

Interview med højesteretsdommer Jens Peter Christensen

Christoffer de Neergaard*

Interviewet nedenfor med højesteretsdommer, dr.jur. Jens Peter Christensen er blevet udarbejdet af daværende stud.jur. Christoffer de Neergaard d. 5. 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 Jens Peter Christensen om hans forståelse af de fire begreber. Den fulde specialeafhandling kan rekvireres ved at rette henvendelse til Christoffer.

Interviewet med Jens Peter Christensen er det andet af tre, eftersom Christoffer også interviewede højesteretsdommer og dommer ved EU-Domstolen Lars Bay Larsen og fhv. kammeradvokat og adjungeret

Jens Peter Christensen blev d. 3. juni 2022 indstillet til hvervet som højesteretspræsident og tiltrådte rollen d. 1. november 2022. Da interviewet fandt sted i 2020, er Jens Peter Christensen tituleret med sin daværende titel. Af samme grund 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]

professor Karsten Hagel-Sørensen. Interviewet med Lars Bay Larsen er blevet bragt i det foregående nummer af Retskraft, mens interviewet med Karsten Hagel-Sørensen vil blive bragt i det kommende nummer 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 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: I min specialeafhandling anvender jeg forskellige begreber fra den retsvidenskabelige litteratur. Daværende højesteretsdommer Torben Jensen skrev f.eks. om Højesterets ”retsudfyldende” og ”retsskabende” virksomhed i en af sine retsvidenskabelige artikler,¹ mens andre retsvidenskabelige forfattere sommetider taler om domstolenes ”retsanvendende” og ”retsudviklende” virksomhed. Må jeg spørge dig, hvad du forstår ved de begreber?

Jens Peter Christensen: Det er i mine øjne et meget abstrakt spørgsmål. Som højesteretsdommer er min opgave at afgøre konkrete sager, hvor hver part argumenterer for sin side af sagen. I Højesteret er det ofte sådan, at sagen ikke passer som fod i hose ned i de retsregler, som parterne påberåber sig. Det er sjældent, at lovens ordlyd alene kan løse det retlige problem. Vi må derfor også studere forarbejderne, overveje sammenhængen med andre retsregler, tage højde for reelle hensyn og analogibetragtninger samt i det hele taget spørge den sunde fornuft, som vi forhåbentlig selv besidder. I praksis er der et glidende kontinuum fra den simple subsumption, hvor man ”bare” subsumerer et tilfælde under en lovregel og ”retsanvender”, til situationer, hvor man ”retsudfylder”, ”retsudvikler” eller på mere bar bund ”retsskaber”.

¹ Jf. T. Jensen, ”Domstolenes retsskabende, retsudfyldende og responderende virksomhed”, *Ugeskrift for Retsvesen*, UfR.1990B.441, 1990, s. 441-448.

Jeg kan måske eksemplificere det med en nylig dom om afskedigelse af en arbejdstager.² Inden afskedigelsen havde arbejdstageren og arbejdsgiveren mundtligt aftalt nogle særlige vilkår mellem sig. Arbejdsgiveren havde det dog ifølge arbejdstageren med at løbe fra sit ord, hvorfor arbejdstageren havde lydoptaget samtalen uden arbejdsgiverens vidende. Da arbejdsgiveren senere afskedigede arbejdstageren, og det gav anledning til en sag ved byretten, ønskede arbejdstageren at fremlægge den skjulte optagelse. Det fik dog arbejdsgiveren til at udvide sine anbringender med endnu en afskedigelsesgrund, nemlig at arbejdstageren havde lydoptaget samtalen uden arbejdsgiverens vidende. Det problem, som vi stod med i Højesteret, var, at der ikke gjaldt nogen egentlige retsregler på området. Spørgsmålet var så, hvordan man som dommer bør afgøre et retligt spørgsmål, som den lovgivende magt ikke har forholdt sig til. Man kan jo ikke bare fortælle parterne, at de må tage hjem igen med uforrettet sag. Men hvad gør man så? Er der i sådanne tilfælde tale om ”retsudvikling” eller endda ”retsskabelse”? Muligvis befinder det, som vi gjorde i sagen, sig et sted imellem de to begreber. Vi skelede til forarbejderne til lovgivning om beslægtede spørgsmål, f.eks. databeskyttelseslovgivningen. Der var derfor ikke tale om ”juridisk frihåndstegning”. Men man kan godt sige, at der var tale om en vis form for ”retsskabelse”.

Christoffer de Neergaard: Men når man som dommer støder på et ”retstomt rum”, kan det så ikke være fristende selv at skabe ny ret?

Jens Peter Christensen: Måske, men vi har en lang tradition for ikke at kaste os ud i juridisk frihåndstegning i Højesteret. Højesteret holder sig så vidt som overhovedet muligt inden for de rammer, som den lovgivende magt har udstukket, men rammerne kan være brede eller snævre. Det kan være lidt en smagssag, om man vil sige, at vi i en sag er ”retsanvendende”, ”retsudfyldende”, ”retsudviklende” eller ”retsskabende”. Ofte kan der være elementer af det hele i lidt varierende blandingsforhold i dommens forskellige dele. En anden nylig dom kan måske illustrere dette.³ Spørgsmålet var, om krydstogtsejls faldt

² Jf. Højesterets dom af 19. august 2019 i sag nr. BS-42617/2018-HJR, gengivet i UfR.2019.3878.H.

³ Jf. Højesterets dom af 17. marts 2020 i sag nr. 67/2019, gengivet i UfR.2020.1716.H.

inden for tonnageskattelovens § 8, stk. 1, nr. 10, hvorefter sejlads med ”sports-, udflugts- og fritidsformål” beskattes lempeligere. I sådan en dom kan det være svært at sætte dommerens fortolkning på formel. Det er ikke altid til at sige, hvor grænsen går mellem almindelig subsumption og ”retsudfyldning” eller ”retsudvikling”. Ved siden af en lovbestemmelse er der jo altid en konkret virkelighed, som kan have forskellig karakter, og som udvikler sig over tid.

Sommetider taler nogle universitetsjurister om Højesterets ”fortolkningsstrategi” eller ”fortolkningsprogram”. Man kunne næsten få indtryk af, at vi i Højesteret skulle afholde plenarmøder, hvor vi vedtager, hvordan bestemte sagstyper skal afgøres i fremtiden. Det er ikke tilfældet. I Højesteret pådømmer vi hver enkel sag på grundlag af retsreglerne og sagens konkrete omstændigheder. Højesteret har en lang tradition herfor, og hver gang vi afgør en sag, gør vi brug af almindelig juridisk metode med udgangspunkt i den eller de pågældende bestemmelsers ordlyd og forarbejder. Det er anderledes end Menneskerettighedsdomstolen og EU-Domstolen, hvis fortolkningsstil er mindre tekstnær, og hvor man har tradition for at deducere sig frem på baggrund af abstrakte retsprincipper.

Christoffer de Neergaard: Så det er din opfattelse, at Menneskerettighedsdomstolen og EU-Domstolen er mere retsskabende end Højesteret?

Jens Peter Christensen: Ja, det er oplagt. De fleste af menneskerettighedskonventionens bestemmelser er jo med tiden blevet givet et langt videregående indhold af Menneskerettighedsdomstolen, end nogen oprindeligt havde forestillet sig. Og EU-Domstolens retspraksis er ofte karakteriseret ved, at EU-Domstolen på grundlag af et abstrakt retsprincip deducerer sig frem til konkrete resultater, som efter traditionel dansk juridisk tænkemåde er overraskende. Som et eksempel kan nævnes den såkaldte vandscooter-sag. I 2009 traf EU-Domstolen præjudiciel afgørelse i en svensk sag, hvor myndighederne havde begrænset adgangen til at benytte vandscootere.⁴

⁴ Jf. EU-Domstolens dom af 4. juni 2009, *Mickelsson og Roos*, C-142/05, EU:C:2009:336.

Det kunne ifølge EU-Domstolen være i strid med EU-rettens regler om varernes fri bevægelighed. EU-Domstolens afgørelse har betydning for danske myndigheders muligheder for at begrænse adgangen til at benytte vandscootere i Danmark. Selv om EU-Domstolens ræsonnement led for led overholder logikkens regler, er resultatet set fra en traditionel dansk juridisk synsvinkel langt ude. Et klassisk eksempel på Menneskerettighedsdomstolens retsskabende virksomhed er dens anerkendelse af retten til negativ foreningsfrihed til trods for, at konventionens forfattere bevidst undlod at skrive denne ret ind i konventionens artikel 11. I inkorporeringslovens⁵ forarbejder⁶ er det udtrykkeligt forudsat, at konventionens inkorporering i dansk ret ikke må medføre en forskydning af kompetence fra den lovgivende magt til den dømmende magt. Menneskerettighedsbeskyttelsen i dansk ret hviler således på en forudsætning om, at Højesteret ikke skal kaste sig ud i kreative fortolkninger af menneskerettighedskonventionen.

I henhold til grundlovens § 64, 1. pkt., har dommerne i deres kald ”alene at rette sig efter loven”. Sommetider må Højesteret derfor ”give fortabt”, selv om en sag dermed kan få et udfald, som måske ikke harmonerer med almindelig sund fornuft eller rimelighed. Jeg mindes, at jeg i 2009 medvirkede i en sag om en svært hjerneskadet kvinde på et plejehjem.⁷ Da kvindens mand og børn flyttede bopæl, blev det vanskeligt for dem at besøge kvinden på hendes plejehjem. De anmodede derfor om at få hende flyttet til et andet plejehjem, men deres anmodning blev afslået, da kvinden kun kunne flyttes til et andet plejehjem, hvis hun gav sit samtykke til det. Det var hun selvsagt ikke i stand til, og det ville derfor være i strid med serviceloven at flytte hende. Det var en bestemmelse, hvor princippet om samtykke så at sige havde taget overhånd. Men da bestemmelsen var klokkeklar, var der ikke noget at stille op for os i Højesteret. For dog alligevel at gøre noget, indføjede vi en bemærkning om, at ”det [måtte] være lovgivningsmagtens opgave at tage stilling til, om bestemmelsen for så vidt

⁵ Jf. lovbekendtgørelse nr. 750 af 19. oktober 1998 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

⁶ Jf. betænkning nr. 1220/1991 om Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret, s. 147-150.

⁷ Jf. Højesterets dom af 11. juni 2009 i sag nr. 357/2008, gengivet i UfR.2009.2356.H.

angår situationer som den foreliggende [...] [havde] fået et mere restriktivt indhold end tilsigtet”.

Christoffer de Neergaard: Men i sager, hvor en lovbestemmelse fører til et uhensigtsmæssigt resultat, hvorfor sætter Højesteret sig så ikke ud over lovbestemmelsens ordlyd og forarbejder og tager sagen i egen hånd?

Jens Peter Christensen: Fordi vores opgave er at afgøre sagerne i overensstemmelse med loven, jf. grundlovens § 64, 1. pkt. Højesteret er ikke en selvstændig lovgivende magt i konkurrence med Folketinget og regeringen. Det er Folketinget og regeringen, der har det demokratiske mandat til at afveje pærer med bananer. Hertil kommer, at processen i Højesteret er stærkt begrænset i sammenligning med lovgivningsprocessen. Når den lovgivende magt beslutter sig for at vedtage en lov, pågår der typisk et betydeligt lovforberedende arbejde med bl.a. udvalg, kommissioner, betænkninger, høringer osv. Det har til formål at sikre, at loven tager højde for alle de hensyn, som ud fra politiske, tekniske og bredere samfundsmæssige betragtninger er relevante. I Højesteret har vi hørt to advokater fremlægge retsregler og faktum – skåret til efter det, som deres sag angår. Det er ikke noget sikkert grundlag at give sig til at lege lovgivende magt på. Af samme årsag har Højesteret altid været tilbageholdende med at afsige obiter dicta.

I øjeblikket afsiges der mange domme i det såkaldte Umbrella-sagskompleks, der består af mere end 1.000 enkeltstående sager. Sagerne angår deling på internettet af videoer med pornografisk indhold af to unge mennesker under 18 år. Højesteret afsagde i 2019 en principiel dom om, at forholdet var strafbart efter straffelovens § 235, stk. 1, og at de to forurettede var berettigede til tortgodtgørelse efter erstatningsansvarslovens § 26, stk. 1.⁸ I Højesteret forsøgte vi at være ”retsafklarende” for de lavere retsinstanser, idet vi anførte, at der i ”fremtidige sager [måtte] tages hensyn til de godtgørelser, der allerede måtte være tilkendt de to forurettede”. I de sager, som vi skal til at afgøre, er det principielle spørgsmål – nu, hvor der er blevet afgjort rigtig mange sager i by- og

⁸ Jf. Højesterets dom af 11. januar 2019 i sag nr. 159/2018, gengivet i UfR.2019.1232.H.

landsretterne – om de to forurettede har fået en tilstrækkeligt høj godtgørelse. Bør pengeskassen nu klappes i, eller bør den fortsat være åben? Reglerne om tort tager slet ikke sigte på en situation som den, der her er opstået, hvor videoer deles af mere end 1.000 personer. Hver deling er en selvstændig krænkelse, men bør der alligevel være en grænse for, hvor meget den samlede tortgodtgørelse kan blive? Også her kan man spørge sig selv, om Højesterets dom i 2019 har karakter af ”retsudfyldning”, ”retsudvikling” eller ”retsskabelse”. Og det samme vil man måske kunne spørge sig selv om, når det gælder den dom, som vi snart afsiger her i 2020.

I 2017 medvirkede jeg i en sag om ægteskabelig vielse af personer af samme køn.⁹ Spørgsmålet var navnlig, om grundlovens § 4 og § 66 forhindrede den lovgivende magt i at påbyde folkekirken at vie personer af samme køn. Højesteret fandt, at ”den gennemførte ordning” lå ”inden for rammerne af grundlovens § 4”, og at der ikke ”af grundlovens § 66 [fulgte] nogen begrænsning i lovgivningsmagtens kompetence”. I forhold til grundlovens § 4 overlod Højesteret en betydelig skønsmargin til den lovgivende magt, når det gælder vurderingen af, hvad der er i overensstemmelse med den evangelisk-lutherske lære. Hvad angår grundlovens § 66, fulgte resultatet sådan set helt simpelt af ordlyden.

En anden interessant højesteretsdom angik umyndige personers manglende valgret til Folketinget.¹⁰ Grundlovens § 29, stk. 1, 1. pkt., sidste led, foreskriver udtrykkeligt, at ”umyndiggjorte” personer ikke har valgret til Folketinget. I dommen anlagde Højesteret en tekstnær fortolkning af grundloven og afholdt sig dermed fra en kreativ fortolkning i stil med den, som Menneskerettighedskonventionen undergives af Menneskerettighedsdomstolen.

Christoffer de Neergaard: Jeg kan forstå på dig, at Højesterets fortolkningsstil som regel er tilbageholdende, og at Højesteret kun sjældent er retsskabende. Højesteret afsagde dog i 1984 en dom om ugifte samlevendes formueforhold.¹¹

⁹ Jf. Højesterets dom af 23. marts 2017 i sag nr. 159/2016, gengivet i UfR.2017.1795.H.

¹⁰ Jf. Højesterets dom af 18. januar 2018 i sag nr. 159/2017, gengivet i UfR.2018.1460.H.

¹¹ Jf. Højesterets dom af 18. januar 1984 i sag nr. 527/1982, gengivet i UfR.1984.166/2.H.

Er den ikke et eksempel på retsskabelse? Højesterets flertal anerkendte jo et kompensationskrav mellem sagens parter, hvorimod Højesterets mindretal udtalte: ”Hvorvidt et langvarigt faktisk samliv i retlig henseende kan sidestilles med et ægteskabeligt samliv, findes at være et spørgsmål af en sådan betydning, at det bør afgøres af lovgivningsmagten og ikke af domstolene ud fra billigheds- eller forudsætningsbetragtninger eller analogier fra lovreglerne om ægteskabets retsvirkninger.”

Jens Peter Christensen: Jo, det var klart en retsskabende dom, hvor Højesteret i realiteten gjorde sig til lovgivende magt. Men den dom står ret alene.

En efterhånden klassisk højesteretsdom om forholdet mellem den lovgivende magt og den dømmende magt er Tvind-dommen.¹² Højesteret fandt med stemmerne 11-0, at det var i strid med grundlovens § 3, 3. pkt., at den lovgivende magt havde vedtaget singularær lovgivning, der reelt afgjorde en konkret retstvist mellem Tvind-skolerne og Undervisningsministeriet. Jeg, der dengang var professor i statsret på Aarhus Universitet, var overrasket over sagens udfald. Jeg skrev derfor en artikel i Ugeskrift for Retsvæsen sammen med en universitetskollega, hvor vi redegjorde for det statsretligt overraskende ved dommen.¹³ Vi fastslog, at dommens mere principielle rækkevidde for, hvordan Højesteret fremover ville gribe grundlovsfortolkning an, nok var begrænset. Det har da også vist sig at holde stik. Tvind-dommen har ikke indvarslet en ny æra, hvor Højesteret har kastet sig ud i en ny og mere ”kreativ” grundlovsfortolkning.

Christoffer de Neergaard: Men hvordan kan det være, at Højesteret ikke har afsagt flere domme, hvor love er fundet at være i strid med grundloven?

Jens Peter Christensen: Det indlysende svar er, at der ikke har været flere sager om spørgsmålet. Det hænger givetvis sammen med, at grundlovens bestemmelser om frihedsrettighederne er ganske begrænsede, og at det derfor i virkelighedens verden er ganske svært for en lov at komme i konflikt med grundloven. Hertil

¹² Jf. Højesterets dom af 19. februar 1999 i sag nr. 295/1998, gengivet i UfR.1999.841.H.

¹³ Jf. J.P. Christensen og M.H. Jensen, ”Højesterets dom i Tvind-sagen”, *Ugeskrift for Retsvæsen*, UfR.1999B.227, 1999, s. 227-237.

kommer, at Justitsministeriets rådgivning af Folketinget og regeringen om grundlovsspørgsmål traditionelt har været præget af forsigtighed, således at man har holdt sig på den sikre side for ikke at komme på kant med grundloven.

Christoffer de Neergaard: Du har tidligere skrevet, at Højesteret har udviklet sig fra at være en ”appeldomstol” til at være en ”præjudikatdomstol”.¹⁴ Kunne du forestille dig, at de senere års ændringer af retsplejeloven¹⁵ vil tilskynde Højesteret til mere retsskabelse?

Jens Peter Christensen: De senere års ændringer af retsplejeloven er vigtige for Højesterets virke. Enhver læser af Ugeskrift for Retsvæsen vil vide, at Højesterets domsbegrundelser er blevet væsentligt mere omfattende. Det er Højesterets ambition, at domsbegrundelserne skal være selvlæsende i den forstand, at læseren ved blot at læse dommens præmisser skal kunne forstå, hvad sagen handler om, og hvad Højesteret har lagt vægt på i sin afgørelse. Højesterets domsbegrundelser er afgørende, hvis Højesteret skal kunne varetage opgaven som præjudikatdomstol. Højesterets to domme fra 2016 om flyforsinkelse kan ses som et eksempel på grundige domsbegrundelser, som de lavere retsinstanser kan støtte sig til i fremtidige sager.¹⁶ De senere års ændringer af retsplejeloven har skabt grundlaget for, at Højesteret kan afklare og udvikle retstilstanden i endnu videre omfang end tidligere. Højesterets opgave er i dag afgrænset til at pådømme sager af principiel karakter, som har generel betydning for retsanvendelsen og retsudviklingen eller væsentlig samfundsmæssig rækkevidde i

¹⁴ Jf. B. Dahl og J.P. Christensen, ”Danmarks Højesteret siden 1814 – Kontinuitet og forandring” i T. Schei, J.E.A. Skoghøy og T.M. Øie (red.), *Lov, sannhet, rett: Norges Høyesterett 200 år*, Oslo, Universitetsforlaget, 2015, s. 49-52, og B. Dahl og J.P. Christensen, ”Højesteret og retsplejen” i U.R. Bang-Pedersen m.fl. (red.), *Retsplejeloven 100 år*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019, s. 615-619.

¹⁵ Jf. lov nr. 538 af 8. juni 2006 om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love (Politi- og domstolsreform) og lov nr. 84 af 28. januar 2014 om ændring af retsplejeloven, lov om retsafgifter, konkursloven og lov om fuldbyrdelse af straf m.v. (Sagstilgangen til Højesteret m.v.).

¹⁶ Jf. Højesterets domme af 4. april 2016 i sag nr. 39/2015, gengivet i UfR.2016.2357.H, og i sag nr. 41/2015, gengivet i UfR.2016.2377.H.

øvrigt.¹⁷ Det er oplagt, at det også jævnligt vil kunne bringe Højesteret ud i grænselandet for det ”retsanvendende”, ”retsudfyldende”, ”retsudviklende” og ”retsskabende”.

¹⁷ Jf. retsplejelovens § 226, stk. 1, og § 368, stk. 4, 2. pkt.