

Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen,
Trine Baumbach, Ole Scharf
og Henrik Stevnsborg (Red.)

Retsplejeloven 100 år



DJØF Forlag
2019

Højesteret og retsplejen

*Fhv. højesteretspræsident, adj. professor, dr.merc.h.c. Børge Dahl
og højesteretsdommer, dr.jur. Jens Peter Christensen*

1. En betydningsfuld lov – men ikke for Højesteret

Retsplejeloven, der trådte i kraft den 1. oktober 1919, medførte en vidtgående omdannelse af dansk retsvæsen og retspleje. For byret og landsret havde loven omkalfatrende betydning. Med Højesteret var det anderledes. For rettens daglige virke var den nye retsplejelov stort set uden betydning. Livet i Højesteret fortsatte i alt væsentligt ad de samme baner som hidtil.

Med retsplejeloven indfrie lovgivningsmagten det løfte, der allerede med Junigrundloven af 1849 var givet med bestemmelsen i grundlovens § 79 om, at »Offentlighed og Mundtlighed skal saa snart og saa vidt muligt gennemføres ved hele Retspleien«. For by- og landsret var det afgørende nye netop gennemførelsen af mundtlighed, hvor der hidtil havde hersket skriftlighed. For Højesteret havde mundtligheden og den dermed forbundne offentlighed imidlertid været gældende lige siden rettens grundlæggelse i 1661. Og heller ikke med hensyn til dommerrekruteringen, procesformen, domsforhandlingerne, voteringsordningen, domsskrivningen eller andre dele af Højesterets grundlæggende struktur skete der afgørende ændringer. I alt væsentligt forblev Højesteret sig selv lig, retsplejelov eller ej.¹

1. Muligheden for udnævnelse af ekstraordinære dommere blev dog bragt til ophør, og prøvovotering i mindst fire sager blev gjort til en undtagelsesfri betingelse for udnævnelse (§ 43, stk. 2). Den seneste, der havde nydt godt af undtagelsesmuligheden, var A.F. Krieger, der som fhv. professor, fhv. indenrigsminister og finansminister samt medlem af Landstinget blev udnævnt som højesteretsdommer i 1860. I kompetencemæssig hen-

På et enkelt punkt indebar retsplejelovens ikrafttræden dog en væsentlig praktisk ændring for Højesteret, uden at ændringen var en direkte følge af loven. Samme dag, loven trådte i kraft, vendte Højesteret tilbage til Slotsholmen i det genopførte Christiansborg Slot og tog de nye lokaler i brug. Det nye var også her mere udtryk for kontinuitet end brud, for med flytningen var retten placeret næsten samme sted som før slotsbranden i 1884, men nu med hovedindgang fra Prins Jørgens Gård, selvstændigt markeret med arkitekt Thorvald Jørgensens 18 trappetrin ophøjede monumentale søjlebårne indgangsportal, der før branden i 1884 havde tjent som hovedindgang til Christiansborg fra Slotsgården og Ridebanen. Højesteret havde dermed fået den indgangsportal, som Rigsdagens medlemmer tidligere havde haft, uden at der dog heri lå nogen tilkendegivelse om, at Højesteret skulle til at spille en mere fremtrædende rolle som statsmagt.

Siden retsplejeloven kom til verden i 1919, er loven blevet ændret utallige gange. Sigtet med det følgende er at belyse to spørgsmål. For det første: Hvorledes udfolder Højesterets virke sig i praksis inden for retsplejelovens rammer? Og for det andet: Hvorledes udfylder og påvirker Højesteret ved sin afgørelsesvirksomhed retsplejelovens procesforskrifter, samt hvilken samfundsmæssig rolle spiller Højesteret i den forbindelse?

Sat på kort begreb angår det første spørgsmål retsplejeloven som ramme om Højesterets daglige virke, mens det andet spørgsmål angår Højesterets rolle som retsplejelovens anvender og fortolker.

Belysningen af det første spørgsmål byder først og fremmest på en beskrivelse af de institutionelle, processuelle og personelle forhold, der danner ramme om det daglige arbejde i Højesteret. Hovedvægten vil blive lagt på det aktuelle, men med reference og perspektivering til den historiske udvikling.

Det andet spørgsmål angår, hvorledes Højesteret gennem de senere år har grebet anvendelsen og fortolkningen af retsplejelovsbestemmelser an, og hvilken rolle Højesteret dermed har spillet i forhold til lovgivningsmagten. Spørgsmålet vil blive søgt belyst med nogle karakteristiske eksempler fra Højesterets nyere praksis.

seende skete der en mindre begrænsning, idet Højesteret blev afskåret fra at efterprøve skyldspørgsmålet i straffesager, hvor nævninger havde medvirket. Ændringen var en konsekvens af det nye lægmandselement i landsretterne. Vigtigst for Højesterets daglige arbejde blev det, at der med retsplejelovens § 411, stk. 3, blev givet hjemmel til, at retten kunne bestemme, at afgørelser, som blev truffet inden domsforhandlingen, kunne træffes af et udvalg bestående af tre af rettens medlemmer, jf. herom Torben Jensen, Højesteret og retsplejen, 1999, s. 36.

2. Retsplejeloven som ramme om Højesterets daglige virke

2.1. Fra appeldomstol til præjudikatdomstol

Lige siden Højesterets etablering i 1661 havde retten altovervejende fungeret som en almindelig appeldomstol. Højesteret havde som rigets øverste domstol det sidste ord – frem til enevældens afskaffelse i 1849 dog med den modifikation, at kongen i princippet havde kompetence til at omgøre rettens afgørelser.²

Rettens funktion som præjudikatdomstol var derimod ganske begrænset. Oprindeligt gav dette langt på vej sig selv, idet retten i kraft af Christian V's instruks af 25. juni 1674 havde forbud mod at begrunde sine afgørelser. Dette forbud blev først ophævet ved lov af 8. marts 1856, der gav Højesteret valget mellem offentlig votering eller domsbegrundelser. Højesteret var imod begge dele, men valgte som det mindste af de to onder at begrunde sine domme. Loven var et resultat ikke mindst af Rigsdagens utilfredshed med Højesterets rolle under enevælden. Efter Rigsrettens frifindende dom den 28. februar 1856 i rigsretssagen mod ministeriet A.S. Ørsted (med højesteretsdommernes stemmer mod landstingsmedlemmernes) gav denne utilfredshed sig tillige udslag i, at den nationalliberale regering P.G. Bang afskedigede Højesterets præsident og fire dommere, formelt med henvisning til grundlovens hjemmel til at afskedige dommere efter deres fyldte 65. år. Som avisen »Fædrelandet« skrev efter Rigsrettens dom: »De Anklagede er frie, men Højesteret er dømt«.³

Højesterets begrundelser var i de følgende årtier som regel ganske kortfattede, og dommenes præjudikatmæssige rækkevidde var derfor også som regel ganske begrænset og svær at fastlægge. Det meget betydelige antal sager, der ikke havde nogen principiel eller videregående betydning, trak i samme retning. Retsplejeloven i 1919 ændrede ikke herved. Det lovgivningsmæssige udgangspunkt var, at landsretten var førsteinstans i borgerlige sager (§ 224), og at landsrettens afgørelser i sådanne sager frit kunne indbringes for Højesteret (§ 394). For straffe-

2. Se vedrørende det følgende også Børge Dahl og Jens Peter Christensen, »Danmarks Højesteret siden 1814 – Kontinuitet og forandring«, i Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), *Lov, Sannhet, Rett, Norges Høyesterett 200 år*, Oslo, 2015, s. 43-58, samt Børge Dahl, »Hvad skal vi med Højesteret?«, i Børge Dahl, Michael Hansen Jensen og Søren Højgaard Mørup (red.), *Festskrift til Jens Peter Christensen*, 2016, s. 619-634.
3. Se om det historiske Torben Jensen, Højesteret og retsplejen, 1999, s. 15 ff., med yderligere henvisninger. Om rigsretssagen mod ministeriet A.S. Ørsted og stemmeafgivningen se Jens Peter Christensen, *Ministeransvar*, 1997, s. 62-72.

sager var udgangspunktet tilsvarende, at alle anker og kæremål mod landsrettens domme, kendelser og beslutninger, afsagt i første instans, kunne indbringes for Højesteret.

Fra retsplejelovens ikrafttræden gik der næsten 90 år, før der med domstolsreformen i 2007 blev gjort op med Højesterets altovervejende placering som almindelig appeldomstol. Det var et erklæret mål med 2007-reformen, at Højesterets ressourcer skulle anvendes til behandling af principielle sager og sager af væsentlig samfundsmæssig rækkevidde. Udgangspunktet blev med reformen, at alle sager anlægges ved byret med fri appel til landsret, således at indbringelse for Højesteret kun kan ske med særlig tilladelse fra Procesbevillingsnævnet.

For straffesagerne gælder dette undtagelsesfrit. Reformen har medført en afgørende ændring i karakteren og antallet af straffesager, som Højesteret behandler. Tidligere, hvor nævningsager blev behandlet i første instans af landsretterne, angik de fleste af Højesterets sager den konkrete strafudmåling i navnlig drabssager og narkotikasager. Når det gik højt, kunne Højesteret behandle flere af den slags sager på én dag. Sådan er det ikke længere. De fleste sager angår nu afklaring af principielle lovfortolknings- eller strafudmålingsspørgsmål. Hvor Højesteret før 2007-reformen ofte modtog mere end 50 straffesager om året, er tallet nu nedbragt til årligt omkring 20-30. Hertil kommer et nogenlunde tilsvarende antal straffekæremål, der som hovedregel procederes skriftligt, men jævnlige voteres mundtligt. Inden for strafferetsplejen har 2007-reformen ført til, at Højesteret får de rigtige sager i overensstemmelse med det, der er Højesterets rolle i det samlede domstolssystem.

Inden for den civile retspleje viste 2007-reformen sig derimod utilstrækkelig til at nå det ønskede mål om at få de rigtige sager i rette mængde til Højesteret. Årsagen var navnlig, at byretterne efter anmodning fra en part kunne henvise en civil sag af principiel karakter til behandling ved landsret som første instans, hvorefter der var fri appel fra landsret til Højesteret. Landets godt 250 byretsdommere sad således hver med en nøgle til Højesteret. Hvis byretsdommeren skønnede, at en sag, der endnu ikke var ført, var af principiel karakter, skulle den henvises, og beslutning herom kunne ikke indbringes for nogen højere instans. Hertil kom, at 2007-reformen opretholdt ordningen med appel fra Sø- og Handelsretten til Højesteret.

Konsekvensen blev, at Højesteret ikke fik de rigtige civile ankesager i rette mængde. Sagspresset var for stort, og gennemløbstiden, som i 2011 for civile ankesager var to år og fire måneder, var alt for lang. Hovedvejen

til Højesteret kom i praksis til at gå via byretshenvisning til behandling i landsret som første instans. Godt halvdelen af Højesterets civile ankesager kom den vej. Omkring en fjerdedel kom fra Sø- og Handelsretten, oftest sager der alene beroede på en konkret bevismæssig vurdering, hvor Højesteret kunne bruge hele og halve dage på at vurdere, om den ene sko eller taske i for høj grad lignede den anden. Resultatet var, at mindre end en fjerdedel af Højesterets civile ankesager var tredjeinstanssager med tilladelse fra Procesbevillingsnævnet.

Der var således et klart behov for at få bedre styr på tilgangen af civile ankesager, end 2007-reformen i praksis viste sig at give mulighed for. På grundlag af en henvendelse fra Højesteret til justitsministeren i 2012 og et efterfølgende udvalgsarbejde blev der ved lov nr. 84 af 28. januar 2014 om ændring af retsplejeloven – med undertitlen: Sagstilgangen til Højesteret – gennemført en række ændringer, som skulle sikre, at Højesteret fik de rette sager i den rette mængde.

Ved 2014-ændringen af retsplejeloven er kriteriet for henvisning fra byret til landsret – at sagen er af principiel interesse – blevet præciseret med tilføjelse af ordene: »og har generel betydning for rets anvendelsen og retsudviklingen eller væsentlig samfundsmæssig rækkevidde i øvrigt«, jf. lovens § 226, stk. 1. Byretternes afgørelser om henvisning kan kæres til landsretterne, og landsretterne skal af egen drift påse, at betingelserne for henvisning er opfyldt, og sende sagen tilbage til byretten, hvis det ikke er tilfældet. For i øvrigt at skabe sikkerhed for og koordinering af, at det er de rigtige sager, der indbringes for Højesteret, er det i forarbejderne forudsat, at landsretterne samler afgørelsen af, om henviste sager opfylder betingelserne, i en enkelt afdeling i hver landsret, og at henvisningspraksis koordineres ved løbende drøftelser landsretterne imellem og med Højesteret.

Problemet med de alt for mange ankesager fra Sø- og Handelsretten er ligeledes blevet løst med 2014-lovændringen. Ankeadgangen er blevet kraftigt indskrænket. Anke kan nu ske til landsret eller til Højesteret. Men Højesteret vogter selv indgangsdøren, idet anke til Højesteret kun kan ske, hvis retten giver tilladelse på grundlag af en vurdering af, om sagen er »af principiel karakter og har generel betydning for rets anvendelsen eller retsudviklingen, eller hvis andre særlige grunde i øvrigt taler for, at sagen behandles af Højesteret som 2. instans«, jf. retsplejelovens § 368, stk. 4.

Målet om at få de rigtige sager i den rette mængde er i vidt omfang blevet nået med 2014-lovændringen. Mængden af ankesager er blevet

nedbragt til et praktisk håndterbart niveau – med årligt omkring 90-100 civile ankesager og 20-30 straffeankersager – og sagerne har altovervejende den principielle karakter og samfundsmæssige betydning, som Højesterets rolle i det samlede domstolssystem tager sigte på.

Lovændringen har dermed også betydet, at problemet med den lange gennemløbstid for civile ankesager i Højesteret – et problem der har plaget Højesteret gennem mange årtier – nu er blevet løst. Hvor gennemløbstiden i 2013 var 22 måneder – målt fra anken kom ind, til dommen forelå – er den nu et pænt stykke under et år. Den praktiske grænse vil nok ligge på omkring et halvt år, når der skal være fornøden tid til advokaternes skriftveksling og praktisk mulighed for at finde tid i parternes kalender. Målet for gennemløbstiden for straffesagerne er 3 måneder, og dette mål er i praksis nogenlunde tæt på at være nået.

I et fremtidsperspektiv kan man spørge, om Højesteret med 2014-lovændringen er kommet til vejs ende med reformer af ankeadgangen til Højesteret. Svaret blæser i vinden, men er næppe med sikkerhed bekræftende.

Den nuværende ordning er præget af en kompleksitet, der nok kan have sin egen paragrafmæssige charme, men som i øvrigt kun lader sig forstå som udslag af et historisk forløb. Højesteret har, når bortses fra ordningen for Sø- og Handelsretten, kun en indirekte indflydelse på, hvilke ankesager der skal behandles og i hvilken mængde. Indflydelsen går først og fremmest via den højesteretsdommer, der, jf. retsplejelovens § 23, stk. 1, er født formand for Procesbevillingsnævnet og i den egenskab har mulighed for i sit samvirke med nævnets øvrige medlemmer at påvirke arten og mængden af procesbevillinger.

I de fleste andre lande – herunder de nordiske – er det som en helt naturlig ting den øverste retsinstans selv, der tager stilling til, om en sag kan indbringes for retten. Højesteretsdommere fra de andre nordiske lande har ofte under drøftelser fremhævet fortrinene ved deres ordning, herunder især at de mange ansøgninger om appeltilladelse giver dommerne mulighed for at få indblik i, hvad der rører sig i by- og landsretterne, og dermed for at vurdere, hvor der er behov for retsafklaring og retsudvikling, samt at den højeste retsinstans er bedst til at vurdere, hvad der er principielt, og hvad der dermed er behov for, at den højeste retsinstans skal behandle.⁴

4. Jf. Lene Pagter Kristensen, »Højesterets arbejde 1961-2011«, i Per Magid m.fl. (red.), Højesteret – 350 år, 2011, s. 183.

En reform af retsplejeloven, hvorefter Højesteret selv får kompetencen til at afgøre, om anke skal tillades, kunne være en naturlig slutsten på Højesterets vej fra almindelig appeldomstol til præjudikatdomstol.

Det er kun en meget lille del af de sager, der anlægges ved domstolene, der når til Højesteret. I 2017 blev der således ved byretterne ved dom afgjort godt 45.000 civile sager og mere end 186.000 straffesager. Ved landsretterne blev der i 2017 afgjort knap 5.000 civile sager og mere end 6.000 straffesager. Den andel af det samlede sagstal i domstolssystemet, der når Højesteret, skal således måles i promiller. Udvælgelsen af de få sager, der skal igennem nåleøjet, er derfor helt afgørende for Højesterets og det samlede retsvæsens funktion.

2.2. Dommerne

Ved retsplejelovens ikrafttræden i 1919 havde Højesteret 13 dommere. Alle havde haft forudgående ansættelse som dommere ved Landsover- samt Hof- og Stadsretten i København eller ved Landsoverretten i Viborg – de to domstole, der med retsplejeloven fik navn af Østre Landsret og Vestre Landsret. Med få undtagelser havde de 13 dommere forinden haft ansættelse i Justitsministeriet.⁵

Billedet forblev uændret i de følgende mange årtier. Endnu frem til begyndelsen af 1990'erne kom praktisk taget alle Højesterets dommere fra det justitsministerielle område og havde en forudgående karriere som embedsmænd i Justitsministeriet.⁶ Gennem mere end hundrede år havde vejen til Højesteret været gennem Justitsministeriet og derfra via domstolene. Det er der lavet fundamentalt om på gennem de seneste godt 25 år.

I forbindelse med oprettelsen af Dommerudnævnelsesrådet ved retsplejereformen i 1999, der også indebar oprettelse af Domstolsstyrelsen, var det et erklæret mål at få en bredere dommerrekruttering til både byret, landsret og Højesteret. I Domstolsudvalget, der havde højesteretspræsident Niels Pontoppidan som formand, begrundede man blandt andet dette med, at dommerne i højere grad end hidtil skulle udøve »en selvstændig retsskabende funktion« og fungere som »en uafhængig tredje statsmagt«.⁷ Et flertal i udvalget fandt, at målsætningen om en bredere dommerrekruttering var så væsentlig, at den burde finde udtryk i loven. Resultatet blev en lovfæstelse i retsplejelovens § 43 af de

5. Jf. oversigten over dommerne i Højesteret 1661-1961, bind 2, 1961, s. 279 f. og s. 411-416.

6. Se herom og om det følgende vedrørende dommerrekrutteringen og 1999-reformen Jens Peter Christensen, *Domstolene – den tredje statsmagt*, 2003, s. 75-86.

7. Domstolsudvalgets betænkning. Betænkning nr. 1319/1996, s. 175.

hensyn, som skal lægges til grund ved udnævnelse af dommere. Det fremgår således af bestemmelsen, at »der skal lægges afgørende vægt på ansøgerens juridiske og personlige kvalifikationer. Også bredden i ansøgenes erfaringsgrundlag skal tillægges vægt, ligesom det skal indgå i vurderingen, at der ved domstolene bør være dommere med forskellig juridisk erhvervsbaggrund«.

For Højesterets vedkommende var en bredere dommerrekruttering imidlertid allerede slået igennem fra begyndelsen af 1990'erne, og udviklingen var således af Højesteret iværksat en del år inden ændringen af retsplejeloven i 1999. Efter 1999-reformen og oprettelsen af Dommerudnævnelsesrådet er den bredere dommerrekruttering blevet fastholdt. Højesteret består i dag af 18 dommere inklusive præsidenten. Ved udnævnelsen kom dommerne fra følgende stillinger: landsdommer 9, advokat 4, professor 2, statsadvokat ved Rigsadvokaten 2, chef for Justitsministeriets Lovafdeling 1.

Når en dommerstilling i Højesteret er opslået ledig, og ansøgningerne er indkommet til Domstolsstyrelsen, er praksis den, at ansøgningerne forelægges Højesteret til udtalelse. Højesteret behandler ansøgningerne på et plenarmøde og afgiver udtalelse om, hvem af ansøgerne stillingen bør besættes med. Der indstilles kun én. Indstillingen afgives til Dommerudnævnelsesrådet, hvor en højesteretsdommer, valgt af Højesteret, er født formand. Dommerudnævnelsesrådet afgiver indstilling til justitsministeren, og for hver dommerstilling omfatter indstillingen kun én kandidat.

Justitsministerens kompetence er stærkt begrænset – ministeren må enten følge indstillingen eller forkaste den, han kan ikke udnævne en anden. Det er desuden i lovforarbejderne forudsat, at ministeren kun helt undtagelsesvis ikke vil følge Dommerudnævnelsesrådets indstilling, og han skal i så fald underrette Folketingets Retsudvalg derom.

Højesteret lægger naturligt nok vægt på, at bedømmelsen af ansøgerne sker under hensyn til Højesterets opgaver som rigets øverste domstol. Der kræves således faglige kvalifikationer og personlig integritet på højeste plan. Det er nødvendigt med en omfattende faglig indsigt og erfaring svarende til, hvad der for de bedste kan opnås gennem 25 års juridisk arbejde. I praksis betyder det, at udnævnelsesalderen ligger omkring 50 år. Gennem det seneste tiår har der ved udnævnelserne været en variationsbredde fra 47 til 54 år. Da Højesteret består af relativt få dommere, der som følge af den kollegiale arbejdsform skal kunne fungere sammen gennem mange år, tillægger Højesteret det afgørende

betydning, at den, som udnævnes, i alle henseender har en standard, der kan anerkendes af de øvrige dommere. Det er endvidere af stor betydning, at dommerkollegiet er alsidigt sammensat, så Højesteret rummer dommere med forskellig erhvervsbaggrund.

Højesterets indstillinger bliver i praksis fulgt af Dommerudnævnelsesrådet. Det kan da også kun vanskeligt tænkes, at Dommerudnævnelsesrådet ikke vil følge Højesterets indstilling. Det siges i lovforarbejderne til 1999-reformen, at det giver sig selv, at Højesterets udtalelse om besættelse af stillinger som højesteretsdommer vil blive tillagt særlig vægt. Hertil kommer, at Højesteret i kraft af det særegne prøvevoteringsystem, der blev indført helt tilbage i 1753, har fat i den lange ende.

Den, som bliver indstillet, bliver nemlig ikke udnævnt som dommer, men udpeget til over for Højesteret at godtgøre sin egnethed ved at prøvevotere i fire sager, jf. retsplejelovens § 42, stk. 5. Vedkommende skal votere først, men er uden stemmeret. Der er tale om en art eksamen, som er kendt for sine høje krav, men som samtidig er kendt for, at stort set alle består. Kun to prøvevoterende er dumpet. Den første i 1772, den anden i 1907. I sidstnævnte tilfælde var der tale om, at justitsminister P.A. Alberti havde foretaget en personlig motiveret, usaglig udpegning af en birkedommer fra Fredensborg. Historisk har prøvevoteringsystemet været Højesterets værn mod, at den enevældige konge skulle udnævne en ukvalificeret dommer. I dag er prøvevoteringsystemet, hvis tingene sættes på spidsen, et værn mod Dommerudnævnelsesrådet og samtidig en særskilt garanti for, at der kun rekrutteres dommere, der er fuldt kvalificerede. I praksis er der også et vist element af indvielsesritual heri. Her som i andre henseender har Højesteret ikke søgt at ændre noget, der fungerer godt.

Dommerudnævnelsesrådets kompetence omfatter ikke stillingen som præsident for Højesteret. Spørgsmålet om, hvorledes udpegning af præsidenten sker, er uomtalt i retsplejeloven.⁸ Først langt ind i det 19. århundrede efter enevældens ophør begyndte regeringen at udnævne præsidenten, der frem til retsplejeloven i 1919 blev benævnt »justitiarius«, fra kredsen af Højesterets dommere. Den første udnævnelse i så henseende var udnævnelsen af Christian Rottbøll i 1861. Siden da har det været ubrudt praksis, at præsidenten udpeges blandt Højesterets dommere, og siden 1915 har rettens dommere afgivet indstilling til justitsministeren om hvem. Justitsministeren har i praksis fulgt Højesterets indstilling,

8. Se om rekrutteringen af retten i et historisk perspektiv: Tage Holmboe, »Rekrutteringen af retten«, i Højesteret 1661-1961, bind 2, s. 203-230.

men i hvert fald endnu i 1930'erne forbeholdt ministeren sig muligheden for efter eget valg at udnævne en fra dommernes kredse.⁹ Afgørelsen om, hvem der skal indstilles, træffes ved anonym stemmeafgivning blandt dommerne nogle måneder inden præsidentskiftet. Indstillingen sendes til justitsministeren, og offentligheden orienteres i dag om Højesterets valg ved samtidig offentliggørelse af indstillingen.

Kigger man tilbage i anden halvdel af 1800-tallet, var det ikke fuldstændig usædvanligt, at højesteretsdommere forlod deres stilling til fordel for anden udnævnelse. A.F. Krieger fratrådte således sin stilling i 1870 for at blive justitsminister, Werner J.A. Ussing i 1873 for at blive nationalbankdirektør, Christian S. Klein i 1891 for at blive Overpræsident i København. Det sidste tilfælde var Marius N.F. Trolle, der i 1894 fratrådte for at blive Overformynder.¹⁰ Siden da – og altså nu i mere end 120 år – har stillingen som dommer i Højesteret reelt været en slutstilling.

Den indirekte påvirkningsmulighed, som en regering kunne have ved at være herre over besættelse af muligt attraktive stillinger uden for domstolssystemet, har derfor ikke været til stede. Der er givet orlov til ansættelse i internationale dommerstillinger ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og EU-Domstolen. Kun én højesteretsdommer har gennem de seneste 120 år forladt retten for at overgå til en stilling uden for domstolssystemet. Vedkommende – Henrik Zahle – kom fra et professorat ved Københavns Universitet og vendte som 58-årig efter 2 år og 8 måneder som højesteretsdommer tilbage til universitetet som professor. Alle øvrige dommere har forladt Højesteret på grund af dødsfald, sygdom eller – som regel – alderspensionering. Det sidste blev der pligt til med den ændring af tjenestemandsløven, der fandt sted i 1933, og som fastsatte den generelle aldersgrænse for dommere til 70 år.¹¹ Af en eller anden grund har denne aldersgrænse ikke været betragtet som et retsplejelovsanliggende.

9. Se Troels G. Jørgensen, *I Justitias tjeneste*, 1954, s. 166 f. og s. 183.

10. Jf. oversigten over dommernes biografier i Højesteret 1661-1961, bind 2, s. 399-408, samt Holmboe, *op.cit.*, s. 224 f.

11. Se herom og om den højesteretsdom (U 1935.1 H), som den generelle aldersgrænse gav anledning til i den såkaldte Dommerlov-sag, Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen, *Dansk Statsret*, 2. udg., 2016, s. 112-115.

2.3. Højesterets arbejdsform

Som nævnt indledningsvis har offentlighed og mundtlighed præget retsplejen ved Højesteret lige siden rettens grundlæggelse i 1661.¹²

Offentligheden har i almindelighed fri adgang til at overvære hovedforhandlingen, hvor sagen mundtligt forelægges og procederes af advokaterne. Langt de fleste sager, hvor der afsiges dom, behandles mundtligt. Mængden af skriftligt materiale, som advokaterne tilfører sagen, er imidlertid vokset betydeligt gennem årene.

I sin bog om retsplejen ved Højesteret kunne højesteretsdommer Victor Hansen så sent som i 1959 skrive, at dommerne kan »ikke med sikkerhed ... påregnes at kende andet til sagen, end hvad der fremgår af dommens og påstandenes oplæsning«. ¹³ Det er klart, at sådan vil en dommer i Højesteret ikke kunne gribe arbejdet an i dag. Man er nødt til, før hovedforhandlingen går i gang, at forberede sig grundigt på grundlag af sagens skriftlige materiale. Både for at forstå sagen og for at få det fulde udbytte af advokaternes forelæggelse og procedure.

2.3.1. Koncentrationsprincippet

Når det forholder sig sådan, hænger det sammen både med sagernes og retsreglernes kompleksitet og med det koncentrationsprincip, der ligger til grund for den måde, hvorpå hovedforhandling, votering og domsskrivning gennemføres ved Højesteret.

Typisk varer den afsluttende hovedforhandling i Højesteret højst én dag i retten (kl. 9-14). Det er alene advokaterne, der taler, idet der under hovedforhandlingen ikke er nogen umiddelbar bevisførelse i form af f.eks. afhøring af vidner eller parter. Der er endvidere tradition for, at dommerne kun i meget begrænset omfang stiller spørgsmål til advokaterne. Denne tradition er så indarbejdet, at det flere gange er sket, at selv meget erfarne advokater prompte er faldet besvimet om, når en dommer en sjælden gang har stillet et spørgsmål.

Når advokaterne har forladt retssalen, er Højesterets arbejde med sagen præget af et meget konsekvent gennemført koncentrationsprincip, der har sin rod flere hundrede år tilbage. Straks advokaterne og tilhørerne er lukket ud, bliver døren til retssalen efter gammel tradition låst udefra af en retsbetjent. Derefter rejser den anciennitetsmæssigt yngste dom-

12. Se hertil Jens Peter Christensen, »Retsplejen for Højesteret – mundtlighed eller skriftlighed?«, i Gunnar Bergby m.fl. (red.): Festskrift til Tore Schei, Oslo, 2016, s. 23-35, og Jens Peter Christensen, »Mundtlighed i retsplejen for Højesteret«, i UfR 2014B s. 187-191.

13. Victor Hansen, Retsplejen ved Højesteret, 1959, s. 102 f.

mer sig fra sin plads længst til venstre på dommerpodiet. Stadig iklædt sin dommerkappe vil dommeren indlede sin votering med at meddele, hvilket resultat han er nået til. Derefter vil han eller hun nøje redegøre for den foreliggende sag og dens juridiske problemer og disse problemers rette løsning. Til sidst vil den førstevoterende læse sit udkast til dom op for de øvrige dommere, der under hele voteringen har siddet og hørt på, uden kommentarer og (så vidt muligt) uden at fortrække en mine. Domsudkastet har den førstevoterende dommer i alt væsentligt skrevet, før hovedforhandlingen er gået i gang, på grundlag af de skriftlige dokumenter i sagen.

Oprindeligt var det af respekt for kongen, at dommerne stod op og voterede iklædt dommerkappen. I dag har den stående votering i kappen sin begrundelse i, at den bidrager til at understrege den alvor, der bør knytte sig til voteringen. Ordningen med, at det er den anciennitetsmæssigt yngste dommer, der første rejser sig og voterer, blev indført helt tilbage i 1677. I de første 16 år af Højesterets eksistens havde det været sådan, at den ældste dommer skulle votere først, så den næstældste osv. Men den ordning gik man hurtigt væk fra, og i stedet vendte man voteringsrækkefølgen. Og sådan har det været siden.¹⁴

Ordningen har det gode ved sig, at den fungerer som en fremragende oplæring af den nye dommer, ikke bare i at klare selv de vanskeligste juridiske sager, men også i at skulle turde tage et standpunkt og stå ved det uafhængigt af, hvad de ældre dommere måtte mene. Den yngste dommer kan ikke blot lægge sig i slipstrømmen af de ældre, for han eller hun ved på det tidspunkt, hvor vedkommende skal votere, ikke med sikkerhed, hvor slipstrømmen løber. Votering nedefra og opefter har også den fordel, at den – i hvert fald i princippet – tilgodeser nytænkning i retten. De ældre dommere kommer under alle omstændigheder ikke på forhånd til at dominere. Også med hensyn til voteringsordningen har Højesteret lagt den linje, at hvad der fungerer godt, er der ikke grund til at ændre.

14. I 2008 vedtog Højesteret en 4-års maksimumgrænse for dommernes faste førstevoteringsperiode. Før da var ordningen den, at man var fast førstevoterende, indtil man blev udfriet, når der var ansat fire anciennitetsmæssigt yngre dommere. Denne ordning havde altid givet anledning til betydelig variation i længden af den periode, nye dommere var fast førstevoterende. Nogle slap med to-tre år, eller endnu kortere, mens andre var fast førstevoterende i 6-7 år eller mere. Ordningen er efter indførelse af den nævnte 4-års grænse, at der i mangel af en fast førstevoterende sker en fordeling af de overskydende førstevoteringer blandt de øvrige dommere, præsidenten og den ældste dommer undtaget.

Når den anciennitetsmæssigt yngste dommer har voteret og læst sit udkast til dom op, rejser den næst yngste dommer sig og voterer. Dernæst den tredje yngste osv. I omkring 90 pct. af sagerne deltager der fem dommere og i de resterende typisk syv dommere; kun i helt særlige tilfælde deltager der flere. Erfaringsmæssigt varer den førstevoterende dommers indlæg en times tid eller mere, når der er tale om en nogenlunde gennemsnitlig sag. Ved særligt komplicerede sager kan voteringen være betydeligt længere. De senere voterende dommers indlæg vil typisk være væsentligt kortere, afhængig af også om de senere voterende er enige eller uenige med førstevoterende og hinanden. Voteringen sker som nævnt for lukkede døre, og ud over dommerne er kun en dommerfuldmægtig, der tager referat, til stede i retssalen.

Ofte er den danske voteringsordning for lukkede døre blevet sammenlignet med og modstillet ordningen ved Norges Høyesterett, hvor voteringen er offentlig. I vidt omfang er der imidlertid her tale om en misforståelse af realiteten i den norske ordning. Den danske votering kan bedst sammenlignes med den »rådslagning«, der ved Norges Høyesterett foregår blandt dommerne, for lukkede døre, når hovedforhandlingen er afsluttet. Dog med den forskel, at man i Norges Høyesterett har valgt den modsatte dommerrækkefølge, således at det er den anciennitetsmæssigt ældste dommer (retsformanden), der først udtaler sig om sagen med en redegørelse, der både i dybde og længde svarer til den danske førstevoterendes. Derefter er det den næstældste dommers tur, og så fremdeles. Forskellen er endvidere, at hvor den danske førstevoterende læser sit udkast til dom op som afslutning på sin votering, er det i Norge sådan, at først når rådslagningen er slut, udpeges den dommer, der som såkaldt førstevoterende skal (så vidt muligt) samle synspunkterne og skrive dommen.¹⁵

15. Om baggrunden for den norske ordning se Aage Thor Falkangers skildring i »Høyesteretts vota« i Tore Schei m.fl. (red.): *Lov, Sannhet, Rett. Norges Høyesterett 200 år*, Oslo, 2015, s. 182-187. Når man i Norge ved Høyesteretts grundlæggelse i 1814 ikke valgte at kopiere den danske voteringsordning, hvor de anciennitetsmæssigt yngste dommere voterede først, synes det at have været på grund af bekymring for, om alle dommerne ville kunne holde koncentrationen under domsforhandlingen, hvis de på forhånd kunne vide sig sikre på ikke at skulle være førstevoterende. Oprindeligt havde man i Norge, ligesom i Danmark, den ordning, at voteringen gik i gang, umiddelbart efter at domsforhandlingen var afsluttet, således at der ikke fandt nogen mellemliggende rådslagning sted. Da der i Norge ved lov i 1863 blev indført offentlig votering, ophørte den tidligere ordning med umiddelbar votering efter domsforhandlingen, og der blev indskudt en rådslagning for lukkede døre, forud for voteringen.

Den forskellige betydning af begrebet »votering« i Danmark og Norge har herhjemme givet anledning til den udbredte misforståelse i både advokatkrede og blandt retspolitikere, at »voteringen« – forstået i dansk forstand – er offentlig i Norge, og at det norske system således byder på en langt større grad af åbenhed end det danske. Man overser derved, at »voteringen« i Danmark bedst kan sammenlignes med »rådslagningen« i Norge, og at den »offentlige votering« i Norge er bedst sammenlignelig med domsafsigelsen i Danmark, hvor dommens resultat og begrundelse læses op, som regel i en komprimeret version, i et offentligt retsmøde – hvis der da ellers undtagelsesvis er mødt tilhørere frem.

Når voteringen i Højesteret er afsluttet, lægger dommerne kapperne og går ind i et tilstødende lokale og sætter sig ned og skriver dom – med udgangspunkt i førstevoterendes og ofte også andre dommers bidrag til domsudkast. Oprindeligt var det sådan, at ingen ny sag kunne påbegyndes, før der var afsagt dom i den foregående sag, og reglen herom fandt da også vej til retsplejeloven i 1919 med dens bestemmelse i § 411, 2. pkt., om, at »Domsforhandlingen i en ny Sag maa ikke finde Sted, forinden Dommen i den optagne Sag er vedtaget«. Bestemmelsen er i dag væk, og der er slækket på princippet, idet Højesterets dom typisk afsiges ugedagen efter, at hovedforhandlingen er afsluttet. Men princippet om, at dommerne så vidt muligt straks gør dommen færdig, før de påbegynder hovedforhandlingen i den næste sag, er opretholdt. Til votering og domsskrivning i en almindelig civil sag blev der endnu for ganske få år siden kun afsat én dag; nu afsættes der typisk to.

Det nævnte koncentrationsprincip har store fordele, både for sagernes effektive afvikling og for kvaliteten af rettens arbejde. Dommerne er koncentreret om én og kun én ting, nemlig den sag, der netop er blevet procederet. Alle de medvirkende dommere har endevendt sagen og er lige nu og her på toppen af deres indsigt i sagens mange forskellige krinkelkroge. Indsigten, energien og koncentrationen får ikke lov at gå tabt ved mellemkommende skriftlige cirkuleringer, gentagne genopfriskninger af sagen og dage, hvor nye sager trænger sig på.

Arbejdsformen med koncentrationen om én sag ad gangen og fraværet af tidsrøvende og koncentrationsopløsende mellemkommende operationer er på en gang både gammeldags og meget moderne. Gammeldags derved, at den har rod flere hundrede år tilbage. Meget moderne, fordi arbejdsformen vel bedst kan sammenlignes med de allermest nymodens »lean«-principper. Da en af forfatterne for et par år siden holdt foredrag for en kreds af statslige direktører og departementschefer og fortalte om ar-

bejdsformen i Højesteret, udbrød en departementschef således spontant: »Hold kæft! Det er jo lean!«. Det er godt at vide for en traditionsbunden institution, at den således kan være på forkant med udviklingen ved blot at stå stille.

Siden 1956 har Højesteret i det daglige arbejdet i to afdelinger. Opdelingen i to afdelinger blev muliggjort ved en ændring af retsplejeloven i 1953, der nedsatte det pligtige dommertal i hver sag fra ni til fem.¹⁶ Baggrunden var et stærkt stigende sagspres. Ændringen er blevet omtalt som den mest skelsættende ændring i rettens opbygning i nyere tid.¹⁷

Man forudsatte dengang, at retten i vigtigere sager blev sat med syv dommere, i sjældnere tilfælde ni eller et endnu større antal. I dag er situationen den, at der helt overvejende sættes fem dommere på. I omkring hver tiende sag sættes retten med syv dommere og i helt særlige tilfælde med ni, elleve eller flere.

Det er traditionelt blevet anført,¹⁸ at sagens principielle karakter, dens økonomiske eller ideelle konsekvenser eller andre særlige grunde kan betinge et reelt behov for mere end fem dommere. I den kommenterede retsplejelov er det refereret fra bemærkningerne til 1953-ændringen af retsplejeloven, »at retten i vigtigere sager beklædes af et større antal dommere end det foreslåede mindstetal, ligesom der i enkelte tilfælde vil kunne blive tale om, at samtlige dommere deltager i sagens behandling, f.eks. hvor der opstår spørgsmål om, hvorvidt en lov måtte være forfatningsstridig«. Hertil føjes det i kommentaren, at »andre hensyn, der kan begrunde deltagelse af et større antal dommere end lovens mindstetal, kan være, at sagen er genstand for betydelig almen interesse, har vidtrækkende konsekvenser for samfundet eller bestemte samfundsgrupper, berører formodede nationale interesser eller på anden måde er ekstraordinær«.¹⁹

Eigil Lego Andersen har forsøgt at belyse, om man med flere dommere i en sag har større sandsynlighed for at nå »det rigtige« resultat. Ud fra en matematisk model har han beregnet sandsynligheden for, at en dom får et andet resultat i det tilfælde, at der medvirker syv dommere i stedet for fem.²⁰ Resultatet er, at ca. tre pct. af samtlige domme i

16. Samtidig blev det samlede dommertal varigt forøget fra 13 til 15, inklusive præsidenten.

17. Torben Jensen, op.cit., s. 38.

18. Jf. f.eks. Torben Jensen, »Højesterets arbejdsform«, i Torben Jensen m.fl. (red.), Højesteret 1661-1986, s. 127.

19. Den kommenterede retsplejelov, 10. udgave, 2018, s. 16.

20. Eigil Lego Andersen, »Dissensmønstre i Højesteret 1992-2001«, i Torsten Iversen, Lars Hedegaard Kristensen og Erik Werlauff, Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, 2003, s. 13-40.

sager med fem dommere ville have fået et andet resultat, hvis der havde medvirket syv dommere. Ser man alene på de sager med fem dommere, der er resulteret i en 3-2-afgørelse – og det er jo alene sådanne sager, der ville kunne have fået et andet udfald, hvis der i stedet for fem dommere havde medvirket syv – er sandsynligheden for et andet resultat, hvis der i stedet for fem dommere havde medvirket syv dommere, knap 25 pct.²¹

Anvender man nu disse matematiske beregningsresultater på virkeligheden, bliver det i praksis særdeles få domme i sager med fem dommere, der ville have fået et andet resultat, hvis der havde medvirket syv dommere. Og tilsvarende er det særdeles få domme i sager med syv dommere eller flere, der ville have fået et andet resultat, hvis der kun havde medvirket fem dommere. En opgørelse på grundlag af samtlige mundtligt voterede civile ankesager og straffeankesager for 2017 viser, at der i årets i alt 112 sager kun var dissens i 4 sager. Der medvirkede fem dommere i 3 af disse sager og otte dommere i 1 af sagerne (en prøvevoterings sag). To af dissenserne var 4-1, én var 3-2 og én var 7-1. Der var med andre ord kun 1 ud af årets i alt 112 sager, der ville kunne have fået et andet resultat, hvis der havde medvirket syv dommere i stedet for fem. Og sandsynligheden for et sådant andet resultat ville som nævnt kun have været knap 25 pct. I ingen af de sager, hvor der medvirkede flere end fem dommere (i 14 af de i alt 112 sager), ville resultatet have været anderledes, hvis der kun havde medvirket fem.

Det korte af det lange er, at der ikke i den virkelige verden er andet end en ganske mikroskopisk sandsynlighed for, at man med flere dommere end fem når til et andet resultat, end man gør med netop fem.

Hvordan det nu end stiller sig med sådanne matematiske beregninger, kan et større antal end fem dommere også tænkes begrundet med, at en dom, der er afsagt af et større antal dommere, måske kan hævdes at have større præjudikatværdi. Heroverfor kan imidlertid siges, at en højesteretsdom er en højesteretsdom, og at den vil blive respekteret såvel af de underliggende domstole som af Højesteret selv i fremtidige sager uafhængigt af, hvor mange dommere der har deltaget i sagen. Det afgør-

21. Det er ved den matematiske beregning forudsat, at de fem dommers stemmeafgivning ikke påvirkes af de to yderligere dommers. I virkelighedens verden kan det selvsagt tænkes, at de to yderligere dommere vil kunne omvende en eller flere af de fem dommere, men det kan formentlig lige så vel tænkes, at der i praksis vil være en vis form for flokdannelse. Som højesteretspræsident Mogens Hvidt har udtrykt det, synes det »at være en psykologisk-juridisk naturlov, at tvivlen hurtigt visner i majoriteten«, jf. Mogens Hvidt, »Dommergerningen« i Festskrift til professor, dr.jur. W.E. von Eyben, 1982, s. 41.

rende for, om en allerede lagt linje vil blive fraveget af Højesteret, vil i praksis næppe heller så meget være antallet af medvirkende dommere i en tidligere sag, men snarere om man senere vil mene, at forholdene har ændret sig i en sådan grad, at kursen bør justeres.

Man kunne vel også tænke et større antal dommere end fem begrundet med, at der herved kan sikres en mere alsidig bedømmelse af sagen. For så vidt angår sandsynligheden for at en sådan mere alsidig bedømmelse af sagen vil føre til et anderledes resultat, taler Lego Andersens ovennævnte analyse sit tydelige sprog. Uafhængigt heraf kan et større dommertal i princippet tænkes at føre til en bedre begrundelse af resultatet. Heroverfor kan imidlertid anføres, at et mindre dommertal kan give større mulighed for en mere frugtbar rådslagning og et mere intenst, formløst samarbejde under arbejdet med affattelsen af domspræmisserne.

Om ovennævnte spørgsmål kan der givetvis være forskellige opfattelser og erfaringer. Givet er det, at det i visse sager på grund af deres samfundsmæssige betydning og den offentlige interesse, der knytter sig til dem – herunder sager vedrørende grundlovmæssige spørgsmål – vil være helt naturligt med et betydeligt dommertal. Under alle omstændigheder er det et konkret skøn, om der skal mere end fem dommere på, og formentlig er den nuværende praksis udtryk for et meget fornuftigt leje.²²

Sagerne fordeles tilfældigt mellem de to afdelinger i Højesteret, og dommerne placeres på skift i de to afdelinger. Højesterets præsident er dog fast retsformand i 1. afdeling, mens den anciennitetsmæssigt ældste dommer er fast retsformand i 2. afdeling. Der er ingen specialisering i Højesteret. Alle dommere behandler alle slags sager, og det er tilfældigt, hvilke sager den enkelte dommer er med i.

22. Det er i den forbindelse interessant, at stort set alle civile og strafferetlige domssager ved Norges Høyesterett sættes med fem dommere. Kun et fåtal sættes med 11 dommere som såkaldte storkammersager eller med alle rettens dommere som plenumsager. I perioden 2008-2014 var det henholdsvis 13 og 9 sager, svarende til 3-4 sager om året, jf. Tore Schei »Norges Høyesterett ved 200-årsjubileet« i Tore Schei m.fl. (red.): Lov, Sannhet, Rett. Norges Høyesterett 200 år, Oslo, 2015, s. 17. I årene 2015, 2016 og 2017 afgjorde Norges Høyesterett henholdsvis 63, 64 og 72 civile ankesager og 54, 49 og 50 straffeankesager. Af disse sager var der i 2015 1 storkammersag og 1 plenumsag, i 2016 3 storkammersager og 1 plenumsag, i 2017 var der hverken storkammersager eller plenumsager. Se Høyesteretts Forretningsstatistikk på <https://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/-norges-hoyesterett/om-hoyesterett>.

2.3.2. De sammenfattende processkrifter

Koncentrationsprincippet og den beskrevne sagsbehandlingsmåde understøttes i væsentlig grad af, at advokaterne i civile sager 14 dage før hovedforhandlingen hver indleverer et såkaldt sammenfattende processkrift. Ordningen hermed blev indført pr. 1. januar 1998 på Højesterets egen foranledning. Først med domstolsreformen i 2007 blev der med retsplejelovens § 357, stk. 2, givet retten udtrykkelig hjemmel til at opfordre parterne til at indlevere et sammenfattende processkrift

Det sammenfattende processkrift indeholder de påstande, som advokaten nedlægger, og de anbringender, vedkommende gør gældende til støtte herfor. Er der nedlagt flere påstande, skal det fremgå, hvilke anbringender der gøres gældende til støtte for den enkelte påstand. I det sammenfattende processkrift redegøres der herudover nærmere for de anbringender, der gøres gældende. Er sagens faktum ikke omtvistet, og fremgår faktum i fornødent omfang af den indankede dom, er det ikke nødvendigt at komme med bemærkninger herom. Er der tvist om faktum, kan der i det sammenfattende processkrift redegøres for partens standpunkt og for de forklaringer og dokumenter, herunder skønserklæringer eller sagkyndige erklæringer, som påberåbes til støtte for standpunktet. I forbindelse med redegørelsen for de enkelte juridiske anbringender eller underanbringender kan der henvises til de domme og den litteratur, som påberåbes, eller til de domme og litteratursteder, som anses for vigtigst.

Det er i Højesterets vejledning til advokaterne om forberedelse og hovedforhandling i civile sager anført, at det sammenfattende processkrift skal fokusere på sagens hovedproblemstilling, og at et sammenfattende processkrift som udgangspunkt ikke bør være længere end 10-15 sider. Højesterets vejledning er blevet til i et nært samarbejde med advokaterne, og formuleringen »som udgangspunkt« er udtryk for et kompromis. I praksis sker det da også, at det sammenfattende processkrift er en hel del længere end de anbefalede 10-15 sider. Blandt Højesterets dommere kan der nok være forskellig indstilling til, hvor langt et sammenfattende processkrift bør være. Men der er enighed om, at sammenfattende processkrifter, der kommer op på et halvt hundrede sider eller derover, er en uting. Meningen med det sammenfattende processkrift er jo ikke, at det skal være en fuldt nedskrevet procedure, men netop – som betegnelsen siger – være en sammenfatning af advokatens juridiske argumentation.

Da Højesterets votering som nævnt begynder, umiddelbart efter at advokaternes mundtlige procedure er afsluttet, er det oplagt, at det er en betydelig hjælp for dommerne, at de allerede forud for hovedforhandlin-

gen har fået et ganske indgående kendskab til det, som advokaterne vil gøre gældende. Den indankede doms gengivelse af proceduren i foregående instans er ikke altid tilstrækkelig i så henseende, herunder heller ikke med hensyn til den retspraksis og litteratur, som påberåbes.

I tillæg til de sammenfattende processkrifters henvisninger til retspraksis og litteratur indleverer advokaterne (som regel i fællesskab) en materialesamling, som indeholder fotokopier af de påberåbte bestemmelser i love og bekendtgørelser mv., lovforarbejder, domme og litteratursteder. Herudover indleverer appellanten – i samarbejde med indstævnte – en ekstrakt, der indeholder en samling af fotokopier af sagens relevante dokumenter. I en gennemsnitlig sag vil der dermed ofte med den eller de underliggende domme, de sammenfattende processkrifter, materialesamlingen og ekstrakten foreligge et skriftligt materiale på i alt 4-500 sider.

2.3.3. Den rene mundtlighed på retur

I det hele er advokaternes mundtlige præsentation således ikke længere – som for blot få årtier siden – det eneste og altafgørende fundament for dommernes forståelse af sagen. Det skriftlige materiale fylder i dag langt mere end tidligere. Den rene mundtlighed har været på retur.

Endnu for få årtier siden blev alle relevante dele af ekstrakten læst op af en protokolsekretær lige efter appellants første indlæg. Denne praksis blev afskaffet ved en ændring af retsplejeloven i 1979.²³ Endvidere blev den underliggende landsretsdom eller sø- og handelsretsdom (og eventuel byretsdom) læst op i sin helhed ved hovedforhandlingens begyndelse. Ved ændringen af retsplejeloven i 1979 blev denne oplæsning af domme gjort ikke-obligatorisk, og sidst i 1990'erne gik man i Højesteret helt væk fra denne form for mundtlighed. I praksis betød det, at man kunne spare de ofte flere timer, der på hovedforhandlingens første dag kunne gå med højtlesning. Ældre kolleger kan fortælle, at den almindelige oplæsningsnorm for en hurtigt læsende fuldmægtig eller student var 2 minutter pr. side. Men så gik det vist også så hurtigt, at det jævnlige kunne være svært at forstå det oplæste.²⁴ Omkring samme tidspunkt (pr. 1. januar 1998) blev de sammenfattende processkrifter som nævnt indført.

23. Jf. Torben Jensen, Højesteret og retsplejen, 1990, s. 323.

24. Som et kuriosum kan nævnes, at trykte ekstrakter af de dokumenter, parterne havde fremlagt, blev indført helt tilbage i maj 1857. Før da havde Højesteret måttet nøjes med justissekretærens oplæsning foran skranken. Som A.F. Krieger senere udtrykte det, opdagede Højesteret, at bogtrykkunsten var opfundet, »og Enhver som har prøvet Forskellen mellem at votere paa Grundlag af trykte Ekstrakter og at maatte undvære saadanne, vil

Som dommer vil man kunne få næsten det fuldkomne overblik over sagen ved at studere alt det nævnte skriftlige materiale. Vel at mærke, hvis man studerer det helt til bunds og i øvrigt supplerer det med, hvad man selv måtte kunne finde af relevant litteratur og afgørelser m.m.

Det er den situation, en førstevoterende oftest vil befinde sig i. Den førstevoterende vil være nødt til, endnu inden hovedforhandlingen er begyndt, at have udarbejdet sit votum og et udkast til dommen, og vedkommende vil derfor også allerede før hovedforhandlingens start have søgt at vende hver en sten i sagen. For den førstevoterende vil mundtligheden derfor først og fremmest fungere som en form for sikkerhedstjek af, at han eller hun nu også faktisk har forstået hele sagen til bunds.

Det er nok ikke særligt ofte, at den førstevoterende som følge af den mundtlige forelæggelse og procedure vil blive bevæget til at nå et helt andet resultat end det, han eller hun allerede var nået til, inden hovedforhandlingen begyndte. At det forholder sig sådan, er da heller ikke så mærkeligt. For hvad skulle det være, der skulle få en førstevoterende til at ændre opfattelse? Det ligger jo i hele procesordningen, at advokaterne ikke pludselig under hovedforhandlingen kan komme med nye påstande, anbringender og beviser. Alligevel sker det trods alt også for den førstevoterende, at vedkommende bliver klogere og ser sagen i et andet lys, når advokaterne har procederet.

For de senere voterende stiller situationen sig lidt anderledes end for den førstevoterende. De vil for det første ikke have samme tidsmæssige mulighed som den førstevoterende for at dykke fuldstændig til bunds i det skriftlige materiale, idet de deltager i flere sager end de førstevoterende. Og de vil for det andet vide, at der, før de skal votere, vil være ikke alene to advokater, der vil forklare sagens problemer set fra hver deres synsvinkel, men derefter også en førstevoterende, der omfattende og intensivt vil drøfte sagens kerneproblemer med udførlig gennemgang af, hvad der taler for og imod. For de senere voterende vil mundtligheden under hovedforhandlingen derfor have særlig værdi.

I danske advokatkræde er der til tider blevet givet udtryk for en vis bekymring over, at den førstevoterende langt på vej har gjort sig sin stilling klar endnu inden den afsluttende mundtlige hovedforhandling er gået i gang, og at vedkommende i praksis allerede har skrevet et domsudkast uden forinden at have hørt advokaternes mundtlige procedure. Det er en bekymring, advokaterne ikke behøver nære. De senere voterende

anerkende, at det er en Velsignelse for Højesteret, at Bogtrykkerkunsten er opfunden«, jf. Troels G. Jørgensen, Højesteret fra Grundloven til Retsreformen, 1951, s. 91.

dommere lader sig erfaringsmæssigt ikke styre af den førstevoterendes domsudkast. Det er da også hændt, at der ikke er blevet meget andet tilbage heraf end ordene »Thi kendes for ret«!

Oftest er der imidlertid overensstemmelse mellem det resultat, som den førstevoterende har voteret for, og dommens resultat. Det er ikke mærkeligt, at det forholder sig sådan, da jo langt den overvejende del (omkring 90 pct.) af Højesterets domme er énstemmige. Man kan måske sige det på den måde, at sager er vanskelige og tvivlsomme, så længe man ikke er nået til bunds i dem. Men når man er det, viser det sig i praksis, at der i langt de fleste sager vil være enighed om resultatet. Det er derfor naturligt nok, at førstevoterende, der har haft bedst tid til at forberede sagen, når til et resultat, som også støttes af de senere voterende. Hertil kommer, at der i dag jævnligt foregår en vis uformel rådslagning mellem den førstevoterende og nogle af de øvrige deltagende dommere op til og i forbindelse med hovedforhandlingen, dvs. inden voteringen. Den førstevoterendes opfattelse vil herved kunne blive nuanceret og påvirket af de andre dommers synspunkter, før den formelle votering går i gang.

En opgørelse på grundlag af alle mundtligt voterede civile ankesager og straffeankesager for 2014 viste, at domsresultatet i mere end 90 pct. af sagerne svarede til det resultat, som førstevoterende voterede for. Som regel holder førstevoterende fast i sin opfattelse af sagen, men det hænder også, at førstevoterende skifter opfattelse. I 2014 skete dette i knap 5 pct. af sagerne. I 127 af i alt 138 sager – dvs. godt 90 pct. af sagerne – var der énstemmighed. Den tilsvarende opgørelse for 2017, der er omtalt ovenfor i forbindelse med spørgsmålet om betydningen af antallet af dommere i den enkelte sag, viser i det væsentlige samme billede.

Selv om der således oftest er overensstemmelse mellem førstevoterendes resultat og dommens resultat, vil den begrundelse, som førstevoterende har formuleret i sit domsudkast, ofte blive ændret væsentligt under den efterfølgende fælles domsskrivning. Ændringerne er et resultat af de enkelte dommers synspunkter og overvejelser, således som disse har fundet udtryk under voteringen og ofte er blevet videreudviklet under den efterfølgende drøftelse under domsskrivningen. Da netop dommens begrundelse er af særskilt vigtighed for Højesterets virke som præjudikatdomstol, er der her tale om en meget væsentlig funktion af voteringen.

2.4. Dommene og deres begrundelse

Som nævnt ovenfor lægger dommerne kapperne, når voteringen i rets-salen er overstået, og går ind i et tilstødende lokale og sætter sig ned og

skriver dom. Højesterets afgørelser er retningsgivende for de øvrige domstole, men en regel eller retningslinje kan udformes mere eller mindre generel og vidtrækkende. Ofte vil advokaternes procedure være koncentreret om netop den konkrete sags særlige forhold, og det kan derfor være vanskeligt for Højesteret at formulere domme, der indeholder en meget principiel og generel begrundelse,

En dom uden begrundelse kan kun have en meget begrænset betydning som præjudikat. Højesteret blev som nævnt grundlagt i 1661 – som kongens ret. Og da kongens ord var lov, krævede Højesterets domme ingen begrundelse. Tværtimod – de blev afsagt i kongens navn, og det var som nævnt forbudt at give en begrundelse. Dengang kunne man altså ikke fra en højesteretsdom slutte sig til Højesterets standpunkt i de underliggende retlige spørgsmål. Selv i tilfælde af stadfæstelse kunne man ikke være sikker på, at Højesteret derved havde tiltrådt den indankede doms præmisser.

Selv om Højesteret op gennem 1700-tallet udviklede sig til at blive en mere uafhængig domstol, var de manglende begrundelser ikke noget, Højesteret selv fandt anledning til at gøre noget ved. I 1856, syv år efter Junigrundloven af 1849, tvang politikerne som nævnt Højesteret til at vælge mellem offentlig votering eller begrundede domme, og Højesteret foretrak kravet om begrundelse.

Det har været sagt, at Højesteret valgte det alternativ, som lå nærmest den præmisløshed, man kom fra. Det kræver da heller ikke omfattende studier af Højesterets domme at se, at det tog lang tid at komme fra intet, til lidt, til lidt mere, og at det først er inden for de seneste årtier, at der for alvor gives begrundelser, som tilstræber at skabe klarhed på et retsområde og ikke bare at afgøre den konkrete sag.

Det var heller ikke på Højesterets initiativ, men derimod på trods af Højesterets modstand, at der i 1936 ved en ændring af retsplejeloven blev indført pligt til at offentliggøre, hvis der var uenighed mellem dommerne, og i så fald også anføre mindretallets resultat og begrundelse (dissensen). I 1958 blev der ved retsplejeloven indført pligt til at angive navnene på de deltagende dommere, herunder med oplysning om, hvem der i givet fald er i flertal og mindretal. Et flertal af Højesterets dommere udtalte, at de var betænkelige herved, og atter var det truende politiske ønsker om offentlig votering, der dannede baggrund for den nye ordning.²⁵

I dag er det et erklæret mål for de danske domstole med Højesteret i spidsen at arbejde for ret og retfærdighed ved at træffe rigtige afgørelser

25. Jf. herom Victor Hansen, *Retsplejen ved Højesteret*, 1999, s. 171.

i rette tid – afgørelser, som er velbegrundede og til at forstå.²⁶ Der er da også sket en betydelig udvikling inden for de seneste årtier i den måde, Højesteret skriver dom på. Udviklingen var i gang, da domstolsreformen i 2007 gjorde op med Højesterets altovervejende placering som almindelig appeldomstol, men udviklingen har navnlig taget fart siden.

En undersøgelse af Højesterets begrundelsespraksis i årene 2000, 2010 og 2017-2018 viser således en markant stigning i andelen af afgørelser²⁷ med generelle præmisser, idet der ved generelle præmisser forstås præmisser, der beskriver eller i øvrigt præsenterer retstilstanden på det pågældende område, således at dommen vil kunne anvendes som retningssigende for andre sager, selv om de konkrete omstændigheder er andre. Hvor det i 2000 kun var 27 pct. af alle afgørelser, der indeholdt generelle præmisser, var andelen i 2010 øget til 47 pct. og i 2017-18 til 72 pct.

Af undersøgelsen fremgår også, at der er en betydelig stigning i andelen af afgørelser, der er selvforklarende i den forstand, at man i tilstrækkelig grad kan forstå sagen og afgørelsen ved alene at læse Højesterets dom. I 2000 var det kun 4 pct. af afgørelserne, der således var selvforklarende, i 2010 var det 17 pct., mens det i 2017-18 var 73 pct.

Denne udvikling afspejles også, hvis man ser på de afgørelser, der både indeholder generelle præmisser og er selvforklarende. Her var det i 2000 kun 2 pct. af alle afgørelser, der var selvforklarende og generelle, mens det i 2010 og 2017-18 var henholdsvis 11 pct. og 58 pct.

Endelig viser undersøgelsen, at Højesterets præmisser er blevet væsentligt længere. Hvor en gennemsnitlig begrundelse i 2000 var på 230 ord, var den i 2010 på 428 ord, mens den i 2017-18 var på 616 ord.

Som undersøgelsen vidner om, har Højesteret gjort sig klart, at det er gennem præmisudformningen, at retten bliver præjudikatskabende og dermed sikrer fornøden retsenhed, retsafklaring og retsudvikling. Højesteret tilstræber at give en begrundelse, som kan læses selvstændigt – altså uden bagvedliggende sagsfremstilling mv. – ved i præmisserne at skrive det, der skal til, for at forstå sagens principielle og generelle spørgsmål og begrundelsen for resultatet på baggrund af en fremstilling af retsgrundlaget på området.

Præmisser skrives af dommerne i fællesskab. Det er ikke sådan, at hver dommer for sig skriver, hvad vedkommende umiddelbart mener om sagen. Dommerne søger derimod i fællesskab at skrive den bedste

26. Se om domstolenes værdier og mål Børge Dahl, »Dommerrollen«, UfR 2012B s. 400-408.

27. Analysen omfatter samtlige domme afsagt i de nævnte perioder samt alle kendelser, der enten er mundtligt voteret eller afsagt med fem dommere.

begrundelse for det resultat, som alle, eller i hvert fald flertallet, kan blive enige om. Det påvirker selvfølgelig stilen, som ikke bliver stærkt personlig eller flammende. Til gengæld kommer begrundelsen til at stå så meget stærkere, fordi den bliver kvintessensen af, hvad alle har at sige. I langt hovedparten af sagerne opnås der enighed om såvel resultat som begrundelse. Dissens forekommer som nævnt i omkring 10 pct. af sagerne.

Selv om Højesterets begrundelser i dag er meget mere udførlige end tidligere, indeholder de en koncentreret argumentation for resultatet. Det kan godt være, at dommerne under voteringen har haft forskellige opfattelser af, hvorledes resultatet burde begrundes, og har lagt forskellig vægt på de involverede hensyn, men under domsskrivningen lykkes det i reglen at få sammenføjet synspunkterne i en fælles argumentation, så kernen i sagen og dens afgørelse fremstår tydeligt og dækkende. Det er således ikke almindeligt i dommen at redegøre for de mange forskellige overvejelser, som sagen kan give anledning til, og som dommerne har været inde på under voteringen. Fokus i det koncentrerede voterings- og domsskrivningsforløb er at få lagt klart frem, hvad det egentlig er, der begrunder resultatet. I dommen forsøger dommerne at få dette udtrykt på en forståelig og overbevisende måde.²⁸

Højesteretsdommer Lars Hjortnæs har i en artikel med titlen »Om Højesterets rolle – grænsen mellem politik og jura« fastslået, at Højesterets normskabende virksomhed ikke er aktivistisk, men generelt er præget af en praktisk jordbundethed, og at dette bl.a. beror på nogle grundvilkår for Højesterets arbejde, der adskiller dette fra lovgivningsmagtens.²⁹

Højesteret kan således ikke opstille nogen form for »normskabelsesprogram« og kan kun løse de problemer, som parterne beder retten om at løse, ikke alle problemer, som dommerne måske kunne have lyst til at løse. Højesteret er heller ikke et politisk organ og har ikke nogen direkte politisk legitimitet. Og i sammenhæng hermed er det centralt, at Højesteret – i modsætning til lovgivningsmagten – som regel også i øvrigt er et uhensigtsmæssigt forum for normskabelse. Højesteret kan ikke nedsætte sagkyndige udvalg med repræsentanter for alle potentielt berørte interesser, og Højesteret kan ikke sende et udkast til præmisser

28. Jf. herom også Jan Schans Christensen, »Domsskrivning i Højesteret«, i Henrik Udsen m.fl. (red.), Festskrift til Mads Bryde Andersen, s. 147-162.

29. Lars Hjortnæs, »Om Højesterets rolle – grænsen mellem politik og jura«, i Børge Dahl, Michael Hansen Jensen og Søren Højgaard Mørup (red.), Festskrift til Jens Peter Christensen, 2016, s. 635-644.

i høring hos dem, som kan tænkes at blive berørt af en mulig ny norm. Højesteret kan inden for retsplejelovens processuelle rammer heller ikke styre, om parterne i den konkrete sag formår at oplyse retten om alle relevante konsekvenser af en norm.

Samtidig er der nogle fundamentale retlige værdier som retssikkerhed, forudsigelighed og sammenhæng i retssystemet, der må anses som en naturlig del af grundlaget for uafhængige domstoles funktion i en demokratisk retsstat.

De nævnte grundvilkår taler generelt for, at det er velbegrundet, at Højesteret i den del af sin præjudikatskabende virksomhed, der har egentlig retsudviklende karakter, har valgt den moderate og jordnære linje. Højesteret er nok blevet en præjudikatdomstol, men udfordrer hverken demokratiet eller retsstaten, men understøtter begge ved at finde praktiske løsninger, som på fornuftig måde føjer sig til det eksisterende. Retsudvikling gennem dommerskabt ret sker her i landet fra sag til sag, hvor der er behov derfor, og stille og roligt danner der sig et mønster, som bliver til regler, der indgår i en helhed, som finder almen accept.

3. Højesterets rolle som retsplejelovens anvender og fortolker

Det, der er anført ovenfor om Højesterets rolle som præjudikatdomstol, rejser naturligt spørgsmålet om, hvorledes retten ved sin afgørelsesvirksomhed udfylder og påvirker retsplejelovens procesforskrifter, samt hvilken samfundsmæssig rolle Højesteret spiller i den forbindelse.

Retsplejeloven indeholder en meget detaljeret regulering af retsplejens indretning. Dens funktion er under en slags permanent formaliseret overvågning i Retsplejerådet. Den ændres særdeles hyppigt. I sidste instans er det imidlertid Højesterets opgave at sikre en retspleje, som hviler på lovens grund og virker i overensstemmelse med de nævnte, grundlæggende retlige værdier, retssikkerhed, forudsigelighed og sammenhæng i retssystemet.

Højesteret har grundlæggende den samme tilgang til retsplejemæssige spørgsmål som til materielle retsspørgsmål, nemlig at realitet er vigtigere end formalitet. Højesteret har en pragmatisk tilgang, søger at forstå, hvad problemet er, og hvordan det kan løses.³⁰

30. Jf. herved Børge Dahl, »Juridisk argumentation og retsanvendelse«, i Børge Dahl, Thomas Riis og Jan Trzaskowski (red.), *Liber Amicorum Peter Møgelvang-Hansen*, 2016, s. 61-78.

Store dele af den materielle ret er udviklet gennem retspraksis. Forvaltningsrettens regler om bl.a. legalitet, lovlige hensyn og pligtmæssigt skøn, magtfordrejning, lighed og proportionalitet er alt sammen udviklet i domstolenes praksis. I jubilæumsværket »Højesteret – 350 år« skriver en af os,³¹ at Højesteret i kraft af denne dommerskabte retsudvikling indtager »en position som overordnet og kontrollerende i forhold til forvaltningen«, og at Højesteret samtidig har »formået at fastholde en jordnær, pragmatisk og praktisk tilgang til bedømmelsen af de forelagte retsspørgsmål«. I samme værk karakteriserer Jan Schans Christensen (som dengang var en fremtrædende professor og nu er højesteretsdommer) Højesterets praksis på erhvervsområdet som »fornuftsbetonet« og baseret på »en betydelig forståelse for det praktiske livs udfordringer og behov«. ³² Strafferetsprofessor Gorm Toftegaard Nielsen skriver i værket om udviklingen inden for strafferetten: »Både Højesterets behandling af fortolkningsagerne og af strafudmålingsagerne er egnede til at højne retskulturen herhjemme.« Højesterets fortolkningsstil i straffesager karakteriserer han som »en meget indgående analyse af de faktiske forhold i den enkelte sag og en fortolkning af loven, som er præget af hensyntagen til lovgivers intentioner, uden at dette begreb skal forstås i snæver forstand« – »Der er nok i forhold til de fleste andre nationale højesteretter tale om en betydelig respekt for lovgivers intentioner og realiteterne i den enkelte sag og mindre for teoretiserende juridiske skoleridt«. ³³

De samme karakteristika genfindes i Højesterets tilgang til retsplejen og retsplejeloven. Opmærksomheden er koncentreret om en forståelse af, hvad problemet egentlig er, og hvad retsplejeloven siger om det, hvis den da indeholder regler herom. Karakteristisk for Højesteret er en pragmatisk søgen efter et resultat, som giver mening i den virkelighed, som problemet er opstået i, og som afgørelsen skal virke i. De mange detaljerede retsplejeregler må ikke blive til snubletråde for det praktisk fornuftige resultat, men må med udgangspunkt i ordlyd og bagvedliggende intentioner forstås i lyset af de grundlæggende retsplejemæssige værdier, som loven bygger på, og relevante betragtninger over formål, middel, virkning og rimelighed.

31. Jens Peter Christensen, »Højesteret og statsmagten«, s. 301, i Per Magid m.fl. (red.), Højesteret – 350 år, 2011.

32. Jan Schans Christensen, »Højesteret og erhvervslivet – hvilken rolle spiller Højesteret for udviklingen af erhvervsretten?«, s. 339 og 340, i Per Magid, m.fl., op.cit.

33. Gorm Toftegaard Nielsen, »Strafferetten, realiteter – regler, s. 409 og s. 432, i Per Magid, m.fl., op.cit.

En aflåst bil er således ikke nødvendigvis aflåst i retsplejelovens forstand, jf. herved Højesterets kendelse om ransagning af en bil i UfR 2014.1217. Politiet kan efter retsplejelovens § 793, stk. 1, nr. 1, foretage ransagning af »indholdet af aflåste genstande«, og det kræver retskendelse, jf. § 796, stk. 2. »Andre genstande ... uden for husrum« kan politiet ransage uden retskendelse, jf. § 793, stk. 1, nr. 2, jf. § 796, stk. 1. Det er i forarbejderne angivet, at § 793, stk. 1, nr. 2, omfatter »biler, hvis døre ikke er aflåste«. I sagen havde politiet stoppet en bil, idet førerens kørsel var påfaldende. Føreren blev sigtet for overtrædelse af færdselslovens § 54 om kørsel under påvirkning af bevidsthedsudvidende stoffer og anholdt. Han blev indbragt til den lokale politistation med henblik på lægeundersøgelse og blodprøveudtagning. Han overlod sine bilnøgler til politiet, som kørte bilen til politistationen og stillede den dér. Efter at have låst bilen fik en af betjentene den fornuftige tanke, at der kunne være grund til at undersøge bilen for eventuelle stoffer, og betjenten låste derfor bilen op. Spørgsmålet var herefter, om undersøgelsen af bilen krævede retskendelse. Det var åbenbart, at bilen var aflåst, da ransagningen blev påbegyndt, men også at det var politiet selv, som havde låst bilen. Under de konkrete omstændigheder fandt Højesteret, at bilen »ikke kan anses for at have været aflåst i den forstand, som der tales om i retsplejelovens § 793, stk. 1, nr. 1«. Ransagningen krævede derfor ikke retskendelse.

Processen skal tjene det materielle. Processen skal ikke være et formelt skoleridt, men bl.a. give parterne en praktisk, fair og rimelig mulighed for at præsentere og argumentere for deres sag og redegøre for de bagvedliggende overvejelser.

Højesteret har i overensstemmelse hermed helt generelt udtalt, at en part i almindelighed ikke kan afskæres fra at fremlægge udtalelser og erklæringer, der inden sagsanlægget er indhentet hos rådgivere og eksperter, jf. UfR 2007.2040. Det er i Højesterets praksis præciseret, at princippet angår erklæringer om konkrete forhold af teknisk, økonomisk eller lignende karakter, jf. UfR 2011.151 H.³⁴ Ligesom en parts forklaring kan udgøre bevis, kan sådanne erklæringer fremlægges som bevis. Om de også tillægges bevisværdi, beror på bevisbedømmelsen. Efter Højesterets praksis kan ensidigt indhentede juridiske responsa om dansk ret ikke fremlægges som bevis. Det er imidlertid i overensstemmelse med de nu anerkendte vide rammer for en parts adgang til at præsentere sin sag, at sådanne responsa kan indgå i sagen til brug for den juridiske

34. Se herved Kommenteret Retsplejelov, 2018, bind I, s. 513 f. med en gennemgang af Højesterets praksis.

argumentation. Med afgørelsen i UfR 2014.138 H gjorde Højesteret op med tidligere praksis herom.³⁵ Ved lov nr. 1725 af 27. december 2016 er Højesterets praksis om ensidigt indhentede erklæringer om fakta og ensidigt indhentede juridiske redegørelser lovfæstet i retsplejelovens § 341 a.

Retsplejen skal foregå i overensstemmelse med grundlæggende retsplejemæssige hensyn. Det er således retten, der har det sidste ord, hvad f.eks. sikkerhedsforanstaltninger angår. Det er ganske vist politiets opgave i henhold til politilovens § 4 at tage stilling til, om der i forbindelse med afviklingen af en retssag er behov for at etablere bevogtning, adgangskontrol eller andre særlige sikkerhedsforanstaltninger. Det er imidlertid samtidig rettens opgave i forbindelse med en retssag at sikre sig, at retsplejelovgivningen, herunder kravet om offentlig rettergang, bliver overholdt, og at retsplejemæssige hensyn i øvrigt bliver iagttaget. Det tilkommer den ret, som behandler sagen, at træffe afgørelse om politiforanstaltningernes overensstemmelse med retsplejelovgivningen og retsplejemæssige hensyn.³⁶

Retssikkerhed er en grundværdi, som alle retsplejeregler forudsætningsvis antages at tjene, og som de derfor må forstås i overensstemmelse med. Højesterets kendelse i UfR 2008.2394 – den såkaldte tunesersag – om domstolsprøvelse af en frihedsberøvelse er i god overensstemmelse hermed. En udlænding var anset for at være til fare for statens sikkerhed og var af den grund udvist. Han blev med henblik på at sikre udsendelse frihedsberøvet i medfør af udlændingelovens § 37. Frihedsberøvelsens lovlighed og fortsatte opretholdelse blev indbragt for domstolene til prøvelse. Et hovedspørgsmål under sagen var: Hvad skulle denne prøvelse angå? Kunne den begrænses til at angå nødvendigheden af at frihedsberøve for at sikre udsendelse? Nej, sagde Højesteret: »En kontrol af frihedsberøvelsens lovlighed skal indebære en vis prøvelse af det faktuelle grundlag for afgørelsen om, at udlændingen må anses for en fare for statens sikkerhed.« Da en sådan prøvelse ikke var sket i byret eller landsret, ophævede Højesteret byrettens og landsrettens kendelser om frihedsberøvelsens lovlighed og fortsatte opretholdelse og hjemviste sagen til byretten med henblik på den fornødne domstolsprøvelse.³⁷

35. UfR 1996.1293/1 H og UfR 1998.276 H.

36. Se UfR 2005.2436 H om politiets forbud over for journalist mod at medbringe bærbar computer i retssal under behandlingen af en straffesag og UfR 2013.2571 H om politiets adgangskontrol og beslutning om at nægte to personer adgang til retsbygningen – en beslutning, som byretten efter Højesterets opfattelse burde have tilsidesat.

37. Se herved Børge Dahl, »Hemmelig retspleje«, JFT 5-6/2015 s. 473-485.

Reglerne i retsplejeloven skal kunne rumme anvendelse af moderne teknologi, når der ikke foreligger afgørende hensyn, som taler imod. Helt i overensstemmelse hermed har Højesteret – i en afgørelse der allerede nu er overhalet af den efterfølgende teknologiske og retlige udvikling – udtalt om anvendelse af e-mail til indgivelse af et kæreskrift, at herom måtte gælde det samme som om indgivelse af kæreskrift ved telefax, som ifølge praksis ansås for rettidigt, hvis det var sket inden kærefristens udløb, og telefaxen fulgtes op af en sådan ekspedition af det originale kæreskrift, at det måtte forventes at være retten i hænde senest den første hverdag efter kærefristens udløb, jf. UfR 2013.1162/1 H.³⁸ Adgangen til telefonaflytning i retsplejelovens § 780, stk. 1, nr. 1, blev i UfR 1996.1468/2 H forstået således, at der var hjemmel i bestemmelsen til at afbryde forbindelsen til en mobiltelefon i forbindelse med aflytning af en fastnettelefon. Bestemmelsen byggede ifølge forarbejderne på en forudsætning om, at telefonsamtaler over mobiltelefoner uden videre kunne aflyttes – en forudsætning, der som følge af den tekniske udvikling ikke længere var til stede. Selv om betingelserne for aflytning af en mobiltelefon måtte være opfyldt, ville en kendelse herom således ikke tjene noget formål. På den baggrund kunne der i medfør af § 780, stk. 1, nr. 1, træffes bestemmelse om afbrydelse af forbindelsen til en mobiltelefon, når formålet udelukkende var at aflytte de samtaler, som mobiltelefonens indehaver som følge af afbrydelsen forventedes at ville foretage over en bestemt fastnettelefon, der var tilladt aflyttet. I UfR 2012.1614 H har Højesteret fundet bestemmelsen i retsplejelovens § 793, stk. 1, nr. 1, om politiets ransagning af »dokumenter, papirer og lignende« anvendelig på aflæsninger af en persons Facebook-profil og Messenger-profil.

Ved fortolkningen af reglerne i retsplejeloven vil Højesteret tillægge det betydning, hvad der kan være praktisk behov for, for så vidt det kan rummes af en regel uden at kompromittere de hensyn, som ligger bag reglen. I UfR 2011.456 H har Højesteret således udtalt, at hverken ordlyden af retsplejelovens § 29 c, stk. 2, hvorefter kendelse om dørlukning kan afsiges »i begyndelsen af retsmødet eller i løbet af dette« og altid skal afsiges »i et offentligt retsmøde«, eller bestemmelsens forarbejder giver grundlag for at antage, at det er udelukket på forhånd at træffe afgørelse

38. Jf. herved UfR 1959.40 H, hvor Højesteret i modsætning til de underordnede instanser godkendte, at tinglysningsdokumenter kunne underskrives med kuglepen, selv om tinglysningsforskrifterne foreskrev underskrivelse med fyldepen. Mads Bryde Andersen har i artiklen »Da kuglepenen kom til Højesteret« i Peter Garde m.fl. (red.), *Mindeværdige retssager*, 2002, s. 93-101, karakteriseret Højesterets afgørelse som anvendt »sund fornuft«.

om, at der skal ske dørlukning i et senere retsmøde, når der foreligger særlige hensyn, f.eks. til tilrettelæggelsen af hovedforhandlingen. Højesteret udtalte samtidig, at det er en forudsætning herfor, at pressen har haft adgang til at varetage sine interesser i overensstemmelse med § 29 c, stk. 1.

Hensyn til procesøkonomi og effektivitet er momenter, som kan tillægges betydning ved forståelsen og anvendelsen af retsplejeloven og retsplejens almene principper. I UfR 2010.1431 har Højesteret udtalt, at generelle hensyn til procesøkonomi og effektivitet af retskraftreglerne tilsiger, at en sagsøger som udgangspunkt medtager alle sine forfaldne krav i anledning af en misligholdelse under samme sag. I den konkrete sag førte det til, at et restkrav ikke kunne indtales uanset et udtrykkeligt forbehold om et nyt sagsanlæg.

I afgørelsen af processuelle spørgsmål vil Højesteret som nævnt fokusere på realitet frem for formalitet. Højesteret har således afvist erstatningssager i anledning af en aktieemission anlagt mod ledelsen m.fl. af Hafnia Holding af foreninger, som bestod af emissionsdeltagere og aktiekøbere og ikke havde midler til at udrede eventuelle sagsomkostninger til de sagsøgte, og hvis hovedformål måtte antages at være omgåelse af retsplejelovens regler om sagsomkostninger, jf. UfR 2000.1575 H. Højesteret har omvendt opretholdt et søgsmål med krav om erstatning i anledning af generationsskifterådgivning anlagt af et anpartsselskab under stiftelse, som erstatningskravet var overdraget til af selskabets stifter, selv om en retssag ikke kunne anlægges af et anpartsselskab under stiftelse, jf. UfR 2000.1985/2. Sagen kunne nemlig have været anlagt af selskabets stifter som sagsøger for selskabet under stiftelse, således at selskabet ved registrering uden videre og fuldt ud ville indtræde som sagsøger, og spørgsmålet om afvisning blev først rejst, efter at selskabet var blevet registreret.

Højesteret vil i sin håndtering af retsplejemæssige spørgsmål tilstræbe sammenhæng i systemet. Højesteret har således i UfR 2012.2019/1 med baggrund i retsplejelovens § 478, stk. 1, nr. 1, hvorefter tvangsfuldbyrdelse kan ske på grundlag af domme og kendelser afsagt af domstole eller andre myndigheder, hvis afgørelser efter lovgivningen kan tvangsfuldbyrdes, fastslået, at tvangsfuldbyrdelse af en afgørelse fra Tvistighedsnævnet (der afgør tvister mellem elever og virksomheder) forudsætter en tilsvarende høj grad af sikkerhed for modtagelse af underretning om afgørelsen som ved retlig forkyndelse. Bestemmelsen i den dagældende bekendtgørelse om Tvistighedsnævnet om underretning »ved rekommanderet brev eller

på anden betryggende måde« blev derfor forstået således, at fremsendelse som anbefalet brev ikke var tilstrækkeligt – brevet skulle være udleveret til modtageren mod kvittering.

Retsplejelovens detaljerede regulering må ikke hindre Højesteret i at se skoven for bare træer. Hvad den da heller ikke gør. Ifølge retsplejelovens § 2, stk. 1, 2. pkt., har Højesteret »sit sæde« i København. Der er ingen bestemmelser om adgang til at sætte retten andetsteds, sådan som tilfældet er for landsretternes vedkommende, jf. § 5, stk. 2, og § 8. Dette har ikke afholdt Højesteret fra at sætte retten andetsteds, jf. UfR 2012.3495 H – en sag om færøsk moms af registreringsafgift på biler, som blev hovedforhandlet i Tórshavn.³⁹

Mange af retsplejelovens detaljerede regler er udformet, så de overlader domstolene et skøn, hvilket kan ses som udslag af en retspolitisk målsætning om fleksibilitet, således at det er muligt at tilpasse processen i overensstemmelse med, hvad der er praktisk, hensigtsmæssigt og rimeligt.⁴⁰ Efter retsplejelovens § 252, stk. 1, kan tredjemand, der har retlig interesse i udfaldet af en sag, indtræde i sagen til støtte for en af parterne. Højesteret har i UfR 2013.3050/2 udtalt, at det herved er overladt domstolene et skøn til at tillade biintervention i det enkelte tilfælde, når dette findes rimeligt og velbegrundet, hvorved hensyn kan tages til formålet med indtræden og muligheden for at tilrettelægge indtræden uden forsinkelse eller væsentlig ulempe for sagens parter. Efter retsplejelovens § 321, stk. 1, skal nærmere angivne udenlandske sagsøgere på sagsøgtens anmodning stille sikkerhed for sagsomkostninger – sikkerhedens art og størrelse fastsættes af retten, som tillige kan fritage for sikkerhedsstillelse, hvis særlige grunde taler for det. I UfR 2013.3358 har Højesteret udtalt, at det må anses for forudsat, at der kan forekomme tilfælde, hvor det af særlige grunde må anses for urimeligt at pålægge en udenlandsk sagsøger at stille sikkerhed for sagsomkostninger. Dette fandtes at være tilfældet i den konkrete sag i kraft af dens helt særlige karakter og om-

39. Jf. herved Kári á Rógvi i en artikel »skrevet i anledning af, at Højesteret for første gang vil blive sat på Færøerne den 22. august 2012«, »Færøernes retshistoriske tilknytning til Danmark«, 8 FLR 2013 (Føroyskt Lógar Rit) s. 13-24 – en begivenhed, der ses som »udtryk for en retsskabende anerkendelse af retsområdets egenart, som det sømmer sig en demokratisk retsstat med respekt for de konstituerende dele«. Om det »retsskabende« skriver Kári á Rógvi i note 2, at der hverken i den danske eller den færøske retsplejelov er hjemmel til at sætte Højesteret på Færøerne, på den anden side er der heller ingen hindring, man har derfor et retsskabende valg.

40. Jf. Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, Lasse Højlund Christensen og Clement Salung Petersen, Den civile retspleje, 4. udg. 2017, s. 32.

stændigheder – den danske stats mulige ansvar for militær magtudøvelse i udlandet og de angiveligt resourcesvage ofre for tortur i udlandet sammenholdt med statens begrænsede interesse i sikkerhedsstillingen for sagsomkostninger.

Uanset de mange detaljerede regler i retsplejeloven med dens mere end 1.000 paragraffer opstår der til stadighed retsplejemæssige spørgsmål, som ikke er besvaret i loven. Ved besvarelsen af sådanne spørgsmål vil Højesteret ligeledes søge en løsning i overensstemmelse med de grundlæggende retsplejemæssige værdier, som loven bygger på, og relevante betragtninger over formål, middel, virkning og rimelighed. Mens idømmelse af straf, pålæggelse af erstatningsansvar og opkrævning af afgifter og tilsvarende selvsagt forudsætter hjemmel, vil det som anført af Robert Bech i »Retsplejeloven gennem 50 år« i mange tilfælde – i stedet for at spørge, om der er hjemmel i retsplejeloven – føre til fornuftigere resultater at spørge, hvilken hindring der er for den løsning, som praktiske overvejelser taler for.⁴¹ I UfR 1979.354 H blev afgørelsen om forsvarersalær i UfR 1979.118 H, som var indbragt for Højesteret af Advokatrådet som mandatar for forsvareren, genoptaget, da det var overset, at advokaten for kærende havde anmodet om en kort mundtlig forelæggelse og ved en ekspeditionsfejl ikke var gjort bekendt med en udførlig erklæring om salærfastsættelsen, som landsretten havde afgivet til brug for Højesterets behandling af kæremålet. Afgørelsen er blevet kritiseret for at savne hjemmel.⁴² Spørgsmålet er imidlertid, om det ikke er bedst i overensstemmelse med fundamentale retsplejehensyn at rette op på en eklatant tilsidesættelse af processuelle retssikkerhedsgarantier i en situation, hvor det kunne ske uden krænkelser af andre interesser end hensynet til statskassen.

Danmarks deltagelse i internationalt og europæisk samarbejde, særligt medlemskabet af EU, har stillet domstolene over for helt nye spørgsmål, herunder ikke mindst den retsplejemæssige håndtering af det helt grundlæggende spørgsmål om grundlovmæssigheden af Danmarks medlemskab af EU. I 1973 afviste Højesteret en sag anlagt af en borger om grundlovmæssigheden af den lov, hvormed Danmark blev medlem af EF, jf. UfR 1973.694 H. Højesteret fandt, at den pågældende borger ikke var berørt af loven på anden måde end alle andre og derfor ikke havde en konkret og aktuel interesse i at få domstolene til at tage stilling til

41. Se Robert Bech, »Domstolenes fortolkning og udfyldning«, i O.A. Borum, Axel Graff og W.E. von Eyben (red.), Retsplejeloven gennem 50 år, 1969, s. 173-188 (176).

42. Se Peter Blume, »Processuel nyskabelse – U 1979 p. 354 HK«, UfR 1979B, s. 281-284.

spørgsmålet. Den position blev der lavet om på i 1996 med Højesterets dom om Danmarks tiltrædelse af Maastricht-traktaten, jf. UfR 1996.1300 H. Da sagde Højesteret ja til, at almindelige borgere kunne få domstolene til at tage stilling til, om Danmarks tiltrædelse af Maastricht-traktaten var sket i overensstemmelse med grundloven. Den begrundelse, Højesteret gav, var, at der var tale om et spørgsmål af indgribende betydning for den danske befolkning i almindelighed. Tilsvarende var tilfældet for så vidt angår Lissabon-traktaten, jf. UfR 2011.984 H, men ikke for så vidt angår Schengen-traktaten, jf. UfR 2001.2065 H. Højesteret har ved behandlingen af disse sager lagt vægt på, at sagerne skal oplyses bedst muligt, jf. afgørelserne om henholdsvis edition og vidneførsel i UfR 1998.16 H og UfR 1998.444 H.

Retsplejeloven skal forstås i overensstemmelse med den europæiske menneskerettighedskonvention, særligt artikel 6 om retten til retfærdig rettergang – en bestemmelse, som i kommentaren, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, 3. udg. 2011, af Peer Lorenzen m.fl., er udlagt på godt 250 sider. Det gælder f.eks. reglerne om inhabilitet, særligt generalklausulen i § 61, jf. bl.a. UfR 2011.3374/3 H, hvor det udtrykkeligt er udtalt, at § 61 skal fortolkes i lyset af den europæiske menneskerettighedskonventions artikel 6, stk. 1, og den hertil relaterede praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.⁴³

Retspleje er et kerneområde for domstolene og dermed for Højesteret. Det er på en måde dommernes hjemmebane. Retsplejeloven har i høj grad karakter af »lawyers' law« – den indeholder for langt størstedelens vedkommende, hvad juristerne er blevet enige om, den er kun i begrænset omfang en politisk slagmark. Der ligger i selve det institutionelle en naturlig adgang til at sætte dagsordenen.

Robert Bech afsluttede for 50 år siden sit bidrag til »Retsplejeloven gennem 50 år« med en opfordring til domstolene om i stedet for at søge efter hjemmel i retsplejeloven, at de »på det processuelle område tager tingene lidt i deres egen hånd og skaber reglerne der, hvor lovgiveren umuligt kan have tænkt tingene igennem i detaljer ... hvad angår duelighed til udøve skønnet over, hvilken løsning på processuelle problemer, der er den fornuftigste, er næppe heller nogen mere veludrustede end domstolene selv«. Til Robert Bechs ord må dog føjes, at adgangen til at sætte dagsordenen selvsagt må ske med respekt af, hvad der bestemmes

43. Om Højesterets praksis vedrørende inhabilitet se Børge Dahl, »Dommerinhabilitet – strikte jura og fornuftig forsigtighed«, i Henrik Udsen m.fl. (red.), Festskrift til Mads Bryde Andersen, 2018, s. 163-179.

ved lov om den dømmende magts udøvelse. Politikerne har i meget vidt omfang lovgivet om udøvelsen af dømmende magt i overensstemmelse med, hvad dommerne har udviklet i praksis, foreslået i Retsplejerådet eller andre sagkyndige udvalg eller på anden måde er gået ind for. Det giver et råderum. Er der imidlertid et retsplejemæssigt spørgsmål, som bliver et politisk anliggende for regering og Folketing, er det den lovmæssige regulering, der følger heraf, som gælder. Vel er dommerne uafhængige, men – som grundlovens § 64 fastslår – ikke uafhængige af loven.