

Interview med Lars Bay Larsen, dommer ved EU-Domstolen

Christoffer de Neergaard*

Interviewet nedenfor med højesteretsdommer og dommer ved EU-Domstolen Lars Bay Larsen er blevet udarbejdet af daværende stud.jur. Christoffer de Neergaard d. 3. 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?'. For at besvare problemformuleringen fyldestgørende og videnskabeligt opererede Christoffer med fire kernebegreber, nemlig 'retsanvendende virksomhed', 'retsudfyldende virksomhed', 'retsskabende virksomhed' og 'aktivisme', som Christoffer definerede i et afsnit ved navn 'Begrebsafklaring'. Det er årsagen til, at Christoffer bl.a. spurgte Lars Bay Larsen om hans forståelse af de fire begreber. Den fulde specialeafhandling kan rekvireres ved at rette henvendelse til Christoffer.

Interviewet med Lars Bay Larsen er det første af tre, eftersom Christoffer også interviewede højesteretsdommer, dr.jur. Jens Peter Christensen og fhv. kammeradvokat og adjungeret professor Karsten Hagel-Sørensen. De to øvrige interview vil blive bragt i de kommende to numre af Retskraft. 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

* Cand.jur., MJur-studerende ved University of Oxford [cjtnd@gunderslevholm.dk]

enkelt fysisk møde. Efterfølgende blev interviewene undergivet en omfattende efterbehandling, som havde til formål at sikre en retvisende gengivelse af dem. Interviewene er desuden blevet forsynet med henvisninger til relevant lovgivning, retspraksis og litteratur.

Christoffer de Neergaard: Årsagen til, at jeg gerne ville tale med dig, er, at du – foruden at være dommer ved EU-Domstolen – tillige er højesteretsdommer. Med al sandsynlighed vil det kunne bidrage med et par interessante perspektiver til min specialeafhandling, at du ligeledes er dommer ved EU-Domstolen, da du dermed kender begge domstole indefra. Men det er navnlig din indsigt i Højesteret, som er relevant for min specialeafhandling. Må jeg som det første spørge dig, hvad du forstår ved 'retsanvendelse', 'retsudfyldning', 'retsskabelse' og 'aktivisme'?

Lars Bay Larsen: Arbejdet som dommer, hvad enten det er i Højesteret eller ved EU-Domstolen, handler om at træffe den juridisk rigtige afgørelse i konkrete sager. Når man som dommer skal afgøre en sag, ligger det i situationen, at man er tilbøjelig til at skue mere tilbage end frem, for man ved jo ikke nødvendigvis, hvor man er på vej hen, men man ved principielt altid, hvor man kommer fra, og hvad man i retspraksis har gjort tidligere. Spørgsmålet er med andre ord, hvordan den brik i puslespillet, som man netop skal til at lægge, passer ind i forhold til de brikker, som man og ens kolleger allerede har lagt. Det drejer sig om at finde den rigtige brik i puslespillet her og nu, hvorimod det i betydeligt mindre grad drejer sig om at finde den brik, som man skal lægge tusinde brikker senere. I mine øjne er hverken EU-Domstolen eller Højesteret synderligt begejstrede for at afsige obiter dicta, dvs. udtale sig om mere end det, som en given sag giver anledning til. Jeg forstår dog fuldt ud, hvorfor det kan være fristende, ikke mindst fra et akademisk synspunkt.

En landmand, som har fået til opgave at pløje en mark op, og som med ploven spændt på sin traktor allerede er i fuld færd med pløjningen, kan måske få øje på en anden mark i nærheden. Landmanden er måske ikke blevet bedt om også at pløje den anden mark op. Men han kan måske blive klar over, at den sådan set trænger til det, og det kan også være, at han ved, at han sandsynligvis vil få til opgave at pløje denne mark op en anden dag. Hvis vejret nu fortsat er

godt, og landmanden allerede har haft besværet med at spænde ploven på traktoren, kan han måske blive fristet af også at pløje den næste mark op for dermed at gøre helt rent bord og slippe for at skulle spænde ploven for igen en anden dag. Faren kan dog være, at den anden mark har en lidt anden beskaffenhed end den mark, som landmanden allerede har pløjet op, hvilket landmanden måske ikke rigtigt var blevet varslet om på forhånd. Der viste sig med andre ord at være nogle forhold, som landmanden ikke rigtigt havde tænkt over, mens han pløjede den første mark op. I de tilfælde er det min erfaring, at det er meget bedre for landmanden at vente, til han får den opgave, der utvivlsomt ligger på den anden side af det levende hegn. Det er en fejltagelse, som jeg tror, at mange domstole er kommet til at begå før eller siden. Man giver efter for en trang til at formulere sig lidt bredere, lidt mere generelt og på en måde, så dommens rækkevidde kommer til at gå videre end til de spørgsmål, hvorom parterne har procederet.

Christoffer de Neergaard: Dit smukke billedsprog synes at lægge op til, at dommere bør holde sig til at anvende den ret, som de allerede kender til, frem for at skabe ny ret på et utilstrækkeligt oplyst grundlag, hvis de ikke er helt sikre på, hvordan marken ser ud på den anden side af det levende hegn?

Lars Bay Larsen: Det synes jeg absolut, og det er også det forfatningsretlige udgangspunkt. Dommere er legitimerede til at løse konkrete retstvister, men de har i udgangspunktet ikke noget mandat til at skabe ret, og det er desuden heller ikke deres spidskompetence. I et demokrati som det danske er det de folkevalgte politikere, der har den demokratiske legitimitet til at vedtage love. Det udgangspunkt kan måske variere lidt rundt omkring i Europa, hvilket kan hænge sammen med de enkelte landes historie. Befolkningerne i lande, hvor statsmagten historisk har været repressiv, kan givetvis have en mere begrænset tillid til politiske organer og en større tillid til dommere, hvor risikoen for korruption alt andet lige kan synes mindre. Det oplever vi heldigvis ikke i Danmark, hvor tilliden til demokratiet med rette er stor. Selvfølgelig kan danske politikere også begå fejl, men det gør de som regel ikke, fordi de er ondskabsfulde eller korrumpere. Som altovervejende udgangspunkt forsøger danske politikere at gøre det så godt, som de overhovedet kan.

Christoffer de Neergaard: Så hvis man anerkender den gængse præmis om, at Højesteret som oftest er forholdsvist forsigtig, kan det så skyldes, at det danske samfund historisk har været meget stabilt, og at den demokratiske proces har fungeret tilfredsstillende?

Lars Bay Larsen: Ja, det kan det nok. Det interessante ved Højesteret er, at det er en gammel institution, som har formået at udvikle sig og følge med tiden. Samtidig er det forbløffende, hvor meget arvegods fra de oprindelige instrukser fra enevælden der er bevaret i Højesterets arbejdsmåde. Det afspejles f.eks. i voteringsprotokollerne, der er bevarede for hele perioden fra Højesterets fødsel i 1661 og i et vist omfang også for tiden forinden med Kongens Retterting. De ældre voteringsprotokoller opbevares i dag i Rigsarkivet, men de kan fortsat konsulteres, hvis dommerne i Højesteret måtte have brug for dem til at forberede deres voteringer.

Christoffer de Neergaard: Gjorde du selv brug af ældre voteringsprotokoller i dit arbejde som højesteretsdommer?

Lars Bay Larsen: Ja, det gjorde jeg faktisk. Enkelte gange rekvirerede jeg voteringsprotokoller fra 1800-tallet for at granske ældre sager, som jeg troede kunne være af betydning. Ældre højesteretsdomme er ofte mindre udførligt begrundede, end de er i dag. Derfor kan det være interessant at se, hvad højesteretsdommerne rent faktisk lagde vægt på i deres voteringer – lidt ligesom, når man studerer Folketingets forhandlinger for at forstå, hvad den lovgivende magt lagde vægt på, da den vedtog en given lov. Sommetider forundres man over, at et senere opstået retligt spørgsmål slet ikke har spillet nogen rolle i Folketingets drøftelser.

Christoffer de Neergaard: Måske fordi den lovgivende magt ikke kan forudse enhver tænkelig situation?

Lars Bay Larsen: Ja, jeg mindes den såkaldte blødersag fra 1980'erne og 1990'erne, da hiv kom til Danmark. Dengang foretog man ikke en systematisk

screening og varmebehandling af donorblod, hvilket førte til, at et stort antal blødere blev smittet med hiv. Bløderne rejste derfor erstatningssag mod staten – en sag, som de i alt væsentligt og efter et meget langt sagsforløb endte med at tabe i både landsretten og Højesteret. På et tidspunkt besluttede Folketinget derfor at yde hver af de smittede blødere en kulancemæssig godtgørelse, der ad flere omgange blev forhøjet. Denne ordning var tydeligvis møntet på de omkring 100 hiv-smittede blødere. Der viste sig dog også at være nogle få andre personer, som ligesom bløderne måtte antages at være blevet smittet med hiv gennem behandling med inficeret donorblod, f.eks. ved en blodtransfusion. Spørgsmålet var nu, om de personer, der til forskel fra bløderne ikke var organiseret, skulle anses for omfattet af ordningen om kulancemæssig godtgørelse, selv om ordningen, der var beskrevet i et såkaldt akstykke, efter sin ordlyd kun rettede sig mod bløderne. Spørgsmålet blev i det videre politiske forløb i Folketinget løst således, at de øvrige personer også blev omfattet af ordningen. Havde det ikke været tilfældet, ville spørgsmålet formentlig være blevet indbragt for domstolene.

Christoffer de Neergaard: I sådanne situationer kan der opstå et 'retstomt rum', der kan give anledning til at overveje, hvordan man som dommer bør løse det retlige problem, som den konkrete sag giver anledning til. Synes du, at dommere i sådanne tilfælde bør gøre brug af lidt friere fortolkninger?

Lars Bay Larsen: Som oftest vil Højesteret nok være forsigtig i sådanne situationer, fordi Højesteret mener, at det hverken er Højesterets opgave eller spidskompetence. Men i Højesterets dom om kompensationskrav mellem ugifte samlevende fra 1984¹ kan man muligvis tale om, at Højesteret vovede sig lidt mere frem på banen på baggrund af nogle mere almindelige betragtninger. Sagen bør imidlertid ses i lyset af, at den blev afsagt i en tid med megen diskussion om ugifte samlevende i både den politiske og retsvidenskabelige debat. Det var en tid, hvor ægteskabet var under pres. Men i mine øjne vovede Højesterets flertal sig længere ud på noget, som nogen måske ville opfatte som gyngende grund, hvis jeg kan udtrykke det på den måde.

¹ Højesterets dom af 18. januar 1984 i sag nr 527/1982, gengivet i UfR 1984 166/2 H.

Højesterets to domme i sagen om de islandske håndskrifter er nok også et eksempel på, at Højesterets følte sig kaldet til at gå videre, end man ellers gør.² Der var dog tale om en helt særegen situation, som nok også må forstås i lyset af sagens historiske omstændigheder. Sagen opstod nemlig i kølvandet på Islands selvstændighed, først som kongerige i personalunion med Danmark i 1918 og fra 1944 som selvstændig republik. Den 25-års-periode, som var blevet aftalt mellem Danmark og Island i 1918, udløb med udgangen af 1943, dvs. under Anden Verdenskrig, hvor Danmark var besat af Tyskland og stod uden regering. Der var derfor en vis bitterhed i Danmark over, at Island havde ophævet personalunionen med Danmark uden at drøfte det med Danmark. Danmarks officielle holdning blev imidlertid, at man skulle se fremad og reparere de sår, der endnu måtte være. Jeg tror derfor, at Højesterets domme skal ses i det lys.

Christoffer de Neergaard: Men hvordan kan det være, at der ikke er flere domme, hvor Højesteret tilsidesætter den lovgivende magts vurderinger?

Lars Bay Larsen: Du har ret i, at der ud over Tvind-dommen ikke er mange af den slags domme.³ Det skyldes formentlig dels, at den lovgivende magt som regel gør sig meget umage for at overholde de forfatningsretlige spilleregler. Derudover har vi jo også en grundlov, som ikke vrimler med meget præcise bestemmelser, men som er præget af mere runde og brede formuleringer. Mange af grundlovens bestemmelser er såkaldte løfteparagraffer, der alene fastslår, at visse forhold skal ordnes ved lov, som det f.eks. skete ved retsplejeloven, der først trådte i kraft i 1919, dvs. 70 år efter Junigrundloven. Grundlovens karakter er i mine øjne en af grundene til, at vi har kunnet leve så glimrende med den i så mange år. I flere andre europæiske lande revideres forfatningerne langt hyppigere, fordi de ofte indeholder adskillige bestemmelser, som er mere specifikke end grundlovens.

² Højesterets domme af 17. november 1966 i sag nr 107/1966, gengivet i UfR 1967 22 H, og af 18. marts 1971 i sag nr 68/1970, gengivet i UfR 1971 299 H.

³ Højesterets dom af 19. februar 1999 i sag nr 295/1998, gengivet i UfR 1999 841 H.

Christoffer de Neergaard: Så det forholdsvist lave antal sager om grundloven skyldes formentlig, at grundloven ikke siger så frygteligt meget, snarere end at Højesterets grundlovsfortolkning er for forsigtig?

Lars Bay Larsen: Ja, jeg tror, at grundlovens lidt begrænsede rækkevidde spiller en betydelig rolle. Jeg kan huske, at vi i Justitsministeriet skulle vurdere et lovudkast, der muligvis kunne rejse spørgsmål om grundlovens § 75, stk. 2, hvorefter '[d]en, der ikke selv kan ernære sig eller sine, og hvis forsørgelse ikke påhviler nogen anden, er berettiget til hjælp af det offentlige'. Spørgsmålet var, hvor langt nede barren for sociale ydelser kunne sættes af den lovgivende magt i forhold til grundlovens § 75, stk. 2, der vel foreskriver en vis social minimumsstandard.

Christoffer de Neergaard: Men ville en bestemmelse såsom grundlovens § 75, stk. 2, ikke kunne undergives en mere dynamisk fortolkning af Højesteret som et 'living instrument', der skulle fortolkes i lyset af 'present day conditions', hvis Højesterets fortolkningsstil havde været som Menneskerettighedsdomstolens?

Lars Bay Larsen: Jo bestemt, men her er det værd at overveje, om det ikke er grundlovens fædre, der har været forudseende ved i grundlovens § 75, stk. 2, at indbygge en dynamik i form af en social standard, der ændrer sig over tid i takt med den økonomiske og sociale udvikling, snarere end det er Højesteret, der er aktivistisk.

Christoffer de Neergaard: Men er Højesteret sommetider for forsigtig? Selv om jordlovsdommene efterhånden er temmelig historiske, hævdes det visse steder, at jordlovene var i strid med grundloven, og at Højesteret derfor burde have tilsidesat dem. I fæsteafløsningssagen⁴ var der endda oprindeligt et flertal på 6-5 for at tilsidesætte fæsteafløsningsloven⁵ som grundlovsstridig. Én dommer besluttede sig dog for at ændre sit votum, hvorfor udfaldet blev det modsatte.

⁴ Højesterets dom af 18. maj 1921 i sag nr 116/1921, gengivet i UfR 1921 644 H.

⁵ Lov nr 373 af 30. juni 1919 om Fæstegodsets Overgang til Selveje m.m.

Lars Bay Larsen: Ja, men det kan forekomme, at man som højesteretsdommer ombestemmer sig undervejs i sagen – og det samme kan i øvrigt også ske ved EU-Domstolen. Efter den formelle votering, der begynder med den i anciennitet yngste dommer og slutter med retsformanden, sætter højesteretsdommerne sig ind i et tilstødende lokale, hvor domsskrivningen finder sted. Domsskrivningen tager som regel udgangspunkt i det udkast til domsbegrundelse, som den førstevoterende dommer har forberedt. Hvis flertallet ønsker en anden løsning på sagen, må der et andet udgangspunkt til. Det er ikke noget særsyn, at en eller flere af dommerne ændrer opfattelse undervejs i domsskrivningen, ja det kan endda hænde, at samtlige dommere ændrer opfattelse og når frem til en løsning, som ingen af dem havde voteret for under den formelle votering. Voteringens formål er jo netop, at man afprøver styrken af sine egne og andres argumenter, og at man derved kollektivt bliver klogere – fordi man er flere, der deltager aktivt og engageret i processen. Man skal naturligvis være i stand til at danne sig sin egen mening om sagen, men man bør også være lydhør over for andres argumenter, ikke bare under parternes procedure, men også under og efter voteringen. Det kan ultimativt indebære, at man må revidere sin egen opfattelse fuldkomment.

Domsskrivningen er mere dynamisk end den formelle votering, men måske også mere kaotisk. Undervejs kan den enkelte dommer som nævnt skifte mening. Det kan ske individuelt, men også kollektivt. Der kan dog også være tilfælde, hvor man ikke er helt overbevist af flertallets resultat, men hvor man mener, at sagen ikke fortjener en dissens, og på den baggrund afstår fra at dissentiere.

Christoffer de Neergaard: Du har også skrevet,⁶ at der kan være tilfælde, hvor man afstår fra at dissentiere, fordi man hellere vil have indflydelse på flertallets domsbegrundelse.

Lars Bay Larsen: Ja, i de tilfælde kan flertallet vælge mellem at afsige en dom med dissens eller en énstemmig dom med en lidt mindre vidtrækkende begrundelse. Hvis flertallet vælger at leve med dissensen, er det typisk nødt til omhyggeligt at

⁶ Lars Bay Larsen, 'Domsarbejdet i Højesteret og ved EU-Domstolen' i Børge Dahl, Michael Hansen Jensen og Søren Højgaard Mørup (red), *Festskrift til Jens Peter Christensen* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2016) 859–60.

forklare, hvorfor dissensens argumenter ikke er valide. Det kan sommetider indebære, at ‘fronterne trækkes lidt hårdere op’, men det kan være fint, hvis sagen fortjener det. Der kan herefter opstå det interessante spørgsmål, om de dommere, der tidligere har dissenteret, bliver bundet af flertallets resultat, eller om de kan fastholde deres tidligere synspunkt i fremtidige sager. Min opfattelse er grundlæggende, at en dissenterende dommer som udgangspunkt må bøje sig for flertallets resultat i fremtiden og acceptere det som åndeligt fælleseje på det pågældende retsområde.

Christoffer de Neergaard: Men kan tankegangen om, at en dissenterende dommer er bundet af tidligere retspraksis, ikke være svær at forene med tankegangen om, at man skal vurdere hver sag for sig på grundlag af de konkrete omstændigheder?

Lars Bay Larsen: Nej, for jeg mener, at man som dommer har pligt til at tage højde for de brikker i puslespillet, som ens forgængere allerede har lagt, når man skal vurdere, hvordan den brik, som man nu skal til at lægge, bedst muligt passer ind i det større billede. Hvis puslespillet så småt begynder at tage form af et skib, får man ikke puslespillet op og begynder forfra, blot fordi man synes, at det kunne være morsommere at bygge en katedral. Selvfølgelig kan man godt have indflydelse på, hvordan skibet skal tage sig ud, men der skal stadigvæk være tale om et skib, hvis det er dét puslespil, som Højesteret er i færd med at lægge. Derudover er det klart, at almindelig sund fornuft spiller en væsentlig rolle, og hvis man kan se, at noget burde være på en given måde, så kan det jo selvfølgelig også spille ind i de juridiske overvejelser.

Christoffer de Neergaard: Men det er vel for så vidt rimeligt nok, at almindelig sund fornuft også spiller en væsentlig rolle i Højesterets overvejelser?

Lars Bay Larsen: Ja, det er i mine øjne helt efter bogen, og jeg ved, at mange af mine kolleger i Højesteret deler den opfattelse. Hvis ens mavefornemmelse tilsiger, at en sag bør afgøres på en bestemt måde, kan man sommetider stille de juridiske klodser op, så de fører til det resultat. Det kan dog ikke altid lade sig gøre, og så må man nøjes med at bygge den figur, som det juridiske byggesæt

rækker til – også selv om det kan være en anden figur end den, som man havde i tankerne. Det er interessant, hvordan andre landes regler er indrettede. I tilfælde, hvor dansk ret har én måde at regulere et retligt problem på, kan vore nabolande have et helt andet regelsæt, som dog kan 'gradbøjes' lidt nogle gange, så det i praksis kan føre til samme resultat. Slutresultatet kan dermed være det samme, selv om vejen dertil kan sno sig på forskellige måder. Man kan måske sige, at de nationale dommere i sådanne tilfælde sidder med forskellige juridiske byggesæt, men at de alligevel formår at bygge hver deres bro over den samme flod.