

Interview med fhv. kammeradvokat Karsten Hagel-Sørensen

Christoffer de Neergaard*

Interviewet nedenfor med fhv. kammeradvokat og adjungeret professor Karsten Hagel-Sørensen er blevet udarbejdet af daværende stud.jur. Christoffer de Neergaard d. 24. august 2020 til brug for Christoffers specialeafhandling på Københavns Universitet med titlen ”Højesterets retsskabende virksomhed”. Christoffer indleverede specialeafhandlingen på Det Juridiske Fakultet i december 2020 og forsvarede den i januar 2021 til karakteren 12. Christoffers specialevejleder var Mikael Rask Madsen, som er professor i europæisk ret og integration og centerleder for iCourts – Danmarks Grundforskningsfonds Centre of Excellence for Internationale Domstole på Københavns Universitet. Specialeafhandlingens problemformulering lød: ”I hvilket omfang og på hvilke måder udøver Højesteret retsskabende virksomhed?”. Den fulde specialeafhandling kan rekvireres ved at rette henvendelse til Christoffer via e-mailadressen cjtdn@gunderslevholm.dk.

Interviewet med Karsten Hagel-Sørensen er det tredje interview af tre, eftersom Christoffer også interviewede højesteretsdommer og dommer ved EU-Domstolen Lars Bay Larsen og højesteretsdommer, dr.jur. Jens Peter Christensen. De to øvrige interview er blevet bragt i de to foregående numre af Retskraft, der blev udgivet i 2022 og starten af 2023. De tre interview, der bl.a. vedrører respondenternes syn på Højesterets virkemåde og rolle i det danske samfund, havde til formål at bidrage til specialeafhandlingens retsdogmatiske analyse af Højesterets retsskabende virksomhed. Hvert interview fandt sted ved et enkelt fysisk møde. Efterfølgende blev interviewene undergivet en omfattende efterbehandling, som havde til formål at sikre en retvisende gengivelse af dem. Interviewene er desuden

Da interviewet fandt sted i 2020, er henvisninger til lovgivning m.v. som de stod pr. december 2020. *Red.*

* Cand.jur., MJur (Oxon), Advokatfuldmægtig hos Bruun & Hjejle Advokatpartnerselskab [cjtdn@gunderslevholm.dk].

blevet forsynet med henvisninger til relevant lovgivning, retspraksis og litteratur.

Christoffer de Neergaard: Jeg er utroligt taknemmelig for, at du ville tale med mig, for i kraft af dit tidligere hverv som kammeradvokat har du haft en tæt berøring med Højesteret, som du har ført adskillige principielle sager for.

Karsten Hagel-Sørensen: Ja, og derudover er domstolenes retsskabende virksomhed også et tema, som optager mig meget. I 2015 holdt jeg bl.a. Max Sørensen-forelæsningen på Aarhus Universitet om ”Magtadskillelse: Kan og bør de danske domstole være retsskabende?”. Domstolenes retsskabende virksomhed er et emne, som giver anledning til megen retsvidenskabelig debat, og jeg ved, at forskningscenteret iCourts på Københavns Universitet har forsket meget i det.

Det gjorde i sin tid et stort indtryk på mig at overvære et foredrag om Tvindommen¹ af daværende højesteretspræsident Niels Pontoppidan. Før Niels Pontoppidan talte om selve dommen, berørte han det lovarbejde, som havde ført til oprettelsen af Dommerudnævnelsesrådet, Domstolsstyrelsen og Procesbevillingsnævnet.² Reformerne begrænsede bl.a. Justitsministeriets kompetence til at udnævne Højesterets dommere og meddele tredjeinstansbevillinger, og de bidrog dermed på sin vis til yderligere at løsrive Højesteret fra centraladministrationen. Niels Pontoppidans konklusion var i sin tid, at Højesterets uafhængighed nu ville være sikret. Jeg kan huske, hvordan det overraskede mig, at Niels Pontoppidan indledte sit foredrag ved at placere Tvindommen i denne udviklingstendens.

Christoffer de Neergaard: Valgte du så et andet udgangspunkt for din Max Sørensen-forelæsning?

¹ Jf. Højesterets dom af 19. februar 1999 i sag nr. 295/1998, gengivet i UfR.1999.841.H.

² Jf. lov nr. 390 af 14. juni 1995 om ændring af retsplejeloven (Oprettelse af et procesbevillingsnævn m.v.), lov nr. 401 af 26. juni 1998 om Domstolsstyrelsen og lov nr. 402 af 26. juni 1998 om ændring af retsplejeloven, tjenestemandsløven og forskellige andre love (Rekruttering af dommere, dommerfuldmægtiges ansættelsesvilkår, dommeres bierhverv og ændringer som følge af oprettelse af en domstolsstyrelse m.v.) samt betænkning nr. 1222/1991 om 3. instansbevillinger og andre procesbevillinger, betænkning nr. 1260/1993 om et procesbevillingsnævn og Domstolsudvalgets betænkning nr. 1319/1996.

Karsten Hagel-Sørensen: Ja, jeg indledte min forelæsning med at omtale en betænkning, der var blevet afgivet kort forinden.³ Det udvalg, der havde afgivet betænkningen, bestod bl.a. af højesteretsdommer Hanne Schmidt og professor, dr.jur. Michael Hansen Jensen, hvis speciale er forfatningsret. Udvalgets kommissorium vedrørte, om Danmark burde inkorporere flere menneskerettighedskonventioner i dansk ret.⁴ I den forbindelse var jeg faldet over to interessante afsnit: Dels en udtrykkelig enighed om, at den dømmende magt ikke burde påtage sig opgaver, som ifølge dansk retstradition påhviler den lovgivende magt.⁵ Dels et afsnit om, at Michael Hansen Jensen i lyset af magtfordelingslæren i grundlovens § 3 ikke kunne tilslutte sig nogen yderligere inkorporering af folkeretlige menneskerettighedskonventioner i dansk ret.⁶ I min forelæsning tog jeg udgangspunkt i de to betragtninger om den forfatningsretlige kompetencefordeling mellem den lovgivende magt og den dømmende magt. For Alf Ross, der selv definerede ”demokrati” som ”flertalsstyre”, indtog demokratiet en helt særlig plads i den danske forfatningsret. For mig er demokratiet også uhyre vigtigt, men jeg mener, at det altid bør bygge på retsstaten. Derfor er det min opfattelse, at domstolene har ret og pligt til at beskytte og understøtte det forfatningssystem, hvorpå samfundet hviler. I mine øjne er det i denne betydning, at Tvind-dommen har sin vigtighed.

Christoffer de Neergaard: Men har Michael Hansen Jensen ikke fat i, at der er visse områder, som ifølge grundlovens § 3 tilkommer regeringen og Folketinget frem for domstolene?

Karsten Hagel-Sørensen: Jo bestemt, og adskillige højesteretsdomme illustrerer da også denne grænse. Den såkaldte Odder Sygehus-dom er f.eks. meget klassisk.⁷ Sagen udsprang af en operation, der var forløbet uden komplikationer, men som desværre førte til, at patienten senere døde. Spørgsmålet var dels, om sygehusets behandling havde været lægeligt forsvarlig, og dels, om prioriteringen af ressourcer

³ Jf. betænkning nr. 1546/2014 om inkorporering m.v. inden for menneskeretsområdet.

⁴ Jf. betænkning nr. 1546/2014 om inkorporering m.v. inden for menneskeretsområdet, s. 1.

⁵ Jf. betænkning nr. 1546/2014 om inkorporering m.v. inden for menneskeretsområdet, s. 100.

⁶ Jf. betænkning nr. 1546/2014 om inkorporering m.v. inden for menneskeretsområdet, s. 102.

⁷ Jf. Højesterets dom af 19. marts 1985 i sag nr. 137/1983, gengivet i UfR.1985.368.H.

havde været hensigtsmæssig. Højesteret besvarede det første spørgsmål bekræftende og frifandt derfor sygehuset for et erstatningskrav mod det. Om det andet spørgsmål anførte daværende højesteretsdommer Niels Pontoppidan i en kommentar til dommen, at det ikke tilkom domstolene at korrigere beslutninger, der hvilede på politisk-økonomiske vurderinger.⁸ En anden dom om et barnløst par er også illustrativ.⁹ Her nåede Højesteret frem til, at det var et amtskommunalt spørgsmål, om man ville udbyde såkaldte IVF-behandlinger, og at domstolene ikke skulle tilsidesætte amtskommunens vurdering. Særligt interessant var i mine øjne det politiske efterspil, idet dommen senere førte til en lovændring.¹⁰ Efterspillet illustrerede således kompetencefordelingen mellem den lovgivende magt og den dømmende magt.

Endelig berører den såkaldte nethindeløsningsdom¹¹ og den såkaldte hjemmehjælpsdom¹² grænsen mellem det juridiske og det politisk-økonomiske. I nethindeløsningsdommen blåstemplede Højesteret landsrettens vurdering af, at der var tale om et ”politisk-økonomisk spørgsmål”, mens Højesterets flertal i hjemmehjælpsdommen bemærkede, at serviceloven overlod kommunerne et ”betydeligt skøn på grundlag af faglige og økonomiske hensyn”. Jeg ville mene, at Højesteret her var for tilbageholdende. Ganske vist bør Højesteret være varsom med at tilsidesætte politiske vurderinger, men mange forvaltningsområder, hvor kommunerne har kompetencen, kan siges at rumme en politisk-økonomisk dimension, og også her bør domstolskontrollen være en realitet. I hjemmehjælpsdommen vurderede Højesteret da også indgående, om den pågældende kommune havde respekteret lovgivningens rammer.

⁸ Jf. N. Pontoppidan, ”U.f.R. 1985 s. 368 – Højesterets dom af 19. marts 1985. Lægeansvar – offentlige myndigheders erstatningsansvar”, *Ugeskrift for Retsvæsen*, UfR.1985B.248, 1985, s. 250.

⁹ Jf. Højesterets dom af 22. februar 2000 i sag nr. 238/1999, gengivet i UfR.2000.1196/2.H.

¹⁰ Jf. lov nr. 470 af 31. maj 2000 om ændring af lov om sygehusvæsenet (Hospicer og frit sygehusvalg), hvis § 1, nr. 5, foreskriver: ”En person, der henvises til sygehusbehandling, kan vælge mellem bopælsamtskommunens sygehuse, andre amtskommuners sygehuse og de private specialsygehuse m.fl., der er nævnt i § 5, stk. 1-3, *uanset bopælsamtskommunens behandlingstilbud og kriterier for sygehusbehandling i sit sygehusvæsen*” [udhævet her].

¹¹ Jf. Højesterets dom af 19. september 2008 i sag nr. 135/2007, gengivet i UfR.2008.2813.H.

¹² Jf. Højesterets dom af 23. maj 2013 i sag nr. 313/2012, gengivet i UfR.2013.2324.H.

Christoffer de Neergaard: Men er der ikke domme, hvor Højesteret gjorde klogt i ikke at gribe ind?

Karsten Hagel-Sørensen: Jo, i høj grad. Jeg førte i sin tid en sag for Højesteret om en banks valideringsregler,¹³ som bevirkede, at hverken afsender eller modtager fik tilskrevet renter af pengebeløb, der overførtes fra en bankkonto til en anden. Rent billedligt kunne bankoverførslerne nærmest sidestilles med, at et par æsler skulle slæbe sølvbarrer over Alperne. Højesteret udtalte dog, at en tilsidesættelse af bankens valideringsregler ville kunne få betydning for hele pengeinstitutsektoren og derfor burde løses gennem lovgivning frem for ved dom.¹⁴ Jeg synes som udgangspunkt, at det er helt legitimt, at Højesteret udviser forsigtighed inden for retsområder med få sager. Forvaltningsretten er et eksempel på en ret finmasket regulering, som gradvist er blevet udviklet i Højesterets praksis, men det er nu også et retsområde, hvor adskillige ensartede retsspørgsmål opstår. I de tilfælde, hvor Højesteret nøjes med at påpege et hul i lovgivningen, sidder ministeren for det pågældende ressortområde typisk parat til at gribe ind. Man kunne måske indvende, at tærsklen for, hvornår Højesteret overlader et spørgsmål til den lovgivende magt, er temmelig lav, men spørgsmålet i sagen om bankvalideringsreglerne var nu en gang meget teknisk.

Jeg bemærkede, at du i dit oplæg skrev, at Højesteret formentlig er mere tilbøjelig til at udøve retsskabende virksomhed i sager om ”rent teknisk-juridiske” spørgsmål. Jeg må tilstå, at jeg finder denne betegnelse misvisende. De retsområder, som du betegner som ”rent teknisk-juridiske”, er ofte af central betydning for erhvervslivet og for borgernes forhold til administrationen – og dermed for såvel enkeltborgere som samfundet som helhed. Ikke desto mindre er det sandt, at betydelige dele af obligationsretten, erstatningsretten og forvaltningsretten oprindeligt er blevet udviklet i retspraksis – ofte med vigtige bidrag fra retsvidenskaben. Højesteret har været retsskabende inden for store, centrale områder og dermed bidraget til at sikre sammenhæng i retssystemet.

Christoffer de Neergaard: Har du indtryk af, at der er tilslutning til opfattelsen om, at Højesterets retsskabende virksomhed ofte er fornuftig og vigtig?

¹³ Jf. Højesterets dom af 8. december 1997 i sag nr. 286/1994, gengivet i UfR.1998.204.H.

¹⁴ Jf. Højesterets dom af 8. december 1997 i sag nr. 286/1994, gengivet i UfR.1998.204.H.

Karsten Hagel-Sørensen: Det er faktisk et spørgsmål, som jeg har berørt i et festskrift til Claus Gulmann,¹⁵ hvor jeg omtalte den såkaldte Gyproc-kendelse.¹⁶ Her anerkendte Højesteret, at domstolene kunne tillægge søgsmål vedrørende administrative afgørelser opsættende virkning uden lovhjemmel til det.¹⁷ Niels Pontoppidan, der dog ikke deltog i sagens pådømmelse, var højesteretspræsident på det tidspunkt, og han havde udtalt på et Nordisk Juristmøde, at den retstilstand, som Gyproc-kendelsen senere skulle føre til, næppe ville stemme overens med grundlovens § 3.¹⁸

Et andet eksempel på Højesterets retsskabelse finder man i dommen om den såkaldte 28-årsregel.¹⁹ Spørgsmålet var, om udlændingelovens dagældende § 9, stk. 7,²⁰ var forenelig med Menneskerettighedskonventionens artikel 8 og 14.²¹ Bestemmelsen indebar nemlig, at personer, der havde haft dansk indfødsret i 28 år, ikke behøvede at opfylde noget tilknytningskrav til Danmark for at få familiesammenføring. Imidlertid fandt Højesterets mindretal på tre dommere, at 28-års-reglen burde fortolkes således, at tilknytningskravet ikke skulle finde

¹⁵ Jf. K. Hagel-Sørensen, "Domstolenes retsskabelse" i B. Vesterdorf, K. Hagel-Sørensen og N. Fenger (red.), *Festskrift til Claus Gulmann: Liber Amicorum*, København, Thomson/GadJura, 2006, s. 185-207.

¹⁶ Jf. Højesterets kendelse af 24. august 1994 i sag nr. 86/1994, gengivet i UfR.1994.823.H.

¹⁷ Jf. Højesterets dom af 25. august 1994 i sag nr. 315/1993, gengivet i UfR.1994.827.H.

¹⁸ Jf. det 33. Nordiske Juristmøde i København, 18.-20. august 1993, bind I, s. 333-334, som er gengivet i K. Hagel-Sørensen, "Domstolenes retsskabelse" i B. Vesterdorf, K. Hagel-Sørensen og N. Fenger (red.), *Festskrift til Claus Gulmann: Liber Amicorum*, København, Thomson/GadJura, 2006, s. 190.

¹⁹ Jf. Højesterets dom af 13. januar 2010 i sag nr. 478/2007, gengivet i UfR.2010.1035.H.

²⁰ Jf. lovbekendtgørelse nr. 685 af 24. juli 2003 af udlændingeloven, hvis § 9, stk. 7, 1. pkt., foreskrev: "Opholdstilladelse [...], når den herboende person ikke har haft dansk indfødsret i 28 år [...], kan, medmindre ganske særlige grunde taler derimod, kun gives, såfremt ægtefællernes eller samlevernes samlede tilknytning til Danmark er større end ægtefællernes eller samlevernes samlede tilknytning til et andet land."

²¹ Menneskerettighedskonventionens artikel 8, stk. 1, foreskriver, at "[e]nhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance", mens artikel 14 bestemmer, at "[n]ydelsen af de i denne Konvention anerkendte rettigheder og friheder skal sikres uden forskel på grund af køn, race, farve, sprog, religion, politisk eller anden overbevisning, national eller social oprindelse, tilhørighed til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel eller ethvert andet forhold."

anvendelse i tilfælde, hvor en person var dansk statsborger og fyldt 28 år.²² En sådan fortolkning ville i mine øjne have indebåret en omskrivning af udlændingelovens dagældende § 9, stk. 7. Mindretallet omfattede daværende højesteretspræsident Torben Melchior, som ellers syntes kritisk indstillet over for domstolenes retsskabelse i politiske sager.²³

Et tredje eksempel er sagsforløbet om den såkaldte ”strafabat” for ægtefællebrab, hvor Højesteret i mine øjne var aldeles retsskabende. Det principielle problem i sagsforløbet var spørgsmålet om domstolenes strafudmåling og grænserne for den lovgivende magts kompetence i så henseende. Oprindeligt var udgangspunktet, at ethvert drab udløste 12 års fængselsstraf, medmindre der forelå skærpene eller formildende omstændigheder. I 1993 afsagde Højesteret en dom med deltagelse af intet mindre end 13 (!) dommere,²⁴ hvor et flertal på ni dommere fandt, at en fængselsstraf på 10 år var passende, idet der ikke forelå nogle særlige omstændigheder i sagen. Mindretallet på fire dommere udtalte derimod, at straffen i overensstemmelse med hidtidig praksis som udgangspunkt skulle fastsættes til fængsel i 12 år, og at de ikke fandt grundlag for en generel nedsættelse af strafudmålingsniveauet. Dommen førte til, at ægtefællebrab i de følgende 16 år som udgangspunkt udløste fængselsstraf i 10 år frem for 12. I 2008 agtede daværende justitsminister Brian Mikkelsen at fremsætte et lovforslag, der skulle føre retstilstanden tilbage til tiden før 1993, men et brev fra daværende højesteretspræsident Torben Melchior fik ham på andre tanker. I brevet havde Torben Melchior skrevet, at straffastsættelse var et centralt led i domstolenes virksomhed, og at det ville være beklageligt at lovgive uden først at forelægge spørgsmålet for domstolene. Højesteret endte med selv at ændre sin hidtidige praksis i 2009, så udgangspunktet for ægtefællebrab på ny blev til 12 års fængselsstraf.²⁵ Sagsforløbet er en glimrende illustration af grænsen mellem den lovgivende magts og den dømmende magts respektive kompetence.

²² Jf. Højesterets dom af 13. januar 2010 i sag nr. 184/2009, gengivet i UfR.2010.1062.H.

²³ Jf. T. Melchior, ”Maastricht, Tvind... og hvad så?” i T. Iversen, L.H. Kristensen og E. Werlauff (red.), *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, s. 218, T. Melchior, ”Forord” i P. Magid m.fl. (red.), *Højesteret – 350 år*, København, Gyldendal, 2011, s. 8, og T. Melchior, ”Hvem bestemmer: Folketinget eller domstolene?”, *Ugeskrift for Retsvæsen*, UfR.2011B.43, 2011, s. 44.

²⁴ Jf. Højesterets dom af 2. juni 1993 i sag nr. 97/1993, gengivet i UfR.1993.742.H.

²⁵ Jf. Højesterets dom af 5. oktober 2009 i sag nr. 156/2009, gengivet i UfR.2010.119.H.

Christoffer de Neergaard: Du har givetvis ret i, at Højesteret sommetider kan være temmelig retsskabende, men er du ikke enig i den gængse præmis om, at Højesteret trods alt er tilbageholdende i sammenligning med andre domstole?

Karsten Hagel-Sørensen: Der kan måske nok være noget om, at Menneskerettighedsdomstolen kan gå lidt vidt, f.eks. når det drejer sig om fortolkningen af Menneskerettighedskonventionens artikel 11 om foreningsfrihed.²⁶ I den såkaldte Baykara-dom²⁷ sadlede et enstemmigt storkammer f.eks. fuldstændigt om i forhold til tidligere retspraksis ved at udtale, at retten til foreningsfrihed nu også indebar retten til kollektive overenskomstforhandlinger.²⁸ Dommen var i mine øjne helt utrolig.

Det er derudover også sandt, at f.eks. den amerikanske højesteret kan være retsskabende. En helt afgørende forskel mellem det danske og amerikanske forfatningssystem er formentlig, at vi i Danmark har et uhyre effektivt lovgivningsapparat. I Danmark er lovgivningen ofte af høj kvalitet, og vi kan også vedtage love meget hurtigt. Jeg tror derfor, at den væsentligste årsag til den amerikanske højesterets retsskabelse er, at den ofte må træde til for at kompensere for det amerikanske lovgivningsapparats ineffektivitet. Det kan dog være problematisk, når retsskabelsen foregår på grundlovsniveau, fordi den amerikanske højesteret dermed kan sætte Kongressen og Senatet fuldstændigt ud af spil. Det er sandt, når *Jens Peter Christensen* f.eks. skriver,²⁹ at den danske grundlov på grund af § 88 er meget svær at ændre, men det kan lade sig gøre, og tronfølgeoven blev jo f.eks. ændret i 2009.³⁰ Når grundloven nu en gang er så vanskelig at ændre, mener jeg, at Højesteret bør være særligt varsom med at være retsskabende på

²⁶ Jf. Menneskerettighedskonventionens artikel 11, stk. 1, foreskriver, at "[e]nhver har ret til [...] til foreningsfrihed, herunder ret til at oprette og slutte sig til fagforeninger for at beskytte sine interesser".

²⁷ Jf. Menneskerettighedsdomstolens dom af 12. november 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, 34503/97, CE:ECHR:2008:1112JUD003450397.

²⁸ Jf. Menneskerettighedsdomstolens dom af 12. november 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, 34503/97, CE:ECHR:2008:1112JUD003450397, præmis 145 og 154.

²⁹ Jf. J.P. Christensen, "Grundlovstolkning – mellem jura og politik" i E. Holmøyvik (red.), *Tolkningar av Grunnlova: Om forfatningsutviklinga 1814-2014*, Oslo, Pax Forlag, 2013, s. 127, og J.P. Christensen, "Internationale konventioners betydning for Højesterets grundlovsfortolkning", *Ugeskrift for Retsvæsen*, UFR.2013B.15, 2013, s. 15.

³⁰ Jf. lov nr. 528 af 12. juni 2009 om ændring af tronfølgeoven (Ligestilling mellem kønnene i arvefølgen – fremsat i henhold til proceduren i Grundlovens § 88).

grundlovsniveau, og det har heldigvis også været tilfældet indtil nu. På det punkt adskiller Højesteret sig afgørende fra den amerikanske højesteret.

Christoffer de Neergaard: Men findes der domme, hvor Højesterets retsskabende virksomhed har været på grundlovsniveau?

Karsten Hagel-Sørensen: Ja, i visse tilfælde kan man overveje, om Højesterets retsskabelse har været på lovniveau eller grundlovsniveau. I den første Maastricht-dom fra 1996 fortolkede Højesteret f.eks. kriteriet om retlig interesse udvidende i sager af indgribende betydning for befolkningen i almindelighed.³¹ Retsplejeloven er fuldstændig tavs om spørgsmålet, og man kan derfor overveje, om Højesterets fortolkning var på grundlovsniveau. Det var den formentlig ikke, men den anden Maastricht-dom³² indeholder jo en fortolkning af grundlovens § 20, som binder den lovgivende magt. Desuden findes der andre eksempler, hvor Højesterets fortolkning mere utvivlsomt var på grundlovsniveau.

I 1998 afsagde Højesteret to domme om støjgener fra et motorvejsanlæg,³³ som daværende højesteretsdommer Lene Pagter Kristensen kommenterede.³⁴ Sagerne angik grundlovens § 73, der hjemler ”fuldstændig erstatning” for enhver ekspropriation af ejendom. Det principielle i sagerne var, at der ikke var nogen egentlig ekspropriation af de pågældende ejendomme, som alene blev berørt indirekte ved, at deres rekreative værdi blev forringet af støjen fra det nærliggende motorvejsanlæg. Højesteret udtalte, at det som udgangspunkt var den samme vurdering, der gjaldt efter naboretten og grundlovens § 73, og dermed, at grundlovens § 73 også indeholdt en vis tålegrænse. Lene Pagter Kristensen anførte ligeledes, at tålegrænsen fandt anvendelse, uanset om der var foretaget ekspropriation.³⁵ Når Højesteret har fortolket en tålegrænse ind i grundlovens § 73, opstår spørgsmålet, om regeringen og Folketinget ville kunne ændre det. Den lovgivende magt kan godt lave erstatningsregler, der er mere kulanceprægede, end

³¹ Jf. Højesterets dom af 12. august 1996 i sag nr. 272/1994, gengivet i UfR.1996.1300.H.

³² Jf. Højesterets dom af 6. april 1998 i sag nr. 361/1997, gengivet i UfR.1998.800.H.

³³ Jf. Højesterets domme af 1. december 1998 i sag nr. 561/1996, gengivet i UfR.1999.353.H, og i sag nr. 257/1997, gengivet i UfR.1999.360.H.

³⁴ Jf. L.P. Kristensen, ”UfR 1999 side 353 og 360 – Højesterets domme af 1. december 1998”, *Ugeskrift for Retsvæsen*, UfR.2000B.403, 2000, s. 403-413.

³⁵ Jf. L.P. Kristensen, ”UfR 1999 side 353 og 360 – Højesterets domme af 1. december 1998”, *Ugeskrift for Retsvæsen*, UfR.2000B.403, 2000, s. 403-404.

de gældende retsregler ville nødvendiggøre, Det er f.eks. sket vedrørende godtgørelse til hiv-smittede, og det ville vel også kunne ske på det ekspropriationsmæssige område. Så vidt jeg husker, er der også lavet en særligt gunstig erstatningsregel ved opstilling af vindmøller på land. Så jeg ville mene, at man godt ville kunne fjerne den tålegrænse, som Højesteret har fortolket ind i grundlovens § 73, ved almindelig lov.

Starthjælpsdommen³⁶ og Lissabon-dommene³⁷ udgør formentlig også eksempler, hvor Højesterets fortolkning var på grundlovsniveau.

Christoffer de Neergaard: Det kunne tyde på, at du for så vidt er tilhænger af Højesterets retsskabende virksomhed, så længe den kun finder sted på lovniveau. Hvordan kan det være?

Karsten Hagel-Sørensen: Ja, i mine øjne er der intet i vejen for, at Højesteret udøver retsskabende virksomhed på lovniveau i tilfælde, hvor Højesteret har det fornødne grundlag for det. En god forklaring på det findes i en definition fra FN's Sikkerhedsråd, hvorefter den legitime stat bygger på retsstatsprincippet.³⁸ Definitionen har egentlig til formål at muliggøre en sontring mellem frihedskæmpere og terrorister: Forskellen mellem de to er, at mens terrorister forsøger at bekæmpe en legitim stat, forsøger frihedskæmpere at bekæmpe en illegitim stat, dvs. en stat, som ikke bygger på retsstatsprincippet. Hvis man f.eks. tager Baader Meinhof-gruppen, var der ifølge definitionen åbenlyst tale om terrorister, for Vesttyskland var en legitim stat, der byggede på retsstatsprincippet. I min Max Sørensen-forelæsning overførte jeg definitionen til de danske domstole, og min konklusion blev, at domstolene som vogtere af demokratiet og retsstatsprincippet er legitime.

Christoffer de Neergaard: Den konklusion glæder mig selvsagt meget! Men er der ikke også domme, hvor Højesteret har afsagt obiter dicta, som ikke nødvendigvis var så velovervejede?

³⁶ Jf. Højesterets dom af 15. februar 2012 i sag nr. 159/2009, gengivet i UfR.2012.1761.H.

³⁷ Jf. Højesterets domme af 11. januar 2011 i sag nr. 336/2009, gengivet i UfR.2011.984.H, og af 20. februar 2013 i sag nr. 199/2012, gengivet i UfR.2013.1451.H.

³⁸ Jf. betænkning nr. 217/2006 over Forslag til lov om ændring af straffeloven, retsplejeloven og forskellige andre love, s. 2.

Karsten Hagel-Sørensen: Jo, og det er et spørgsmål, som jeg faktisk har forholdt mig til i et foredrag om Ajos-dommen³⁹ i Juridisk Forening i 2018. Et af mine budskaber var, at Højesteret havde afsagt et unødvendigt obiter dictum i Ajos-dommen. Først afviste Højesteret, at generelle EU-retlige principper skulle være umiddelbart anvendelige i Danmark og dermed pålægge private virksomheder og borgere pligter. Men derefter tilføjede Højesteret, at det samme i øvrigt også gjaldt Chartret.⁴⁰ Den tilføjelse var ikke nødvendig, for sagens faktum havde fundet sted inden Chartrets ikrafttræden d. 1. december 2009. Dermed har Højesteret skabt et hul i tiltrædelsesloven, som jeg ikke er sikker på, at regeringen og Folketinget ville have ønsket. Spørgsmålet er nu, om hullet ville kunne lukkes uden at følge proceduren i grundlovens § 20. Det mener jeg ikke, og det er højst tvivlsomt, om man ville kunne opnå det fornødne flertal på fem sjettedele af Folketingets medlemmer.⁴¹ Som oftest er Højesteret uhyre fornuftig, men jeg er ikke sikker på, hvor velovervejet det obiter dictum var. Under alle omstændigheder var sagen uheldig, og EU-Domstolen burde nok også have fornemmet, hvad der var under opsejling, da Højesterets kendelse i sagen var blevet afsagt af hele ni dommere.⁴²

Christoffer de Neergaard: Så den omstændighed, at ni dommere medvirkede i kendelsen, burde måske have fået EU-Domstolen til at tænke sig om en ekstra gang i sin præjudicielle afgørelse?⁴³

³⁹ Jf. Højesterets dom af 6. december 2016 i sag nr. 15/2014, gengivet i UfR.2017.824.H.

⁴⁰ Jf. Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder (2016/C 202/02).

⁴¹ Jf. grundlovens § 20, stk. 1, der foreskriver, at "[b]eføjelser, som efter denne grundlov tillkommer rigets myndigheder, kan ved lov i nærmere bestemt omfang overlades til mellemfolkelige myndigheder, der er oprettet ved gensidig overenskomst med andre stater til fremme af mellemfolkelig retsorden og samarbejde", mens grundlovens § 20, stk. 2, 1. pkt., bestemmer, at vedtagelse af et sådant lovforslag kræver "et flertal på fem sjettedele af folketingets medlemmer".

⁴² Jf. Højesterets kendelse af 22. september 2014 i sag nr. 15/2014, gengivet i UfR.2014.3667.H.

⁴³ Jf. EU-Domstolens dom af 19. april 2016, *DI*, C-441/14, EU:C:2016:278.

Karsten Hagel-Sørensen: Ja, det synes jeg. I 2012 skrev jeg en afhandling om antallet af dommere i Højesterets afgørelser i de foregående 25 år.⁴⁴ I perioden 1986-2010 havde Højesteret sat sig med flere end syv dommere i 101 sager. I afhandlingen spurgte jeg mig selv, hvad der kendetegnede de sager. Mit svar blev, at des flere højesteretsdommere, der deltog, desto mere principiel var sagen som udgangspunkt. I Højesterets første dom om ægtefælledrab i 1993 deltog som nævnt 13 dommere,⁴⁵ mens ni dommere medvirkede i den anden sag om ægtefælledrab i 2009.⁴⁶ Antallet af højesteretsdommere kan give et fingerpeg om, hvor principiel en sag er – og måske også om, hvor sandsynligt det er, at Højesteret vil udøve retsskabende virksomhed.

I mine øjne er det et historiens held, at vi har en fornuftig Højesteret, der formår at løfte sin opgave om at sikre retsenhed i det danske retssystem. Det har været en sand fornøjelse at føre så mange sager for Højesteret og i den forbindelse at forsøge at bidrage til, at Højesteret kunne træffe sine afgørelser på et så fuldstændigt faktisk og retligt grundlag som muligt.

⁴⁴ Jf. K. Hagel-Sørensen, ”Højesterets plenumafgørelser 1986-2010” i J.H. Danielsen m.fl. (red.), *Festskrift til Jens Fejø*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2012, s. 145-156.

⁴⁵ Jf. Højesterets dom af 2. juni 1993 i sag nr. 97/1993, gengivet i UfR.1993.742.H.

⁴⁶ Jf. Højesterets dom af 5. oktober 2009 i sag nr. 156/2009, gengivet i UfR.2010.119.H.