortolkning af konventionen og på grund af spørgsmålets indgribende betydning for hele den danske domstolsorganisation, finder Højesteret, at en afklaring af spørgsmålet bør løses gennem lovgivning.

I den konkrete sag finder man, at fuldmægtigen burde have vejet sit sæde, fordi vedkommende, netop da sagen startede, var ansat i kontoret for anklagemyndigheden, og dette kunne mindske tilliden til, om hun virkelig var uafhængig af anklagemyndigheden. Måneden efter Højesterets afgørelse fastslog Østre Landsret i en anden straffesag, at en fuldmægtig fra Justitsministeriet, der ikke arbejdede i kontoret for anklagemyndigheden, ikke burde vige sit sæde. Der sidder for øjeblikket et særligt udvalg og behandler problemerne ved den gældende domstolsorganisation.

Kan domstolene tilsidesætte love,  
der anses for grundlovsstridige?

Når Grundloven fastsætter forskellige regler og dermed ofte grænser for de øverste statsorganer, skal disse regler naturligvis overholdes. Heri er næppe nogen uenige. Men hvem skal afgøre, om et statsorgan har overtrådt Grundloven. I Grundloven er en særlig regel om, at domstolene kan efterprøve, om administrationen har overholdt lovgivningen, hvorunder Grundloven hører. Grundloven indeholder imidlertid ikke nogen regel om, hvem der skal afgøre, om lovgiver overholder Grundloven. Da man gav Grundloven, kunne man nemlig ikke blive enige om dette spørgsmål.

Spørgsmålet har traditionelt været betragtet som et meget væsentligt spørgsmål. Hvis man beslutter, at domstolene kan afgøre, om en lov er grundlovsstridig og altså ikke kan anvendes, har domstolene fået en mulighed for at sige definitivt nej til en lov, medmindre lovgiver kaster sig ud i en langvarig og vanskelig grundlovsprocedure. Det er klart, at dette kan medføre en konfrontation mellem domstole og lovgiver, hvor Folketinget med en vis ret kan hævde, at det udgør en folkevalgt forsamling og, at det er udemokratisk, hvis udnævnte embedsmænd uden noget folkeligt mandat, kan censurere lovgivningen. Omvendt kan dommerne hævde, at når Grundloven skal overholdes også af lovgiver, er det en naturlig følge, at domstolene kan efterprøve det. Hvis der ikke er nogen mulighed for at skride ind over for lovgivers grundlovsbrud, står lovgiver jo reelt frit i forhold til Grundloven. Lovgiver kan på sin side hævde, at

folketingsmedlemmerne står til ansvar over for deres vælgere. Domstolene at grundlovsfortolkning ikke er noget for den enkelte vælger. Denne diskussion kan nok fortsættes i det uendelige. Der er gode argumenter for begge synspunkter og forskellige løsninger i forskellige systemer. Velkendt er især den amerikanske højesterets prøvelse. Er dødsstraf f.eks. i strid med forfatningen eller ej? Det bliver i USA ikke parlamentet, der i sidste ende afgør, om man skal have dødsstraf, men Højesteret.

Der er væsentlige grunde til, at spørgsmålet om domstolens mulighed for at afprøve lovens lovlighed har været politisk brændbart. Et af de hovedområder, hvor man i Danmark kunne tænke sig, at domstolsprøvelsen ville få væsentlig praktisk betydning, er ved Grundlovens beskyttelse af den private ejendomsret. Staten - lovgiver - kan beslutte ekspropriation, hvis Grundlovens betingelser er opfyldte: at "almenvællet kræver" ekspropriation og da mod "fuldstændig erstatning". Det er åbenbart, at den første betingelse meget let kan fortolkes forskelligt afhængigt af fortolkerens partipolitiske opfattelse. Højre side af parlamentet har traditionelt været mod yderligere offentlig intervention og for beskyttelsen af den private ejendomsret, medens venstresiden typisk er gået ind for øget offentlig regulering og styring. Om en ekspropriation er påkrævet for almenvellet, vil således let dele parlamentet i to næsten lige store fløje. Skal denne tvist - f.eks. om der er behov for at ekspropriere til et plejehjem - afgøres af domstolene? Socialdemokrater og radikale har traditionelt været anset for skeptiske over for at give domstolene denne beføjelse, fordi man nok frygtede, at domstolene ville trække mod højre.

Højesteret har herhjemme allerede fra de første årtier af vort århundrede indtaget det principielle standpunkt, at man har prøvelsesret. Man har således i præmisserne i dommene fastslået, at der er et juridisk værn om Grundloven. Samtidig har Højesteret udtalt, at man ikke vil efterprøve lovgivningsmagts politiske vurdering af det samfundsmæssige behov for en ekspropriation, men lade lovgivningsmagten "suverænt" afgøre dette. Også iøvrigt synes det at være Højesterets opfattelse, at man kun vil tilsidesætte en lov, hvis den utvivlsomt er i strid med Grundloven. I det omfang loven pga fortolkningstvivel kan anses for både grundlovsstridig og grundlovsforenelig, giver Højesteret altså margin til lovgivningsmagten. Højesteret har på denne måde hævdet at have en prøvelsesret uden at være kommet på kollisionskurs med lovgivningsmagten. Kun i et tilfælde er Højesteret nået til, at lovgivningsmagts vurdering var så forkert, at det har fået konsekvenser. I forbindelse med overleveringen af de islandske håndskrifter til Island bestemte loven, at statsministeren kunne lade en passende del af Den Arnamagnæanske Stiftelses kapital følge med håndskrifterne til Islands Universitet. Højesteret fastslog, at der i givet fald skulle ydes erstatning til stiftelsen for de penge, man ville overføre fra stiftelsen til Island, at der altså ville være tale om en ekspropriation. Der var så ikke længere ide i bestemmelsen og i stedet for at overføre et beløb fra stiftelsen til Island og dernæst samme beløb fra vores statskasse til stiftelsen, blev

pengene givet direkte fra staten til Island.

Det har været hævdet, at selvom Højesterets forsigtighed er forståelig vedr. beskyttelsen af den private ejendomsret, kunne Højesteret opstille et tættere værn om andre grundlovsbestemmelser, f.eks. bestemmelsen om ytringsfriheden, fordi holdningen til denne bestemmelse ikke i så høj grad er et højre-venstre spørgsmål. Der er intet bevis for, at Højesteret deler denne opfattelse, men heller ikke for at man tager afstand fra den. Det bør imidlertid nok bemærkes, at Højesteret også på andre områder har markeret meget stor vilje til at lytte til lovgivningsmagten. F.eks. er det velkendt, at Højesterets strafudmåling i meget høj grad sker under hensyntagen til Folketingets udtalelser om disse spørgsmål. Således resulterede både den første strafudmåling i en arbejdsmiljøssag og i en sag om industriforurening i markante forhøjelser i forhold til bøderne i byret og landsret. Meget tyder vel på, at Højesteret generelt er meget lidt tilbøjelig til at gå imod Folketinget. Det er næppe forkert at fortolke forholdet således, at Højesteret i videst muligt omfang ønsker at undgå at blive part i politiske stridigheder. Denne opfattelse harmonerer vel også med, at dommerudnævnelser herhjemme ikke er genstand for partipolitiske overvejelser. Hvis man derimod har en Højesteret, der som den amerikanske, meget vel kan tænkes at erklære en lov ugyldig, vil politikerne naturligvis interessere sig for, hvem der udnævnes til Højesteretsdommer. Dette er næppe heller set med vores Højesterets øjne nogen ønskværdig situation.

#### Dommernes personlige holdninger

Har dommernes personlige holdning betydning for deres afgørelser?

Selvom dommerudnævnelser ikke foretages under hensyn til de enkelte kandidaters partipolitiske tilknytning, er dermed ikke sagt, at dommerne ikke kan have forskellige holdninger til samfundsmæssige spørgsmål. Det kan de naturligvis som alle andre i samfundet. I hvilket omfang dette har en afsmittende effekt på deres afgørelser - dommene - er vanskeligt at have en sikker mening om. Til gengæld kan man nok anse den danske dommerstand for forholdsvis homogen i henseende til deres domme.

Dette har selvfølgelig sammenhæng med den måde, hvorpå vi rekrutterer vores dommere. I meget høj grad udnævnes til byretsdommere personer, der lige siden deres juridiske eksamen har fungeret ved domstolene som dommerfuldmægtige og retsassessorer. Til dommer i Københavns Byret udnævnes i meget høj grad jurister, der siden deres eksamen har været ansat i selve Justitsministeriet. En betydelig del af disse dommere fortsætter senere i Østre Landsret og nogle få i Højesteret. Rekrutteringen til Vestre Landsret sker i vidt omfang fra byretternes jurister. Næsten alle dommere i Højesteret har en længere eller kortere fortid i Justitsministeriet. Det forhold, at de jurister, der efter eksamen er startet i Justitsministeriet i høj grad ender i landsretten eller i Højesteret skyldes, at ansættelse i Justitsministeriet i generationer har været forbeholdt jurister med de

absolut bedste universitetseksaminer. I byretterne ansættes som dommerfuldmægtige kandidater med ringere, men absolut fin eksamen.

Danske dommere er givetvis karakteriseret ved, at de har en høj grad af juridisk kunnen i universitetsmæssig henseende og en meget lang efteruddannelse inden for retssektoren. Generne ved et sådant system er til gengæld den duft af indavl, der forekommer i et så lukket system. Den dynamik et sådant system kan tilføres udefra eksisterer kun i meget begrænset omfang. Der har været gjort forsøg på at få flere advokater til at søge dommerstillinger, men langt hovedparten af de advokater, der har den nødvendige faglige kunnen og den ønskelige dynamik har takket nej.

Netop dette snævre uddannelsessystem bevirker, at et meget stort antal domme som nævnt afsiges af fuldmægtige og retsassessorer uden nogen beskyttelse mod afskedigelse. Imidlertid er risikoen for fyring nok så lille, at den ikke har den store betydning. En regering ville næppe med nutidens presse bringe sig i den situation, at blive beskyldt for at have afskediget en dommer pga en utilfredsstillende dom. Et problem ved det lukkede danske system er, at et endnu højere antal domme afsiges af fuldmægtige, retsassessorer og dommere, der håber på forfremmelse og heri ligger vel i dag en større risiko for, at de ikke er uafhængige af regeringen, da den jo har udnævnelseskompetencen. Reelt har domstolene dog selv et stort ord at skulle have sagt før udnævnelsen af nye dommere og før anden forfremmelse.

Uanset, at de nævnte forhold nok resulterer i en forholdsvis homogen dommerstand, er der næppe tvivl om, at det i grænsetilfælde har betydning, hvilke dommere, der afgør en sag. Det kan både være tilfældet i relation til bevisbedømmelse og evt. strafudmåling. Dette er naturligvis rimeligt velkendt blandt fagfolk. F.eks. er det for anklagere og forsvarere ikke ganske uden betydning, hvilken afdeling i landsretten en sag skal afgøres af. Visse afdelinger vil altid skille sig ud som særlig risikable for tiltalte eller som indeholdende gode chancer for en mild bedømmelse. Disse forhold omtales sjældent offentligt. Det er et grundlæggende retfærdighedsideal, at det lige behandles lige. Derfor gør retten, hvad den kan for lade sine domme fremtræde som et produkt af retten og ikke som et produkt af dommeren.

#### Dommeranonymiteten

En af de mest anvendte formuleringer i danske domsbegrundelser er "retten finder". Ordet "finder" giver associationer i retning af, at det er noget eksisterende, der drages frem. Hvis retten skal udmåle straffe selv for en helt ny type forbrydelser, vil den typisk skrive "retten finder, at straffen passende kan fastsættes til ....". Det ville straks give andre mindre acceptable associationer, hvis retten skrev "retten har fundet ud af ...." eller værre "retten har fundet på". En vis dommerkonformitet eller dommeranonymitet er et væsentligt led i

dommenes legitimitet. På samme måde som lægernes hvide kitler skal virke betryggende på patienterne ved at indgyde tillid til lægen i stedet for at vække tanker om, hvorvidt man nu står over for en af de dygtige eller en af de mere middelmådige.

Selvom det således er nødvendigt og fuldt acceptabelt, at dommerne i et vist omfang skjuler sig bag deres domme, kan man naturligvis diskutere, om vi herhjemme har en tradition for en høj grad af anonymitet. I juli 1994 afsagde den tyske forfatningsdomstol en meget væsentlig dom om Tysklands forfatningsmæssige muligheder for at deltage i internationale styrker. Samme dags aften indeholdt de tyske TV-nyheder foruden en redegørelse for dommen forskellige fremtrædende politikeres reaktion på dommen. Dernæst bragtes et interview med retsformanden - altså den jurist, der havde ledet sagens behandling i forfatningsdomstolen - hvor denne redegjorde for, hvorledes afgørelsen skulle forstås. Kunne man tænke sig, at en dansk dommer på samme måde direkte over for offentligheden forklarede sin afgørelse?

Det er ikke ualmindeligt, at dommere efter domsafsigelsen forklarer sagens parter rettens afgørelse i et pænt og letforståeligt sprog. Hvis pressen er til stede, bliver dette naturligvis også en redegørelse over for pressen. Men jeg mindes ikke at have oplevet at se dommere forklare rettens afgørelse i TV. I Danmark har vi efterhånden en tradition for at eventuelle forklaringer i TV gives af såkaldt sagkyndige, typisk universitetsjurister. Var det ikke langt at foretrække, at dommerne selv forklarede afgørelsen? Naturligvis skal man ikke på denne måde afskære pressen fra at fremføre sagkyndiges eventuelle kritik af dommene, men selve forklaringen af dommene må blive bedre, hvis dommerne selv påtog sig denne formidlingsopgave. Naturligvis risikerer dommeren herved at blive udsat for kritik. Jo flere der forstår dommene, jo større kan risikoen for kritik være. Og danske dommere blander sig med få undtagelser meget nødt i den offentlige debat. Selvom de utvivlsomt ofte kunne berige den. I en nylig udsendt redegørelse fra en specialgruppe under juristernes fagforening DJØF om fagligt etiske problemer i strafferetsplejen udtales, at det er "en hævdunden opfattelse, at dommere ikke bør udtale sig offentligt om egne sager. Det gælder både før, under og efter sagen". Jeg har svært ved at se det uetiske i, at en dommer i TV forklarer dommen, så borgerne kan forstå det. Men det kan være taktisk klogt eller måske bekvemt ikke at gøre det. Det kalder vi blot ikke normalt etik.

Den samme tilbageholdenhed med at forklare sine afgørelser spores også ofte i selve begrundelserne i dommene. Undertiden er de, der læser dommene i tvivl om, hvorledes disse helt præcist skal læses, fordi begrundelserne typisk er meget kortfattede. Fra tid til anden fremsættes i faglitteraturen kritik af, at specielt Højesteret burde redegøre klarere for sine synspunkter. I mange vesteuropæiske lande f.eks. et så nærtstående land som Norge indeholder dommene et referat af de enkelte dommers vota, deres begrundelse for hvilket resultat de hver især er nået frem til. Disse vota optages herhjemme ikke i Højesterets afgørelser, der alene tilføres dommernes endelige begrundelse eventuelt i

form af et flertal og et mindretal (sidstnævntes udtalelse kaldes dissensen). Herhjemme findes votaene alene i voteringsprotokollen, der ikke er offentligt tilgængelige. Ja, de er først efter adskillige år overhovedet tilgængelige for andre end rettens medlemmer. Den der virkelig vil sætte sig ind i en højesteretsdom i forbindelse med et videnskabeligt arbejde må enten vente 20 år eller til samtlige dommere er døde for at få lov til at se voteringen. Så har spørgsmålet til gengæld ofte ikke den store betydning, da den pågældende lov for længst er ændret. Den opfattelse, der ligger bag hemmeligholdelsen af voteringsprotokollen, harmonerer ikke med den værdi disse vota i kraft af deres meget høje kvalitet kan have for andre. Opfattelsen synes også at bygge på en opfattelse af dommernes rolle i samfundet, der er svær at forene med et moderne demokrati.

### Særdomstole

At det ikke altid er uvæsentligt, hvem der er dommer i en sag synes for øvrigt klart forudsat i Grundloven. Ved ændringen i 1953 indføjede man en udtrykkelig bestemmelse om, at der ikke kan nedsættes særdomstole med dømmende myndighed. En almindelig domstol er oprettet for at dømme i de sager, der (måske) opstår. En særdomstol er derimod en domstol, der nedsættes for at afgøre en sag, der allerede eksisterer. Forbuddet mod at disse domstole får dømmende myndighed har i forfatningskommissionens betænkning s. 39 fået følgende begrundelse: "Sådanne domstole frembyder den betænkelighed, at udpegningen af dommere kan ske under hensyntagen til deres indstilling til den eller de sager, hvori de skal dømme". Med andre ord: Hvis man skal ud at finde en dommer til en bestemt sag, er der mulighed for at vælge efter, hvilket resultat man helst vil opnå. I store sager og i de høje retter sker der en fordeling af sagerne. Det, at rettens præsident fordeler en indkommet sag til en bestemt dommer, gør ikke denne dommer til en særdommer. Heller ikke selv om denne fordeling ikke sker efter et helt fast skema. Den afgørende beskyttelse ligger her i, at den, der foretager sagsfordelingen, selv er dommer. Det er derimod næppe foreneligt med Grundloven, om justitsministeren kunne bestemme, hvem der skulle dømme i de enkelte sager.

Grundlovens forbud mod særdomstole med dømmende myndighed har i de senere år især været diskuteret i forbindelse med Tamilsagen, hvor højesteretsdommer Hornslet blev udpeget til at undersøge sagen og afgav sin meget omtalte redegørelse. I den offentlige debat blev hævdet, at Hornslet "reelt" havde dømt de berørte personer og at hele undersøgelsen derfor var på kanten af Grundloven, da der var tale om en særdomstol. Advokatrådet arrangerede en stor konference med det slet skjulte formål at vise alle betænkelighederne ved dommerundersøgelser. Også her blev det diskuteret, om ikke Hornslets undersøgelse var på kant med Grundloven og menneskerettighederne. Det Grundloven vender sig mod, er som nævnt, at regeringen udpeger en bestemt dommer til at dømme i en bestemt sag. At Hornslet ikke var udpeget af regeringen, men af Højesterets præsident, havde ikke den store

interesse i Advokatrådets regi. Herhjemme har vi længe haft en tradition for, at dommere, der medvirker i særlige undersøgelser, ikke vælges af regeringen, men regeringen anmoder en af præsidenterne for de kollektive retter om at komme med forslag til en dommer. Så vidt jeg ved, rettede man sig i Tamil-sagen som i de øvrige tilfælde efter præsidenternes forslag. Bortset fra, at Hornslet ikke afsagde dom i sagen, er Grundloven næppe aktuel, allerede fordi han ikke var udpeget af regeringen. Omvendt fremgår det af Henrik Groes-Petersen m.fl.: Magtens Mænd. En bog om Tamil-sagen, 1993, s. 187, at Justitsministeriet prøvede at få en ganske bestemt dommer til at undersøge sagen. Man forsøgte altså at få en særdommer i Grundlovens forstand, men det mislykkedes. Noget kunne tyde på, at Justitsministeriets embedsmænd fuldt ud forstår baggrunden for Grundlovens forbud og netop derfor ønskede at få en bestemt person udpeget. Ganske besynderligt er det, at efter hele diskussionen om det betænkelige ved særdommere, valgte regering/Folketing selv den dommer, der skulle foretage undersøgelse af, om staten i forbindelse med forhandlingerne om Nordjyllands Sparekasses overtagelse af Himmerlandsbanken havde lovet banken et betydeligt skattefradrag. Her er så vidt ses klart tale om en særdomstol.

Det kan forekomme betænkeligt, at regeringen netop i undersøgelsen af en konflikt mellem regering og en privat part selv vælger dommeren. Vel har undersøgelsesdommeren ikke efter de gældende regler mulighed for at træffe en bindende afgørelse, men i bemærkningerne til justitsministerens forslag til folketingsbeslutning om nedsættelse af undersøgelsesretten anfører regeringen, at den i forhold til den private part er indstillet på at drage de eventuelle konsekvenser, herunder de økonomiske, af undersøgelsesrettens konklusioner. Dette må betyde, at hvis dommerne når til, at staten har givet Sparekassen Nordjylland et retskrav på fradraget eller givet den en "berettiget forventning" om fradraget, vil regeringen rette sig efter afgørelsen. Vi er altså her meget tæt på at have en egentlig særdomstol med dømmende myndighed. Alligevel har denne undersøgelsesret (indtil nu) givet langt mindre kritik fra juridisk hold end de undersøgelsesretter, der er betydeligt mindre grund til at kritisere forfatningsretligt.

### **Hvem sikrer loves overholdelse?**

Som anført i omtalen af magtadskillelsen hos filosofferne og i Grundloven var det afgørende at sikre, at der blev regeret efter love og ikke frit af lovgiver. Dette princip medfører begrænsninger på godt og ondt. Regeringen kan ikke realisere en god ide, uanset hvor meget den vil gavne hele den danske befolkning, medmindre der i loven er hjemmel for beslutningen. Tilsvarende kan regeringen heller ikke realisere en ide, der vil være til skade for dele af befolkningen, medmindre der er hjemmel i loven. Når man valgte det system at lade loven styre, var det ud fra en ganske klar menneskeopfattelse: nemlig den, at der er for stor risiko ved at give mennesker magt uden begrænsninger. Montesquieu sagde det meget klart, at magt korrumperer. Det er

næsten en naturlov, at den, der får magt, vil have tendens til også at se på andre interesser end almenvellets. Derfor må man tvinge magthaverne til at holde loven og kontrollere, at de gør det.

Som nævnt har det parlamentariske princip bevirket, at parlamentets flertal typisk kontrollerer sine egne. Dette har afgørende svækket parlamentets interesse i at afsløre en regerings overtrædelse af loven. Man behøver vel blot som eksempel at nævne, at Folketinget, da Ninn-Hansen pga Tamilsagen blev en belastning for regeringen, forfremmede ham til posten som Folketingets formand. Dette viser vel, at den måde, man drager folk til ansvar på i parlamentet, er noget anderledes end den måde, hvorpå vi andre menige danskere kan forvente at blive draget til ansvar.

Det er nævnt, at den tredje statsmagt domstolene herhjemme er meget lidt tilbøjelige til konfrontation med regering og Folketing. I øvrigt er domstolene typisk begrænset af, at de kun agerer i systemet, når andre anlægger sag. Jeg mindes kun to tilfælde i de sidste 25 år, hvor domstolene som magtfuld statsmagt har taget et initiativ, der var henvendt til de politiske magthavere. Det første tilfælde var i 1977. Et tidligere folketingsmedlem, der var jurist, var i 1972 dømt for spirituskørsel. Alkoholpromillen var 1,14. Efter Grundloven mister et folketingsmedlem sin valgbarhed, hvis han straffes for en handling, der i almindeligt omdømme gør ham uværdig til at være medlem af Folketinget. Folketinget afgør selv værdighedsspørgsmålet og den pågældende forblev medlem af Folketinget. Da han faldt ved valget i 1977, var han endog formand for retsudvalget. Justitsministeren konstituerede da uden som sædvanligt at spørge domstolene den pågældende som dommer i Østre Landsret. Højesterets præsident sendte et brev til Justitsministeren med kopi til Statsministeren og omtalte bl.a. udnævnelserne som "en krænkelse af retsbevidstheden". Dommerforeningens formand udtalte, at udnævnelserne kunne mindske agtelsen for dommerstanden. Overfor pressen betegnede Højesterets præsident sagen som et spørgsmål om "domstolens livsnerve". Man så endog det helt enestående, at Vestre Landsrets præsident deltog i en fjernsynsudsending om spørgsmålet (Det bør måske bemærkes, at kørsel med en promille på 1,14 i 1977 ikke længere var spirituskørsel, men den mildere bedømte promillekørsel).

Det andet tilfælde er fra november 1993, hvor Højesterets præsident i en skrivelse til Folketingets Præsidium stærkt opfordrer til, at der iværksættes et udvalgsarbejde med henblik på undersøgelse af brugen af undersøgelsesretter, disses opgaver og de regler, der bør gælde for deres virksomhed. Brevet slutter med, at man uanset den særlige karakter af den ovenfor nævnte sag om bankens mulige skattefradrag og de heraf følgende betænkeligheder ikke har "ment at burde modsætte sig, at domstolene medvirker til gennemførelse af den foreslåede undersøgelse. Man må imidlertid - hvis en sådan afklaring ikke fremkommer - forbeholde sig sin stilling til fremtidige tilsvarende undersøgelser".

Reaktionerne på begge disse domstolsinitiativer har klart vist, at domstolenes ord har særdeles megen vægt. I det første tilfælde nægtede justitsministeren at bøje sig og hævdede sin ret til at fastlægge værdighedskravet ved dommerudnævnelser. Statsministeren meddelte ifølge pressen justitsministeren, at hvis den konstituerede ikke trak sig, kunne justitsministeren betragte sig selv om afskediget. Efter drøftelse direkte med statsministeren trak den konstituerede sig, Politiken den 26.4.1977. I den anden sag fremgår det tydeligt af folketingsudvalgets betænkning vedr. forslag til nedsættelse af undersøgelsesretten om skattefradraget, at man ønsker at følge henstillingen om at nedsætte det nævnte udvalg.

På spørgsmålet om disse to initiativer viser, at domstolene kan og vil tage initiativer, hvis den politiske verden tilsidesætter loven, er svaret nok tvivlsomt. I ingen af de to sager var der tale om ulovligheder, f.eks. at man ønskede at markere, at man fandt domstolenes grundlovssikrede uafhængighed krænket ved konstitutionspraksis. Der var i begge sager snarere tale om, at domstolen værnede om deres ry. I den første sag drejede det sig om, hvorvidt værdighedskravet til dommere skal være højere end til folketingsmedlemmer. Kan man være dommer, når man er straffet for promille- eller spirituskørsel? Det er klart, at dette kan påvirke dommernes agtelse i befolkningens øjne, men spørgsmålet er vel mere politisk end juridisk: hvilke dommere vil vi have?

Det er velkendt, at højesteretsdommer Hornslet efter Tamilundersøgelsen var udsat for en betydelig offentlig kritik. Det er dommerne ikke vant til. Efter min opfattelse har kritikken været ubegrundet. Det ændrer imidlertid ikke ved, at den må have været særdeles ubehagelig for den pågældende, og det er meget forståeligt, at andre højesteretsdommere ikke ønsker at komme i samme situation. Dette ændrer imidlertid ikke ved, at det ikke var lovens overholdelse, højesteretspræsidenten aktionerede for. Folketingets tidligere formand Svend Jacobsen har, inspireret af højesteretspræsidentens skrivelse, skrevet en tankevækkende artikel: Vil Højesteret aktionere mod Folketingets flertal? I artiklen anfører Svend Jacobsen: "For det må da være utænkeligt, at domstole i Danmark vil aktionere mod beslutninger, som man ikke kan lide, men som er truffet af Folketingets flertal i overensstemmelse med grundlov og retsplejelov!"<sup>5)</sup>.

Man kunne efter Tamilsagen få det indtryk, at ombudsmandsinstitutionen havde styrket sin position som borgernes garant for at loven overholdes. Den kritik, ombudsmanden udtalte af Justitsministeriets administration af familiesammenførings-sagerne, fik jo fuld opbakning i Hornslets rapport. Mange vil huske flere politikeres udtalelser efter ombudsmandens udtalelse. Først benægtedes, at ombudsmanden havde fundet administrationen ulovlig. Dernæst mumlede flere folketingsmedlemmer offentligt med tanken om at vælge en ny ombudsmand, indtil deres partifælle statsminister Poul Schlüter

<sup>5)</sup> Lov og Ret 1994, nr. 4, s. 4 f.

bakkede op bag ombudsmandens genvalg. På denne baggrund kunne man tro, at ombudsmandsinstitutionen er gået styrket ud af sagen.

Dette standpunkt forudsætter imidlertid, at man går ud fra, at en person eller institution bliver styrket ved at få ret. Om dette er en menneskelig og politisk realitet, er nok særdeles tvivlsomt. Den modstand, der var mod ombudsmanden, kan - selv om det ikke godt kan udtrykkes offentligt - være styrket. De, der til sidst måtte bøje sig for hans kritik, har næppe så dårlig hukommelse, at de glemmer hans kritik. Og at det endte med deres totale ydmygelse gør dem næppe mildere stemt. Dette er ganske menneskeligt, og den slags faktorer indgår naturligvis også i et politisk spil. Også andre faktorer synes at indicere en svækkelse af ombudsmandsinstitutionen. Helt afgørende viste Tamilsagen, at folketingspartier kan koble ombudsmanden ud af en sag ved selv at blande sig i den. Hvis regeringen står tilstrækkeligt stærkt i Folketinget, er dette svært at undgå, omend der er indført visse mekanismer der gør, at et folketingsudvalg ikke kan gøre det uden at være klar over det.

Endelig bør det bemærkes, at Hornslets rapport klart dokumenterede, at Justitsministeriets embedsmænd havde været særdeles aktive i forsøget på dels at koble ombudsmanden ud og dels i forsøget på at give ham vildledende/urigtige oplysninger. Svar til ombudsmanden afgives under strafansvar, men da man fik forholdet belyst, var et strafansvar forældet. Dette er ikke til hinder for at gøre et tjenstligt ansvar gældende. Da rigsretssagen mod ministeren alene vedrører tilsidesættelse af udlændingeloven og altså er beskåret til denne primære overtrædelse, er det udelukket at ministeren i Rigsretten kan straffes for vildledning af ombudsmanden. Justitsministeren drog heraf den konsekvens, at embedsmændene heller ikke skulle straffes. Det var jo i øvrigt udelukket pga forældelse. Men ministeren besluttede også, at så skulle der heller ikke gøres tjenstligt ansvar gældende mod de embedsmænd, der ud fra de af undersøgelsesretten fremlagte oplysninger på strafbar vis havde medvirket til vildledning og i vidt omfang været den kreative jura bag den.

Dette kan kun opfattes som et præcedens for, at man kan forblive i justitsministeriet og regne med sædvanlige forfremmelser, selvom der er kraftig mistanke om, at man på strafbar vis, men i fuld loyalitet over for ministeren, medvirker til at undergrave ombudsmandsinstitutionen.

Juristerne og økonomernes fagforening har i september 1993 under stor offentlig bevågenhed udgivet en betænkning om Fagligt etiske principper i offentlig administration. Formålet har nok til dels været at øge medlemmernes etiske bevidsthed, men nok også at pudse kredsens glorie: vi ikke alene overholder lovene, vi er også etisk bevidste. DJØF har samtidig udført en ihærdig indsats for at fremstille de ovenfor nævnte embedsmænd som ofre for en helt urimelig proces. Advokatrådet holdt i april 1993 på Christiansborg under stor offentlig bevågenhed en konference vedrørende kommissionsdomstole og undersøgelsesretter. Konferen-

cens program var sammensat ud fra et klart ønske om at vise, hvilke svagheder der er i disse undersøgelsesretter i betragtning af, at de berørte embedsmænd er for dårligt beskyttede. Havde Advokatrådet vist samme interesse f.eks. for tamilerne eller menige danskeres retssikkerhed, havde vi næppe fået nogen Tamilsag eller i øvrigt noget problem med at hævde princippet om lovens overherredømme.

På Advokatrådets konference var pressen udsat for en særdeles kraftig kritik. Der var ikke megen erkendelse af, at Tamilsagen ikke blev afdækket på grund af politikernes eller embedsmændenes ihærdige indsats, men alene p.g.a. en stædig presses fortsatte graven i sagen og til trods for politikere og embedsmænds ihærdige forsøg på at skjule sandheden.

I et parlamentarisk system får pressen en ganske særlig betydning til sikring af, at den enkelte borgers retssikkerhed ikke tilsidesættes ved afgørelser truffet i skøn samdrægtighed på Christiansborg. Grundlovens bestemmelse om ytringsfriheden er måske den væsentligste sikring af princippet om lovens herredømme.