

# Intensiteten i domstolsprøvelsen af loves grundlovmæssighed

## The intensity of the Danish courts' exercise of the competence to verify law constitutionality

af ESBEN LYSHØJ JENSEN

*Ved afsigelsen af en række domme i 1920'erne slog den danske Højesteret fast, at de danske domstole er kompetente til at efterprøve loves grundlovmæssighed. I de selvsamme domme udøvede Højesteret imidlertid prøvelsesretten med stor forsigtighed. Det kan således udledes af denne tidlige retspraksis, at en lovs uoverensstemmelse med grundloven skal fremgå med sikkerhed, førend domstolene vil tilsidesætte loven som grundlovsstridig. Emnet for denne specialeafhandling har været, om denne "sikkerhedsdoktrin" stadig er gældende ret. Gennem en analyse af Højesterets domme i U 1967.22 H, U 1971.299 H og U 1999.841 H slås det fast, at Højesteret i hvert fald ikke i disse sager har honoreret sikkerhedsdoktrinens krav om sikker grundlovsstridighed. På denne baggrund konkluderes det, at der er sket en intensivisering af domstolsprøvelsen. Disse tre domme findes dog ikke i sig selv at være et sikkert nok grundlag til at statuere, at sikkerhedsdoktrinen ikke i visse tilfælde stadig vil blive holdt i hævd. Desuden vurderes det, om domstolene vil kræve en højere grad af sikkerhed for at tilsidesætte en lov som stridende med grundlovens § 73, end for at tilsidesætte en lov som stridende med andre grundlovsbestemmelser. Efter en analyse af Højesterets dom i U 2008.378 H konkluderes det, at man kan argumentere for begge synspunkter, men at det har mest for sig, at der ikke eksisterer en sådan "differentieret prøvelsesstrategi". Slutteligt vurderes det, at det grundlæggende er hensigtsmæssigt, at domstolsprøvelsen er blevet mere intensiv, men at det kan være betænkeligt, hvis de danske domstole i fremtiden nærmer sig en fortolkningsstil, som den der praktiseres af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og den amerikanske højesteret.*

### Indholdsfortegnelse

<b>Indledning</b> .....	<b>3</b>
<b>Prøvelsesrettens og sikkerhedsdoktrinens etablering</b> .....	<b>3</b>
- <b>Politikernes holdning til prøvelsesretten</b> .....	<b>4</b>
- <b>Tidlig praksis fra domstolene vedrørende prøvelsesretten</b> .....	<b>5</b>
- <b>Sikkerhedsdoktrinen og dens formodede begrundelse</b> .....	<b>7</b>
- <b>Sikkerhedsdoktrinens rækkevidde</b> .....	<b>8</b>
<b>Håndskriftssagerne – en bevægelse væk fra sikkerhedsdoktrinen?</b> .....	<b>9</b>
- <b>Baggrund for første og anden håndskriftssag</b> .....	<b>9</b>
- <b>Første håndskriftssag</b> .....	<b>10</b>
○ <b>Var Den Arnamagnæanske Stiftelse et beskyttet retssubjekt?</b> .....	<b>11</b>
○ <b>Afståelsesvurderingen</b> .....	<b>12</b>

-	Anden håndskriftssag .....	14
-	Håndskriftssagerne som et nybrud .....	16
-	Kort om Greendane-sagen .....	17
	<b>Tvind-sagen.....</b>	<b>17</b>
-	Tvind-sagens nærmere omstændigheder .....	18
-	Analyse af Tvind-sagen .....	18
o	Højesterets fortolkning af grundlovens § 3 .....	18
o	Højesterets konkrete subsumption af Tvindlovens § 7.....	20
-	Konklusion vedrørende Tvind-sagen .....	21
-	Rækkevidden af Tvind-sagen .....	22
	<b>Differentieret domstolsprøvelse .....</b>	<b>24</b>
-	Vurdering af argumenterne for en differentieret domstolsprøvelse.....	24
o	Demokratiske grundsynspunkter .....	25
o	Lovgivningsmagtens råderum i den økonomiske politik .....	25
o	Vag formulering af grundlovens § 73 .....	26
o	Risiko for at afsige en dom med politisk indhold.....	27
-	Grundloven er tavs .....	28
-	Retspraksis .....	28
o	De to håndskriftssager og Greendane-sagen .....	28
o	Tvind-sagen .....	29
o	Almen bolig-sagen.....	30
-	Konklusion vedrørende differentieret domstolsprøvelse .....	34
	<b>Forklaringsfaktorer på og vurdering af den intensiverede domstolsprøvelse.....</b>	<b>34</b>
-	Forklaringsfaktorer .....	34
-	Er den intensiverede domstolsprøvelse hensigtsmæssig?.....	35
-	Perspektivering til EMD og amerikanske forhold.....	38
	<b>Afslutning.....</b>	<b>39</b>
	<b>Litteraturfortegnelse .....</b>	<b>40</b>

# Intensiteten i domstolsprøvelsen af loves grundlovsmæssighed

## Indledning

I begyndelsen af 1920'erne slog Højesteret i en række domme<sup>1</sup> endegyldigt fast, at danske domstole er kompetente til at efterprøve, om en lov vedtaget af lovgivningsmagten er i overensstemmelse med grundloven. Forud herfor havde emnet været genstand for en omfattende debat. Debatten om prøvelsesretten ophørte imidlertid ikke med de nævnte domme, men skiftede blot karakter. Fra at handle om, hvorvidt domstolene overhovedet havde en prøvelsesret, gik debatten over til nu at handle om prøvelsesintensiteten. Baggrunden herfor var, at Højesteret nok havde tilkendegivet, at der tilkom domstolene en prøvelsesret, men samtidig havde udøvet denne prøvelsesret med meget stor forsigtighed. Der blev således formuleret en såkaldt "sikkerhedsdoktrin", hvorefter domstolene kun kunne tilsidesætte en lov som grundlovsstridig, såfremt grundlovsstridigheden fremgik med sikkerhed. Som det også vil fremgå nedenfor, havde domstolene på daværende tidspunkt utvivlsomt gode grunde til at foretage en tilbageholdende prøvelse. Siden sikkerhedsdoktrinens formulering i 1921 har mange ting imidlertid forandret sig og de grunde, domstolene dengang havde til at være tilbageholdende, er måske ikke længere ligeså relevante. I følgende specialeafhandling skal det derfor undersøges, om de danske domstole stadig holder sikkerhedsdoktrinen i hævd, eller om domstolsprøvelsen af loves overensstemmelse med grundloven er blevet mere intensiv. Først skal der i et indledende afsnit redegøres for prøvelsesrettens og sikkerhedsdoktrinens etablering. Dernæst skal det gennem en analyse af Højesterets domme i de to håndskriftssager (U 1967.22 H og U 1971.299 H) og Højesterets dom i Tvind-sagen (U 1999.841 H) undersøges, om der kan argumenteres for, at der i domstolenes praksis er sket en bevægelse væk fra sikkerhedsdoktrinen. Herefter skal det, blandt andet ved en analyse af Højesterets dom i almen bolig-sagen (U 2008.378 H) undersøges, om domstolene, som hævdet af nogle forfattere i den statsretlige teori, bør foretage en særlig intensiv prøvelse af loves overensstemmelse med visse grundlovsbestemmelser, mens domstolene i forhold til andre grundlovsbestemmelser stadig bør holde sikkerhedsdoktrinen i hævd. Slutteligt skal der angives nogle forklaringsfaktorer for, hvorfor der er sket en ændring i domstolenes udøvelse af prøvelsesretten, samt om denne ændring er hensigtsmæssig. Yderligere skal det gennem en perspektivering til fortolkningsstilen i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og den amerikanske højesteret undersøges, hvad konsekvenserne kan blive, hvis de danske domstole bevæger sig i en lignende retning.

## Prøvelsesrettens og sikkerhedsdoktrinens etablering

Emnet for følgende specialeafhandling er som nævnt ovenfor, om der er sket en udvikling i intensiteten i domstolsprøvelsen. For at vurdere dette, er det nødvendigt at se nærmere på omstændighederne omkring prøvelsesrettens etablering.

Det følger af grundlovens § 88, at forfatningsændringer ikke kan gennemføres ved almindelig lov. Endvidere følger det af bestemmelsen, at lovgivningsmagten ikke må vedtage almindelige love, der strider mod grundloven. Der sondres traditionelt imellem formel og materiel grundlovsstridighed. Formel grundlovsstridighed foreligger, når en lov er udstedt i strid med grundlovens regler om loves tilblivelse. Materiel grundlovsstridighed foreligger, når indholdet af en lov er i strid med grundloven. Der er og har så vidt ses altid været enighed om, at domstolene er kompetente til at efterprøve loves formelle overensstemmelse med grundloven<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> U 1921.148 og 53 H, U 1921.168 og 169 H samt U 1921.644 H

<sup>2</sup> Peter Germer, Statsforfatningsret, 4. udgave, 2007, side 207

hvorfor denne problemstilling ikke skal behandles yderligere i denne specialeafhandling. Derimod har det været særdeles omdiskuteret, om domstolene har kompetence til at efterprøve loves materielle overensstemmelse med Grundloven og i givet fald med hvilken intensitet. Umiddelbart nedenfor gengives hovedpunkterne i denne diskussion.

### **Politikernes holdning til prøvelsesretten**

Domstolenes ret til at prøve loves materielle overensstemmelse med grundloven har aldrig været indskrevet i grundloven og der kan hverken sluttes analogt eller modsætningsvist fra grundlovens § 63 om domstolenes ret til at prøve øvrighedsmyndighedens grænser<sup>3</sup>. På den grundlovgivende rigsforsamling blev der stillet forslag om en bestemmelse med følgende ordlyd: ”Alle love og anordninger, der ere i strid med grundlovens bestemmelser, ere for så vidt uden gyldighed”. Dette forslag gav anledning til en omfattende debat om domstolenes prøvelsesret af loves grundlovsmæssighed. Denne debat mandede ud i, at medlemmet Anton Frederik Tscherning fremsatte et ændringsforslag, hvorefter kun hidtil udkomne love og anordninger, der var i strid med grundloven, var ugyldige. Dette ændringsforslag blev vedtaget med 65 stemmer mod 58. Hele paragraffen forkastedes imidlertid efterfølgende med 114 stemmer mod 1. Den første afstemning viser, at et flertal foretrak bestemmelsen i dens ændrede form. En vedtagelse af dette forslag ville have betydet, at domstolenes prøvelsesret ville have været udelukket. Ved den endelige afstemning undlod alle de medlemmer, der havde stemt for det ændrede forslag, på nær et, imidlertid at støtte det ændrede forslag. Om rigsforsamlingens stilling til prøvelsesretten kan, på baggrund af disse afstemninger, dermed blot udledes, at den ikke ønskede prøvelsesretten positivt fastslået i grundloven<sup>4</sup> og at den heller ikke ønskede prøvelsesretten udelukket i grundloven. Med andre ord ønskede man at lade spørgsmålet stå åbent.

Der blev således ikke på den grundlovgivende rigsforsamling taget stilling til, om domstolene kunne efterprøve loves overensstemmelse med grundloven. Det fremgår af debatten på den grundlovgivende rigsforsamling, at der var tale om et højspændt emne. Modstanderne af prøvelsesretten fremførte som et af deres primære argumenter, at en bestemmelse, der positivt fastslog prøvelsesretten, ville sætte den dømmende magt over den lovgivende og dermed potentielt give anledning til tvister mellem de to organer. Da flere grundlovsbestemmelser havde et så flertydigt indhold, at de kunne blive opfattet forskelligt af henholdsvis lovgivningsmagt og domstole, vurderedes det, at der var ret stor risiko for, at sådanne tvister ville opstå. Yderligere kan der spores en vis mangel på tillid til domstolene, idet blandt andre førnævnte Tscherning udtalte, at: ”domstolene endnu ikke har gennemgået en sådan udvikling, at de kan træde op som en statsmagt, der kan nyde tillid som sådan”. Tscherning frygtede således, at domstolene ville fortsætte den under enevælden anlagte fortolkningsstil og dermed bremse de forandringer, som den nyoprettede lovgivningsmagt måtte ønske at skabe. Et andet argument, der blev fremført mod prøvelsesretten, lød på, at lovgivningsmagten ville være bedre egnet til at sikre grundlovens overholdelse, idet debatterne i Rigsdagen var offentlige. Modsat var den enkelte dommers votum på daværende tidspunkt hemmeligt, hvorfor det ikke ville komme til offentlighedens kundskab, såfremt en dommer voterede for tilsidesættelse af en lov som stridende mod grundloven. Med andre ord stod den enkelte dommer ikke til ansvar over for offentligheden på samme måde som rigsdagsmedlemmerne, hvorfor lovgivningsmagten fandtes bedre egnet til at prøve en lovs overensstemmelse med grundloven<sup>5</sup>. Sammenfattende kan

<sup>3</sup> Knud Berlin, Den danske statsforfatningsret II, 2. udgave, 1939, side 63-64

<sup>4</sup> Poul Andersen, Rigsdagen og domstolene, 1953, side 515-519.

<sup>5</sup> Poul Andersen, Rigsdagen og domstolene, 1953, side 516-517

man altså konstatere, at modstanderne af prøvelsesretten manglede tillid til domstolene. Omvendt manglede tilhængerne af prøvelsesretten i et vist omfang tillid til lovgivningsmagten, idet de i hvert fald ikke ønskede, at denne skulle tilkendes absolut magt. Tilhængerens primære argumenter var, at domstolene var det bedste værn mod majoritetstyranni og at en bestemmelse, der fastslog domstolenes prøvelsesret, var en naturlig følge af de bestemmelser, der foreskrev en særlig procedure for grundlovsændringer.

Allerede på den grundlovgivende rigsforsamling var de politiske fronter vedrørende prøvelsesretten således trukket skarpt op. I de følgende mere end 100 år skulle denne uenighed vare ved. På den grundlovgivende rigsforsamling var det nationalliberale centrum tilhænger af domstolsprøvelsen, mens Bondevenner og Konservative var modstandere<sup>6</sup>. Sidenhen ændrede tingene sig således, at Venstre og Det Konservative Folkeparti var prøvelsesretten positivt stemt, mens de to andre traditionelle politiske partier, Socialdemokratiet og Det Radikale Venstre, var skeptiske, idet dommerne blev set som en konservativ forsamling og dermed en potentiel hindring for gennemførelsen af en politisk-økonomisk reformlovgivning, som de to partier ønskede<sup>7</sup>.

Grundet den ovenfor nævnte politiske uenighed vedrørende prøvelsesretten, har domstolene selv måttet tage stilling til, om de måtte have en prøvelsesret og til, hvordan en sådan i givet fald skulle udøves. Da der i den tidlige statsretlige teori tillige var uenighed om prøvelsesretten<sup>89</sup>, var domstolenes stillingstagen imødeset med spænding.

### **Tidlig praksis fra domstolene vedrørende prøvelsesretten**

I U 1912.545 H tog Højesteret for første gang stilling til prøvelsesretten. Sagen var anlagt af en præst, der som følge af tiendeaflysningen var gået ned i løn. Højesteret nåede frem til, at lovgivningsmagten havde været berettiget til at træffe den ordning, der medførte indtægtsnedgangen. Det interessante er imidlertid, at Højesterets daværende justitarius i et referat af dommen udtaler, at Højesteret var gået ud fra, at domstolene havde prøvelsesret med hensyn til spørgsmålet om loves forenelighed med grundloven<sup>10</sup>.

I U 1913.457 H stadfæstede Højesteret en underrettsdom, hvorefter en ekspropriation af nogle arealer beliggende tæt på havnen ikke gik ud over, hvad der var krævet af almenvellet. I dommen stiller Højesteret sig tilsyneladende tvivlende overfor prøvelsesretten, idet det udtales, at: "Hvadenten det nu antages, at domstolene er berettigede til at påkende spørgsmål om lovgivningsmagtens grænser eller ej, må det antages, at spørgsmålet om, hvorvidt den i loven af 1909 omhandlede ekspropriation har været påkrævet af almenvellet, er et spørgsmål, hvis afgørelse falder indenfor lovgivningsmagtens område og suverænt afgøres af denne"<sup>11</sup>. Med denne dom blev der således sået tvivl om den prøvelsesret, som Højesteret ellers havde tiltaget sig i U 1912.545 H. Dommen illustrerer dermed, at domstolene selv har været usikre med hensyn til, om de skulle "tiltage" sig en prøvelsesret eller ej.

En endelig stillingtagen til prøvelsesretten fra domstolenes side kom, som nævnt i indledningen, i 1920-1921 ved pådømmelsen af en række sager, agrarsagerne, der alle vedrørte den

<sup>6</sup> Bent Christensen, Rettens forhold til regeringen efter 1849, Højesteret 1661-1961, 1961, side 403

<sup>7</sup> Jens Peter Christensen m.fl., Dansk statsret, 2012, side 236

<sup>8</sup> C.G. Holck, Den danske statsforfatningsret, 1869, side 240-245

<sup>9</sup> Henning Matzen, Den danske statsforfatningsret første del, 4. udgave, 1910, side 255

<sup>10</sup> Peter Germer, Statsforfatningsret, 4. udgave, 2007, side 210-211

<sup>11</sup> Max Sørensen, Statsforfatningsret, 2. udgave, 1973, Side 298-299

lovgivning om landboreformer, der gennemførtes i 1918 og 1919 og denne lovgivnings forhold til den daværende grundlovs § 80 (nu § 73), der angik ejendomsrettens beskyttelse<sup>12</sup>. De nævnte love var vedtaget af lovgivningsmagtens for at opfylde § 91 i den i 1915 vedtagne reviderede grundlov, hvorefter det ved lov nærmere skulle ordnes, hvorledes de bestående Len, Stamhuse og Fideikommissgodser kunne overgå til fri ejendom.

I de såkaldte lensafløsningssager (U 1921.148 H og U 1921.153 H) var Østre Landsret nået frem til, at en ordning hvorefter en majoratsbesidder som betingelse for at kunne overtage ejendommen til fri ejendom skulle indbetale 20 eller 25 % af dens værdi til statskassen og derudover også skulle afstå en tredjedel af jorden til staten mod erstatning, var stridende med den daværende grundlovs § 80. Højesteret nåede imidlertid i sine domme frem til, at den pågældende ordning ikke var stridende med GRL § 80 og forudsatte derved, at domstolene var kompetente til at prøve lovens overensstemmelse med grundloven<sup>13</sup>.

I de såkaldte grundbyrdeafløsningssager (U 1921.168 H og U 1921.169 H) udtalte Højesteret, at gyldigheden af lov om afløsning af grundbyrder var afhængig af, om reglerne i grundlovens § 80, stk. 1 var iagttaget. Da der ikke var grundlag for at antage, at de ramte ikke ville få fuldstændig erstatning og da der ikke var grundlag for at antage, at loven ikke var givet ud fra hensynet til almenvellet, blev loven ikke tilsidesat. Igen havde Højesteret dermed tilkendegivet, at retten anså sig for kompetent til at efterprøve lovens overensstemmelse med grundloven.

I fæsteafløsningssagen (U 1921.644 H) kom Højesteret meget tæt på at tilsidesætte en lov som stridende mod den daværende grundlovs § 80. Den pågældende lov drejede sig om fæstegodsets overgang til selveje. En lov fra 1919 bestemte, at købesummen skulle fastsættes efter sidste ejendomsskyldsvurdering, der var foretaget i 1916. En tillægslov fra 1920 bestemte, at uanset at der var foretaget en ny ejendomsskyldsvurdering i 1920, skulle købesummen stadig fastsættes på baggrund af vurderingen fra 1916. En ejer af fæstegods lagde sag an med påstand om, at han herved ikke opnåede fuldstændig erstatning, som han havde krav på i henhold til grundlovens § 80. Et flertal på 6 dommere udtalte, at ”efter alt hvad der foreligger, kan det ikke med den sikkerhed, som måtte kræves for at domstolene skulle kunne tilsidesætte bestemmelserne i en på grundlovmæssig måde vedtaget lov som grundlovsstridige, statueres, at appellantens ikke vil få fuld erstatning”. De fem resterende dommere voterede for, at loven skulle tilsidesætte som stridende mod grundlovens § 80. Det kan i den forbindelse nævnes, at et flertal på 6 dommere den 12. maj 1921 havde voteret for at tilsidesætte fæsteafløsningsloven som grundlovsstridig. Imidlertid ændrede den ene af disse 6 dommere den 18. maj sit votum, således at der nu var et flertal på 6 dommere for at opretholde loven<sup>14</sup>.

Efter disse domme var retspraksis lagt fast. Højesterets voteringer i sagerne viser således, at Højesteret ikke var i tvivl om, at domstolene var berettigede til at efterprøve lovens materielle overensstemmelse med grundloven<sup>15</sup>. Det er imidlertid interessant, at Højesteret i alle sagerne opretholdt de omtvistede love som grundlovmæssige. I lensafløsningssagerne voterede henholdsvis 8 og 9 ud af tolv dommere for lovens opretholdelse, mens henholdsvis 4 og 3 dommere voterede for, at loven skulle tilsidesættes som stridende mod grundloven. Grundbyrdeafløsningssagerne var begge enstemmige, mens fæsteafløsningssagen som ovenfor nævnt var en 6-5 afgørelse.

---

<sup>12</sup> Max Sørensen, Statsforfatningsret, 2. udgave, 1973, Side 299

<sup>13</sup> Poul Andersen, Dansk statsforfatningsret, 1954, side 467-468

<sup>14</sup> Poul Andersen, Rigsdagen og domstolene, 1953, side 548

<sup>15</sup> Poul Andersen, Dansk statsforfatningsret, 1954, side 469

## Sikkerhedsdoktrinen og dens formodede begrundelse

I lensaflysningssagerne fremgår det ikke direkte af domskonklusionen, at Højesteret har villet være tilbageholdende. Det fremgår imidlertid af dommernes voteringer, at flere dommere gav udtryk for, at Højesteret måtte udvise en vis tilbageholdenhed med at erklære en lov for grundlovsstridig<sup>16</sup>. I fæsteaflysningssagen fremgår det direkte af domskonklusionen, at Højesteret udviste tilbageholdenhed i prøvelsen, idet det som ovenfor nævnt udtales, at der må kræves en vis sikkerhed for en lovs uoverensstemmelse med grundloven, før domstolene vil tilsidesætte loven. Samtidig med at Højesteret slog fast, at domstolene var kompetente til at efterprøve lovens overensstemmelse med grundloven, blev der således formuleret en sikkerhedsdoktrin, der overlod lovgivningsmagten en vis margin. Hvor stor en margin, der blev overladt lovgivningsmagten, og hvor tilbageholdende domstolenes prøvelse derfor reelt var, fremgår af fæsteaflysningssagen. Som beskrevet ovenfor var der således langt ind i Højesterets egne rækker tvivl om, hvorvidt der var ydet fuldstændig erstatning til ekspropriaten og Højesteret var altså på nippet til at tilsidesætte loven. Endvidere kan det nævnes, at fæsteaflysningssagen efter Poul Andersens vurdering ”ret klart var grundlovsstridig”<sup>17</sup>. Set ud fra en nutidig betragtning synes der heller ikke at herske tvivl om, at grundlovens krav om fuldstændig erstatning ikke ved fæsteaflysningssagen var iagttaget<sup>18</sup>. Til trods for, at der dermed kunne anføres meget tungtvejende argumenter for fæsteaflysningssagens grundlovsstridighed, valgte Højesteret altså ikke at tilsidesætte loven, hvilket dermed illustrerer, at den formulerede sikkerhedsdoktrin var ganske vidtgående, idet en meget sikker uoverensstemmelse med grundloven tilsyneladende var påkrævet, før en tilsidesættelse kunne komme på tale. Det kan således være fristende at konkludere, at Højesteret reelt var så tilbageholdende, at næppe nogen lov ville blive underkendt som stridende mod grundloven<sup>19</sup>. Før der drages så vidtgående konklusioner, må det imidlertid erindres, at Højesteret, som ovenfor nævnt, var utrolig tæt på at tilsidesætte den omtalte lov som grundlovsstridig. Når 5 ud af 11 dommere voterer for, at loven skal tilsidesættes som grundlovsstridig, forekommer det ikke rigtigt, at næppe nogen lov vil blive tilsidesat som grundlovsstridig. Yderligere må opmærksomheden henledes på det forhold, at den daværende grundlovs § 91 påbød lovgivningsmagten at bestemme ved lov, hvorledes de bestående len, stamhuse og fideikommissgodser kunne overgå til fri ejendom. Det er omdiskuteret og må anses for uafklaret, om lovgivningsmagten ved vedtagelse af sådanne love, skulle respektere grundlovens ekspropriationsbestemmelse<sup>20</sup>. Dette er således også et moment, der må tages i betragtning, når sikkerhedsdoktrinens rækkevidde skal bedømmes. Der er således ikke tvivl om, at Højesterets prøvelse ud fra de ovenfor nævnte domme må karakteriseres som værende meget tilbageholdende, men denne opgaves forfatter kan ikke tiltræde den af Henrik Zahle tilkendegivne opfattelse, hvorefter ”næppe nogen lov vil blive tilsidesat som grundlovsstridig”.

Man kan med rette spørge, hvad Højesterets begrundelse for at foretage en så tilbageholdende prøvelse har været. Her må der for det første peges på det faktum, at prøvelsesretten ikke har hjemmel i grundloven og at det således som ovenfor beskrevet har været særdeles omdiskuteret både politisk og i den juridiske teori, om domstolene overhovedet havde en prøvelsesret. Da det retskildemæssige fundament for prøvelsesretten således har været spinkelt, giver det god mening, at domstolene levede lovgivningsmagten, der jo i modsætning til domstolene

<sup>16</sup> Poul Andersen, Rigsdagen og domstolene, 1953, side 546

<sup>17</sup> Poul Andersen, Dansk statsforfatningsret, 1954, side 473

<sup>18</sup> Jens Peter Christensen, Højesteret og statsmagten, Højesteret 350 År, 2011, side 231

<sup>19</sup> Henrik Zahle, Dansk forfatningsret studieudgave, 1. udgave, 2007, side 316

<sup>20</sup> Michael Hansen Jensen, Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, side 395-396

besidder et demokratisk mandat, en vis margin. For det andet må der peges på den politiske uenighed, der omgærdede prøvelsesretten. Ved at gøre markant brug af prøvelsesretten, ville domstolene potentielt have tilkendegivet sin holdning til en verserende politisk diskussion. For det tredje må man også have for øje, at en underkendelse fra domstolenes side, i hvert fald på daværende tidspunkt, kunne have ført til en konflikt med Rigsdagen, da det langtfra var givet, at Rigsdagen ville have rettet sig efter domstolenes tilsidesættelse. Skulle domstolene indlade sig på en sådan konflikt med et andet forfatningsorgan, måtte det kræve en mere udtrykkelig hjemmel. Under de på daværende tidspunkt foreliggende omstændigheder er det således fuldt ud forståeligt, at domstolene hævdede en kompetence til at prøve loves overensstemmelse med grundloven, men ved udnyttelsen af denne kompetence var meget tilbageholdende. På denne måde kunne domstolene så at sige stille begge parter i den politiske tvist vedrørende prøvelsesretten tilfredse, om end selv den tilbageholdende prøvelse blev udsat for kritik fra en tidligere radikal statsminister<sup>21</sup>. På daværende tidspunkt eksisterede der dermed gode grunde til, at Højesteret var tilbageholdende i sin prøvelse.

### **Sikkerhedsdoktrinens rækkevidde**

Udover at Højesteret i alle de fem ovennævnte domme valgte at opretholde lovene som grundlovmæssige, er det også bemærkelsesværdigt, at alle sagerne handlede om lovenes forenelighed med den daværende grundlovs § 80, der havde følgende ordlyd: *”Ejendomsretten er ukrænkelig. Ingen kan tilpligtes at afstå sin ejendom, uden hvor almenvellet kræver det. Det kan kun ske ifølge lov og mod fuldstændig erstatning”*.

I grundbyrdeafløsningssagerne var der dels procederet på, at grundbyrdeafløsningsloven ikke var givet ud fra hensynet til almenvellet og dels på, at de afgiftsberettigede ikke ville få fuldstændig erstatning. For så vidt angår spørgsmålet om almenvellet, udtalte Højesteret, at ”der efter det for Højesteret oplyste må gås ud fra, at lovens regler er bestemt ved, hvad hensynet til almenvellet kræver”. I denne formulering kan der siges at lægge, at med mindre sagsøger påviser omstændigheder, der kan give grund til at antage, at en ekspropriationslov ikke er givet ud fra hensynet til almenvellet, så er formodningen altså for, at lovgivningsmagten har vedtaget loven ud fra hensynet til almenvellet. Det er således sagsøgerens byrde at bevise, at loven ikke er givet ud fra hensynet til almenvellet. Endvidere viser formuleringen, at domstolene ikke efterprøver lovgivningsmagtens skøn over hensynet til almenvellet. Er loven således givet ud fra hensynet til almenvellet, efterprøver domstolene ikke, om dette hensyn til almenvellet kunne være opnået bedre på anden vis<sup>22</sup>. Den prøvelse, der blev foretaget af almenvellet-betingelsen, må således beskrives som endog meget tilbageholdende. Det skyldes antageligt, at selve kriteriet almenvellet lægger op til, at der skal foretages en politisk vurdering af, hvordan hensynet til almenvellet varetages bedst muligt. Denne politiske vurdering vil domstolene ikke vurdere hensigtsmæssigheden af. Kun hvis en ekspropriationslov ikke er båret af hensynet til almenvellet, men derimod eksempelvis af private særinteresser, vil domstolene gribe ind. På den baggrund kan det ikke overraske, at Højesteret var tilbageholdende i prøvelsen af almenvellet-betingelsen.

For så vidt angår spørgsmålet om fuldstændig erstatning, var dette både et tema i grundbyrdeafløsningssagerne og i fæsteafløsningssagen. Som det fremgår af de ovenfor anførte bemærkninger om fæsteafløsningssagen, var domstolene også i forhold til dette spørgsmål særdeles tilbageholdende, da det som nævnt netop var i tilknytning til dette spørgsmål, at sikkerheds-

<sup>21</sup> Jens Peter Christensen m.fl., Dansk statsret, 2012, side 237

<sup>22</sup> Peter Germer, Statsforfatningsret, 4. udgave, 2007, side 217-218



doktrinen blev formuleret. Visse steder i den juridiske teori er udtrykket ”fuldstændig erstatning” blevet betegnet som vagt og ubestemt<sup>23</sup>, hvorfor domstolenes tilbageholdenhed i denne henseende kan forklares som en konsekvens heraf. Efter forfatteren til denne specialeafhandlings mening, kan udtrykket imidlertid ikke siges, at være hverken vagt eller ubestemt. Tværtimod kan udtrykket ret præcist siges at dække over det afståede godes værdi i handel og vandel. At det så er antaget, at lovgivningsmagten har en vis frihed til at fastsætte en beregningsmetode er en anden sag, men selve udtrykket kan ikke siges at være hverken vagt eller ubestemt. På denne baggrund kan man således argumentere for, at det var en smule overraskende, at Højesteret også for så vidt angår dette temmelig bestemte udtryk udviste tilbageholdenhed i prøvelsen.

Efter ovenfor at have uddybet, at sikkerhedsdoktrinen anvendelsesområde ikke blot vedrørte almenvellet-betingelsen, men også ”fastere” juridiske udtryk som fuldstændig erstatning, kan man rejse spørgsmålet, om sikkerhedsdoktrinen kun gælder i forbindelse med ekspropriationssager eller om den også finder anvendelse ved påståede krænkelse af andre grundlovsbestemmelser. Det forhold at domstolene i fæsteaflysningssagen formulerede sikkerhedsdoktrinen i tilknytning til udtrykket ”fuldstændig erstatning”, der jo som nævnt ovenfor ikke kan betegnes som et vagt og ubestemt udtryk, peger efter denne forfatters mening i retning af, at sikkerhedsdoktrinen var ment som en generel grundsætning, der også var tænkt anvendt ved prøvelse af loves overensstemmelse med andre grundlovsbestemmelser end grundlovens ekspropriationsbestemmelse. Nogle af de hensyn der lå til grund for tilbageholdenheden, blandt andet den politiske uenighed om prøvelsesretten, taler ligeledes for, at tilbageholdenheden også ville være gældende udenfor området for grundlovens bestemmelse om ekspropriation. Denne problemstilling behandles mere uddybende senere i denne specialeafhandling.

### **Håndskriftssagerne – en bevægelse væk fra sikkerhedsdoktrinen?**

Efter afsigelsen af agrarsagerne var der med jævne mellemrum sager, hvor domstolene tog stilling til loves forenelighed med grundloven. I alle disse sager fastholdt domstolene den tilbageholdende prøvelse fra agrarsagerne<sup>24</sup>. I de såkaldte håndskriftssager (U 1967.22 H og U 1971.299 H) synes der imidlertid at kunne spores en tendens til en mindre tilbageholdende domstolsprøvelse.

### **Baggrund for første og anden håndskriftssag**

Begge håndskriftssager omhandlede en islænding, Arní Magnússon, der for egne midler havde anskaffet sig en meget stor samling af gamle, håndskrevne islandske bøger. Arní Magnússon bragte disse håndskrifter til Danmark og umiddelbart før sin død i 1730 oprettede han sammen med sin hustru et testamente, hvori han bestemte, at alle hans bøger og papirer mv. skulle tilfalde Københavns Universitet, samt at der skulle oprettes et legatfundats. To eksekutorer fik til opgave at udarbejde fundatsen for Den Arnamagnæanske Stiftelse. I 1760 blev der givet kongelig stadfæstelse på fundatsen for Den Arnamagnæanske Stiftelse. Efter at der af den islandske stat ved flere lejligheder var fremsat krav om udlevering af håndskrifter fra stiftelsen nedsatte Undervisningsministeriet i 1947 en kommission, der skulle overveje spørgsmålet. Dette arbejde mandede ud i, at der i 1961 blev fremsat et lovforslag for Folketinget, der omhandlede en ændring af fundatsen for Den Arnamagnæanske Stiftelse. Den Arnamagnæanske Stiftelse modsatte sig dette lovforslag. Kort fortalt gik lovforslaget ud på, at der skul-

<sup>23</sup> Max Sørensen, Statsforfatningsret, 2. udgave, 1973, side 301

<sup>24</sup> Bent Christensen, Rettens forhold til regeringen efter 1849, Højesteret 1661-1961, 1961, side 408

le foretages en deling af Den Arnamagnæanske Stiftelses håndskrifter, således at de håndskrifter, der måtte opfattes som islandsk kulturreje, skulle overgives til Islands Universitet for at forvares og forvaltes der i overensstemmelse med fundatsens regler. Yderligere skulle en passende del af stiftelsens kapital overføres til Island<sup>25</sup>. Et folketingsudvalg anmodede de juridiske fakulteter ved henholdsvis Aarhus Universitet og Københavns Universitet om at afgive udtalelse om, hvorvidt den ved lov påbudte udlevering til Islands Universitet måtte anses som et ekspropriativt indgreb overfor Den Arnamagnæanske Stiftelse. Et flertal på Københavns Universitet fandt, at lovforslaget indebar et ekspropriativt indgreb overfor den Arnamagnæanske Stiftelse og halvdelen af medlemmerne ved fakultetet i Århus, nåede frem til samme resultat. Et af de vægtige argumenter herfor var, at der skete en overførsel af håndskrifterne til et andet retssubjekt. Et mindretal i København nåede frem til, at der ikke var tale om et ekspropriativt indgreb, idet indgrebet var omfattet af en adgang, som lovgivningsmagten havde til at ændre i legaters og stiftelsers forhold og idet Den Arnamagnæanske Stiftelse stadig blev opretholdt, om end i ændret form. To fakultetsmedlemmer fra Århus nåede frem til, at der var tale om en afståelse af ejendom, men at man ikke var sikker på, om afståelsen vedrørte en sådan ejendom, der omfattedes af grundlovens § 73. Et andet medlem fra Århus lagde sig tæt op ad denne vurdering, idet dette medlem var af den opfattelse, at Den Arnamagnæanske Stiftelses rettigheder adskilte sig så betydeligt fra de typiske ejendoms- og formuerettigheder, som grundloven tilsigter at beskytte, at der var begrundet tvivl om deres karakterisering som ejendomsrettigheder i grundlovens forstand<sup>26</sup>. Til trods for at flertallet af professorerne støttede den antagelse, at loven indebar et ekspropriativt indgreb overfor den Arnamagnæanske Stiftelse, bemærkes det, at et betydeligt mindretal var af den opfattelse, at indgrebet ikke kunne karakteriseres som ekspropriation. Endvidere anførte flertallet forskellige argumenter for, at der forelå et ekspropriativt indgreb. Der må således siges at have været væsentlig uenighed i teorien forud for håndskriftslovens vedtagelse.

Lovforslaget blev vedtaget med 110 stemmer mod 39. 61 medlemmer af Folketinget anmodede inden 3 dage efter vedtagelsen om, at stadfæstelsen af lovforslaget i henhold til grundlovens § 73, stk. 2 blev udskudt, til der havde fundet nyvalg til Folketinget sted og lovforslaget på ny var vedtaget. Efter der havde været nyvalg, blev lovforslaget herefter vedtaget i uforandret form den 19. maj 1965 med 104 stemmer mod 58.

### **Første håndskriftssag**

Efter ovennævnte vedtagelse af håndskriftsloven lagde Den Arnamagnæanske Stiftelse sag an mod Undervisningsministeriet med påstand om, at bestemmelsen i håndskriftsloven om udlevering af håndskrifter og kapital til Islands Universitet var ugyldig. Stiftelsens synspunkt var baseret på, at stiftelsen var en selvejende institution, der havde en efter grundlovens § 73 beskyttet ejendomsret til håndskrifterne og legatkapitalen. Yderligere var den ved loven bestemte ”deling” af håndskrifterne og kapitalen en tvangsafståelse til en fremmed stat og derfor et ekspropriativt indgreb omfattet af grundlovens § 73. Stiftelsens videre argumentation var baseret på, at da indgrebet således var omfattet af grundlovens § 73, måtte loven være ugyldig, idet den ikke var forelagt for Folketinget som en ekspropriationslov, hvorfor Folketinget ikke havde taget stilling til, om den var krævet af almenvellet og heller ikke havde fastsat nogen erstatningsbestemmelser. Yderligere blev det gjort gældende, at loven måtte være ugyldig, fordi den ikke var påkrævet af hensynet til almenvellet.

---

<sup>25</sup> Jørgen Trolle, Kommentarer til danske Højesteretsdomme afsagt i tiden august-december 1966, U 1967B, side 77

<sup>26</sup> Michael Hansen Jensen, Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, side 411-412

De påstande, der er relevante i forhold til at vurdere, om sagen kan siges at repræsentere en udvikling i domstolenes udøvelse af prøvelsesretten, er de to førstnævnte påstande, nemlig stiftelsens påstand om, at den var et retssubjekt omfattet af beskyttelsen i grundlovens § 73 og især stiftelsens påstand om, at afståelsen havde karakter af ekspropriation. Netop disse to synspunkter er interessante, idet resultatet ikke i nogen af tilfældene synes givet, men derimod åbent for fortolkning.

### ***Var Den Arnamagnæanske Stiftelse et beskyttet retssubjekt?***

Angående spørgsmålet om, hvorvidt Den Arnamagnæanske stiftelse var et retssubjekt beskyttet efter grundlovens § 73, anførte stiftelsen, at håndskrifterne ved fundatsen i 1760 blev fuldt ud henlagt under stiftelsen og at stiftelsen dermed som en selvejende institution, og ikke Københavns Universitet, ejede håndskrifterne. Dette måtte ifølge stiftelsen gælde uanset, at stiftelsens bestyrelse udpegedes af det offentlige, idet formålet med denne ordning var, at give stiftelsen de bedst egnede ledere. Heroverfor gjorde Undervisningsministeriet gældende, at stiftelsen ikke kunne betragtes som en privat stiftelse, men måtte anses som et statsorgan eller en juridisk person, der er så tæt på at være det, at den må behandles på samme måde. Til støtte for denne påstand blev det gjort gældende, at alle 11 medlemmer af stiftelsens bestyrelse blev udpeget af offentlige organer og at den øverste myndighed over stiftelsens anliggender, blev udøvet af Undervisningsministeriet. Yderligere fremhævede Undervisningsministeriet, at staten afholdt alle udgifter til stiftelsens virksomhed og at stiftelsens formål, virke gennem videnskabelig forskning og udgivelse af håndskrifterne, var et statsformål. Slutteligt blev det gjort gældende, at idet Arní Magnússon ikke selv havde udarbejdet fundatsen for stiftelsen, men derimod som ovenfor nævnt havde overladt udarbejdelsen til to eksekutorer, kunne fundatsen ikke nyde samme beskyttelse mod ændringer, som hvis den var oprettet af testator selv. Så grundlæggende var Undervisningsministeriets synspunkt altså, at stiftelsen grundet dens nære tilknytning til Københavns Universitet måtte anses som en del af den statslige forvaltning. Med andre ord måtte Den Arnamagnæanske Stiftelses midler antages at tilhøre Københavns Universitet, medens der ved fundatsen for den Arnamagnæanske Stiftelse blot var oprettet et forvaltningsorgan til at administrere stiftelsens midler. Da stiftelsens midler således ifølge Undervisningsministeriet tilhørte Københavns Universitet, der var en del af den statslige forvaltning, kunne der umuligt være tale om et beskyttet retssubjekt, da staten jo ikke kan ekspropriere fra sig selv.

Østre Landsret nåede vedrørende dette spørgsmål frem til, at stiftelsen, uanset dens nære tilknytning til Københavns Universitet, var en selvejende institution oprettet i henhold til en privatretlig viljeserklæring og at håndskrifterne og kapitalen tilhørte stiftelsen. Samtlige 13 dommere i Højesteret nåede ligeledes frem til, at stiftelsen var et retssubjekt beskyttet af grundlovens § 73. 8 dommere begrundede dette med, at stiftelsen ikke var en statsinstitution, men derimod en i henhold til testamente oprettet selvstændig stiftelse i tilknytning til København Universitet. De 5 resterende dommere begrundede det med, at da stiftelsen var oprettet og fundatsen var udarbejdet på grundlag af Arní Magnússons testamente, fandtes håndskrifterne at tilhøre stiftelsen. Denne måtte anses som en selvejende institution og som sådan beskyttet efter grundlovens § 73.

Som det fremgår af ovenstående, kunne der fremføres valide argumenter både for og imod, at Den Arnamagnæanske Stiftelse var et retssubjekt beskyttet af grundlovens § 73. Til trods for disse omstændigheder nåede både Højesteret og Østre Landsret frem til, at stiftelsen var et beskyttet retssubjekt. Hermed må domstolene i et eller andet omfang siges at have bevæget

sig i hvert fald lidt væk fra den i fæsteaflysningssagen formulerede sikkerhedsdoktrin, da det ikke kan siges at fremgå med nævneværdig sikkerhed, at Den Arnamagnæanske Stiftelse var en beskyttet ejer. Det forekommer således ikke at fremgå med sikkerhed, at stiftelsen som følge af dens meget nære tilknytning til Københavns Universitet ikke kunne betragtes som en del af den statslige forvaltning. Der hvor det bliver helt tydeligt, at der er sket en bevægelse er imidlertid vedrørende spørgsmålet, om delingen af stiftelsens kapital og håndskrifter udgør en afståelse. Dette gennemgås umiddelbart nedenfor.

### *Afståelsesvurderingen*

Som skildret ovenfor, var der delte meninger i teorien om, hvorvidt delingen af de islandske håndskrifter og Den Arnamagnæanske Stiftelses kapital kunne karakteriseres som en afståelse med karakter af ekspropriation, om end flertallet af de adspurgte professorer hældte til, at der var tale om et ekspropriativt indgreb.

Den Arnamagnæanske Stiftelses argumentation for, at indgrebet havde karakter af ekspropriation, var grundlæggende baseret på, at overgivelsen til Islands Universitet reelt var en udlevering til en fremmed stat til dennes eje. Det forhold at afståelsen i håndskriftsloven var søgt camoufleret ved at tale om en ”deling” af den Arnamagnæanske Stiftelses midler, ændrede ikke stiftelsens opfattelse af, at der reelt var tale om en afståelse.

Overfor dette synspunkt gjorde Undervisningsministeriet gældende, at der ikke var tale om en afståelse, idet stiftelsens midler blot blev flyttet til Island, hvor de fortsat skulle forvaltes i overensstemmelse med fundatsens regler. Herved ville der ikke ske nogen påvirkning af stiftelsens formål, som således også efter delingen ville kunne opfyldes ligeså godt som hidtil. Dette synspunkt synes at have en vis vægt. For at illustrere dette er det nødvendigt at se lidt mere generelt på beskyttelsen af private selvejende institutioner efter grundlovens § 73.

På den grundlovgivende rigsforsamling blev der ikke taget klart stilling til, om private selvejende institutioner var omfattet af beskyttelsen efter den daværende grundlovs § 80, hvorfor det forekommer nærliggende at vurdere spørgsmålet gennem en formålsfortolkning af grundlovens § 73. Grundlæggende er beskyttelsesformålet med grundlovens § 73 at forhindre, at den enkelte ejer tilfældigvis bærer økonomiske byrder på helhedens vegne. Spørgsmålet er herefter, om dette beskyttelsesformål slår igennem overfor en selvejende institution. En privat selvejende institution er karakteriseret ved, at en formue uigenkaldeligt er henlagt under forvaltning af en selvstændig bestyrelse med henblik på vedvarende varetagelse af de af stifteren fastlagte formål<sup>27</sup>. En privat selvejende institution er dermed et udtryk for, hvordan stifteren af den selvejende institution ønsker, at der fremtidigt skal forholdes med hensyn til nogle af ham ejede formuegoder. Der er således som sådan ikke nogen ejer af en selvejende institutions midler, idet den jo er selvejende. Hverken den personkreds, der drager fordel af en selvejende institutions virke, en selvejende institutions bestyrelse eller en selvejende institution som sådan kan anses som ejer af institutionens midler i relation til grundlovens § 73<sup>28</sup>. Beskyttelsesformålet i grundlovens § 73 slår derfor ikke igennem overfor den selvejende institution som sådan. Den selvejende institution er blot en konstruktion, der sikrer, at stifterens vilje bliver materialiseret i et retssubjekt, der kan arbejde for opfyldelse af stifterviljen. Derimod slår beskyttelsesformålet igennem overfor stifterviljen, idet der såfremt der udøves et ekspropriativt indgreb overfor en selvejende institution, ofte vil blive ændret på stifterens ønsker

<sup>27</sup> Michael Hansen Jensen, Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, side 355

<sup>28</sup> Michael Hansen Jensen, Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, side 408

med hensyn til, hvordan der skulle forholdes med hans efterladte formue. Herved ville stifteren i form af stifterviljen tilfældigvis bære en økonomisk byrde på helhedens vegne. Man kan således argumentere temmelig overbevisende for, at en selvejende institution ikke som sådan, men derimod i form af stifterviljen, er beskyttet efter grundlovens § 73<sup>29</sup>.

I relation til afståelsesspørgsmålet delte Højesteret sig i et flertal på 8 dommere og et mindretal på 5 dommere. Flertallets præmisser er temmelig knappe, men essensen er, at afståelsen af håndskrifterne til Islands Universitet fandtes at være en tvangsmæssig afståelse omfattet af grundlovens § 73. De knappe præmisser gør det svært at udlede med sikkerhed, hvorfor flertallet finder, at afståelsen er omfattet af grundlovens § 73. Det bemærkes imidlertid, at flertallet betoner overgivelsen af håndskrifterne til Islands Universitet. Dette kunne tyde på, at flertallet har foretaget en traditionel ekspropriationsvurdering, hvor det først konstateres, at der er tale om et beskyttet retssubjekt og et beskyttet gode. Herefter konstateres det, at der sker en overførsel af det beskyttede gode fra det beskyttede retssubjekt til et andet retssubjekt, hvorefter afståelsen karakteriseres som ekspropriation<sup>30</sup>.

Mindretallet nåede i modsætning til flertallet frem til, at det pågældende indgreb ikke kunne karakteriseres som ekspropriativt overfor Den Arnamagnæanske Stiftelse. Mindretallet lagde vægt på, at stiftelsen skulle forvalte samlingen af islandske håndskrifter i overensstemmelse med stiftelsens formål. Herved peges på det væsentlige forhold, at ejeren af stiftelsens aktiver måtte siges at være stiftelsens formål og ikke stiftelsen selv eller dennes bestyrelse<sup>31</sup>. Ved overførslen til Islands Universitet led stiftelsens formål ikke nogen skade. Det geografiske sted, hvorfra stiftelsens formål skulle varetages, blev ganske vist ændret, men stiftelsens formål kunne tilgodeses mindst ligeså godt fra Island som fra København.

Ovenfor er det anført, at det forekommer mest overbevisende, at selvejende institutioners beskyttelse efter grundlovens § 73 ikke er knyttet til den selvejende institution som sådan, men derimod til stifterviljen. Som det ses følger hverken flertallet eller mindretallet denne teori, om end mindretallet med sin betoning af, at stiftelsens formål ikke har lidt skade, kommer ganske tæt på. Anvendes teorien om, at det er stifterviljen, der må anses som det beskyttede retssubjekt på håndskriftssagerne, må afståelsesvurderingen knyttes op på, om stifterviljen lider skade ved håndskrifternes overførsel til Islands Universitet. I fundatsen for den Arnamagnæanske Stiftelse blev både de kontante midler i boet efter Arní Magnússon samt de islandske håndskrifter henlagt under stiftelsen, således at disse ”til ævig tiid være bestemt og henlagt til at oplyse, forbedre og til Trykken at befordre lade alt, hvad der angaaer de nordiske, nemlig Danmarks, Norges og underliggende Landes Historier, Sprog og Antiquiteter”. Dette led i stifterviljen ses imidlertid ikke at blive krænket ved håndskrifternes flytning fra København til Island. Det fremgår således af håndskriftslovens § 1, at de håndskrifter, der blev overgivet til Islands Universitet, skulle forvaltes og forvares der i overensstemmelse med fundatsens regler. Med andre ord ville håndskrifternes overgivelse ikke krænke dette led i stifterviljen, idet fundatsens regler stadig skulle iagttages efter overgivelsen. Herefter kan man spørge, om det forhold, at det i fundatsen var bestemt, at håndskrifterne skulle knyttes til Københavns Universitet, bevirker at stifterviljen må anses for krænket. Hertil må anføres, at da Arní Magnússon døde var det naturligt at tilknytte samlingen Københavns Universitet, idet samlingen her som ønsket kunne gøres til genstand for videnskabeligt arbejde og udgivelse.

<sup>29</sup> Michael Hansen Jensen, Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, side 396

<sup>30</sup> Michael Hansen Jensen, Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, side 417

<sup>31</sup> Jørgen Trolle, Kommentarer til danske Højesteretsdomme afsagt i tiden august-december 1966, U 1967, B, s. 84

Sandsynligvis har den af Arní Magnusson ønskede tilknytning til Københavns Universitet været begrundet i, at dette sted på daværende tidspunkt var bedst egnet til at drage omsorg for, at håndskrifterne blev genstand for videnskabeligt arbejde og udgivelse. Henset til, at Arní Magnusson selv var islænding og henset til, at samtlige håndskrifter var indsamlet under rejser på Island, kan det næppe antages at krænke stiftertiljen, at håndskrifterne overføres til Island<sup>32</sup>. Havde der på Arní Magnussons tid været et egnet universitet på Island, forekommer det ikke usandsynligt, at Arní Magnusson havde overladt håndskrifterne til dette. Således kan overførslen af håndskrifterne til Islands Universitet næppe karakteriseres som et ekspropriativt indgreb overfor stiftertiljen.

Som det ses af ovenstående, kan der fremføres tungtvejende argumenter for, at den i håndskriftsloven foreskrevne overførsel af håndskrifterne til Islands Universitet ikke indebar en afståelse, der kunne karakteriseres som ekspropriation. Efter denne forfatters mening, er argumenterne der taler imod, at der forelå en afståelse stærkere, end de argumenter der taler for, at der forelå en afståelse omfattet af grundlovens § 73. Det der søges illustreret med ovenstående gennemgang af første håndskriftssag er således følgende: Lovgivningsmagten havde foretaget sin vurdering af et grundlovsspørgsmål, der kunne give anledning til tvivl og var nået frem til følgende: Den Arnamagnæanske Stiftelse var ikke et retssubjekt beskyttet af grundlovens § 73 og overførslen af håndskrifterne kunne ikke betegnes som en afståelse, der havde karakter af ekspropriation. Her skal det dog retfærdigvis nævnes, at man nok ikke har været helt sikker i sin sag, idet statsministeren jo som ovenfor nævnt efterkom et folketingsmindretals anmodning om udsættelse af stadfæstelsen af lovforslaget i overensstemmelse med grundlovens § 73, stk. 2. Men ikke desto mindre må lovgivningsmagten siges at have tilkendegivet en opfattelse af, at der ikke var tale om et ekspropriativt indgreb.

Hvis sikkerhedsdoktrinen, som formuleret af flertallet i fæsteaflysningssagen, skulle have været holdt i hævd i første håndskriftssag, skulle Højesteret have konstateret, at der var tale om et tvivlsomt fortolkningsspørgsmål, hvilket der jo, som det fremgår af ovenstående, vitterligt var. Herefter skulle Højesteret have fulgt lovgivningsmagtens vurdering af dette tvivlsomme fortolkningsspørgsmål. Det interessante er, at dette ikke skete. Højesteret tilsidesatte således lovgivningsmagtens vurdering og indsatte sin egen vurdering i stedet for. Til trods for, at der kunne fremføres de ovenfor nævnte tungtvejende argumenter for, at der ikke var tale om et ekspropriativt indgreb overfor Den Arnamagnæanske Stiftelse, nåede Højesteret således frem til, at den Arnamagnæanske Stiftelse var et beskyttet retssubjekt og at overførslen til Islands Universitet var en afståelse, der havde karakter af ekspropriation. Højesterets dom i første håndskriftssag må dermed tages som et første udtryk for, at sikkerhedsdoktrinens anvendelsesområde var blevet indskrænket. Den intensiverede prøvelse i første håndskriftssag fik ikke som sådan nogen konsekvenser for lovgivningsmagten, da erstatningsspørgsmålet af Den Arnamagnæanske Stiftelse var ønsket udskilt til særskilt behandling. Konstateringen af, at der forelå ekspropriation, førte heller ikke til lovens ugyldighed, idet loven var givet ud fra hensynet til almenvellet og idet mindretalsgarantien i grundlovens § 73, stk. 2 var iagttaget.

### **Anden Håndskriftssag**

Anden håndskriftssag opstod i kølvandet på første håndskriftssag og handlede grundlæggende om, hvorvidt Undervisningsministeriet skulle betale erstatning til Den Arnamagnæanske Stiftelse for overførslen af håndskrifterne og en del af stiftelsens kapital til Islands Universitet.

---

<sup>32</sup> Michael Hansen Jensen, Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, side 431-432

Således var det jo, som ovenfor nævnt, i første håndskriftssag blevet slået fast, at overførslen indebar ekspropriation overfor Den Arnamagnæanske Stiftelse.

For så vidt angik udleveringen af håndskrifterne, udtalte et flertal på 10 af de 12 dommere, der deltog i pådømmelsen, at afståelsen af disse ikke indebar et tab for Den Arnamagnæanske Stiftelse. 9 ud af disse 10 dommers argumentation for dette resultat er stort set identisk med mindretallets konklusion i første håndskriftssag, idet der lægges afgørende vægt på, at stiftelsens formål ikke ved overgivelsen af håndskrifterne led skade, hvorfor stiftelsen ikke havde lidt noget tab<sup>33</sup>. Et stort flertal bakkede således op om det af lovgivningsmagten i håndskriftsloven tilkendegivne synspunkt, hvorefter udleveringen af håndskrifter kunne ske uden erstatning. Så for en vurdering af, om der er sket en udvikling i forhold til den i fæsteaflysningssagen formulerede sikkerhedsdoktrin, er spørgsmålet om håndskrifternes overførsel uden erstatning derfor ikke så interessant.

Interessant er det derimod, at for så vidt angår spørgsmålet om udlevering af stiftelsens kapital, fandt et teknisk flertal på 6 dommere, med 3 forskellige begrundelser, at Den Arnamagnæanske Stiftelse var berettiget til erstatning. Hermed tilsidesattes lovgivningsmagtens vurdering i håndskriftsloven, hvorefter der ikke skulle gives erstatning for udleveringen af stiftelsens kapital. De 6 ”mindretalsdommere”, vedrørende dette spørgsmål, mente, ligesom angående spørgsmålet om afståelsen af håndskrifterne, at det ikke berørte stiftelsens formål, at en del af stiftelsens kapital blev overført til Island. 3 af dommerne fra flertallet vedrørende håndskrifterne mente imidlertid, at for så vidt angik stiftelsens kapital led stiftelsen et tab, idet Den Arnamagnæanske Stiftelse fortsat skulle udøve virksomhed i Danmark. Dette synspunkt synes noget overraskende, når det tages i betragtning, at selvsamme dommere angående håndskrifterne argumenterede for, at stiftelsens formål ikke led nogen skade<sup>34</sup>. Det havde vel været bedst overensstemmende med deres synspunkt vedrørende håndskrifterne, hvis de havde fulgt samme linje angående kapitalen. Den afståede kapital skulle jo også fremtidigt anvendes i overensstemmelse med fundatsens formål, så det forekommer vanskeligt at se, hvorfor der i den henseende skulle gøres forskel på håndskrifterne og kapitalen. Hermed er ikke sagt, at de tre dommere traf en forkert afgørelse, men blot søgt illustreret, at der nok kunne fremføres mindst ligeså tungtvejende argumenter for det modsatte synspunkt, hvilket de seks mindretalsdommere jo tilsyneladende også mente. To øvrige dommere tilhørende det tekniske flertal vedrørende kapitalen mente, i overensstemmelse med flertallets afgørelse i første håndskriftssag, at Den Arnamagnæanske Stiftelse var berettiget til erstatning for afståelsen af håndskrifterne og tog således ikke særskilt stilling til spørgsmålet om kapitalen. Den sidste dommer tilhørende det tekniske flertal havde for så vidt angik håndskrifterne voteret for, at stiftelsen ikke skulle have erstatning, da den ikke fandtes at have en økonomisk interesse i håndskrifterne, idet fundatsen fastsatte væsentlige begrænsninger i stiftelsens rådighed over håndskrifterne og idet stiftelsen var bundet til at forfølge de i fundatsen fastsatte formål. Derimod fandt denne dommer, at stiftelsen måtte have en interesse af økonomisk art for så vidt angik kapitalen, hvorfor stiftelsen skulle have erstatning herfor. Alt i alt må det tekniske flertal siges at være sammensat af et usædvanligt sammensurium af synspunkter. Alene det forhold, at der i Højesteret var så mange forskellige meninger om erstatningsspørgsmålet indikerer, at der absolut ikke var tale om et sikkert fortolkningsspørgsmål. Endvidere kunne der, som det tekniske mindretals votum viser, anføres temmelig tungtvejende argumenter for, at der ikke skulle ydes erstatning for den overførte kapital. Til trods for dette tilsidesatte Højesteret igen i anden

---

<sup>33</sup> Michael Hansen Jensen, Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, side 422

<sup>34</sup> Michael Hansen Jensen, Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73, 2006, side 425

håndskriftssag lovgivningsmagtens fortolkning af grundloven, denne gang endda med den konsekvens, at der skulle udredes ekspropriationserstatning til Den Arnamagnæanske Stiftelse.

### **Håndskriftssagerne som et nybrud**

I den samtidige juridiske teori synes håndskriftssagerne ikke at være blevet opfattet som et brud på den linje, som Højesteret med sin dom i fæsteafløsningssagen havde lagt for prøvelse af loves overensstemmelse med grundloven<sup>35</sup>. Som det fremgår af de ovenstående afsnit, nåede Højesteret imidlertid i begge håndskriftssager frem til resultater forskellige fra lovgivningsmagtens vedrørende håndskriftslovens forhold til grundlovens § 73.

Den i fæsteafløsningssagen formulerede sikkerhedsdoktrin må forstås således, at hvis der er tvivl om en lovs grundlovsstridighed, så skal denne tvivl komme lovgivningsmagten til gode. I håndskriftssagerne var det, som det også fremgår af ovenstående, særdeles vanskeligt at sige med sikkerhed, om håndskriftsloven indebar ekspropriation overfor Den Arnamagnæanske Stiftelse, samt om stiftelsen var berettiget til erstatning. Lovgivningsmagten fortolkede grundlovens § 73 på en sådan måde, at håndskriftsloven ikke indebar ekspropriation overfor Den Arnamagnæanske Stiftelse, samt at stiftelsen ikke skulle have erstatning for udleveringen af kapitalen. Efter en indgående prøvelse nåede Højesteret frem til det modsatte resultat. Som det fremgår af ovenstående, synes der langt hen ad vejen at kunne anføres mindst ligeså, hvis ikke mere, overbevisende argumenter for lovgivningsmagtens fortolkning som for Højesterets fortolkning. Dette gør sig især gældende i forbindelse med Højesterets afståelsesvurdering i første håndskriftssag, men også i nogen grad i forbindelse med, om Den Arnamagnæanske Stiftelse var et beskyttet retssubjekt og om der skulle udbetales erstatning for udleveringen af kapitalen i anden håndskriftssag. Så til trods for, at der var tvivl om, hvilket resultat der kunne siges at være det rigtigste, valgte Højesteret altså i begge sager at sætte sin egen fortolkning i stedet for lovgivningsmagtens og dermed tilsidesætte lovgivningsmagtens vurdering af, at der ikke var tale om en ekspropriationslov og af, at der ikke skulle udbetales erstatning til Den Arnamagnæanske Stiftelse for udleveringen af stiftelsens kapital.

Efter denne forfatters mening, honorerer ingen af de to håndskriftssager således sikkerhedsdoktrinen krav om sikker grundlovsstridighed som betingelse for tilsidesættelse. Herefter forekommer det nærliggende at spørge, hvor langt denne tilsidesættelse af sikkerhedsdoktrinen rækker. Ved denne vurdering må det tages i betragtning, at håndskriftsloven var en særdeles usædvanlig lov, der havde været genstand for usædvanlig stor opmærksomhed. Man må derfor have med i vurderingen, at disse konkrete omstændigheder kan have spillet en rolle i Højesterets efterprøvelse af loven. Yderligere må man have sig for øje, at Højesteret med sin dom i anden håndskriftssag ikke blokerede ultimativt for håndskriftsloven, men blot med hjemmel i grundlovens § 73, stk. 1, 3. pkt. tilkendte Den Arnamagnæanske Stiftelse erstatning. Man kan nok derfor ikke opfatte håndskriftssagerne som et udtryk for, at domstolene hermed afskaffede sikkerhedsdoktrinen. Derimod giver det god mening at opfatte håndskriftssagerne som et første tegn på, at sikkerhedsdoktrinen var på tilbagetog og at den i hvert fald ikke længere kunne siges at være gældende ret i alle sager, der vedrørte prøvelse af loves overensstemmelse med grundloven.

---

<sup>35</sup> Max Sørensen, Statsforfatningsret, 2. udgave, 1973, side 300-301



## Kort om Greendane-sagen

At kravet om sikker uoverensstemmelse med grundloven var på retræte blev yderligere manifesteret i den såkaldte Greendane-sag (U 1980.955 Ø). Ganske kort var omstændighederne i sagen, at det i 1951 ved lov var bestemt, at Den Kongelige Grønlandske Handels monopol med hensyn til besejling af Grønland skulle bortfalde. Dette udnyttede selskabet Greendane i 1972, da selskabet åbnede en fragtrute mellem København og Godthåb. I 1973 blev der vedtaget en lov, hvorefter søtransport af gods til og fra Grønland igen blev forbeholdt Den Kongelige Grønlandske Handel. Den pågældende lov indeholdt en dispensationshjemmel, men da Ministeriet for Grønland i efteråret 1973 nægtede at give dispensation for en længere periode end indtil udgangen af 1973, valgte Greendane at stoppe sin virksomhed.

Et flertal på to dommere i Østre Landsret fandt, at remonopoliseringsloven indebar et ekspropriativt indgreb overfor Greendane og tilkendte selskabet en erstatning på 200.000 kr. med direkte hjemmel i grundlovens § 73, stk.1, 3. pkt. Flertallet synes at have lagt vægt på, at den virksomhed Greendane havde drevet reelt blev overtaget af en statslig institution, at der med loven blev tilgodeset væsentlige erhvervsøkonomiske interesser og at Greendane blev ramt uforholdsmæssigt hårdt af remonopoliseringsloven, til trods for, at den var formuleret som en generel lov<sup>36</sup>. Imidlertid var Greendane i to omgange (i 1969 og 1971) blevet advaret om, at en remonopolisering var nært forstående. Dette moment afviser flertallet eksplicit at tillægge vægt. Det forekommer dog efter denne forfatters mening ikke uvæsentligt ved afståelsesvurderingen efter grundlovens § 73, at tillægge det vægt, at rederiet på forhånd var varskoet om, at ændringer med stor sandsynlighed var på vej. Peter Germer synes at dele denne opfattelse<sup>37</sup>. I denne forbindelse kan der henvises til U 1982.109 H, hvor den omstændighed, at et rederi var blevet advaret om, at fiskeformaling ombord på skibe muligvis snart kunne blive forbudt i hele EU, blev tillagt vægt ved vurderingen af, om forbuddet havde karakter af ekspropriation. Hermed ikke sagt, at Østre Landsrets dom er forkert, men den omstændighed, at Østre Landsret uden nærmere forklaring pure afviser, at tillægge momentet vægt for herefter at tilsidesætte lovgivningsmagts vurdering af, at loven ikke indebar ekspropriation, synes at indikere, en ny selvbevidsthed hos domstolene og synes at ligge et stykke fra den yderst tilbageholdende prøvelse i fæsteafløsningssagen. Østre Landsrets dom i Greendane-sagen synes således at ligge i naturlig forlængelse af den bevægelse væk fra sikkerhedsdoktrinen, som kunne spores i Højesterets to domme i håndskriftssagerne.

Med ovenstående er ikke sagt, at domstolene pludselig ikke længere levede lovgivningsmagten en vis margin. Blot er der peget på, at de gennemgæede domme viser, at domstolene i hvert fald ikke længere i alle tilfælde var så tilbageholdende, som de tidligere havde været. Dog skal det nævnes, at der naturligvis stadig blev afsagt domme, der fulgte linjen fra fæsteafløsningssagen. Eksempelvis kan der peges på U 1987.1 H.

## Tvind-sagen

Hverken 2. håndskriftssag eller Greendane førte til en tilsidesættelse af de pågældende ekspropriationslove som ugyldige. I stedet blev lovgivningsmagts intention om, at henholdsvis Den Arnamagnæanske Stiftelse og Greendane ikke skulle have erstatning tilsidesat. Man skal helt frem til Tvind-sagen, U 1999.841 H, for at finde det første, og hidtil eneste, eksempel på, at en lov tilsidesættes som grundlovsstridig.

---

<sup>36</sup> Peter Germer, Statsforfatningsret, 4. udgave, 2007, side 278-279

<sup>37</sup> Peter Germer, Statsforfatningsret, 4. udgave, 2007, side 279

## **Tvind-sagens nærmere omstændigheder**

De nærmere omstændigheder i Tvind-sagen var følgende: Undervisningsministeriet havde i marts 1996 fremsat et forslag til ændring af friskoleloven. Forinden havde Undervisningsministeriet undersøgt friskoler med tilknytning til skolesamvirket Tvind og var nået frem til, at disse skoler ikke opfyldte den grundlæggende tilskudsbetingelse i den dagældende lovgivning om at være selvejende institutioner. På baggrund af disse undersøgelser blev det således i lovforslaget foreslået, at skolerne under Tvind fra den 31. december ikke længere kunne modtage tilskud fra stat og kommuner. Lovforslaget blev efterfølgende vedtaget af Folketinget. Herefter lagde en af de pågældende skoler sag an mod Undervisningsministeriet med principal påstand om, at den pågældende lovs § 7, der indeholdt bestemmelsen, der for fremtiden udelukkede Tvind-skolerne fra tilskud, var ugyldig som stridende mod grundlovens § 3, 3. pkt. Argumentationen herfor var, at der i lovforslagets forarbejder var nævnt de førmentalte undersøgelser af Tvind-skolerne, der skulle bekræfte, at disse skoler ikke var selvejende institutioner, samt at andre forhold vedrørende de pågældende skoler ligeledes var kritisable. Forarbejderne til lovens § 7 indeholdt således implicit en beskyldning om, at skolerne havde overtrådt den hidtil gældende tilskudslovgivning. Denne beskyldning havde Tvind-skolerne ikke fået mulighed for at forsvare sig imod under en retssag. Højesteret udtalte i den forbindelse, at det i overensstemmelse med den almindelige opfattelse i den forfatningsretlige litteratur måtte antages, at grundlovens § 3, 3. pkt. sætter grænser for, i hvilket omfang lovgivningsmagten kan træffe bestemmelse om enkelte personers retsforhold. Endvidere anførte Højesteret, at lovgivningsmagten ved vedtagelsen af § 7 i friskoleloven reelt afgjorde tvisten mellem Tvind-skolerne og Undervisningsministeriet. En sådan afgørelse henhørte ikke under lovgivningsmagten, men under den dømmende magt med de garantier dette indebar for borgerne, hvorfor den pågældende lovs § 7 var ugyldig som stridende mod grundlovens § 3, 3. pkt.

## **Analyse af Tvind-sagen**

Det har været diskuteret indgående i den juridiske litteratur, om Højesterets dom i Tvind-sagen skal ses som et egentligt brud med sikkerhedsdoktrinen. Spørgsmålet er således, om de tendenser til en mere intensiv prøvelse, som man kunne spore i håndskriftssagerne og Green-dane, har udviklet sig til, at kravet om at en lovs grundlovsstridighed skal fremgå med sikkerhed før den kan tilsidesættes, nu må ses for endeligt forkastet. En vurdering af dette spørgsmål kræver en analyse af Tvind-sagen.

### ***Højesterets fortolkning af grundlovens § 3***

Som det fremgår af ovenstående referat, anlægger Højesteret en fortolkning af grundlovens § 3, 3. pkt., hvorefter denne bestemmelse begrænser lovgivningsmagtens kompetence. Indledningsvist må det konstateres, at man ikke ud fra ordlyden af eller forarbejderne til grundlovens § 3, 3. pkt. med sikkerhed kan udlede, at dette skulle være tilfældet. Ej heller er der i forarbejderne eller på den grundlovgivende rigsforsamling henvist til de tanker, som John Locke og Charles Montesquieu gjorde sig, da de formulerede den moderne magtadskillelæse. Højesterets synspunkt kan således ikke støttes på en umiddelbar fortolkning af grundlovens § 3, hvorfor det retskildemæssige fundament for afgørelsen ikke kan siges at være specielt stærkt.

Højesteret konstaterer indledningsvist i dommen, at det ”i overensstemmelse med den almindelige opfattelse i den forfatningsretlige litteratur må antages, at grundlovens § 3, 3. pkt. sætter visse grænser for, i hvilket omfang lovgivningsmagten kan træffe bestemmelse om enkelt-

personers retsforhold (singular lovgivning)”. Endvidere udtales det, at lovgivningsmagten ved sin vedtagelse af § 7 i Tvindloven reelt har afgjort en konkret retstvist. Det vil sige, at Højesteret i sin domsafsigelse først tilkendegiver, hvordan grundlovens § 3 efter rettens mening skal forstås og herefter ud fra denne forståelse subsumerer § 7 i den af lovgivningsmagten vedtagne Tvindlov som værende udtryk for dømmende magt. For så vidt angår det første skridt i denne analyse, nemlig at grundlovens § 3, 3. pkt. begrænser lovgivningsmagtens kompetence, anfører kammeradvokaten, der repræsenterede Undervisningsministeriet, at det ifølge den forfatningsretlige litteratur må anses for tvivlsomt, om der i grundlovens § 3 kan opstilles nogen begrænsning i lovgivningsmagtens kompetence. Heri kan der være nogen rigtighed. Grundlæggende har der således været to modsatrettede fortolkninger af, om grundlovens § 3, 3. pkt. begrænser lovgivningsmagtens kompetence.

Alf Ross gjorde sig til talsmand for det synspunkt, at grundlovens § 3, 3. pkt. ikke gjorde nogen indskrænkning i lovgivningsmagtens kompetence<sup>38</sup>. Ross' argumentation herfor var, at domstolene var underordnede i forhold til lovgivningsmagten, da en dom afsiges i henhold til loven, mens en lov vedtages med umiddelbar hjemmel i grundloven. Hermed kunne en lov vedtaget af lovgivningsmagten aldrig være udtryk for dømmende magt, da en sådan jo ikke vedtages i henhold til lov, men derimod som en grundlovsumiddelbar beslutning. Ifølge Ross kunne der således ikke af grundlovens § 3, 3. pkt. udledes nogen begrænsninger i lovgivningsmagtens adgang til at udstede konkrete retsakter. Ross' holdning til spørgsmålet synes præget af hans grundlæggende holdning, hvorefter lovgivningsmagten ud fra demokratiske synspunkter må stå over de øvrige statsmagter. Henrik Zahle tilslutter sig i den første udgave af sin statsforfatningsret Ross' synspunkt, omend han alene begrundet sit synspunkt ud fra demokratiske synspunkter og således ikke tilslutter sig Ross' logiske deduktion<sup>39</sup>. Det skal dog bemærkes, at Zahle skifter standpunkt i 2. udgave af sit værk, idet han her argumenterer for, at grundlovens § 3, 3. pkt. begrænser lovgivningsmagtens kompetence<sup>40</sup>.

Overfor Ross' opfattelse står en række andre statsforfatningsretlige forfattere. Den første til at gå i rette med Ross' opfattelse var Poul Andersen<sup>41</sup>. Poul Andersen var enig med Alf Ross i, at domstolene var retligt underordnet lovgivningsmagten, idet domstolene blot gennemførte, hvad der allerede var bestemt ved lov. Imidlertid mente han ikke, at man derfra kunne slutte, at bestemmelsen om den dømmende magt i grundlovens § 3, 3. pkt. ikke begrænsede lovgivningsmagtens kompetence. Poul Andersen fremhævede således, at formålet med magtadskillelsen i grundlovens § 3 var, at de tre etablerede statsmagter skulle begrænse og kontrollere hinanden. Lovgivningsmagten kunne således ikke tiltage sig de funktioner, der udøves i henhold til loven, da det er af essentiel betydning i en retsstat, at der er forskel på fastsættelse af retsregler og anvendelse af retsregler. Af hensyn til borgernes retssikkerhed er det derfor af afgørende betydning, at det er domstolene, der bringer de af lovgivningsmagten vedtagne love til anvendelse under de særlige garantier, der specielt gælder for domstolene. Poul Andersen fortolkede således grundlovens § 3 i lyset af magtadskillelens idehistoriske baggrund og nåede herved frem til, at borgernes retssikkerhed var af afgørende betydning, hvorfor bestemmelsen om den dømmende magt i grundlovens § 3, 3. pkt. måtte begrænse lovgiv-

---

<sup>38</sup> Alf Ross, Dansk statsforfatningsret I, 3. udgave, 1983.

<sup>39</sup> Jens Peter Christensen, Forfatningsretten og det levende liv, 1990, side 204

<sup>40</sup> Henrik Zahle, Dansk forfatningsret bind 2, 2. udgave, 1996, side 204

<sup>41</sup> Poul Andersen, Dansk statsforfatningsret, 1954, side 565

ningsmagts kompetence. De af Poul Andersen fremførte synspunkter, opnåede støtte fra en række senere statsretlige forfattere heriblandt Max Sørensen<sup>42</sup> og Peter Germer<sup>43</sup>.

På baggrund af ovenstående forekommer det ikke helt logisk, at Højesteret i Tvind-sagen udtaler, at det er i overensstemmelse med den *almindelige* opfattelse i den forfatningsretlige litteratur, at grundlovens § 3, 3. pkt. sætter grænser for lovgivningsmagts kompetence. Muligvis er det den opfattelse, som flest forfattere har tilsluttet sig, men der er altså tale om et emne, der har været genstand for en så omfattende debat, at det forekommer som en overdriivelse at udtale, at det er i overensstemmelse med den almindelige opfattelse. Yderligere kan det nævnes, at der i godt 40 år forud for Tvind-sagen var blevet undervist i det modsatte synspunkt på Københavns Universitet, der uddanner langt størstedelen af Danmarks jurister<sup>44</sup>. Den rette fortolkning af grundlovens § 3 var med andre ord stærkt omtvistet i den forfatningsretlige teori og derfor kom det bag på mange, at det netop var i en sag vedrørende denne bestemmelse, at Højesteret første gang valgte at tilsidesætte en lov som stridende med grundloven<sup>45</sup>. Konstateres må det i hvert fald, at baseret på ovennævnte anbringende fremsat af kammeradvokaten, må lovgivningsmagten antages at have anlagt en fortolkning af grundlovens § 3, 3. pkt., hvorefter denne bestemmelse ikke begrænser lovgivningsmagts kompetence. Højesteret vælger, tilsyneladende fordi det er overensstemmende med den almindelige opfattelse i den juridiske litteratur, den modsatte fortolkning af bestemmelsen. Henset til det sandsynlige formål med grundlovens § 3 og henset til bestemmelsens idehistoriske grundlag, som der dog som nævnt ikke er henvist til i forarbejderne, forekommer Højesterets fortolkning af bestemmelsen, i denne forfatters øjne, at have mest for sig. Da hverken ordlyd eller forarbejder giver anvisning på det rigtige resultat, og da der tilmed er uenighed i den juridiske teori om bestemmelsens rette forståelse, fremstår resultatet dog på ingen måde som sikkert. Højesteret kan således ikke siges at levne lovgivningsmagten nogen nævneværdig margin, for så vidt angår den abstrakte fortolkning af grundlovens § 3 og der synes således ikke at være nogen tilbageholdenhed at spore i Højesterets dom på dette område.

### ***Højesterets konkrete subsumtion af Tvind-lovens § 7 som en "afgørelse af en konkret retstvist"***

Efter at Højesteret har tilkendegivet sin holdning til den abstrakte fortolkning af grundlovens § 3, når retten frem til, at lovgivningsmagten ved sin vedtagelse af § 7 i Tvindloven reelt har truffet en endelig afgørelse af en konkret retstvist.

Ved indledningsvist at henvise til den almindelige opfattelse i den juridiske litteratur, må Højesteret antages at knytte sig til den fortolkning af grundlovens § 3, der i første omgang blev anlagt af Poul Andersen og Max Sørensen. Begge disse forfattere giver en række eksempler på love, der i deres øjne ville være stridende med grundlovens § 3, 3. pkt. Poul Andersen skriver, at "det forekommer klart, at en lov der: idømmer en frifunden straf eller erstatning, fritager den, der er dømt til at opfylde en kontrakt fra at opfylde den, annullerer en skilsmisdom eller bestemmer at et ægteskab, som en dom ikke har villet opløse, skal være opløst, vil være i strid med grundlovens § 3"<sup>46</sup>. Max Sørensen angiver, at "en lov, der bestemmer en privat parts erstatningspligt overfor en anden efter at den skadevoldende handling er foretaget,

<sup>42</sup> Max Sørensen, Statsforfatningsret, 1973, side 200

<sup>43</sup> Peter Germer, Statsforfatningsret, 2. udgave, 1995, side 13

<sup>44</sup> Michael Hansen Jensen m.fl., Højesterets dom i Tvind-sagen, U 1999 B, side 231

<sup>45</sup> Michael Hansen Jensen m.fl., Højesterets dom i Tvind-sagen, U 1999 B, side 228

<sup>46</sup> Poul Andersen, Dansk statsforfatningsret, 1954, side 565

en lov der omgør en dom eller en lov der tager stilling til et konkret skyldspørgsmål eller fastsætter straffen, må anses for stridende med grundlovens § 3<sup>47</sup>. Disse eksemplifikationer fra de to nævnte forfattere, skal naturligvis ikke tages for mere end hvad de er, nemlig eksempler på singulære love, der i forfatterens øjne med sikkerhed ville være stridende med grundlovens § 3. Man kan sige, at de nævnte eksempler udgør kernen i den beskyttelse, som de to forfattere mener tilkommer borgerne mod singulære love. Kerneområdet for grundlovens § 3, 3. pkt. er således afgørelsen af den konkrete retstvist og denne kompetence kan lovgivningsmagten ikke tiltage sig. § 7 i Tvindloven omhandlede dog som nævnt ovenfor en fratagelse af muligheden for fremtidigt at få statslige tilskud og må således siges at lægge på nogen afstand af det kerneområde, som de to forfattere skitserede med deres eksemplifikationer<sup>48</sup>. Selv om man således måtte tilslutte sig deres fortolkning af grundlovens § 3, synes det ikke at være en umiddelbar følge heraf, at man herefter konkret kan subsumere Tvindlovens § 7 som værende i strid med denne bestemmelse i grundloven.

Højesteret synes at anskue forholdet således, at lovgivningsmagten ved vedtagelsen af Tvindloven har afgjort en allerede foreliggende tvist mellem Undervisningsministeriet og Tvind. Denne tvist skulle omhandle, hvorvidt Tvind skolerne var berettigede til tilskud efter den hidtidige lovgivning. Hermed har lovgivningsmagten ”reelt truffet en afgørelse i en konkret retstvist”. Der er imidlertid under ingen omstændigheder tale om omgørelse af en dom. Der er heller ikke tale om, at der er anlagt en sag ved domstolene, hvor parterne har formuleret deres påstande. Derimod er der blot tale om, at Undervisningsministeriet har udtrykt sin mistillid til, om Tvind-skolerne overholder og fremtidigt vil overholde betingelserne for at modtage tilskud efter den dagældende lovgivning. Så Højesterets opfattelse af, hvornår der forelægger en konkret retstvist må alt andet lige siges, at ligge et stykke fra det kerneområde, som Poul Andersen og Max Sørensen skitserede. Det forhold at Højesteret i sin konkrete subsumption går uden for dette sikre område, er en faktor, der kan pege i retning af, at Højesteret ikke ved subsumptionen har levnet lovgivningsmagten nogen stor margin. Endvidere kan man vel godt argumentere for, at lovgivningsmagten ved vedtagelsen af Tvindloven blot fastlagde fremtidige forhold, hvorfor det ud fra denne betragtning kan være svært at se, at lovgivningsmagten skulle have afgjort en konkret retstvist<sup>49</sup>. På denne baggrund ses Højesteret heller ikke ved den konkrete subsumption af § 7 i Tvindloven som stridende med Grundlovens § 3, 3. pkt., at levne lovgivningsmagten nogen nævneværdig margin.

### **Konklusion vedrørende Tvind-sagen**

Opsummerende kan det kort siges, at lovgivningsmagten havde anlagt en fortolkning af grundlovens § 3, der i hvert fald havde opbakning i dele af den juridiske litteratur. Højesteret anlægger herefter en fortolkning af grundlovens § 3, der er markant afvigende fra den af lovgivningsmagten anlagte fortolkning. Denne fortolkning har ikke som sådan støtte i bestemmelsens ordlyd. Den har ikke støtte i bestemmelsens forarbejder. Den har støtte i dele af den juridiske litteratur, men Højesteret synes dog, at indlægge en større begrænsning af lovgivningsmagtens kompetence i grundlovens § 3, 3. pkt., end tilfældet er i den juridiske litteratur.

Naturligvis er den juridiske litteratur ikke en retskilde som sådan. Alligevel kunne man, henset til den hidtidige tilbageholdende prøvelse af loves forenelighed med grundloven, nok godt have forventet, at Højesteret i et tilfælde, hvor der er uenighed i den juridiske litteratur om

<sup>47</sup> Max Sørensen, Statsforfatningsret, 2. udgave, 1973, side 290-291

<sup>48</sup> Michael Hansen Jensen m.fl., Højesterets Dom i Tvind-sagen, U 1999 B, side 230

<sup>49</sup> Peter Germer, Statsforfatningsret, 4. udgave, 2007, side 30

den rette forståelse af en grundlovsbestemmelse, og hvor bestemmelsen selv eller dens forarbejder ikke giver svaret på denne uenighed, ville have været tilbøjelige til at støtte den fortolkning af bestemmelsen, som lovgivningsmagten havde anlagt. Når det herudover endvidere ikke forekommer helt givet at betegne Tvind-lovens § 7 som en afgørelse af en konkret retstvist, synes Tvind-lovens grundlovsstridighed, alt taget i betragtning, ikke at fremgå med sikkerhed<sup>50</sup>. Selvom enkelte forfattere har hævdet et andet synspunkt<sup>51,52</sup>, synes den klare opfattelse i den juridiske teori også at være, at Højesteret i Tvind-sagen brød med hidtidig praksis angående prøvelse af loves overensstemmelse med grundloven.

### Rækkevidden af Tvind-sagen

Som det fremgår af ovenstående, tilsidesatte Højesteret i Tvind-sagen § 7 i Tvind-loven på et grundlag, der ikke kan siges at honorere den i Fæsteaflysningssagen formulerede sikkerhedsdoktrin. Spørgsmålet er herefter, om denne dom skal ses som et endegyldigt farvel til sikkerhedsdoktrinen eller om man stadig må forvente, at domstolene i fremtiden, i hvert fald i nogen tilfælde, vil kræve, at en lovs uoverensstemmelse med grundloven fremgår med sikkerhed.

Specielt i tiden umiddelbart efter Højesterets afsigelse af dommen i Tvind-sagen, synes en række forfatningsretlige forfattere at have haft den opfattelse, at Tvind-sagen betød et endegyldigt farvel til sikkerhedsdoktrinen<sup>53</sup>. Umiddelbart synes dette synspunkt også at have meget for sig. Der kan således argumenteres for, at der i retspraksis forud for Tvind-sagen havde været tendenser til en intensivering af domstolsprøvelsen. Som ovenfor nævnt må især Højesterets domme i de to håndskriftssager, men også Østre Landsrets dom i Greendane-sagen, ses som udtryk for, at kravet om sikker uoverensstemmelse med grundloven var under opblødning, således at domstolene i hvert fald ikke i alle sager ville overlade lovgivningsmagten så stor en margin, som tilfældet var i Fæsteaflysningssagen. Da der kan argumenteres for, at Tvind-sagen er et udtryk for en endnu mindre tilbageholdende domstolsprøvelse, end håndskriftssagerne og Greendane-sagen er udtryk for, kunne man argumentere for, at Tvind-sagen skal anskues som et sidste led i en længerevarende udvikling mod en afskaffelse af sikkerhedsdoktrinen.

Denne anskuelse støttes af, at der i perioden op til Tvind-sagens afsigelse lød nye toner i den juridiske teori i forhold til prøvelsesretten. Tidligere teori havde således ved sin behandling af prøvelsesretten primært beskæftiget sig med prøvelsesrettens eventuelle grundlovshjemmel, samt om prøvelsesretten kunne ophæves ved lov. I sine fremstillinger af den danske statsforfatningsret, hvor første udgave blev udgivet i 1989, gør Henrik Zahle imidlertid noget nyt: han kritiserer domstolenes udprægede tilbageholdenhed. Kritikken gives ud fra det synspunkt, at prøvelsesretten næppe har styrket lovgivningsmagtens respekt for grundloven, idet lovgivningsmagten, grundet den tilbageholdende prøvelse hos domstolene, kan være nogenlunde sikker på, at domstolene ikke vil underkende love som grundlovsstridige. Tværtimod kan den tilbageholdende prøvelse give love vedtaget af lovgivningsmagten en legitimation som grundlovsmæssige, som egentlig ikke er berettiget<sup>54</sup>. Igen må det påpeges, at den juridiske litteratur

---

<sup>50</sup> Jens Peter Christensen m.fl., Dansk statsret, 2012, side 251

<sup>51</sup> Steen Rønsholdt, Om grundlovsfortolkning og konkret retsanvendelse – en statsretlig overraskelse?, U 1999B, side 333

<sup>52</sup> Pernille Boye Koch, Forfatningskontrol, 2002, side 72

<sup>53</sup> Lars Nordskov Nielsen, En ny værdibaseret grundlov?, Folkestyrets lov – Grundloven 150 år, side 124

<sup>54</sup> Pernille Boye Koch, Forfatningskontrol, 2002, side 39-40

ikke er en retskilde i den gængse forstand, men omvendt er det set før, at domstolene har ladet sig inspirere af synspunkter tilkendegivet i den juridiske litteratur.

For at anskue Tvind-sagen som et nybrud taler også, at der op igennem 1990'erne synes at have været andre tegn på en mere selvbevidst Højesteret. Det er således bemærkelsesværdigt, at Højesteret i sin formalitetsdom i Maastricht-sagen (U 1996.1300 H), anerkendte 11 ”almindelige” borgeres søgsmålsret i en sag om, hvorvidt den danske lov om tiltrædelse af Maastricht-traktaten var i strid med grundlovens § 20. Tidligere retspraksis havde ellers været ganske restriktiv med hensyn til, om sagsøgeren opfyldte kravet om en væsentlig, individuel interesse, jf. blandt andet U 1973.694 H. Østre Landsrets dom i Maastricht-sagen lå i forlængelse af tidligere praksis. Højesteret opstillede således med sin dom nye og lempeligere regler for borgernes adgang til at få prøvet loves overensstemmelse med grundloven. Der er naturligvis ikke tale om en dom, der rent formelt siger noget om, at kravet om sikker uoverensstemmelse også kan være på vej på retur. Men dommen kan tages som et indicium for, at Højesteret ikke længere havde så store betænkeligheder ved at udøve prøvelsesretten, som de tidligere havde haft, og dermed også som et indicium for, at man måske ikke længere ville være så tilbøjelig til at opretholde kravet om sikker grundlovsstridighed som en betingelse for tilsidesættelse.

Der kan dog også anføres vægtige argumenter imod at anse Højesterets dom i Tvind-sagen som et endegyldigt brud med sikkerhedsdoktrinen. For så vidt angår ovennævnte udvidelse af søgsmålskompetencen, kan der jo også argumenteres for, at denne blot skal ses som en slags kompensation til borgerne for en fortsat tilbageholdende prøvelse af det rent materielle<sup>55</sup>. Endvidere viste den udvidelse af søgsmålsretten, som Maastricht-sagen udtrykte, sig at være af begrænset rækkevidde, idet Højesterets dom i Schengen-sagen (U 2001.2065 H) illustrerer, at udvidelsen af søgsmålskompetencen kun gælder, når en suverænitetssafgivelse ”i sig selv er af indgribende betydning for den danske befolkning i almindelighed”.

Yderligere må man have sig for øje, at Tvind-loven så at sige var en singular lov i mere end en forstand, idet der sandsynligvis ikke tidligere har været vedtaget lovgivning af denne type<sup>56</sup>. Naturligvis har der tidligere været vedtaget konkrete love, der har rettet sig mod enkeltpersoners forhold, eksempelvis håndskriftsloven, men der har så vidt vides ikke tidligere været vedtaget love, der helt konkret går ind og fratager enkelte retssubjekter en ret, som alle tilsvarende retssubjekter har. På denne baggrund skal man nok være varsom med et drage for vidtrækkende konsekvenser af Tvind-sagen<sup>57</sup>.

Som det fremgår af ovenstående, kan der fremføres argumenter både for og imod, at Højesterets dom i Tvind-sagen markerer sikkerhedsdoktrinens endeligt. Der er ikke tvivl om, at der siden håndskriftssagerne har været en tendens pegende i retning af en mere intensiv domstolsprøvelse af loves overensstemmelse med grundloven, en tendens der foreløbig er kulmineret med domsafsigelsen i Tvind-sagen. Hertil og så til at statuere, at domstolene ikke i visse tilfælde stadig vil opretholde et krav om sikker uoverensstemmelse med grundloven før der kan ske tilsidesættelse, forekommer der dog at være et stykke. Da Højesterets intensive prøvelse og tilsidesættelse i Tvind-sagen således er så nært knyttet til de helt særlige omstændigheder og den helt særlige type lovindgreb, forekommer dette således at være et for spinkelt grundlag til at konkludere, at sikkerhedsdoktrinen ikke længere vil blive iagttaget, i hvert fald

<sup>55</sup> Pernille Boye Koch, Forfatningskontrol, 2002, side 70

<sup>56</sup> Torben Melchior, Maastricht, Tvind ... og hvad så?, Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, 2003, side 216

<sup>57</sup> Peter Germer, Statsforfatningsret, 5. udgave, 2012, side 228-229

i nogle tilfælde. Tvind-sagen og håndskriftssagerne viser dog, at domstolene er parate til at ignorere sikkerhedsdoktrinen og foretage en mere intensiv prøvelse, når dette skønnes nødvendigt. Ud fra den foreliggende retspraksis er det dog meget vanskeligt at angive, hvornår dette er tilfældet.

### **Differentieret domstolsprøvelse**

Når man studerer de sager, hvori der har været nedlagt påstand om en lovs uforenelighed med grundloven, er det iøjnefaldende, at hovedparten af disse har handlet om de pågældende loves forenelighed med den nuværende grundlovs § 73 vedrørende ekspropriation. Endvidere er det bemærkelsesværdigt, at sikkerhedsdoktrinen netop blev formuleret i en sag, der vedrørte fæsteafsløsningslovens forhold til den daværende grundlovs § 80 vedrørende ekspropriation<sup>58</sup>. På denne baggrund har det været gjort gældende, at man ikke ud fra domstolenes tilbageholdenhed i ekspropriationssager kan slutte, at domstolene generelt vil være tilbageholdende i sager vedrørende prøvelse af loves grundlovsmæssighed. Der har været fremført flere forskellige argumenter herfor. I 1920'erne, hvor Højesterets dom i fæsteafsløsnings sagen blev afsagt, synes synspunktet at have været, at den i prøvelsesretten liggende garanti for borgerne, havde større vægt vedrørende de politiske og personlige frihedsrettigheder end vedrørende ejendomsretten<sup>59</sup>. Dette synspunkt har stadig stor støtte i nutidens forfatningsretlige teori, hvor grundtanke bag synspunktet synes at være, at de nævnte frihedsrettigheder er vigtigere end ejendomsretten, fordi de sikrer borgernes demokratiske rettigheder og fordi en intensiv prøvelse af loves overensstemmelse med grundlovens § 73 kunne begrænse lovgivningsmagtens råderum i den økonomiske politik. Sidenhen har der også været argumenteret for, at grundlovens § 73 er en vagt formuleret bestemmelse, hvorfor domstolene vedrørende netop denne bestemmelse bør vise større tilbageholdenhed i forhold til lovgivningsmagten end i forhold til grundlovsbestemmelser, hvis indhold lader sig fastslå med en større grad af sikkerhed<sup>60</sup>. Slutteligt har der, især efter Højesterets dom i Tvind-sagen<sup>61</sup>, men faktisk også før den<sup>62</sup>, været argumenteret for at, at grundlovens § 73 indeholder nogle vurderinger af politisk karakter, som domstolene gør sig klogest i at holde sig væk fra, hvorimod dette ikke gør sig gældende for så vidt angår de politiske og de personlige frihedsrettigheder.

Som tidligere nævnt, er der ikke tvivl om, at domstolene i relation til grundlovens § 73 er tilbageholdende i forhold til almenvellet-betingelsen. Dette fremgår således eksplicit af både første håndskriftssag (U 1967.22 H) og grundbyrdeafsløsnings sagen (U 1921.168 H). Ovennævnte synspunkter vedrørende grundlovens § 73 rækker dog videre end blot til almenvellet-betingelsen, således at domstolene helt generelt viser en større grad af tilbageholdenhed i forhold til grundlovens § 73. Disse synspunkter vil være genstand for behandling i det følgende.

### **Vurdering af argumenterne for en differentieret domstolsprøvelse**

De grundlæggende argumenter for en mere tilbageholdende domstolsprøvelse i relation til grundlovens § 73 er angivet ovenfor. Nedenfor følger en vurdering af disse argumenter.

---

<sup>58</sup> Jens Peter Christensen m.fl., Dansk statsret, 2012, side 251

<sup>59</sup> Eyvind Olrik, Dommerbetragtninger, 1929, side 57

<sup>60</sup> Poul Andersen, Dansk statsforfatningsret, 1954, side 473

<sup>61</sup> Torben Melchior, Maastricht, Tvind ... og hvad så?, Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, 2003, side 218

<sup>62</sup> Peter Germer, Ytringsfrihedens væsen, 1973, side 99-101



## ***Demokratiske grundsynspunkter***

Tanken om, at prøvelsen af de politiske frihedsrettigheder skal være særlig intensiv for at tilgodese den demokratiske styreform forekommer i og for sig meget sympatisk. Det er vel også indiskutabelt, at frihedsrettighederne opregnet i grundlovens §§ 77-79 har som deres primære formål at beskytte det danske demokrati<sup>63</sup>, mens det primære beskyttelsesformål med grundlovens § 73 jo som tidligere nævnt er at forhindre, at den enkelte borger tilfældigvis kommer til at bære økonomiske byrder på helhedens vegne<sup>64</sup>. Set på den baggrund forekommer det vel fornuftigt, at man prioriterer demokratiet, der jo som sådan vedrører alle, over den enkelte borger og foretager en mere intensiv prøvelse af loves overensstemmelse med de politiske frihedsrettigheder. Men kan man uden videre frakende beskyttelsen af ejendomsretten enhver betydning som beskyttelse af demokratiet? Det må i hvert fald konstateres, at stater hvori den private ejendomsret ikke har været beskyttet sjældent har kunnet betegnes som demokratiske. Endvidere kan det nævnes, at Alf Ross ikke blot henregner de politiske frihedsrettigheder, men også beskyttelsen af ejendomsretten, som en nødvendig forudsætning for, at demokratiet kan virkeliggøres efter sin mening<sup>65</sup>. Betragtningen synes at være den, at såfremt ejendomsretten ikke var beskyttet, ville statsmagten få en karakter, der kendes fra autoritære stater. Det faktum, at grundlovgiver har valgt, at den private ejendomsret skal beskyttes, peger vel også i retning af, at grundlovgiver har vurderet, at beskyttelsen af den private ejendomsret er en selvfølge og en nødvendighed i en demokratisk forfatning<sup>66</sup>. Så selv om de såkaldte politiske frihedsrettigheder måske mere direkte vedrører demokratiet, kan grundlovens § 73 ikke frakendes enhver berettigelse som en forudsætning for demokratiet.

Endvidere er demokrati vel i et eller andet omfang et relativt begreb. Den form for demokrati vi har i Danmark er således den, der er vedtaget af lovgivningsmagten og befolkningen i forning i 1953. Da det ikke kan udledes af grundloven af 1953, at nogle frihedsrettigheder skulle være genstand for en mere intensiv domstolsprøvelse end andre, kan der således argumenteres for, at man ved at hævde netop dette sætter sig ud over den norm for demokrati, som vi har i Danmark, hvilket kan betegnes som udemokratisk. Der er vel ikke grundlag for ud fra demokratiske grundsynspunkter, at strække det danske demokrati længere end grundloven giver mulighed for, da man derved netop sætter sig udover de demokratiske spilleregler, der i en sådan situation fordrer en grundlovsændring efter proceduren i grundlovens § 88.

## ***Lovgivningsmagtens råderum i den økonomiske politik***

Det er ikke blot de demokratiske frihedsrettigheder, der efter en række forfatteres synspunkter bør gøres til genstand for en mere intensiv domstolsprøvelse. Således er det også flere steder hævdet, at religionsfriheden, den personlige friheds beskyttelse og boligens ukrænkelighed må undergives en særlig intensiv domstolsprøvelse ud fra deres fundamentale betydning for individets frihed og værdighed<sup>67</sup>. Begrundelsen for at ejendomsretten ikke kan henregnes til disse fortrinsstillede rettigheder synes at være, at hvis denne bestemmelse blev undergivet en intensiv prøvelse fra domstolens side, ville dette begrænse lovgivningsmagtens råderum i den

---

<sup>63</sup> Jens Peter Christensen m.fl., Dansk statsret, 2012, side 263

<sup>64</sup> Jens Peter Christensen m.fl., Dansk statsret, 2012, side 304

<sup>65</sup> Alf Ross, Dansk statsforfatningsret II, 3. udgave, 1983, side 587

<sup>66</sup> Michael Hansen Jensen, Særlig tilbageholdende domstolsprøvelse af loves forenelighed med grundlovens § 73, Festskrift til Orla Friis Jensen, 2007, side 19

<sup>67</sup> Jens Elo Rytter, Grundrettigheder, 2000, side 387-388

økonomiske politik til varetagelse af samfundsmæssige hensyn<sup>68</sup>. Umiddelbart forekommer det en smule inkonsekvent at lade det forhold, at lovgivningsmagts økonomiske råderum indskrænkes begrunde en mindre intensiv prøvelse af lovens overensstemmelse med grundlovens § 73, når begrundelsen for en intensiv domstolsprøvelse af de øvrige personlige frihedsrettigheder begrundes i deres fundamentale betydning for individets frihed og værdighed. Det er vel ligeså, hvis ikke mere, indgribende at få frataget sin ejendom uden erstatning, som det er, at ens hjem uretmæssigt bliver ransaget. Endvidere kan det have svært ved at overbevise, at den tilbageholdende prøvelse begrundes ud fra lovgivningsmagts frihed til at fastlægge den økonomiske politik. Sådan som ekspropriationsbegrebet er blevet udlagt i dansk retspraksis og lovgivningspraksis, vil det først og fremmest kunne komme på tale at statuere ekspropriation, og deraf følgende forpligtelse for lovgivningsmagten til at betale erstatning, når et lovindgreb retter sig mod nogle enkelte, eller hvor et generelt indgreb rammer nogle enkelte særlig hårdt. På denne baggrund forekommer det yderst usandsynligt, at domstolene vurderer af, at en lov indebærer ekspropriation, skulle blokere for nødvendige indgreb i den økonomiske politik. Generelle reguleringer vil således almindeligvis kunne gennemføres uden at der skal udredes ekspropriationserstatning og skulle det ske, at nogle enkelte blev uforholdsmæssigt hårdt ramt, vil udbetaling af erstatning til disse næppe blokere ultimativt for den ønskede regulering. En intensiv prøvelse efter grundlovens § 73 ville således kun være problematisk, hvis den ville udløse så eksorbitante erstatningssummer, at lovgivningsmagten ville afstå fra at foretage et indgreb nødvendigt for samfundsudviklingen. Det forekommer vel ret usandsynligt, at sådanne situationer ville opstå. Selv hvis domstolene skulle udvide ekspropriationsbegrebet en smule, ville det således være tvivlsomt, om dette ville hindre lovgivningsmagten i at føre den økonomiske politik, der måtte findes mest ønskelig for samfundsudviklingen.

Endvidere må det erindres, at samfundsudviklingen jo også kan fordre, at der vedtages lovgivning, der går grundlovens øvrige frihedsrettigheder nær. Følgen af en lovs stridighed med grundlovens § 73 vil som oftest være, at lovgivningsmagten skal udbetale erstatning. Følgen af, at et lovindgreb bliver fundet stridende med en af de øvrige frihedsrettigheder er imidlertid, at der blokeres ultimativt for det pågældende lovindgreb, hvorefter en grundlovsændring efter proceduren i grundlovens § 88 vil være nødvendig for at få den ønskede regulering vedtaget<sup>69</sup>. Dette kan være et argument for, at domstolsprøvelsen af lovens overensstemmelse med grundlovens § 73 skulle være *mere* intensiv, idet konsekvensen af en tilsidesættelse som oftest ville være mindre end ved uoverensstemmelse med andre grundlovsbestemmelser.

### ***Vag formulering af grundlovens § 73***

For så vidt angår det af Poul Andersen formulerede synspunkt, at grundlovens § 73 skulle være vagt formuleret, kan denne specialeafhandlings forfatter tilslutte sig dette, for så vidt angår det stk. 1, 2. pkt. anførte, hvorefter ”Ingen kan tilpligtes at afstå sin ejendom, uden hvor almenvellet kræver det”. Som det også er fremført ovenfor, kan udtrykket almenvellet ikke betegnes som justiciabelt<sup>70</sup>, og domstolene vil derfor naturligt være tilbageholdende overfor lovgivningsmagten, for så vidt angår denne betingelse, hvilket retspraksis også illustrerer. Grundlovens § 73 siger herudover, at ingen kan tilpligtes at ”afstå” sin ejendom. Hvornår der er tale om en afståelse omfattet af bestemmelsen og en erstatningsfri regulering, synes imid-

<sup>68</sup> Jens Elo Rytter, Grundrettigheder, 2000, side 351

<sup>69</sup> Michael Hansen Jensen, Særlig tilbageholdende domstolsprøvelse af lovens forenelighed med grundlovens § 73, Festschrift til Orla Friis Jensen, side 19-21

<sup>70</sup> Max Sørensen, Statsforfatningsret, 2. udgave, 1973, side 301

lertid ikke at fremgå klart af bestemmelsen, bortset fra, at der vel i en afståelse ligger, at der sker en overførsel af ejerforholdet til et andet retssubjekt. Det kan således tilsluttes, at grundlovens § 73 også er vagt formuleret i den forstand, at bestemmelsen ikke giver noget klart svar på, hvornår der er tale om en afståelse omfattet af bestemmelsen. Det ville således, som af Poul Andersen hævdet, give god mening, hvis domstolene udviste en særlig tilbageholdenhed vedrørende denne betingelse. For så vidt angår den resterende del af bestemmelsen, forekommer det dog denne forfatter svært at se, at formuleringen skulle være specielt vag. Bestemmelsens tredje punktum synes at være ganske klar. Det har været hævdet, at udtrykket ”fuldstændig erstatning” skulle være vagt og ubestemt<sup>71</sup>. Som der tidligere er gjort rede for i denne afhandling, synes der dog ikke at være tvivl om, at dette udtryk dækker over det afståede godes markedsværdi<sup>72</sup>.

### ***Risiko for at afsige en dom med politisk indhold***

For så vidt angår det argument, at domstolenes prøvelse af loves forenelighed med grundlovens § 73 indeholder vurderinger af politisk karakter, som domstolene gør klogest i at holde sig fra, er dette synspunkt temmelig detaljeret beskrevet i Peter Germers disputats ”Ytringsfrihedens Væsen” fra 1973<sup>73</sup>. Grundsynspunktet synes at være, at borgerlige partier vil hævde, at bestemmelsen indeholder en vidtgående beskyttelse af ejendomsretten, mens socialistiske partier vil hævde, at bestemmelsen beskytter ejendomsretten i mindre grad. Tilsidesættes en lov således som stridende mod grundlovens § 73, vil domstolene have taget højrefløjens parti i en politisk tvist og tilsvarende have taget venstrefløjens parti, såfremt loven opretholdes som grundlovsmæssig. Peter Germer argumenterer således ud fra dette grundsynspunkt for, at domstolene vil foretage en mere intensiv prøvelse af en lovs forenelighed med grundlovens § 77 om ytringsfrihed. Fra Germers synspunkt, var Højesterets tilbageholdende prøvelse i agrarsagerne alene et udtryk for, at Højesteret ikke ville indblandes i en politisk konflikt og ikke en judiciel godkendelse af lovene<sup>74</sup>.

Til ovenfor nævnte argumentation må først og fremmest siges, at Peter Germer givetvis har ret i, at den private ejendomsret har været anskuet forskelligt af forskellige politiske partier. Det Peter Germer synes at glemme er imidlertid, at domstolenes afgørelse af, om en lov er stridende eller overensstemmende med grundloven, jo altid i et eller andet omfang kan siges at være en stillingtagen til et partipolitisk spørgsmål, uanset om tvisten omhandler grundlovens § 73 eller en anden grundlovsbestemmelse<sup>75</sup>. Eksempelvis kan det nævnes, at partierne Socialistisk Folkeparti og Enhedslisten begge stemte nej til Tvindloven, hvorfor Højesterets underkendelse af denne lov jo principielt kan siges at indebære en partipolitisk stillingtagen til fordel for disse partier. Med mindre den lov, hvis grundlovsmæssighed er genstand for domstolsprøvelse, er vedtaget enstemmigt, vil domstolenes afgørelse således altid indebære en stillingtagen til et partipolitisk stridsspørgsmål. Man kan muligvis sige, at det taler for Peter Germers synspunkt, at området for den private ejendomsret er et område, hvor den politiske venstrefløj og den politiske højrefløj gennem lang tid er blevet identificeret med hver deres synspunkt. Langt de fleste er således klar over, at højrefløjen historisk har været den private ejendomsret mere positivt stemt end venstrefløjen. Dette faktum ændrer imidlertid ikke på, at de politiske partier ved at stemme for eller imod et lovforslag i Folketinget tilkendegiver deres

<sup>71</sup> Max Sørensen, Statsforfatningsret, 2. udgave, 1973, side 301

<sup>72</sup> Jens Peter Christensen m.fl., Dansk statsret, 2012, side 318

<sup>73</sup> Peter Germer, Ytringsfrihedens væsen, 1973, side 99-101

<sup>74</sup> Peter Germer, Ytringsfrihedens væsen, 1973, side 100

<sup>75</sup> Henrik Zahle, Dansk forfatningsret studieudgave, 2007, side 316

holdning til det pågældende lovforslag. Det forekommer således ikke at være relevant, om det er et spørgsmål, hvorom de fleste ved, at der er et modsætningsforhold mellem de to politiske sider. Efter denne forfatters mening, kan Peter Germers argumentation således ikke siges at være et argument for, at domstolene i særdeleshed skal være tilbageholdende i relation til grundlovens § 73, idet denne argumentation kan overføres til samtlige grundlovsbestemmelser, der måtte være påberåbt i en sag om en lovs påståede grundlovsstridighed.

### **Grundloven er tavs**

Af diskussionen ovenfor fremgår det, at der kan anføres gode argumenter for en såkaldt differentieret prøvelse, ligesom der kan fremføres gode argumenter imod. Det væsentligste argument imod blev kun flygtigt berørt under gennemgangen af vurderingen af de politiske frihedsrettigheders demokratiske fortrinsberettigelse, men består grundlæggende i, at en mere intensiv domstolsprøvelse af loves forenelighed med grundlovens politiske frihedsrettigheder end med grundlovens § 73 ikke har hjemmel i grundloven. Det fremgår således hverken af grundlovens tekst eller forarbejder, at de øvrige frihedsrettigheder skal have en prøvelsesmæssig fortrinsret. Dog kan det hævdes, at det forhold at afståelsesbegrebet ikke lader sig fastlægge med større præcision ud fra ordlyden af grundlovens § 73 indikerer, at domstolene bør være tilbageholdende med at tilsidesætte lovgivningsmagts vurdering af, om der foreligger en afståelse. Som det fremgår af den ovenfor gennemførte gennemgang af håndskriftssagerne synes domstolene dog ikke nødvendigvis at være tilbageholdende ved vurderingen af, om der er tale om en afståelse omfattet af beskyttelsen i grundlovens § 73.

Hovedparten af fortalene for den differentierede domstolsprøvelses synes inspireret af praksis fra udenlandske domstole<sup>7677</sup>. I den forbindelse skal det bemærkes, at der nok ikke er nogen tvivl om, at domstolene i lande med sammenlignelige forfatningsforhold i vidt omfang lader sig inspirere af hinanden. Derfor er det absolut heller ikke utænkeligt, at den danske Højesteret skulle lade sig inspirere af eksempelvis norsk eller amerikansk domstolspraksis, hvor principperne om differentieret prøvelse netop har rodfæstet sig, selvom disse principper ikke har hjemmel i de pågældende landes skrevne forfatninger. På den anden side skal man dog også passe på med at drage for vidtrækkende konsekvenser af praksis fra andre landes domstole. Den løsning, der er den bedste i forhold til et lands retstradition, er således ikke nødvendigvis den bedste i forhold til et andet lands retstradition.

### **Retspraksis**

En gennemgang af samtlige retssager vedrørende domstolsprøvelsen af loves forenelighed med grundloven generelt og med grundlovens § 73 i særdeleshed ville føre for vidt i denne specialeafhandling. Derfor er fokus lagt på en række domme, der synes at være centrale for den mulige anerkendelse af en differentieret domstolsprøvelse.

### ***De to håndskriftssager og Greendane-sagen***

Ovenfor er begge håndskriftssagerne og Greendane-sagen udførligt gennemgået. Før Tvindsagen var håndskriftssagerne og Greendane-sagen de eneste tilfælde, hvori domstolene havde tilsidesat lovgivningsmagts grundlovsvurdering. Det er bemærkelsesværdigt, at det centrale element i både håndskriftssagerne og Greendane-sagen var, om det pågældende indgreb i

---

<sup>76</sup> Jens Elo Rytter, *Grundrettigheder*, 2000, side 331 ff.

<sup>77</sup> Peter Germer, *Ytringsfrihedens Væsen*, 1973, side 94 ff.

ejendomsretten kunne karakteriseres som ekspropriation, ligesom det er bemærkelsesværdigt, at domstolene, som der også er redegjort for ovenfor, til trods for at antagelse af ekspropriation ikke forekom specielt oplagt, valgte at tilsidesætte lovgivningsmagtens ekspropriationsvurdering. Det forhold at to af de tre tilfælde, hvor en lovs uoverensstemmelse med grundloven er blevet konstateret af domstolene vedrører grundlovens § 73 taler for, at domstolsprøvelsen af lovs overensstemmelse med denne grundlovsbestemmelse ikke nødvendigvis er særlig tilbageholdende. Dog skal det her indskydes, at der naturligvis har været langt flere sager, hvor en lov er påstået at være stridende med grundlovens § 73, end der har været sager, hvor en lov er påstået stridende med en af grundlovens øvrige frihedsrettigheder.

Det er endvidere interessant, at kernen i både første håndskriftssag og Greendane-sagen var, om der forelå en afståelse. Som omtalt ovenfor er afståelsesbegrebet ikke specielt præcist beskrevet i grundloven, hvilket kunne være et argument for, at domstolsprøvelsen af lovs forenelighed med grundlovens § 73 skulle være tilbageholdende. Dette synes dog ikke at være tilfældet i disse to sager, da henholdsvis Højesteret og Østre Landsret her sætter sig udover lovgivningsmagtens fortolkning af, hvornår der foreligger en afståelse. Alt i alt synes dommene i håndskriftssagerne og Greendane-sagen således at tale imod, at der i dansk retspraksis kan anerkendes et gradueret grundlovsværn. Endvidere må det konstateres, at domstolene aldrig har tilsidesat en lov som stridende med nogle af de frihedsrettigheder, som tilhængere af den differentierede prøvelse hævder bør være genstand for en særlig intensiv prøvelse, hvilket unægteligt også må siges at svække teorien om den differentierede prøvelse

Når det ovenfor er skrevet, at håndskriftssagerne og Greendane-sagen var udtryk for en intensiv prøvelse af en lovs overensstemmelse med grundlovens § 73, skal det retfærdigvis nævnes, at der også kan nævnes eksempler på, at domstolene har været tilbageholdende i deres prøvelse af lovs overensstemmelse med grundlovens § 73. Foruden de fem agrarsager kan der således henvises til U 1981.394 H, U 1982.109 H, U 1987.1 H og U 2006.139 H. Det forhold, at der eksisterer eksempler på en tilbageholdende prøvelse af lovs overensstemmelse med grundlovens § 73, kan imidlertid ikke tages til indtægt for eksistensen af en differentieret prøvelse i dansk retspraksis, da domstolene også har været tilbageholdende i sager vedrørende lovs overensstemmelse med andre grundlovsbestemmelser, jf. til eksempel U 1998.800 H<sup>78</sup>, der var Maastricht-sagens realitetsdom. Disse sager må således ses som et led i den generelt tilbageholdende prøvelse af lovs overensstemmelse med grundloven.

### *Tvind-sagen*

For så vidt angår Højesterets dom i Tvind-sagen, så er der som ovenfor gennemgået næppe tvivl om, at denne dom er udtryk for en meget intensiv prøvelse af Tvind-lovens forenelighed med grundlovens § 3. For en umiddelbart betragtning synes grundlovens § 3 at vedrøre kompetencefordelingen mellem de øverste statsorganer, hvorfor den vel ikke kan tages til indtægt for, at visse grundlovssikrede rettigheder skal undergives en mere intensiv domstolsprøvelse end andre. I dommen betoner Højesteret imidlertid, at et af de bærende hensyn bag bestemmelsen er at sikre borgernes retssikkerhed. Dette retssikkerhedshensyn er bærende gennem hele afgørelsen og er vel den egentlige grund til, at den omstridte lovs § 7 tilsidesættes som stridende med grundlovens § 3. Man kan derfor konstatere, at Højesteret med sin afgørelse i Tvind-sagen har opprioriteret et hensyn til den enkeltes retssikkerhed. På denne baggrund kunne man godt se Højesterets dom i Tvind-sagen som et skridt i retning af en mindre tilba-

---

<sup>78</sup> Ole Spiermann, Hvad kommer efter tyve? (En analyse af Højesterets dom i "grundlovssagen"), U 1998B, side 334

geholdende prøvelse af loves overensstemmelse med de rettigheder, som grundloven tildeler den enkelte<sup>79</sup>. Bemærkelsesværdigt er det i hvert fald, at Højesteret før rettens dom i Tvind-sagen aldrig havde taget stilling til en lovs forenelighed med andre af grundlovens frihedsrettigheder end § 73, bortset fra i U 1941.1070 HK, hvor grundlovmæssigheden af en lovs overensstemmelse med den nuværende grundlovs § 71 blev foretaget. Man kan dog muligvis begrunde den tilbageholdende prøvelse i denne kendelse med forholdene i det besatte Danmark under anden verdenskrig. Anskuet på denne måde kan det således give mening at anskue Tvind-dommen som et udtryk for, at der skal ske en tilbundsgående prøvelse af visse frihedsrettigheder, men at den i fæsteaflysningssagen formulerede sikkerhedsdoktrin stadig er gældende ret i sager om loves overensstemmelse med grundlovens § 73.

Denne fortolkning af Tvind-sagen forklarer imidlertid ikke den intensive prøvelse i håndskriftssagerne og Greendane-sagen. Endvidere skal man nok også passe på ikke at overfortolke Tvind-sagen, idet det må betones, at den dog ikke vedrørte en frihedsrettighed i formel forstand. Det må også erindres, at en forklaringsfaktor for den intensive prøvelse nok også, som ovenfor nævnt, skal findes i det forhold, at der var tale om en hidtil uset form for lovgivning. Set i dette perspektiv forekommer det denne specialeafhandlings forfatter mere nærliggende at se Tvind-sagen som en bekræftelse af de tendenser til en mere intensiv domstolsprøvelse, der allerede kunne anes i de to håndskriftssager og i Greendane-sagen. På denne baggrund fremstår Tvind-sagen dermed som et udtryk for, at man nok generelt kan forvente en mere intensiv domstolsprøvelse i fremtiden, hvad enten den omtvistede lov påstås stridende med grundlovens § 73 eller en anden grundlovsbestemmelse, om end Tvind-sagen dog ikke giver belæg for at antage, at domstolene ikke i visse tilfælde stadig vil opretholde kravet om sikker uoverensstemmelse som en betingelse for tilsidesættelse.

### *Almen-bolig sagen*

En meget central dom med hensyn til, om der kan antages at gælde en grundsætning om differentieret domstolsprøvelse, er U 2008.378 H, i det følgende refereret til som almen-bolig sagen. Sagens omstændigheder var følgende:

I 2004 blev der i Folketinget vedtaget en ændring af almenboligloven. I denne forbindelse blev der indsat en § 75 a, i hvilken der fandtes hjemmel til en forsøgsordning, hvorefter Socialministeriet efter ansøgning fra en kommune kunne godkende forsøg med salg af almene familieboliger i kommunen til lejerne af boligerne. Når Socialministeriets godkendelse af en forsøgsordning var offentliggjort, kunne de af forsøget berørte afdelinger på afdelingsmødet i den enkelte afdeling af den berørte almene boligforening beslutte, at lejerne i den pågældende afdeling skulle have mulighed for at købe deres familiebolig. I maj 2005 havde Socialministeriet i overensstemmelse med ovenstående lovbestemmelse godkendt en ansøgning fra Farum Kommune, hvorefter 132 familieboliger i Arbejdernes Andels-Boligforening (AAB), afdeling 88, skulle indgå i ovennævnte forsøgsordning. Efter offentliggørelsen af Socialministeriets godkendelse besluttede et flertal på afdelingsmødet, at lejerne i afdelingen skulle have mulighed for at købe deres familiebolig.

Efter denne vedtagelse lagde AAB sag an mod Farum Kommune og Socialministeriet med påstand om, at henholdsvis Farum Kommunes beslutning om og Socialministeriets godkendelse af, at de almene boliger i afdeling 88 skulle indgå i forsøget med salg af almene familieboliger efter § 75 a i almenboligloven var ugyldige. AABs påstand var baseret på, at beslut-

---

<sup>79</sup> Jens Elo Rytter, Grundrettigheder, 2000, side 358

ningen og godkendelsen af ansøgningen medførte tvangsmæssig afståelse af ejendom tilhørende AAB, idet ejerbeføjelserne tilkom AAB. Da AAB således ikke havde givet samtykke til salget af afdeling 88s lejligheder, forelå der en tvangsmæssig afståelse af ejendom omfattet af grundlovens § 73. AAB krævede på denne baggrund principalt loven kendt ugyldig, da almenboligloven ikke blev forelagt for og vedtaget af Folketinget som en lov, der indebar ekspropriation, hvorfor Folketinget ikke havde taget stilling til, om loven var påkrævet af almenvellet. Subsidiært krævede AAB sig tilkendt erstatning efter grundlovens § 73, stk. 1, 3. pkt. Heroverfor gjorde Socialministeriet og Farum Kommune gældende, at almenboliglovens § 75 a ikke var udtryk for ekspropriation overfor AAB, samt at et mindretal i Folketinget var af den opfattelse, at loven indebar ekspropriation, hvorfor loven ikke ville være ugyldig, såfremt retten måtte finde, at indgrebet var ekspropriativt.

Østre Landsret gav Socialministeriet og Farum Kommune medhold, idet den fandt, at den etablerede forsøgsordning i almenboliglovens § 75 a var udtryk for en generel regulering af ejendomsretten og dermed ikke ekspropriativ overfor AAB. Som begrundelse herfor blev det blandt andet anført, at AAB ikke havde en eksklusiv ejendomsret til ejendommene og at bestemmelsen i almenboliglovens § 75 a om, at afdelingsmødet i den enkelte afdeling uden AABs godkendelse kunne træffe beslutning om, at lade lejerne købe deres bolig, blot var en kompetenceregel.

AAB ankede efterfølgende sagen til Højesteret. Højesteret delte sig i et flertal på 5 dommere og et mindretal på 4 dommere. Mindretallet konstaterede indledningsvist, at afdeling 88 havde skødt på den ejendom, der var foreslået solgt til lejerne. Dette indebar imidlertid ikke, at afdeling 88 var tillagt sædvanlige ejerbeføjelser over ejendommen. Mindretallet fandt således, at de ejendomme som den enkelte afdeling havde skødt på, reelt tilhørte AAB, hvorfor AAB måtte anses som ejer af den ejendom, hvorfra det var besluttet at tilbyde lejerne at købe deres familieboliger. Herefter konstateredes det, at efter almenboliglovens § 75 a kunne de almene boliger nu sælges uden samtykke fra AABs kompetente organ, nemlig repræsentantskabet. Dette indebar, at der i forhold til AAB var tale om en tvangsmæssig afståelse efter grundlovens § 73. Mindretallet afviste at tillægge det vægt, at AAB i væsentligt omfang havde modtaget støtte fra det offentlige og at foreningen var undergivet en væsentlig offentlig regulering. På denne baggrund voterede de 4 mindretalsdommere for, at Socialministeriets og Farum Kommunes beslutninger efter almenboliglovens § 75 a var ugyldige, idet det flertal der vedtog loven havde haft som forudsætning, at loven ikke indebar ekspropriation og derfor ikke havde haft anledning til at vurdere, om loven var givet ud fra hensynet til almenvellet.

4 dommere fandt således § 75 a i almenboligloven stridende med grundlovens § 73. Flertallet på 5 dommere nåede imidlertid frem til, at Socialministeriets og Farum Kommunes beslutninger ikke kunne tilsidesættes som ugyldige. Ved vurderingen af, om overførelsen af salgskompetence fra AABs repræsentantskab til afdeling 88s afdelingsmøde var et indgreb i AABs ejendomsret lagde flertallet vægt på, at en almen boligorganisation udgør en særlig juridisk konstruktion, hvor der er gensidig afhængighed og indflydelse, samt at almene boligorganisationer generelt er undergivet en meget omfattende offentlig regulering. Endvidere blev der lagt vægt på, at indgrebet "kun" indebar, at salgskompetencen blev overført til en afdeling under samme organisation, og at formålet med indgrebet var at give lejerne et tilbud om at købe deres bolig samt skaffe midler til etablering af flere nye boliger. Efter således at have opregnet disse momenter udtalte flertallet: "På denne baggrund finder vi ikke, at der med den sikkerhed, som må kræves i en sag som den foreliggende, er grundlag for at fastslå, at lovgiv-

ningsmagten ved vedtagelsen af § 75 a, stk. 1, i lov om almene boliger har tilsidesat grundlovens § 73”.

Noget af det første man bider mærke i vedrørende flertallets afgørelse er, at ovennævnte citat stort set er en gentagelse af sikkerhedsdoktrinen, som den blev formuleret i fæsteafløsnings-sagen. Der er dog en væsentlig forskel på formuleringen i fæsteafløsnings-sagen og flertallets formulering i almen-bolig sagen. Denne forskel består i, at hvor fæsteafløsnings-sagen synes at udtrykke, at domstolene generelt bør være tilbageholdende, udtaler flertallet i almen-bolig sagen udtrykkeligt, at der ”i en sag som den foreliggende” ikke eksisterer den fornødne sikkerhed for lovens grundlovsstridighed. Det synes således at lægge underforstået i flertallets formulering, at man på andre områder ikke vil kræve, at en lovs grundlovsstridighed fremgår med sikkerhed, før der kan ske tilsidesættelse<sup>80</sup>. Da det endvidere er en lovs forenelighed med grundlovens § 73, der tages stilling til, kan man tage formuleringen som et udtryk for, at der her gælder et krav om sikkerhed, men at dette krav ikke nødvendigvis gælder, hvis en lov er påstået stridende med andre grundlovsbestemmelser. På denne vis kan formuleringen tages til indtægt for, at Højesteret anerkender teorien om differentieret prøvelse. Dog må der gøres opmærksom på, at flertallet blot udtaler, at der gælder et krav om sikker uoverensstemmelse med grundloven i relation til § 73, men derimod ikke direkte udtaler, at der skal ske en intensiv prøvelse af love, der kunne tænkes at stride med grundlovens øvrige frihedsrettigheder.

Ved sin betoning af, at der ikke forelægger den fornødne sikkerhed for lovens uoverensstemmelse med grundlovens § 73, giver Højesterets flertal udtryk for en usikkerhed med hensyn til, om loven indebærer ekspropriation overfor AAB<sup>81</sup>. Hvis man analyserer dommen, kan det imidlertid forekomme overraskende, at ekspropriationsspørgsmålet giver anledning til tvivl. Det afgørende spørgsmål må siges at have været, om beslutningerne truffet af Socialministeriet og Farum Kommune indebar en afståelse, idet der vel ikke kan være tvivl om, at AAB var et beskyttet retssubjekt og at retten til at afstå de almene boliger, var en rettighed omfattet af grundlovens § 73. Ovenfor i referatet af dommen er det angivet, at flertallet lader afståelsesvurderingen påvirke af, at almene boligorganisationer er undergivet en omfattende regulering fra det offentlige og at sådanne boligorganisationer samtidig udgør en særlig juridisk konstruktion. Herefter lægges der vægt på, at kompetencen til at træffe beslutning om salg så at sige bliver indenfor organisationen, idet den blot overføres fra AABs repræsentantskab til afdelingsmødet i AABs afdeling 88. Herved sker der ikke en overførsel af den beskyttede rettighed til et ”fremmed” retssubjekt. Flertallet synes altså et tillægge det en vis vægt, at AABs ejerforhold til de matrikler, hvori de lejeboliger der sættes til salg er beliggende, afviger noget fra et almindeligt ejerskab. Flertallet har således nok været i tvivl, hvorefter ovennævnte faktorer i sidste ende bliver udslagsgivende for, at der ikke bliver statueret ekspropriation. På denne baggrund kan man rejse det spørgsmål, om denne tvivl overhovedet er berettiget?

Indledningsvist kan det konstateres, at hverken ordlyden af grundlovens § 73 eller bestemmelsens forarbejder giver anvisning på, om overførelse af en salgskompetence indenfor en almen boligorganisation er en afståelse som nævnt i grundlovens § 73. På den grundlovgivende rigsforsamling fremgik det, at beskyttelsesformålet med den nuværende grundlovs § 73 er, at den enkelte ikke tilfældigvis skal bære økonomiske byrder på helhedens vegne<sup>82</sup>. Endvidere blev bestemmelsen på den grundlovgivende rigsforsamling opfattet som en bestemmelse, der

<sup>80</sup> Peter Germer, Statsforfatningsret, 5. udgave, 2012, side 229

<sup>81</sup> Michael Hansen Jensen, Højesterets dom i sagen om salg af almene familieboliger, U 2008, B side 216

<sup>82</sup> Jens Peter Christensen m.fl., Dansk statsret, 2012, side 304



skulle beskytte imod statsmagtens indgriben i rettigheder, der tjener som grundlag for den enkelte borgers økonomiske tilværelse og udfoldelsesmuligheder, hvorved den ramte påføres særlige økonomiske byrder på helhedens vegne<sup>83</sup>. Det er vel tvivlsomt, om dette beskyttelsesgrundlag slår igennem overfor AAB. For det første sker der jo reelt ikke en overførsel af salgskompetencen til staten, men derimod en overførsel til et underordnet organ indenfor samme organisation. Idet provenuet fra salget af de pågældende lejeboliger skulle indbetales til en særlig fond, som AAB kunne bruge til at bygge nye boliger for<sup>84</sup>, er det vel for det andet også tvivlsomt, om salgskompetencen påvirker AABs økonomiske tilværelse og udfoldelsesmuligheder. Således forhindrer de pågældende salg ikke AAB i fortsat at udføre sine kerneaktiviteter, som i henhold til almenboliglovens § 6 er at opføre, udleje, administrere, vedligeholde og modernisere almene boliger. For det tredje kan der vel også stilles spørgsmål ved, om AAB, som en almen boligorganisation, der i meget høj grad er underlagt offentlig regulering, hvorved der modtages betydelig støtte fra det offentlige, kan betegnes som et sådant individ, som beskyttelsen efter grundlovens § 73 tager sigte på.

Konkluderende om flertallets dom kan det siges, at man i formen tilslutter sig, at sikkerhedsdoktrinen gælder, når domstolene skal prøve en lovs overensstemmelse med grundlovens § 73. Går man ind i den rent materielle afståelsesvurdering, viser det sig imidlertid, at grundlovens § 73 ikke giver noget klart svar på, om indgrebet er ekspropriativt, men at hvis man skulle argumentere ud fra bestemmelsens formål, nok bedst kan nå frem til, at der ikke er tale om ekspropriation. Som nævnt ovenfor synes flertallets udgangspunkt imidlertid at have været, at indgrebet var ekspropriativt, men at man på grund af de nævnte fortolkningsfaktorer – den intensive offentlige regulering og særegne konstruktion – ikke kunne statuere dette med den fornødne sikkerhed<sup>85</sup>. I en situation som den forelæggende, hvor antagelsen af ekspropriation ikke har nævneværdig støtte i hverken bestemmelsens ordlyd, forarbejder eller formål forekommer det denne forfatter at være tegn på en temmelig intensiv prøvelse fra flertallets side, at man tilsyneladende ikke har fundet tanken om at statuere ekspropriation helt fremmed<sup>86</sup>. Selvom flertallet således i formen tilslutter sig sikkerhedsdoktrinen foretages der reelt en så intensiv prøvelse fra flertallets side, at flertallets afgørelse næppe kan ses som en anvendelse af sikkerhedsdoktrinen. På den baggrund synes dommen, selvom det modsatte har været hævdet<sup>87</sup>, vanskeligt at kunne ses som en tilslutning til princippet om en differentieret domstolsprøvelse. Hvor man i fæsteaflysningssagen således i sikkerhedsdoktrinens navn undlod at tilsidesætte en lov, der ret oplagt var grundlovsstridig, undlader man i almen-bolig sagen i sikkerhedsdoktrinens navn at tilsidesætte en lov, hvis grundlovsstridighed forekommer tvivlsom. Dette findes at være en meget væsentlig forskel, hvorfor almen-bolig sagen næppe kan ses som et udtryk for, at sikkerhedsdoktrinen generelt er gældende, når domstolene skal tage stilling til en lovs forenelighed med grundlovens § 73.

Hos de fire dissentierende dommere synes der ikke at være nogen tegn på, at sikkerhedsdoktrinen holdes i hævd. Til trods for, at resultatet ikke forekommer oplagt, sætter de således deres egen fortolkning i stedet for lovgivningsmagtens<sup>88</sup>. Endvidere er det også bemærkelsesværdigt, at de ikke blot voterer for at tildele AAB erstatning, men at de faktisk ud fra noget,

---

<sup>83</sup> Michael Hansen Jensen, Højesterets dom i sagen om salg af almene familieboliger, U 2008, B side 222

<sup>84</sup> Jens Peter Christensen m.fl., Dansk statsret, 2012, side 310

<sup>85</sup> Michael Hansen Jensen, Højesterets dom i sagen om salg af almene familieboliger, U 2008, B side 222

<sup>86</sup> Michael Hansen Jensen, Højesterets dom i sagen om salg af almene familieboliger, U 2008, B side 222

<sup>87</sup> Peter Germer, Statsforfatningsret, 5. udgave 2012, side 229

<sup>88</sup> Jens Peter Christensen m.fl., Dansk statsret, 2012, side 252

der minder om en konkret væsentlighedsvurdering, voterer for, at § 75 i almenboligloven er ugyldig.

### **Konklusion vedrørende differentieret domstolsprøvelse**

Som det er fremgået af ovenstående afsnit, kan der anføres gode argumenter for, at domstolene bør foretage en særligt intensiv prøvelse af loves overensstemmelse med grundlovens politiske frihedsrettigheder, samt en række andre rettigheder af fundamental betydning for den enkeltes retssikkerhed, mens loves overensstemmelse med grundlovens § 73 bør være underkastet en tilbageholdende prøvelse af domstolene. Som det imidlertid også er fremgået, kan der anføres mindst ligeså tungtvejende argumenter for, at domstolsprøvelsen af loves forhold til grundlovens § 73 ikke bør være mere tilbageholdende end prøvelsen af loves forhold til grundlovens øvrige bestemmelser.

Set fra denne forfatters synspunkt, er det en afgørende svaghed ved teorien om differentieret prøvelse, at den ikke har støtte i grundloven og at to ud af de tre tilfælde, hvor domstolene rent faktisk har tilsidesat lovgivningsmagtens grundlovsfortolkning, har omhandlet de pågældende loves forhold til grundlovens § 73. Endvidere synes hverken Tvind-sagen eller almen bolig-sagen på afgørende måde at støtte teorien om differentieret prøvelse, hvorfor denne specialeafhandlings forfatter forholder sig skeptisk til nævnte teori.

Dog må det erkendes, at størstedelen af den juridiske teori støtter teorien om differentieret prøvelse. Blandt disse teoretikerne er der flere prominente navne, blandt andet to tidligere højesteretspræsidenter<sup>89,90</sup>, samt en nuværende Højesteretsdommer<sup>91</sup>. Endvidere må det erkendes, at der kan argumenteres for at se Tvind-sagen og almen bolig-sagen som en anerkendelse af den differentierede prøvelse. Daværende Højesteretspræsident Torben Melchior var således en del af flertallet i almen bolig-sagen og udtalte efterfølgende, at denne dom kunne ses som en anerkendelse af den differentierede prøvelse<sup>92</sup>. Det kan på denne baggrund bestemt ikke udelukkes, at der engang i fremtiden vil blive afsagt en dom, der udtrykkeligt anerkender den differentierede domstolsprøvelse som en bestanddel af dansk ret. Det vil dog i denne forfatters øjne ikke nødvendigvis være den rigtige vej at gå.

### **Forklaringsfaktorer på og vurdering af den intensiverede domstolsprøvelse**

#### **Forklaringsfaktorer**

Som det er fremgået af ovenstående, kan den tilbageholdende linje, som domstolene anlagde i fæsteaflysningssagen, ikke længere i alle tilfælde anses for gældende ret. Hvordan man end vender og drejer det, er der således sket en intensivering af domstolsprøvelsen, der startede med de to håndskriftssager og kulminerede med Tvind-sagen.

Skal der peges på nogle forklaringsfaktorer for denne intensivering af domstolsprøvelsen, må der først og fremmest peges på, at en af de væsentligste grunde til domstolenes forsigtige udøvelse af prøvelsesretten, som tidligere nævnt, antageligvis har været, at prøvelsesretten har været et politisk særdeles kontroversielt spørgsmål. Denne politiske uenighed vedrørende prøvelsesretten var stadig fremherskende ved grundlovsrevisionen i 1953. Som tiden gik, blev

---

<sup>89</sup> Interview med Niels Pontoppidan i Weekendavisen den 28. juni 1996

<sup>90</sup> Torben Melchior, Maastricht, Tvind ... og hvad så?, Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, 2003, side 218-219

<sup>91</sup> Jens Peter Christensen, Domstolene – den tredje statsmagt, 2003, side 26-27

<sup>92</sup> Torben Melchior, Hvem bestemmer: Folketinget eller domstolene?, U 2011 B, side 45

den politiske uenighed vedrørende prøvelsesretten imidlertid mindre og mindre udtalt. Som et eksempel herpå kan nævnes U 1994.29 H, hvori et folketingsmedlem fra Socialistisk Folkeparti gjorde brug af prøvelsesretten, da han anlagde sag ved domstolene med påstand om, at en lov om privatisering af Statsanstalten for Livsforsikring var i strid med grundlovens § 73. Dette kan ses som et tegn på, at prøvelsesretten havde fået fodfæste på den tidligere så skeptiske politiske venstrefløj. Yderligere kan det nævnes, at Højesterets dom i Tvind-sagen blev hilst velkommen af politikere fra alle sider i det politiske spektrum, heriblandt den daværende socialdemokratiske statsminister Poul Nyrup Rasmussen<sup>93</sup>. En forklaringsfaktor for den intensiverede domstolsprøvelse skal derfor nok findes i, at tidligere tiders politiske uenighed om prøvelsesretten ikke længere synes at eksistere. En yderligere forklaringsfaktor kan også være det forhold, at det retskildemæssige grundlag for prøvelsesretten langsomt er blevet fastere. Dette er dels sket ved, at domstolene i flere og flere tilfælde har gjort brug af prøvelsesretten og dels ved, at lovgivningsmagten i flere tilfælde forudsætningsvist har accepteret prøvelsesretten, blandt andet ved at udbetale erstatning til Greendane i U 1980.955 Ø. Dette er således forhold der peger i retning af, at en egentlig retssædvane er etableret.

Det kan også diskuteres, om den intensiverede domstolsprøvelse er et udtryk for, at de danske domstole med Højesteret i spidsen har ladet sig inspirere af den såkaldte dynamiske fortolkningsstil, der praktiseres ved blandt andet Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og den tyske forfatningsdomstol. Kort fortalt ville man ved en dynamisk fortolkning af grundloven søge at opnå, at grundloven stedse var tidssvarende. Dette ville blandt andet indebære, at der ikke ville blive lagt så stor vægt på forarbejderne, som der er tradition for i dansk ret, og at tidligere retspraksis ikke ville blive fastholdt, i det omfang omstændighederne fandtes at have ændret sig<sup>94</sup>. Hertil må først og fremmest siges, at den danske Højesteret hidtil har været utilbøjelig til at nyfortolke den danske grundlov i lyset af bestemmelserne i og praksis vedrørende den europæiske menneskerettighedskonvention, men derimod holder de to regelsæt skarpt adskilte<sup>95</sup>. Det faktum, at Højesteret ikke har indfortolket den europæiske menneskerettighedskonvention i grundloven, er imidlertid ikke ensbetydende med, at Højesteret ikke har ladet sig inspirere af den fortolkningsstil, der praktiseres af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Man kan muligvis argumentere for, at Tvind-sagen kan ses som udtryk for, at Højesteret har anlagt en mere dynamisk fortolkningsstil. Imidlertid må det erindres, at Tvind-loven som tidligere nævnt var en yderst usædvanlig form for lovgivning, der ikke tidligere havde været set, hvorfor man nok skal passe på med at drage for vidtrækkende konsekvenser af denne dom. Da Højesteret i øvrigt ikke i andre nylige sager vedrørende grundlovsspørgsmål, eksempelvis U 1998.800 H, ses at have slået ind på en mere dynamisk fortolkning af grundloven, er det vel tvivlsomt, om forklaringen på den mere intensive domstolsprøvelse skal ses som et udtryk for, at Højesteret har adopteret den dynamiske fortolkningsstil<sup>96</sup>.

### **Er den intensiverede domstolsprøvelse hensigtsmæssig?**

Uanset de nærmere årsager til den mere intensive domstolsprøvelse af loves overensstemmelse med grundloven, har denne intensivering medført en forskydning af magt mellem lovgivningsmagten og domstolene, således at domstolene i dag i langt højere grad fremstår som en selvstændig statsmagt. På denne baggrund forekommer det påtrængende at stille spørgsmålet, om denne magtfor skydning er hensigtsmæssig? Svaret på ovenstående spørgsmål vil i meget

<sup>93</sup> Jens Peter Christensen m.fl., Dansk statsret, 2012, side 256

<sup>94</sup> Henrik Zahle, Danmarks riges grundlov med kommentarer, 2006, side 36

<sup>95</sup> Jens Peter Christensen m.fl., Dansk statsret, 2012, side 40

<sup>96</sup> Jens Peter Christensen m.fl., Dansk statsret, 2012, side 255

høj grad afhænge af svarerens demokratiopfattelse. Man kan således mene, at domstolenes kontrol med den demokratiske valgte lovgivningsmagt er en nødvendighed i et demokrati, eller man kan mene, at nævnte kontrol udgør en begrænsning af demokratiet<sup>97</sup>.

De der ser domstolsprøvelsen som en nødvendighed i et demokrati anskuer typisk begrebet demokrati således, at det ikke blot er en styreform, men også en styreform, der hviler på bestemte værdier. Hovedargumentet for at foretage en intensiv domstolsprøvelse af loves overensstemmelse med grundloven, og for i det hele taget at prøve loves forenelighed med grundloven, er, at der herved etableres en effektiv beskyttelse af den enkelte imod flertallets misbrug af magten. Uden en reel domstolsprøvelse ville mange af grundlovens bestemmelser, der sikrer borgerne rettigheder, reelt være uden betydning, idet disse bestemmelser ikke effektivt ville værne den enkelte mod magtmisbrug fra lovgivningsmagtens side<sup>98</sup>. En efterprøvelse fra domstolenes side sikrer derimod, at den enkelte kan få oprejsning ved domstolene, såfremt et folketingsflertal har vedtaget love, der går den enkeltes grundlovssikrede rettigheder for nær. Jo mere intensiv denne prøvelse er, jo større sikkerhed giver prøvelsen den enkelte. Den intensive prøvelse sikrer således den enkelte, at lovgivningsmagten ikke lader hånt om deres grundlovssikrede garantier. Endvidere må det også tages i betragtning, at fristelsen for lovgivningsmagten til at vedtage lovgivning, der kunne komme på kant med grundloven reduceres, hvis der består en reel risiko for, at den pågældende lovgivning ville blive underkendt af domstolene. Modsat ville fristelsen være tilsvarende større, hvis den tilbageholdende tradition fra fæsteafløsningssagen stadig var udtryk for gældende ret, idet det så i hvert fald ville være mindre sandsynligt, at der ville ske en underkendelse hos domstolene. Efterprøver domstolene ikke lovgivningsmagtens overholdelse af grundloven med en vis intensitet, ville lovgivningsmagten således reelt stå frit i forhold til at bryde grundloven, hvilket potentielt kunne bane vejen for vilkårlighed og undertrykkelse af mindretal.

Ovenstående må siges at udgøre tungtvejende argumenter for, at den intensiverede domstolsprøvelse overvejende er med til at sikre lovgivningsmagtens overholdelse af grundloven og dermed er en hensigtsmæssig nyskabelse. Der kan dog også fremføres argumenter for, at den intensiverede domstolsprøvelse er knap så hensigtsmæssig. Alf Ross udtrykte således tilfredshed med den retstilstand, der var etableret med fæsteafløsningssagen, hvorefter domstolene formelt har kompetencen til at tilsidesætte en lov som grundlovsstridig, men udøver kompetencen med meget stor tilbageholdenhed<sup>99</sup>. Ross' argumentation synes baseret på, at der eksisterer en spænding mellem det forhold, at vægtige retssikkerhedshensyn taler for, at kompetencen til at efterprøve loves grundlovsmæssighed skal henlægges til domstolene og det forhold, at det må betegnes som udemokratisk, at den demokratiske valgte lovgivningsmagt bliver underkendt af domstole, der ikke besidder nogen demokratisk legitimation. Ross synes at anse sikkerhedsdoktrinen som et kompromis mellem disse to modsatrettede forhold, idet man herved både tilgodeser retssikkerhedshensynet og samtidig undgår, at en af lovgivningsmagten vedtaget lov tilsidesættes, medmindre grundlovsstridigheden fremgår med en høj grad af sikkerhed.

Ross' betragtninger forekommer stadig at være relevante. Det giver således fin mening, at domstolene af respekt for lovgivningsmagtens demokratiske legitimation skal være tilbageholdende med at tilsidesætte lovgivningsmagtens fortolkning af grundloven. I denne forbindelse er det også værd at erindre, at grundloven på mange måder er en usædvanlig lov. Den

<sup>97</sup> Jens Elo Rytter, Dansk-europæisk menneskerettighedsbeskyttelse, Juristen 2010, side 188

<sup>98</sup> Knud Berlin, Den danske statsforfatningsret II, 2. udgave 1939, side 69

<sup>99</sup> Alf Ross, Dansk statsforfatningsret I, 3. udgave, 1983, side 184

udmærker sig således ved, at detaljeringsgraden er lavere end ved almindelige love, idet grundloven i et vist omfang blot angiver nogle grundlæggende principper. Grundlæggende er der vel ikke tvivl om, at dommerne med deres juridiske uddannelse er bedre til lovfortolkning end folkevalgte politikere. Dette gælder i hvert fald for så vidt angår almindelige love, men spørgsmålet er, om det også gælder for grundloven, da den jo netop som nævnt ovenfor er en særegen lov<sup>100</sup>. Der kan i hvert fald argumenteres for, at såfremt domstolene foretager en mere intensiv prøvelse af lovgivningsmagts overholdelse af grundloven, risikerer domstolene qua grundlovens mere principorienterede karakter, at dommernes personlige præferencer, vil blive afgørende for resultatet. Når domme ikke længere bliver afsagt på grundlag af juridiske overvejelser, men på grundlag af personlige præferencer, bliver grænsen mellem dommere og politikere i et vist omfang udvisket, idet det jo netop er politikernes opgave i et demokratisk samfund, at vedtage love, på baggrund af deres personlige holdninger. Med andre ord består der en risiko for, at dommerne ved en mere intensiv domstolsprøvelse reelt vil bevæge sig ind på et område, der er forbeholdt de demokratisk valgte politikere. En sådan udvikling er vel næppe ønskelig..

Endvidere skal det nævnes, at den meget vanskelige procedure for ændring af den danske grundlov, jf. grundlovens § 88, også kan anføres som et argument imod en intensiv domstolsprøvelse. I lande med en lettere adgang til grundlovsændringer end Danmark, kan man således argumentere for, at det ikke er udemokratisk, at domstolene tilsidesætter love vedtaget af lovgivningsmagten som grundlovsstridige, idet afgørelsen ikke endeligt er tillagt domstolene. I sidste ende er det den grundlovgivende myndighed, der skal vurdere om den lovgivning, som domstolene har tilsidesat er hensigtsmæssig eller ej og dermed, om der som følge heraf skal ske en ændring af grundloven, så den tilsidesatte lovgivning eventuelt kan gennemføres<sup>101</sup>. De forfatningsretlige realiteter i Danmark er imidlertid, at grundet den meget svære ændringsprocedure, vil domstolenes tilsidesættelse af en lov i langt de fleste tilfælde være ultimativ, da en ændring af grundloven ikke fremstår som en realistisk mulighed. Dette kunne tale for, at netop danske domstole skulle udøve prøvelsesretten med meget stor tilbageholdenhed<sup>102</sup>.

Som det fremgår af ovenstående, er det ikke nødvendigvis ubetinget positivt for det danske demokrati, at domstolsprøvelsen er blevet mere intensiv. Som det tidligere er nævnt i denne specialeafhandling, er det svært nøjagtigt at angive, hvor intensiv domstolsprøvelsen er i dansk ret. Man kan dog med sikkerhed sige, at det fremgår af håndskriftssagerne, Greendanesagen og Tvind-sagen, at den i fæsteaflysningssagen formulerede sikkerhedsdoktrin i hvert fald ikke i alle tilfælde vil blive iagttaget af domstolene længere. Indtil videre synes de danske domstole imidlertid ikke at have indladt sig på en så intensiv fortolkning af grundloven, at det giver anledning til demokratiske betænkeligheder. Den intensivering af domstolsprøvelsen, der er sket i Danmark siden håndskriftssagerne, synes således at kunne bæres af ovennævnte retssikkerhedshensyn, hvorfor denne specialeafhandlings forfatter i det store hele ser den skete intensivering som en hensigtsmæssig nyskabelse.

---

<sup>100</sup> Gorm Toftegaard Nielsen, *Domstolene som den tredje statsmagt, Parlamentarismen – hvem tog magten*, 2001, side 156-157

<sup>101</sup> Eivind Smith, *Høyesteret og folkestyret*, 1993, side 322

<sup>102</sup> Eivind Smith, *Høyesteret og folkestyret*, 1993, side 324

## Perspektivering til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og amerikanske forhold

Som det er fremgået af ovenstående, har der i Danmark siden slutningen af 1960'erne været en tendens til, at domstolene har foretaget en mere intensiv prøvelse af loves overensstemmelse med grundloven. På denne baggrund forekommer det påtrængende at stille spørgsmålet, hvad konsekvensen kan blive, hvis denne udvikling fortsætter. For at besvare dette spørgsmål, kan der skæves til domstole, som allerede praktiserer en meget intensiv fortolkningsmetode.

Et markant eksempel på en domstol, der foretager en meget intensiv prøvelse, er Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i Strasbourg. Som ovenfor nævnt praktiserer denne domstol en såkaldt dynamisk fortolkningsstil af den europæiske menneskerettighedskonvention. Ved denne fortolkningsstil lægges der langt større vægt på bestemmelsernes formål, end tilfældet er i dansk ret. Endvidere fortolkes konventionens bestemmelser ud fra de såkaldte "present day conditions", hvilket vil sige, at konventionen fortolkes, så den til hver en tid er overensstemmende med de aktuelle krav til konventionsbeskyttelsen. Dette betyder at ændrede samfundsforhold fører til en ændret fortolkning af konventionen<sup>103</sup>. Når dette kombineres med, at konventionen på mange måder er formuleret som retlige standarder, gives der dommerne i menneskerettighedsdomstolen et betydeligt spillerum. Reelt bliver der overladt dommerne magt til at bestemme, hvilke ændringer i samfundet, der skal føre til en ændret konventionsfortolkning. Når konventionen tilmed er formuleret meget bredt, er der meget rig mulighed for dommerne til at udvide og indskrænke de enkelte konventionsbestemmelseres anvendelsesområde. På den ene side kan man argumentere for, at denne fortolkningsmetode i meget høj grad sikrer, at beskyttelsen af borgernes menneskerettigheder konstant er tidssvarende. På den anden side overlades det reelt til en lille gruppe dommere at vurdere, hvilke retlige nyskabelser en specifik samfundsudvikling kræver. Herved bliver det et spørgsmål om, hvilket indhold domstolene som følge af samfundsudviklingen vil give konventionens bestemmelser. Når konventionens tekst er så bredt formuleret som tilfældet er, bliver det langt hen ad vejen et spørgsmål om den enkelte dommers politiske holdninger, hvilket indhold vedkommende vil tillægge den enkelte konventionsbestemmelse. Herved sker der en forskydning af magt fra den demokratisk valgte lovgivningsmagt til en lille gruppe af dommere<sup>104</sup>. Igen opstår der altså en spænding mellem hensynet til den enkeltes retsbeskyttelse og hensynet til demokratiet. Efter denne forfatters mening tilsiger grundlæggende demokratiske hensyn, at politiske beslutninger træffes af politikere, der står til ansvar overfor vælgerne og ikke af uafsættelige dommere, der ikke er demokratisk udpegede.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol er som bekendt ikke en national domstol, men derimod en domstol der påser, at de lande der har ratificeret den europæiske menneskerettighedskonvention lever op til sine forpligtelser efter konventionen. Det er imidlertid et interessant spørgsmål, hvilke konsekvenser det ville have, hvis en national domstol besad politisk magt på samme måde som dommerne i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Et eksempel på sådanne nationale dommere, er dommerne i den amerikanske højesteret. Den amerikanske forfatning er i lighed med den europæiske menneskerettighedskonvention formuleret i meget brede termer og der forekommer ofte tilfælde, hvor forfatningens tekst ikke giver noget klart svar på, om en lov kan betegnes som forfatningsstridig. I sådanne tilfælde vil en amerikansk højesteretsdommer typisk beslutte sig for, hvordan den amerikanske forfatning

<sup>103</sup> Gorm Toftegaard Nielsen, Menneskerettighederne - politik i juridisk forklædning?, Politica Årgang 2004, side 32

<sup>104</sup> Bent Christensen, Domstolene og lovgivningsmagten, U 1990B, side 83

bedst kan fortolkes ud fra følgende faktorer: historie, fortilfælde, overvejelser over moralsk ønskelighed og om fortolkningen medfører et resultat, der er gennemførligt i praksis. På den måde kommer den enkelte højesteretsdommers politiske synspunkter til at spille en afgørende rolle for vedkommendes fortolkning af den amerikanske forfatning<sup>105</sup>. Om dommerne når frem til det ene eller det andet fortolkningsresultat, bliver simpelthen i nogle tilfælde et spørgsmål om deres politiske holdning. Derfor er det af stor betydning for enhver amerikansk regering, at flertallet af dommerne i Højesteret deler regeringens politiske synspunkter, da regeringen ellers risikerer, at nogle af de love den får igennem kongressen bliver underkendt af Højesteret. Dette bevirker naturligvis, at regeringen begynder at interessere sig for, hvem der sidder som dommere i Højesteret (og i de øvrige domstole). Republikanske præsidenter nominerer således i vidt omfang kun kandidater til Højesteret om hvilke det vides, at de er republikanere, mens demokratiske præsidenter modsat kun nominerer dommere til Højesteret, om hvilke det vides, at de er demokrater.

I Danmark udpeges dommere formelt af justitsministeren, men udnævnelseskompetencen er i praksis henlagt til et uafhængigt dommerudnævnelsesråd. Det ville dog blot kræve en almindelig lovændring at ændre denne ordening. Konsekvensen hvis dommerne i de danske domstole begyndte at foretage en så intensiv domstolsprøvelse, som den der foretages i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og i den amerikanske højesteret, kunne meget vel blive, at magthaverne ville begynde at interessere sig mere for, hvem der var dommere og hvor de havde deres politiske ståsted. I denne forfatters øjne ville det være en uheldig udvikling, hvis der i højere grad blev skævet til dommernes politiske ståsted i udnævnelsesprocessen end til deres juridiske kvalifikationer. Endvidere forekommer domme fra dommere, hvis politiske standpunkt er ukendt alt andet lige mere troværdige i befolkningens øjne, end domme fra dommere, der er udpeget netop på grundlag af deres politiske standpunkt.

Sammenfattende kan det siges, at det overvejende må betragtes som positivt, at de danske domstole efter lang tids tilbageholdenhed nu synes at stå fast på deres rolle som grundlovens vogter. Men der er grund til at råbe vagt i gevær, såfremt udviklingen i prøvelsesintensiteten skulle bevæge sig i en retning, som den der praktiseres af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol eller i den amerikanske højesteret, idet dette risikerer at medføre en politisering af domstolene, der i denne forfatters øjne ikke forekommer ønskelig.

### **Afslutning**

Som det er fremgået af ovenstående, er der i høj grad sket en udvikling i de danske domstoles udøvelse af prøvelsesretten siden agrarsagerne. Fra det traditionelle tilbageholdende udgangspunkt i overensstemmelse med den i fæsteaflysningssagen formulerede sikkerhedsdoktrin, har de danske domstole således bevæget sig imod en noget mindre forsigtig udøvelse af prøvelsesretten. Dette ses tydeligt i de to håndskriftssager, Greendane-sagen og Tvind-sagen, hvor der foretages en særdeles intensiv prøvelse af de omhandlede loves overensstemmelse med grundloven. På baggrund heraf kan man med sikkerhed konkludere, at domstolene nu er villige til at sætte sig udover sikkerhedsdoktrinen i nogle tilfælde. De nævnte domme udgør dog et for spinkelt grundlag til at konkludere, at domstolene ikke i nogle tilfælde stadig vil iagttage sikkerhedsdoktrinen. Den opfattelse nogle forfattere har givet udtryk for, hvorefter de politiske og visse personlige frihedsrettigheder skal gøres til genstand for en særlig intensiv domstolsprøvelse, mens ejendomsretten skal gøres til genstand for en mere ekstensiv domstols-

---

<sup>105</sup> Richard H. Fallon Jr., *The dynamic constitution*, 2004, side 191-193

prøvelse, kan denne specialeafhandlings forfatter ikke tilslutte sig. For det første har denne opfattelse ikke støtte grundloven, for det andet synes retspraksis heller ikke at kunne tages til indtægt for denne opfattelse og for det tredje findes argumenterne for en sådan differentieret prøve ikke overbevisende. Dog kan det ikke udelukkes, at de danske domstole engang i fremtiden, eventuelt med inspiration fra norsk og amerikansk ret, vil slå ind på en sådan kurs. Overordnet set må det betragtes som positivt, at de danske domstole nu er tilbøjelige til at foretage en mere intensiv prøve af lovens grundlovmæssighed, end de var tidligere. Imidlertid kan en intensiveret domstolsprøvelse også have negative sider, blandt andet at dommernes afgørelser meget nemt kommer til at være præget af deres politiske holdninger, når der skal lægges indhold ind i bredt formulerede forfatningsbestemmelser. Efter denne forfatters mening, ville det således ikke være hensigtsmæssigt for det danske demokrati, såfremt de danske domstole slog ind på en efterprøvelse så intensiv, som den der praktiseres af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og den amerikanske højesteret. Om de danske domstole i sidste ende slår ind på en sådan kurs, kan kun tiden vise. Men konsekvensen hvis det skulle ske kan meget vel blive, at politikerne så vil søge at få indflydelse på, hvem der sidder som dommere i de danske domstole.

## Litteraturfortegnelse

### Bøger

Forfatter(e)	Titel	Udgave	Udgivelsesår	Forlag
Andersen, Poul	Dansk statsforfatningsret	1. udgave	1954	Gyldendal
Andersen, Poul	Rigsdagen og domstolene, særtryk af den danske rigsdag 1849-1949 bind V	1. udgave	1953	J. H. Schultz Forlag
Bagge, Povl (red.)	Højesteret 1661-1961	1. udgave	1961	G.E.C. Gads Forlag
Berlin, Knud	Den danske statsforfatningsret II	2. udgave	1939	Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck
Christensen, Jens Peter Jensen, Michael Hansen Jensen, Jørgen Al- bæk	Dansk statsret	1. udgave	2012	Jurist- og Økonomforbundets forlag
Christensen, Jens Peter	Domstolene – den tredje statsmagt	1. udgave	2003	Magtudredningen
Christensen, Jens Peter	Forfatningsretten og det levende liv	1. udgave	1990	Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Fallon, Richard H.	The dynamic constitution – an introduction to American constitutional law	1. udgave	2004	Cambridge University Press



Germer, Peter	Statsforfatningsret	2. udgave	1995	Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Germer, Peter	Statsforfatningsret	4. udgave	2007	Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Germer, Peter	Statsforfatningsret	5. udgave	2012	Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Germer, Peter	Ytringsfrihedens væsen	1. udgave	1973	Juristforbundets Forlag
Holck, Carl Georg	Den danske statsforfatningsret	1. udgave ved C. Goos og J. Nellesmann	1869	Den Gyldendalske Boghandel
Iversen, Torsten (red.) Kristensen, Lars Hedegaard (red.) Werlauff, Erik (red.)	Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard	1. udgave	2003	Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Jensen, Michael Hansen	Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73	1. udgave	2006	Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Koch, Pernille Boye	Forfatningskontrol – fremtidige perspektiver og udfordringer	1. udgave	2002	Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Magid, Per (red.) Melchior, Torben (red.) Stokholm, Jon (red.) Tamm, Ditlev (red.)	Højesteret – 350 år	1. udgave	2011	Gyldendal
Matzen, Henning	Den danske statsforfatningsret første del	4. udgave	1910	J.H. Schultz Forlag
Nielsen, Gorm Toftegaard (red.)	Parlamentarismen – hvem tog magten	1. udgave	2001	Aarhus Universitetsforlag
Olrik, Eyvind	Dommerbetragtninger	1. udgave	1929	G.E.C. Gads Forlag
Ramhøj, Lars (red.)	Festskrift til Orla Friis Jensen	1. udgave	2007	Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Ross, Alf	Dansk statsforfatningsret I	3. udgave ved Ole Espersen	1983	Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck
Ross, Alf	Dansk statsforfatningsret II	3. udgave ved Ole Espersen	1983	Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck
Rytter, Jens Elo	Grundrettigheder – domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten	1. udgave	2000	Forlaget Thomson Gadjura
Smith, Eivind	Højesterett og folkestyret	1. udgave	1993	Universitetsforlaget

Sørensen, Niels (red.) Jakobsen, Morten (red.)	Folkestyrets lov – grundloven 150 år	1. udgave	1999	Aschehoug
Sørensen, Max	Statsforfatningsret	2. udgave ved Peter Germer	1973	Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Zahle, Henrik (red.)	Danmarks riges grundlov med kommentarer	1. udgave	2006	Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Zahle, Henrik	Dansk forfatningsret Institutioner og regulering 1 Regering, forvaltning og dom 2 Studieudgave	1. udgave	2007	Christian Ejlers' Forlag
Zahle, Henrik	Dansk forfatningsret bind 2	2. udgave	1996	Christian Ejlers' Forlag

### Artikler fra UfR

Forfatter(e)	Titel	Nummer i UfR
Christensen, Bent	Domstolene og lovgivningsmagten	U.1990B.73
Jensen, Michael Hansen	Højesterets dom i sagen om salg af almene familieboliger	U.2008B.214
Jensen, Michael Hansen Christensen, Jens Peter	Højesterets dom i Tvind-sagen	U.1999B.227
Melchior, Torben	Hvem bestemmer: Folketinget eller domstolene?	U.2011B.43
Rønsholdt, Steen	Om grundlovsfortolkning og konkret retsanvendelse – en statsretlig overraskelse?	U.1999B.333
Spiermann, Ole	Hvad kommer efter tyve? (En analyse af Højesterets dom i ”grundlovs-sagen”)	U.1998B.325
Trolle, Jørgen	Kommentarer til danske Højesteretsdomme afsagt i tiden august-december 1966	U.1967B.77

### Artikler fra tidsskrifter

Forfatter(e)	Titel	Tidsskrift	Årgang
Nielsen, Gorm Toftegaard	Menneskerettighederne – politik i juridisk forklædning	Politica	2004
Rytter, Jens Elo	Dansk-europæisk menneskerettighedsbeskyttelse	Juristen	2010