

Henrik Zahle

Dommerens udtalelser om
gældende ret uden for dommen

Dommerens udtalelser om gældende ret uden for dommen

Af professor, dr. jur. *Henrik Zahle*, Københavns Universitet, Danmark

Resume: Indledende præsenteres en formodning for at en dommer kan udtrykke sig frit, også i udtalelser om gældende ret. Begrænsninger i denne frihed må kræve en særlig begrundelse. Herefter behandles en række forskellige tilfælde, først tilfælde hvor dommeren udtrykker sig uafhængigt af en konkret sag, dernæst om tilfælde hvor anledning til udtalelsen er en konkret sag. Grundsynspunktet er, at dommeren har frihed til at udtale sig, og der kun bør være så få begrænsninger heri som nødvendigt. Dette grundsynspunkt gennemdrøftes ved at drøfte en række specialsituationer og argumenter.

I. Indledende overvejelser¹

Emnet for det følgende er dommeres mundtlige eller skriftlige udtalelser om gældende ret uden for dommen. Det er således ikke domskoncipering der skal behandles, heller ikke dommeres udtalelser om (rets-)politiske emner, der ofte drøftes under overskriften „dommeres ytringsfrihed“.² Ved udtalelser om gældende ret forstår vi her udtalelser, der går ud på at fastlægge, hvad retten er på et bestemt område, herunder naturligvis også argumentationen for den fastlæggelse af retstilstanden, som dommeren går ind for. Emnets afgrænsning kræver ikke nogen indgående retsfilosofisk analyse af begrebet „gældende ret“, for det kan her tages i en pragmatisk betydning som betegnelse for, hvordan forfatteren (dommeren) mener at en sag om det pågældende emne bør afgøres og begrundes. Problemet i dette emne er, at det nok ikke betragtes som afklaret, om der bør antages at være grænser for dommeres udtalelser af denne art, og hvilke begrænsninger der i givet fald må antages.

Emnet angår udtalelser *uden for* dommen. En dommer udtaler sig undertiden *i* dommen om emner, der ikke udgør en bærende del af dommen og for så vidt falder uden for dommen. Med *obiter dicta* redegør dommeren for retlige

¹ Tak til justitieråd Torgny Håstad for henvisning til de svenske sager, der er nævnt i noterne 3, 4 og 28, og for nogle generelle synspunkter på emnet, og til byretsdommer Niels Viltøft for kommenter til et udkast.

² Herom senest Holger Kallehaug i Festskrift til Ole Espersen, København 2004, s. 183f. Se også Axel H. Petersen i Festskrift til Poul Andersen, København 1958, s. 342f, Torben Jensen i UfR 1992 B s. 131f og 1992 B s. 380f, og Niels Viltøft i UfR 1992 B s. 284f.

standpunkter, der ikke er nødvendige for at nå dommens resultat. Der kan være gode grunde til en sådan – tilsyneladende vidtløftig – fremstillingsform, f.eks. at angive den hovedregel, som er baggrunden for den undtagelsessituation der antages at foreligge i denne sag, eller at fastlægge et principielt grundlag for bedømmelsen af et bredere sagsområde. Sådanne præmisser kan senere være afgørende for fremtidige bedømmelser ikke blot i underordnede domstole, men også i den egne domstol, og hvis de ikke var det, ville de heller ikke tjene noget formål.³ Udformningen af præmisser af denne art må drøftes som del af spørgsmålet om domskoncipering, og det skal derfor ikke tages op her. Det skal endvidere nævnes, at det forekommer, at en dommer i dommen udtaler sig om forhold, som ikke har betydning for sagens umiddelbare afgørelse, men som kan have betydning i anden sammenhæng eller for en offentlig opinion.⁴ Sådanne passager kan som præmisser ikke i sig selv appelleres,⁵ og at indskrive dem i en dom kræver derfor en særlig begrundelse, men heller ikke dette skal drøftes her, hvor emnet er udtalelser uden for dommen.

Min første indskydelse er (var), at dette egentlig slet ikke er noget problem, for en dommer kan da bare sige eller skrive, hvad han/hun ønsker at udtrykke. Der gælder med andre ord, antager jeg fra begyndelsen, ikke nogen særlig grænse for eller særlige krav til dommere, der udtaler sig om gældende ret. Denne forhåndsantagelse kan finde støtte i en erfaring fra den danske retsvidenskabs historie: Hvis en dansk jurist i dag skulle fremhæves som den mest betydningsfulde for udviklingen af den danske ret, kunne der nok med et kortere tidsperspektiv være flere bud på et svar, men med et længere perspektiv tror jeg, at de fleste ville tilslutte sig, at A.S. Ørsted, der levede 1778 til 1860, måtte være det bedste svar. Der er ikke mange emner inden for den klassiske private ret, strafferetten og procesretten, som Ørsted ikke har behandlet, og ofte behandlet i et omfang, der ikke overgås af senere systematiske fremstillinger. Denne (antagne) konsensus inddrager jeg i denne sammenhæng, fordi A.S. Ørsted var dommer i perioden 1801 til 1813, i tiden frem til 1810 assessor i Hof- og Stadsretten og 1810–13 højesteretsdommer. Efter 1813 er hans hverv administrative og politiske. I dommerperioden bidrog han ikke blot som udgiver eller redaktør, men også og især som forfatter af talrige artikler til tidsskrifter som Juridisk Månedstidende (fra 1802) og Juridisk Arkiv (1804–12), Nyt Juridisk Arkiv (fra

³ F.eks. præmisserne i Thrane-dommen der skulle lægge grundlaget for bedømmelsen af en stor gruppe af selskabs-tømmersager, UfR 2000 365 H. Fra svensk praksis se f.eks. NJA 1992 s. 375 om letter intent, jf. NJA 1994 s. 204 og 1995 s. 586.

⁴ Som eksempel skal henvises til det svenske ”styckmordsmål”. To læger var tiltalt for mord på en prostitueret kvinde, men blev frifundet af tingsretten, da det ikke var godtgjort at de havde myrdet hende. Retten udtalte dog yderligere, at det ikke kunne betvivles at de havde skåret den prostituerede i stykker. Dette forhold var imidlertid forældet, og lægerne blev helt frifundet. Se herom Christian Diesen i Rättsfall att minnas, Stockholm 1997, s. 297 f.

⁵ Bernhard Gomard, Civilprocessen, København 2000, s. 605.

1812). Af bøger skrev han i denne periode en kommentar til den da dominerende systematiske fremstilling af dansk ret, nemlig bogen „Supplement til afdøde Generalauditør Nørregaards Forelæsninger over den Danske og Norske private Ret“ (bd. 1–3, 1804–12) og en omfattende systematisk fremstilling om tyveri (1809).⁶ Disse bidrag til fremstillingen af dansk ret er juridisk indgående, filosofisk velorienterede, komparativretligt præget af indgående viden om de store europæiske landes retsforhold og gennemsyret af indsigt i det praktiske livs forhold. Det har historisk set formodningen mod sig, at der skulle gælde almindelige eller omfattende begrænsninger for en forfattervirksomhed, der kan frembyde sådanne resultater.

En formodning for frihed – *presumptio libertatis* – kan finde støtte i mere principielle synspunkter. Foruden en – selvfølgelig – henvisning til den almindelige ytringsfrihed, der som nævnt selvsagt også må gælde for dommere, kan dommerens udtalelser positivt have en særlig interesse som følge af, at dommere jo netop dagligt og uafbrudt beskæftiger sig med gældende ret, og det formentlig i højere grad end deres kolleger i andre juridiske professioner som f.eks. advokater eller administratorer. Dommerne præsenteres for eller skaffer sig den juridiske viden, der skal til, for at afgøre den enkelte sag, og det er nærliggende, at der i denne proces opnås en viden om gældende ret, der ikke altid fuldt ud kommer til udtryk i de afsagte domme. Dommere har ikke blot indsigt, de har i kraft af deres arbejde med konkrete sager særlige forudsætninger for at sammenholde den mere generelle indsigt i retskilder og principper med de praktiske livsforhold, retten skal indlejres i, og de retspolitiske og menneskelige vurderinger, der må gøres i denne forbindelse. I konkrete sager sammenholdes overleverede principper med en teknologisk eller anden udvikling, og dommeren får i denne konfrontation øje på de behov, der kan være for at udvikle retten, tilpasse den til en nyere udvikling eller udvikle den til en beskyttende barriere for en truende udvikling.

At dommere har sådanne særlige forudsætninger, kan i hvert fald tilsyneladende finde en bekræftelse i, at der i den juridiske offentlighed er stor interesse for, hvad dommere kan sige om dette emne. Dommere taler med en særlig autoritet, og denne autoritet gør sig også gældende, når dommeren ytrer sig i et andet medie end i sine domme.

De her anførte synspunkter svarer til, hvad der i almindelighed anføres i forbindelse med offentlig og privat ansattes ytringsfrihed. I denne drøftelse sættes den ansattes menneskeretlige ytringsfrihed op over for de begrænsninger, som hensynet til ansættelsesstedet kan indebære. Tavshedspligt og loyalitets-hensyn kan – på grundlag af ansættelsesaftalen og ansættelsens karakter – udgøre begrundelse for visse begrænsninger. En dommer har f.eks. naturligvis

⁶ Udvikling af Begrebet om Tyverie og denne Forbrydelses juridiske Følger, 1809.

tavshedspligt om de forhandlinger, der foregår i en kollegial domstol (flere dommere medvirker i samme sag), og også forhandlinger i plenarmøder (alle domstolens dommere deltager) i vedkommende domstol må naturligvis bevares som fortrolige. Men dette kan for en nøjere betragtning kun være et udgangspunkt; det kan ikke være udelukket, at en dommers udtalelser er påvirket af, hvad der er sket under sådanne drøftelser, og det kan i den konkrete sag ikke være udelukket, at en dommer der supplerer domspræmisserne, bygger sit supplement på, hvad dommerkollegiet har drøftet.

En dommers udtalelser om gældende ret kan fremstå i forskellige sammenhæng:

1. *Private udtalelser.* Dommerens udtalelser kan først og fremmest ses som denne dommers personlige synspunkter: Det der siges eller skrives, kan kun føres tilbage til den pågældende dommer som privatperson. Sådanne udtalelser kan betegnes private.
2. *Institutionelle udtalelser.* En anden mulighed er, at dommerens udtalelser skal opfattes som officielle, dvs. udgået fra dommeren som dommer i en bestemt domstol. Sådanne udtalelser har samme oprindelseskarakter som dommens bærende præmisses – også de stammer fra en dommer eller flere dommere, men dommerne udgør en myndighed eller institution. Sådanne udtalelser kan betegnes institutionelle.
3. *Intern debat.* Som en mellemform kan man se de udtalelser, som en dommer kommer med i forbindelse med drøftelsen af sagen i domstolen, f.eks. under votering eller rådslagning, i lunch-pauser eller ved drøftelser i øvrigt med kolleger inden for domstolen. Disse udtalelser er private, for så vidt som de kun kan henføres til den ytre dommer, men de er institutionelle, for så vidt som disse ytringer jo fremkommer fra dommeren som dommer. Hvis denne drøftelse er offentlig, bliver den anset som en del af den institutionelle udtalelse, der udgår i anledning af sagen, og det bliver en formssag, om den henregnes til dommen (og dermed falder uden for emnet her) eller adskilles fra dommen. En skriftlig votering, der er eller gøres offentlig som voteringen i Norges Høyesterett, har denne blandede karakter. I det følgende har jeg kun den *fortrolige* interne debat for øje.⁷

Dommeren repræsenterer – hvad enten han optræder som dommer eller som privat – den judicielle autoritet. Udtalelser om gældende ret, der som nævnt netop er en central funktion for en dommer, får en særlig status, når de udgår fra

⁷ Inddelingen privat/institutionel/intern debat har jeg fra min fremstilling om ansattes ytringsfrihed i Dansk Forfatningsret, bd. 3, København 2003 s. 109f.

dommeren. Sådanne udtalelser aktualiserer magtfordelingen med domstole som en magt for sig, og hensynet til denne magtfordeling kan anføres som argument for, at dommerudtalelser om gældende ret forbeholdes den sagsbehandling, der sker ved domstolene.

I det følgende har jeg i første række systematiseret de forskellige tilfælde efter, om dommeren udtaler sig i forbindelse med behandling af en konkret sag eller uden direkte forbindelse til en konkret sag.

II. Udtalelser i forbindelse med behandling af gældende ret i almindelighed

I dette afsnit ser jeg på tilfælde hvor dommeren har ytret sig om gældende ret uden sammenhæng med en konkret sag. Ytringen er produceret og publiceret uden at være foranlediget af eller have en konkret sag som sit emne.

1. Udtalelser om gældende ret skaber i almindelighed ikke inhabilitet, og en dommer kan frit udtale sig om gældende ret i almindelighed.

Den dommer, der i en bog, artikel eller på anden måde har udtalt sig om gældende ret på et område, der er aktuelt i en sag som dommeren nu skal tage stilling til, er i almindelighed ikke inhabil (jävig).⁸ Der er slet ikke nogen grund til at dommere skulle holde sig tilbage fra at ytre sig om gældende ret, hvad enten det er i videnskabelig, lovkommenterende, populariserende eller debatterende sammenhæng.

Dette principielle standpunkt har ikke mindst betydning for de dommere, der tidligere har arbejdet akademisk (og som måske også gerne vil fortsætte med at skrive retsvidenskabelig litteratur). Det stemmer dårligt med ønsket om en bredere rekruttering der åbner veje for universitetslærere, om disse som dommere skulle være afskåret fra at medvirke i sager inden for deres område eller fra at fortsætte at skrive om deres specialer.

Hvis man skulle argumentere for en begrænsning, måtte det vist nok ske ved at betone det videnskabelige engagements betydning. De dommere, der har henlevet den mere kreative del af deres liv på et universitet, kan have tilegnet sig en mere engageret, måske endda ensidig tilgang til retlige emner. De har ikke blot besluttet sig for, men også kunnet gøre en dyd af at bygge deres videnskabelige behandling af retlige emner på et bestemt „perspektiv“ eller en bestemt værdi, og dette vil præge deres videnskabelige produktion. Nogle hævder endda at det netop er en videnskabelig dyd at være selvstændig, at være original

⁸ Bernhard Gomard, anf. sted s. 160.

og finde nye veje, og den der har søgt at realisere dette, kan være nået frem til en position som har vundet vedkommende akademisk hæder men som måske forekommer praktikere noget ensidig. Der kan i den videnskabelige tradition gemme sig en vis ensidighed, i negative tilfælde måske også en individualistisk ærekærlighed, som sætter andre vilkår for det kollegiale samarbejde, end man finder blandt dommere, der ikke har denne universitære baggrund, og som regel er mere åbne for at vige, finde kompromis og bryde med noget, som videnskaben betragter som et klassisk princip.

Svaret på dette synspunkt er imidlertid, hvis man overhovedet vil godkende diagnosen, at det må bero dommerens selvbesindelse, og bekymringen kan ikke mødes med begrænsninger af dommerens litterære aktivitet (eller den litterært aktive dommers mulighed for at fungere som dommer). Det er værdifuldt, at dommerkollegiet rummer såvel repræsentation af den principføgende som den pragmatisk konkretiserende, og repræsentationen af de to grundindstillinger følger ikke automatisk af den tidligere karrieres forløb.

En række skandinaviske dommere bekræfter ved deres videnskabelige aktivitet værdien af, at dommerhvervet kan varetages af personer, der også udtaler sig om gældende ret uden for dommene.⁹ De følger vel den grundlæggende norm, at de gør brug af „en moderat udtryksform“ og kun undtagelsesvis indlader sig i en meningsudveksling med andre skribenter“,¹⁰ men sådanne restriktive udtryk afspejler nok mere en personlig stil end en professionel nødvendighed, og i hvert fald er der nok en vis øget frihed til direkte tale, der gør sig gældende.

2. *En dommer, der er medlem af et lovforberedende udvalg, må være forsigtig med at underskrive tekster om gældende ret, der er mere påvirket af en reformpolitisk bias end af ønsket om en alsidig, videnskabelig nuancering.*

Dommere er ofte medlemmer af lovforberedende udvalg, og ofte vælges dommeren som formand for at sikre en neutral mødeledelse. Dommeren møder med praktisk erfaring og kan bidrage med autoritet til udvalgets standpunkter. Udvalgsbetænkninger (NOU, SOU osv.) indeholder ofte en fremstilling om gældende ret. Denne fremstilling viser i første række, hvad der er den aktuelle retstilstand, og dermed det udgangspunkt, som lovreformen har. Redegørelsen for gældende ret skal dermed fungere som baggrund for de forslag om ændring af gældende ret, som udvalget forventes at stille.

⁹ Eksemplerne er jo velkendte og skal ikke repeteres her. A. S. Ørsted er allerede nævnt. Et udenlandsk eksempel kunne være Antonio Scalia, se f.eks. hans *A Matter of Interpretation*. *Federal Courts and the Law*, Princeton 1997.

¹⁰ Torben Jensen i *UfR* 1992 B s. 136.

Sådanne redegørelser for „gældende ret“ kan have en vis bias, *en reformpolitisk bias*. Når det enten politisk (af politikere eller centraladministration) eller i udvalget er besluttet at arbejde for en lovreform, skal argumenterne for reformens ønskelighed jo bringes i orden. Hertil kan høre en fortolkning af den gældende ret, der demonstrerer behovet for lovreform. Muligheden for eller måske uundgåeligheden af (retspolitisk set) negative fortolkninger betones stærkt. Gældende ret er simpelthen ikke tilfredsstillende. Hvis en sådan reformpolitisk bias tager magten, kan udvalgsbetænkningen komme til at fungere meget negativt i en senere praktisk situation. Bliver lovreformen f.eks. ikke gennemført, kan redegørelsen for gældende ret blive påberåbt i den senere rets anvendelse, og dens negative tendens slår tilbage som en bommerand: Dommerens medvirken i en reformpolitisk proces bliver nu i stedet grundlaget for en stabilisering af en ensidig og negativ udlægning af gældende ret.

Dommeres medvirken i disse sammenhæng er måske ikke så uproblematisk som det ofte antages. I hvert fald er der grund til at læse sådanne tekster med en levende forståelse af den kontekst, hvori de er blevet til, dvs. en praktisering af en „mistankens hermeneutik“.

Samme problem, men med modsat fortegn, aktualiseres, når forarbejder til lovgivning (hvori dommere kan have medvirket), påberåbes ved fortolkningen af den gældende lov. Her er lovreformen lykkedes, og ensidigheden følger her af, at forarbejdsteksten ofte har skullet udformes på en måde, så flere modsat stående interesser har kunnet enes om en formulering, og forarbejdet vil argumentere for at kompromisset er lykkedes. Men måske er det ikke lykkedes at give de modsatte hensigter et fælles udtryk, og ofte er det slet ikke muligt at harmonisere forskellighederne. Brud må opstå. Dommeres medvirken til en postuleret harmonisering kan være ubegrundet.

3. *Også ved fortolkning af EU-ret, internationale konventioner og grundlov må dommeren, der medvirker i lovreformudvalg, være forsigtig og vise respekt for den selvstændige juridiske bedømmelse, som udvikles i retsvidenskaben og sættes på prøve i en retssag.*

De nationale parlamenter arbejder ikke (længere) som „omnipotente“¹¹ institutioner, der kan næsten alt, men har en politisk vigtig, men med tiden temmelig indsnævret reguleringskompetence, der ikke er særlig klart afgrænset. Dette sætter også vanskelige vilkår for lovreformer og dermed for dommere, der medvirker i denne. Lovreformer må ske inden for grænser, der sættes af EU-retten, af internationale konventioner, herunder ikke mindst Den Europæiske Konven-

¹¹ Udtrykkets anvendelse på parlamenter findes i Alf Ross, *Dansk Statsforfatningsret*, 2. udg., København 1965–66.

tion om Menneskerettigheder, og sidst (og mindst?) af nationale grundlove. Dette regelkompleks, som til dels er udformet med den fleksibilitet, der kendetegner retsprincipper, sætter rammerne for lovreform, og disse rammer må derfor klarlægges for at afgrænse *det politiske handlerum*. Disse rammer beror altså på fortolkning, og i nogle tilfælde er der ikke tvivl om fortolkningen, i andre er der – eller kan der blive skabt – stor tvivl. „Hvor sådanne fortolkninger finder udtryk i lovforberedende kommissionsbetænkninger, har den dommer, som har medvirket ved lovforberedelsen, engageret sig i et fortolkningsstandpunkt, der siden kan blive indbragt for domstolene.“¹²

Dommerens (deltagelse i den fælles) redegørelse for gældende ret udfolder sig under forhold, der ikke altid giver deltagerne et lige så alsidigt og dybt grundlag for en bedømmelse, som en godt forberedt retssag eller en videnskabelig undersøgelse kan give. Dommeren må derfor – som udvalgets øvrige medlemmer – være forsigtige med ikke at udtrykke sig mere kategorisk end der sagligt er grundlag for. Og den senere retsanvender, som søger vejledning i betænkningens redegørelse må også her læse med en vis mistænksomhed.

4. *Dommere der udtaler sig i interview eller anden direkte kommunikation med offentligheden må betone, at de udtaler sig på egne vegne.*

Nyvalgte retspræsidenter og nyudnævnte dommere bliver som andre udspurgt af medierne, hvilken linje deres arbejde i retten vil tage, hvordan de fortolker den pågående udvikling inden strafferetten, forholdet mellem national og international ret, menneskerettighedernes betydning, osv. Dommeres svar på sådanne spørgsmål bliver undertiden tillagt vidtgående betydning. De antages ofte at afspejle opfattelsen blandt alle eller i hvert fald flertallet af institutionens dommere, og kan dermed ses som retningslinjer for institutionens udvikling de kommende år. Dette er ofte overfortolkning. Den dommer, der alene går ud med et standpunkt, *kan* være den, der har mod til at sige det, som alle (dommere) tænker, men kan også være en ensom dommer, der har svært ved at slå igennem, og som derfor gør brug af andre medier.¹³

¹² Henrik Zahle, Om domstolenes forfatning, i Folketingets Festskrift i anledning af grundlovens 150-års-jubilæum, København 1999, s. 332.

¹³ Et eksempel på en overfortolkning er Hjalte Rasmussen, Folkestyre, Grundlov og Højesteret, København 1996, s. 44f, der fortolker et interview (fra 1996) af Højesterets daværende præsident som et udtryk for ”hele rettens – eller dens flertals – retspolitiske program for de næste 10–15 år”.

5. *Dommere kan i politiske tilkendegivelser udtrykke retlige standpunkter, men bør gøre det med betoning af udtalelsens private karakter.*

Dommere må som andre mennesker kunne gøre brug af deres politiske ytringsfrihed. De kunne i den kolde krigs periode protestere mod oprustning i Øst eller i Vest (eller begge dele), de kan protestere mod Danmarks deltagelse i krigen i Irak, eller kritisere lovgivning, der begrænser individuelle friheder af hensyn til terrorbekæmpelse. Sådanne politiske tilkendegivelser kan suppleres eller underbygges med udtalelser om gældende ret om f.eks. atomvåbens folkeretsmæssighed eller fortolkningen af Sikkerhedsrådets resolutioner forud for Irak-krigen eller Den Europæiske Menneskerettighedskonventions betydning for terrorismis-tænktets retssikkerhed. Udtalelser om gældende ret indgår her i en almindelig politisk sammenhæng, udtalelserne er private ytringer, de må tilvejebringes og formidles uden brug af domstolens resurser, og det må betones udtrykkeligt, at ytringerne er private.

III. Udtalelser i forbindelse med behandling af konkrete sager

Herefter skal omtales forskellige typer af udtalelser om gældende ret, der fremkommer i forbindelse med en konkret sag. Det er jo i denne sammenhæng, at man først og fremmest finder dommerens udtalelser i dommen med fremstilling af sagen, af dens juridiske problemer og af dommerens præmisser for dens afgørelse.

Sagen kan være fremtidig, aktuel eller afsluttet.

6. *For at undgå inhabilitet bør en dommer ikke udtale sig om en konkret sag, der nærmer sig dommerens bord, men dommeren kan godt tale om de generelle retlige problemer, der skal tages stilling til i sagen.*

At en dommer tidligere har behandlet en sag, f.eks. som dommer i en tidligere instans, som advokat i sagen eller som administrator i den administrative enhed, der er indbragt for domstolene, gør dommeren inhabil (jävlig). En dommer der – uden at behandle sagen – udtaler sig om, hvordan sagen bør bedømmes, gør sig også inhabil. En dommer må derfor være forsigtig med at udtale sig om konkrete sager, som kan være undervejs til domstolene.¹⁴

¹⁴ Holger Kallehauge, anf. sted s. 192, er mere kategorisk end teksten: ”En dommer bør aldrig, hverken mundtligt eller skriftligt, kommentere sine egne afgørelser eller sager.” Udsagnet modificeres dog, se nedenfor note 26.

Dommeren kan godt udtale sig om de problemer, som sagen kan give anledning til, f.eks. ved at redegøre for et principielt spørgsmål, som der kan være grund til at overveje i forbindelse med sagens afgørelse. Det kan være af offentlig interesse at kunne forberede sig på, hvad sagen angår, og en dommer må kunne redegøre for, hvad han/hun forventer, at en sag kan rumme af problemer. Udtalelser om dette kan også fremkomme i forbindelse med fastlæggelse af, hvor lang tid sagsbehandlingen vil vare, hvor lang tid der sættes af til mundtlig forhandling af sagen, hvor mange dommere der sættes til at afgøre sagen, osv.

En dommer bør naturligvis ikke under sagens gang kommentere en part på en måde, der indicerer dommerens opfattelse af sagen. „Vi kender jo Deres modpart“ var en dommer så uheldig at komme til at sige i en sag om ærekrænkelse, hvor den ærekrænkende fortsatte med sine ærekrænkende ytringer under sagens behandling.¹⁵

7. *En dommer bør ikke udtale sig om konkrete sager, før behandlingen af den konkrete sag er endeligt afsluttet (se dog pkt. 8 og 9 nedenfor).*

Den begrænsning, jeg anførte under pkt. 6, byggede på inhabilitet (jälv). Man kan rejse det spørgsmål, om ikke begrænsningen har en anden begrundelse og med denne begrundelse bør gøres bredere. En dommer skal ikke blot afholde sig fra at kommentere konkrete sager for at undgå inhabilitet, men også for at undgå at sætte andre dommere, der måtte få sagen til bedømmelse, i den situation, at de bliver konfronteret med den bedømmelse, en dommer er kommet med (uden at det sker ved en dom). En dommer bør ikke kompromittere det princip, at konkrete sager bedømmes ved domstolene, og en dommer bør derfor ikke udtrykke noget syn på en sag, før den er indbragt for domstolene. Bedømmelsen af en sag, der er indbragt for domstolene, er naturligvis en opgave for de dommere, sagen henføres til afgørelse hos, og ikke alle mulige andre dommere.¹⁶ Til den styrkelse af domstolenes position som en tredje statsmagt, som er sket i de nordiske lande gennem de seneste ca. 25 år, hører at dommerne bidrager til, at dommer-bedømmelser af konkrete sager sker ved domstolene.

En dommer kan udtale sig om bedømmelsen af principielle sider af konkrete sager. En udtalelse om en konkret sag kan være en måde at udtrykke sig generelt. Det er ikke en konkret sag som tilfældigvis har vakt dommerens interesse, men det er en retstilstand af generel betydning, som dommere ikke bør være afskåret fra at udtrykke sig om. Det er ikke altid let at skelne mellem det konkrete og det generelle. Dommeren kan beskrive den generelle retstilstand, men

¹⁵ Kritiseret af Den Særlige Klageret, UfR 1952 250.

¹⁶ ”Når en retssag er endeligt afsluttet, er de hensyn, som taler for en begrænsning af ytringsfriheden, normalt ikke længere til stede”, Torben Jensen i UfR 1992 B s. 136.

denne kan undertiden kun beskrives ved at beskrive noget, der teknisk er individuelle retsforhold. Forholdet mellem regeringen og den nationale bank kan f.eks. opfattes som et konkret retsforhold eller som en almen myndighedsrelation – hvordan det beskrives, kan afhænge af sammenhængen, men det er utvivlsomt et emne, som en dommer kan udtale sig om. En dommer kan udtrykke sig om, hvordan han principielt mener, at strafniveauet for ægtefælle drab ligger, og at dette må lægges til grund i en kommende sag, men naturligvis med et udtalt eller underforstået forbehold for betydningen af sagens øvrige omstændigheder.

En dommer, der medvirker i en lovreform, kan få forelagt konkrete sager, der skal bedømmes efter gældende lov eller efter det lovforslag, som lovudvalget fremlægger. Også sådanne konkrete sager, der kun tjener til belysning af et generelt standpunkt må kunne bedømmes. Men det er ikke altid bedømmelsen vinder tilslutning, og dommere kan bidrage til, at lovforarbejder ikke udtaler sig for sikkert om emner, der først definitivt kan bedømmes, når de aktualiseres og konkretiseres i virkelige sager.¹⁷

8. *Den, der som advokat, administrativ ansat m.v. har udtalt sig om en konkret sag, kan også efter han/hun er blevet dommer, udtale sig.*

En advokat, der har anlagt en sag eller været forsvarer i en sag, og som i den anledning har udtalt sig til medieerne om sagen eller på andre måder ytret sig om sagen, kan senere blive dommer og skulle da med den beskrevne tese (pkt. 7) være afskåret fra at gentage sine ytringer. Et mere varieret rekrutteringsmønster kan åbne for flere af sådanne tilfælde. Efter min opfattelse kan det i nogle sager være en god ide at lade det nye arbejde indebære, at man ikke længere ytrer sig om sagen. Men det kan også være helt legitimt, at advokaten fastholder sin opfattelse og står ved det, der tidligere er sagt. Dommerens troværdighed som person kan bero på, at han/hun kan vedstå sin tidligere opfattelse og ikke er tvunget til at gemme sig bag dommeranonymitet og meningsfravær.¹⁸

¹⁷ Et interessant eksempel på at lovforarbejder udtalte sig kategorisk om et planspørgsmål vedrørende Stockholm, mens domstolene med Högsta Domstolen/Regeringsrätten anlagde en anden bedømmelse, der var uafhængig af forarbejderne, se RÅ 1997 ref. 18 og herom Jan-Mikael Bexhed i Rättsfall att minnas, Stockholm 1997, s. 451 f.

¹⁸ Et eksempel er Per Walsøe, Thule Farvel. Tvangsflytningen i 1953, København 2003. Walsøe havde været advokat for en gruppe af grønlandere og havde i den egenskab forberedt en sag mod staten. Walsøe blev dommer i Højesteret, og en anden advokat anlagde sagen og førte den til Højesteret. Omtrent samtidig med, at sagen skulle behandles i Højesteret (hvor Walsøe selv sagt ikke var med blandt dommerne), udkom bogen, der indeholder klare gentagelser af den opfattelse Walsøe havde gjort gældende som advokat, og som til dels stadig udgjorde sagens grundlag og dermed kollegernes bedømmelsesopgave. Dommen findes i UfR 2004 382 H.

9. *Den dommer, der mægler i en sag, kan – men behøver ikke – udtale sin opfattelse af gældende ret og dens betydning i den konkrete sag.*

Den mæglende dommer kan opmuntre parterne til at forlige sig og undlade selv at komme udtalelser om gældende ret i almindelighed og dens betydning i den konkrete sag og derfor også undlade at komme med egne forligsforslag. Men disse begrænsninger er ikke tvingende, og en forhandling frem mod et forlig kan understøttes af at dommeren tilkendegiver, hvordan aktuelle retlige spørgsmål kan forventes bedømt. I dansk praksis går der vidt i retning af at dommere i såvel byret som landsret efter den mundtlige forhandling af sagen er afsluttet, kommer med en „tilkendegivelse“, hvori parterne oplyses om hvordan en dom må forventes at komme til at lyde. Tilkendegivelsen kan være skriftlig og vil da i almindelighed indeholde præmisser for resultatet, der svarer til de præmisser, en egentlig dom vil indeholde. Efter at have modtaget tilkendegivelsen tager parterne stilling til, om de vil forlige sagen på dette grundlag. Tilkendegivelsen kommer – hvis den vedtages som forlig – i realiteten til at fungere som en dom, som ikke kan appelleres. Den begrundede tilkendegivelse har de elementer, som findes i en doms præmisser (rettens begrundelse), og der er ikke tvivl om, at tilkendegivelsen kan udtale sig generelt og konkret om gældende ret som i en dom. Da det ikke er tilkendegivelserne som forligs- og afgørelsessystem, der skal drøftes, går jeg ikke nærmere ind på emnet.¹⁹

10. *I forbindelse med afsigelsen af en dom kan dommeren (retsformanden) komme med supplerende bemærkninger til dommen, hvorved denne forklares nærmere for parter eller offentlighed.*

Præmisserne for en dom skal indeholdes i dommen. Undertiden formuleres en dom i et teknisk sprog eller i en summarisk stil, der kan efterlade tilhørere til domsafsigelsen i tvivl om dens betydning. Ytres en sådan tvivl, er den primære lære vel den, at man skal udtrykke sig bedre i næste dom. Men i den konkrete situation forekommer det nærliggende, at dommeren giver en forklaring, så de usikre får en klar opfattelse af dommens begrundelse. Sådanne forklarende bemærkninger må holde sig til den helt neutrale fortolkning af dommen og være i overensstemmelse med, hvad der var tilslutning til – og tilslutning til at udtrykke – i dommerkollegiet.

¹⁹ Herom især W.E. von Eyben, *Dommertilkendegivelser*, København 1987.

11. *Pressemeddelelser om afsagte domme bør indeholde en fuld gengivelse af dommens præmisser (dommens begrundelse). Er denne meget omfattende kan præmisserne refereres, og referatet må naturligvis have fuld dækning i dommen. Udgår referatet fra institutionen, bør det være godkendt af de medvirkende dommere.*

I stigende omfang udbygges domstolenes medierelaterede virksomhed. Pressemeddelelser om afsagte domme har eller får større mediebetydning end den formelle afsigelse af dom i offentligt retsmøde, idet medieteksten uden hensyn til omfang og afstand kan spredes elektronisk. Offentliggørelse af den fulde tekst rejser ikke i denne forbindelse noget ytringsproblem, for dommerne siger da ikke mere, end de siger i dommen. Det er så snart dommen bearbejdes med henblik på at forkorte eller fremhæve det principielle eller i hvert fald mediemæssigt interessante (som kan være helt konkret), at der kan opstå problemer.²⁰ Der er ofte behov for at redegøre for baggrunden for sagen, den principielle usikkerhed som dommen tager stilling til, indholdet af retskilder der kun ufuldstændigt er gengivet i den citerede del af dommen, de spørgsmål, der står åbne efter dommen osv.

Udover en korrekt gengivelse af dommen kan pressemeddelelser tilrettelægges på flere måder – de kan i deres helhed udgå fra domstolen som sådan, og da må de medvirkende dommere have kontrol med dens indhold, eller den kan være opdelt, så dommen gengives (og indholdet er naturligvis dommernes ansvar), mens en supplerende forklaring udgår fra en angiven informationsmedarbejder. Det er da synligt for modtageren, at denne supplerende forklaring ikke udgår fra dommeren/dommerne, og de mediemæssige hensyn kan gives friere spil.

12. *Dommere kan skrive og tale om de sager, hvori de har medvirket, og kan i den forbindelse uddybe de præmisser, som dommen indeholder. Domscommentarer, der går udover dommens indhold, må anses som udtryk for dommerens egne og principielt private position.*

Dommere skriver undertiden artikler om de sager, hvori de har medvirket eller de omtaler dem i foredrag. I disse sammenhæng optræder dommeren på egen hånd. Det der skrives eller siges, må tilskrives den pågældende dommer som en personlig og dermed privat ytring. Dommerens opfattelse af sagen kan med tiden ændre sig, en dommer kan med tiden blive kritisk over for et standpunkt han/hun har indtaget tidligere, og dette kan dommeren ytre sig frit om.

²⁰ Det redaktionelle referat af domme der offentliggøres, skrives i Danmark af redaktørerne af domspublicationen, Ugeskrift for Retsvæsen. I Sverige godkendes referatet af de medvirkende justitieråd, Anders Knuttson i SvJT 1987 s. 287.

Den danske Højesteret har i en længere periode udviklet de oprindelige nordiske referater af afsagte højesteretsdomme til dybtgående analyser af den afgjorte sag. Disse „domskommentarer“ har været individuelle og dermed private, for så vidt de var skrevet af en enkelt dommer, men de har også haft en kollegial eller institutionel karakter, for så vidt som udkast til kommentaren i hvert fald i et vist omfang har været gennemset af de øvrige medvirkende dommere, og kommentarens udbygning af de – ofte lidt knappe – offentlige præmisser er derfor ofte blevet tilskrevet dommerkollegiet som helhed. Der er imidlertid flere eksempler på, at kommentaren åbenbart kun udtrykker forfatterens opfattelse, og tolkningen af kommentaren som en privat artikel er derfor nok den rette.²¹ Domskommentarens hybride karakter gør den uhensigtsmæssig, og domskommentarer er faktisk – om end af andre grunde – ikke blevet skrevet i de seneste år.

13. Hvor der under en offentlig debat gøres synspunkter gældende om en nylig afsagt dom, som bygger på misforståelse af dommen, kan dommeren tage til orde og gengive det relevante sted i den afsagte dom. En dommer kan under særlige omstændigheder, men ikke i almindelighed indgå i en egentlig debat om en dom, han/hun har afsagt.

Den offentlige debat er tjent med ikke at bygge på misforståelser af domme, der debatteres, og hvor misforståelser spiller en rolle, bør dommeren kunne rette misforståelsen uden at indlade sig på en egentlig debat. Dommerens udtalelser i sagen må begrænses til det, der allerede er sagt i den afsagte dom. Dommens tekst må yderligere kunne forklare nøjere, forudsat forklaringen ligger inden for det dommerkollegiet har ment at udtale i dommen.

Der kan opstå en skævhed i debatten, fordi domme, dommere og domstole²² frit kan kritiseres, endda også af dommere. Men dommerne og domstolen svarer ikke igen. Dommeren og domstolen må sørge for at få sig udtrykt tilstrækkeligt i dommens præmisser. Særligt hvor en (særligt anset) administrativ myndighed, virksomhed eller organisation er blevet dømt (har tabt en sag), kan den dømte udførligt kritisere dommens præmisser som optakt til iværksættelse af en politisk proces, mens domstolen som udgangspunkt passivt må se til. I sådanne situationer, hvor domstolen kritiseres, men ikke svarer, er der behov for en „amicus curiae“, en rettens ven, i en mere ligefrem betydning af ordet end den gængse, nemlig en sagkyndig, der på egen hånd træder frem og udvikler et forsvar for domstolen, således at diskussionen får balance (hvis der er grundlag for et forsvar).

²¹ Kommentaren blev i de senere år skrevet af førstvoterende, og den byggede da i høj grad på dennes votering. Fremlæggelsen af denne bryder således lidt af den diskretion, der ellers bør omgive Højesterets votering. Om de danske kommentarers historie se Torben Jensen i UfR 1992 B s. 16f.

²² Hertil Peter Blume, Kan Højesteret kritiseres? i UfR 2003 B s. 300.

Det er vist den almindelige opfattelse, at dommere bør afholde sig fra at deltage i en debat, hvor dommeren kommer til at kommentere – f.eks. forsvare – afgørelser, som han/hun har været med til træffe, eller som i hvert fald udgår fra den domstol, hvor dommeren arbejder. Denne almene udelukkelse bør måske optøs. Det kan ikke alene være oplysende og nødvendigt, at nogen fra domstolene giver svar på kritik, men det kan være den måde, der fra institutionens side må handles på. Også domstole er genstand for stadig samfundsmæssige vurdering, og det er ikke godt, at domstolene altid skal være afhængige af, at der er en universitetsprofessor eller en advokat, der som en „amicus curiae“ i den nævnte betydning giver svar på den kritik, der er rejst mod domstolen.

Et eksempel på kanten af, hvad der kan anbefales, foreligger i en ældre dansk sag. Baggrunden var en straffesag mod en kvinde (da pige), der i 1884 var blevet dømt for barnemord, men som i 1886 var blevet frifunden for barnemordet, begge domme ved Højesteret.²³ En artikel i et dagblad hævdede i 1913, at Højesteret flere gange havde dømt folk for forbrydelser, de aldrig havde begået. Nogle journalister henvendte sig til Højesterets præsident (justitiarius Niels Lassen) for at høre hans mening om dette angreb. Præsidenten udtalte – ifølge sine egne anførsler – til journalisterne, at der ikke kunne nævnes et eneste tilfælde, hvor Højesteret havde domfældt uskyldige. Han fremhævede i denne forbindelse, at der ikke af den anden af de to nævnte domme, hvor kvinden blev *frifundet* på grund af manglende bevis, kunne udledes, at hun ved den første dom som uskyldig var dømt for barnemord. I den sag om ærekrænkelse, som kvinden herefter anlagde mod præsidenten, anførte han nærmere herom, at „Frifindelsesdommen i ganske væsentlig Grad havde været bygget paa en Lægeerklæring, hvis Rigtighed senere var draget i Tvivl af Dr. med. K. Pontoppidan, og at det maatte staa som meget usikkert, om Frifindelsesdommen, hvis hans Erklæring var betimelig fremkommen, overhovedet vilde være bleven afsagt. I denne Henseende fremdrog [Præsidenten], at Mænd, paa hvis Omdømme og Kendskab til Sagen han lagde den største Vægt, til ham havde udtalt, at det næppe vilde være sket, og til denne Mening antager [Præsidenten], der ikke kan huske, hvilke Ord han brugte, at han i sine Udtalelser har sluttet sig, idet han rent teoretisk har drøftet Pogens Skyld og Uskyld.“

Gengivelsen af Præsidentens udtalelser er taget fra den dom, Kriminal- og Politiretten afsagde og hvorved Præsidenten blev frifundet for ærekrænkelse, idet Præsidenten efter det oplyste fandtes at „have tilstrækkelig Føje til at fremsætte disse Udtalelser“.²⁴

Sagen illustrerer rigtigheden i, at det kan være – og længe har været – ønskeligt, at en dommer og specielt en domstols præsident kan give svar på kriti-

²³ UfR 1885 24 H og 1886 924 H.

²⁴ UfR 1914 863.

ske kommentarer, der rettes mod domstolen, når disse fremføres med et indhold eller i en sammenhæng, hvor tavshed kan skade tilliden til domstolen. Det er ikke noget godt signal at besvare kritik af den type, sagen indeholder, med et afvisende udsagn om, at domstolene ikke indgår i debatter om afsagte domme. At pointere forskellen mellem, at en tiltalt er frifunden på grund af manglende beviser, og at en tiltalt er uskyldig, er der ofte behov for. På den anden side illustrerer sagen, at sådanne udsagn skal formuleres med respekt for de involverede, og en dommer skal nok ikke indlade sig på offentlige overvejelser over, om en konkret straffesag, der blev afsluttet med frifindelse, kunne og ville have fået et andet udfald, hvis et bestemt bevis havde foreligget. Særligt må en højesteretspræsident formulere sine offentlige ytringer i bevidstheden om, at der ikke findes jordiske dommere, der med sikkerhed kan tiltros modet til at foretage en uhildet bedømmelse af deres retsmæssighed.

14. Dommere, der skriver artikler, lærebøger eller håndbøger, kan i denne forbindelse omtale konkrete sager.

Den dommer, der også virker som videnskabelig forfatter, må kunne (fortsætte med at) skrive sin videnskab som enhver anden videnskabelig forfatter. Forfatteren må have fri adgang til at referere, kommentere, uddybe, kritisere egne og andres domme. Dette gælder såvel overordnede instansers domme som underordnede domme.

Den dommer, der skriver om sin egen domstols domme, skriver om sig selv eller – værre endnu – om sine kolleger, og det kan vel lægge bånd på de udtryk, som en eventuel kritik formuleres i. Dette skyldes nok ikke bare hensynet til en god kollegial tone, men også en vis respekt for de vanskeligheder, som domsarbejdet er forbundet med. Fejltagelser er mere forståelige (om end ikke mindre fejlagtige) for den, der selv arbejder dag og nat med domskoncipering.

Den, der har deltaget i kollegialt domsarbejde, oplever jo jævnligt, at en opfattelse, som man selv er uenig i og derfor finder forkert, finder tilslutning hos andre, måske endda hos alle andre medvirkende. Det, der forekom mig at være en fejl, viser sig måske at være en ændret retning for retsudviklingen, som vil blive bekræftet af senere domme.²⁵

En dommer kan som nævnt ytre sig direkte om afsagte domme, også om domme fra den egne domstol.²⁶ Hvor dommeren vil udtrykke sin afstandtagen,

²⁵ Dette aspekt er uddybet i mit essay Fejl, i Omsorg for retfærdighed. Essays om retlig praksis, København 2003.

²⁶ Mere restriktiv end teksten er Kallehauge, anf. sted s. 192, der (kun) vil tillade ”efteromtale”, hvis der er gået lang tid, og dommen tillige belyser et interessant juridisk problem, som ikke lige så godt kunne belyses af andre domme..

vil det ofte ske ved at omtale det, som egentlig anses som fejlagtigt, som noget „nyt“, idet det „ny“ eller „originale“ ikke hører til plusordene i den judicielle diskurs, modsat den videnskabelige.²⁷ Kritikken er da at dommen har afvejet fra det gængse og baseret sig på noget nyt.²⁸ Er dommen udgået fra en højesteret, kan den indlede en ny retstilstand. Men er retten fastlagt på grundlag af EU-retten, EMK eller anden international ret, er det den internationale ret der er målestokken for den nationale højesteret.²⁹

Nydannelser ved den nationale ret må da i bedste fald ses som led i en kommunikation med den europæiske eller internationale ret.

15. Dommere kan som medlemmer af voldgiftsretter og administrative nævn tage stilling til de forelagte sager og er i deres stillingtagen til præmisser og resultat ikke begrænset af det forhold, at de er dommere.

Dommere kan i de skandinaviske lande fungere som voldgiftsdommere, og de kan være medlemmer af administrative nævn.³⁰ Man kan – i det omfang denne type af opgaver foreligger – rejse spørgsmålet, om dommeren i udførelsen af arbejdet kan være underlagt særlige begrænsninger eller vilkår med hensyn til at udtale sig om gældende ret. Kan det f.eks. forlanges, at dommeren ikke tager stilling til principielle spørgsmål i en voldgiftsret eller et nævn, før spørgsmålet er behandlet ved en almindelig domstol? Eller i hvert fald udtrykker sig med en særlig forsigtighed, som ikke behøver blive iagttaget af andre af rettens medlemmer? Er en voldgiftsdommer, der i sin hovedbeskæftigelse er dommer, i højere grad end f.eks. en voldgiftsdommer, der er hentet fra et universitet, bundet af almene hensyn? Har den forvaltningsretlige afgrænsning af lovlige hensyn eller lignende en særlig vægt for en dommer frem for andre nævnsmedlemmer? Alle disse spørgsmål må, så vidt jeg kan se, besvares benægtende.

²⁷ Dette er en grov forenkling. I virkeligheden er der megen tradition i videnskaben og stort behov for og anerkendelse af nydannelse i praksis. Heraf følger jo også, at det forhold, at noget er noget nyt – som nævnt i teksten – kan indebære, at det kommer til at slå igennem som det fremtidigt rigtige

²⁸ Som eksempel Torgny Håstad, Sakrätt. Supplement, 2004, s. 221f, om NJA 1998 s. 379 (”en ny tanke”).

²⁹ Jens Edvin Skoghøy, Konkurskarantene, EMK og Høyesterett, i Lov og Rett 2003 s. 449–50.

³⁰ Reglerne er lidt forskellige, og praksis er mere forskellig, se en oversigt i Domstolsudvalgets Betynkning 1319 1996 s. 365–68.

IV. Retskildernes rundgang

Når dommere udtaler sig om gældende ret uden for dommen, optræder dommeren som regel i en anden professionel sammenhæng. Det emne, som er drøftet, udgør således en del af det emne, som Per Henrik Lindblom rammende har betegnet „rättkällornes runngang“.³¹ Vi så gerne, at dommere udtrykte sig i domme og kun i domme, mens administratorer holdt sig til administration og f.eks. ikke blandede sig i det politiske, mens endelige de universitære forskere blev ved det videnskabelige og ikke f.eks. deltog i lovforberedelse, administrative nævn og voldgift. „Rundgang“ skaber uorden i kategorierne, som ikke skal drøftes nærmere her.

Hovedsynspunktet for min drøftelse har været, at man må *fastholde dommerens frihed til at ytre sig, herunder udtale sig om gældende ret*, og at der i dette udgangspunkt kun må gøres så få og så begrænsede indskrænkninger som er nødvendige.

Dommeres og domstoles adgang til at udtale sig uden for domme må endvidere ses i lyset af en stadig mere intens politisk og retspolitisk debat, hvor *restriktioner for dommeres og domstoles ytringsmuligheder kan give en ensidig debat som grundlag for den retspolitiske stillingtagen*.

³¹ Per Henrik Lindblom i TfR 2000 s. 401f og NTfK 1984 s. 268.