

Dommerinhabilitet – strikte jura og fornuftig forsigtighed

Flv. højesteretspræsident, professor, dr.merc.h.c. Børge Dahl

Når tvivl om inhabilitet enkelt og nemt kan undgås ved, at dommere bytter sager, er der god grund til at holde sig på afstand af den retlige inhabilitetsgrænse. Men når dommere skal træffe formelle afgørelser om habilitet, må de gå frem efter reglerne og ikke lade sig styre af nok så fornuftige forsigtighedsprincipper.

1. Indledning

I 2013 talte jeg om inhabilitet på de årlige dommermøder i Vestre Landsrets og Østre Landsrets kreds. Baggrunden var en række byretsafgørelser i årene 2011-12 med efterfølgende sættedommerbeskikkelse. Formålet var at drøfte inhabilitetsproblematikken og samtidig at se på byretspraksis i lyset af Højesterets praksis. Denne artikel er baseret på mit foredrag i 2013 suppleret med Højesterets seneste praksis.¹

Som eksempler på vidtrækkende inhabilitetsafgørelser i byretterne i årene 2011-12 med sættedommerbeskikkelse til følge kan bl.a. nævnes:

»Da vidnet i sagen [en straffesag] er samboende med en af rettens dommere, kan der som følge heraf rejses tvivl om undertegnedes fuldstændige upartiskhed, jf. retsplejelovens § 61, hvorfor bestemmes: Dommer ... er inhabil i denne sag. Dommer ... bemærkede i egenskab af retspræsident, at begrundelsen for inhabilitet må antages tillige at være gældende for samtlige af embedets dommere. Sagen udsat på beskikkelse af sættedommer.«

1. Specialkonsulent Uffe Habekost Sørensen har hjulpet med at omarbejde foredraget til denne artikel.

»Da tiltalte søster er ansat her ved retten, foreligger der omstændigheder, som er egnet til at rejse tvivl om min fuldstændige upartiskhed, jf. retsplejelovens § 61, hvorfor bestemmes: Retspræsident ... viger sædet under behandling af sagen. Sagen udsat på beskikkelse af sættemdommer.«

»Da en af parterne i det sagsøgte [advokataktie]selskab er gift med en dommer i ... Byret, kan der rejses tvivl om dommere i ... Byrets fuldstændige upartiskhed, jf. retsplejelovens § 61, hvorfor bestemmes: Samtlige dommere ved ... Byret er i medfør af retsplejelovens § 61 inhabile ved behandlingen af ovenstående sag.«

»Da [sagsøgte] advokat ... er beneficieret advokat ved Retten ..., bestemmes: Alle jurister ved Retten ... viger sædet i forbindelse med behandlingen af denne sag.«

»Da sagsøgte ... er domsmand ved Retten ..., foreligger der omstændigheder som omhandlet i retsplejelovens § 61.«

»Da skyldner [NN's] ægtefælle er ansat ved Retten ..., findes de ansatte i fogedretten at burde vige deres sæde.«

»Da forurettede i sagen ... er en af retskredsens stævningsmænd, findes der at foreligge omstændigheder ...«

»Da der er rejst spørgsmål om de ordinære dommers habilitet som følge af retspræsidentens tidligere beskæftigelse som ... i ... – som er part i sagen – findes der at foreligge forhold, som fører til, at ingen af [rettens] dommere bør beklæde retten i denne sag.«

2. Jura og fornuftig forsigtighed

Det er vigtigt på forhånd – inden man som dommer giver sig i kast med en sag – at overveje eventuelle inhabilitetsspørgsmål. Det er noget skidt, når dommerinhabilitet først opdages, efter at dommen er afsagt.² Forsigtigheds- og hensigtsmæssighedsovervejelser kan tale for løsninger, hvor inhabilitetsspørgsmål ikke gøres til retsspørgsmål og sættes på spidsen.

2. Se UfR 1995.821/2 H, hvori det hedder: »Højesterets dom af 4. maj 1995 blev afsagt under medvirken af en dommer, som tidligere havde medvirket ved sagens afgørelse i Landsskatteretten. Da der således foreligger omstændigheder, som er egnet til at rejse tvivl om den pågældendes fuldstændige upartiskhed, jf. retsplejelovens § 61, bør dommen ophæves og sagen genoptages.« Der var tale om en skattesag, som var indbragt for Højesteret af Skatteministeriet, og det var oplyst, at ministeriet ikke modsatte sig skatteyderens begæring om genoptagelse.

Der er ikke noget galt i, når det er muligt, at undgå retlig stillingtagen på forhånd og vælge en mere forsigtig kurs end, hvad der følger af en retlig bedømmelse. Og en sådan praksis er ikke styrende, når det kommer til retlig afgørelse af inhabilitetsspørgsmål. Norges Høyesterett har i NRT 2009.769 udtalt: »Man kan i domstolene av forsiktighetsgrunner eller hensiktsmessighetsgrunner velge løsninger der habilitetsspørgsmål ikke blir satt på spissen. Det kan ikke innebære at løsningene vil binde retten når formelle habilitetsspørgsmål skal tas op ... Habilitetsvurderingen må da foretas ud fra de alminnelige reglene.«

I Norge er der regler om behandling af sager i Høyesterett i plenum eller i storkammer (med 11 dommere), som skal sættes med Høyesteretts justitiarius. Det kan således være nødvendigt, at retten træffer afgørelse om, hvorvidt justitiarius er inhabil. I kendelsen fandt Høyesterett, at justitiarius Tore Schei ikke var inhabil. I sagen var den ene af parterne repræsenteret af en advokat, som arbejdede i et advokatfirma, hvor justitiarius Tore Scheis ægtefælle var partner. Advokaten anvendte sagen som en prøvesag med henblik på at opnå møderet for Høyesterett. Det var oplyst, at justitiarius Schei af forsigtighetsgrunde ikke havde deltaget, når Høyesterett i afdeling (med fem dommere) havde behandlet sager med en sådan prøveadvokat, og de ankende parter havde anført, at Høyesterett ikke kunne fravige en sådan praksis. Det var Høyesterett, som det er fremgået, imidlertid ikke enig i. Se nærmere Liv Gjølstad: Utviklingen av habilitetsregler i domstolene, i: Lov Sannhet Rett, Norges Høyesterett 200 år, red. af Tore Schei m.fl. (Oslo 2015) s. 421 ff.

Kendelsen illustrerer, at inhabilitet har en retlig og en praktisk forsigtigheds- eller hensigtsmæssighedsorienteret side. Det er vigtigt at skelne mellem de to sider, så det forsigtige og hensigtsmæssige ikke styrer rets-anvendelsen. Det gælder naturligvis om at være på forkant og undgå, at der efterfølgende opstår spørgsmål om inhabilitet. Når eventuel tvivl kan undgås enkelt og nemt ved at lade dommere bytte sager, er der god grund til at holde sig på afstand af den retlige inhabilitetsgrænse.

Danmarks Højesteret har – i modsætning til Norges Høyesterett – ikke regler om storkammer under forsæde af Højesterets præsident. I den danske Højesteret bliver inhabilitet således ikke sat på spidsen som følge af sådanne regler.

Men de fleste dommere kommer ud for situationer, hvor muligheden for at bytte sig ud af problemer er forpasset. Når det sker, gælder det om at se bort fra, hvad der er nemmest og behageligst, og gå frem efter reglerne. Hvis dommere, når de træffer afgørelse om inhabilitet, lader sig styre af et vidtgående forsigtighedsprincip, ender vi i det, som daværende dommer, senere retspræsident Otto Bisgaard i en artikel i 1992 med fø-

je karakteriserede som »hysteriske overreaktioner, som kun medfører en uhensigtsmæssig anvendelse af domstolenes ressourcer«. ³ Det er altså vigtigt at have styr på juraen også på inhabilitetsområdet.

Otto Bisgaard skrev igen i 1998 en artikel om dommeres inhabilitet. ⁴ Han havde gennemgået et større antal sager, hvor landsretspræsidenterne havde beskikket sættestemmer i byretterne som følge af afgørelser om inhabilitet. Efter hans opfattelse hvilede flere af afgørelserne på en urigtig anvendelse af de gældende habilitetsregler og gik videre end de retningslinjer, der var fastlagt af Højesteret. Og det havde han fuldstændig ret i. I artiklen skrev Otto Bisgaard afslutningsvis:

»Habilitetsregler skal være et værn imod, at retssager afgøres af dommere, som er partiske eller forudindtagede i sagen, eller som omverdenen har rimelig grund til at opfatte som værende partiske. Hvis man fjerner sig for langt fra dette grundsynspunkt, risikerer man, at det, der i virkeligheden er ment som en beskyttelse, i stedet kan føre til en svækkelse af rettens autoritet og troværdighed.«

Otto Bisgaards artikel blev fulgt op af professor Eva Smith med en artikel med titlen »Habilitetshysteriet«. ⁵ Eva Smith pegede på, at en stigning i antallet af sager, hvor dommeren erklæres inhabil, var til betydelig skade for retternes effektivitet og på længere sigt deres renommé og integritet. Eva Smith konkluderede, at det var domstolenes ansvar at standse udviklingen. Det havde hun helt ret i. ⁶

3. Otto Bisgaard: Hvor inhabil kan man være? Fuldmægtigen 1992.177.

4. Otto Bisgaard: Dommeres inhabilitet. UfR 1998B.351.

5. Eva Smith: Habilitetshysteriet. UfR 1998B.375.

6. Debatten dengang blev samlet op i Michael Ellehauges ph.d.-afhandling: Inhabilitet i dansk retspleje (2001). Han karakteriserer s. 351 Højesterets praksis »som en markering fra Højesterets side af, at udviklingen i habilitetspraksis ... burde dæmpes«. Lindenchrone og Werlauff: Dansk retspleje (5. udg. 2011) s. 66 kommenterer Otto Bisgaards kritik således: »Erkendes må det dog, at det ofte er bedre at holde sig i respektfuld afstand af inhabilitetsgrænsen.« Det kan være rigtigt nok, når det på forhånd er muligt at undgå at sætte spørgsmålet på spidsen, men synspunktet kan ikke være styrende for retlige afgørelser om inhabilitet. Henning Bang Fuglsang Madsen Sørensen, Dommeres habilitet i sager om erstatning for strafforfølgning, UfR 2016B.139 ff., anser en praksis for omfordeling, hvor der kan være tvivl, som i sig selv særdeles anerkendelsesværdig, men anser det ikke desto mindre samtidigt for uhensigtsmæssigt på det område, artiklen behandler, ikke at følge den fremgangsmåde, som retsplejeloven anviser.

Det er således vigtigt, at dommere – også når det drejer sig om inhabilitet – har styr på, hvor regler og praksis sætter grænsen. Hvad der kan undgås ved, at dommere bytter sager, må ikke være styrende, når dommere bliver nødt til at træffe en formel afgørelse om et habilitetsspørgsmål.

3. Retsplejeloven og menneskerettighedskonventionen

I den danske retsplejelovs § 60 er opremset en række situationer, hvor en dommer altid er inhabil. Af bestemmelsen fremgår det bl.a., at ingen må handle som dommer i en sag, når vedkommende selv er part i sagen eller er i nær familie med nogen, der er part i sagen.

Retsplejelovens § 61 er en opsamlingsbestemmelse, som har karakter af en generalklausul. Det fremgår af bestemmelsen, at ingen må handle som dommer i en sag, når der i øvrigt foreligger omstændigheder, som er egnede til at rejse tvivl om vedkommendes fuldstændige upartiskhed.

Reglerne om dommers inhabilitet finder også anvendelse på nævninger, domsmænd, sagkyndige retsmedlemmer, retsassessorer og dommerfuldmægtige.

Ved siden af retsplejeloven gælder den europæiske menneskerettighedskonventions artikel 6, som fastslår, at enhver har ret til en retfærdig rettergang ved en uafhængig og upartisk domstol.

Både retsplejelovens regler og konventionens artikel 6 bygger på et dobbelt hensyn. Reglerne skal garantere afgørelsernes rigtighed (garanti-hensyn), og de skal samtidig sikre, at der er tillid til, at dommerne er upartiske (tillidshensyn). I en kendelse, som er gengivet i UfR 2011.3374/3 H, og som omtales nærmere i afsnit 4.5. nedenfor, er Højesteret fremkommet med en generel udtalelse om retsplejelovens § 61, som er gengtaget i efterfølgende afgørelser om inhabilitet:

»Bestemmelsen i § 61 har et dobbelt formål, nemlig dels at undgå en reel risiko for, at afgørelsen i den konkrete sag påvirkes af uvedkommende hensyn, dels at undgå, at der hos parterne eller omverdenen opstår mistillid til upartiskheden hos de dommere, der skal medvirke i sagen. Det sidstnævnte formål indebærer, at en dommer er inhabil, hvis der på grund af dommerens tilknytning til sagen eller dens parter kan rejses tvivl om dommerens upartiskhed. For at føre til inhabilitet skal tvivlen være rimeligt begrundet i objektive omstændigheder. § 61 skal i øvrigt fortolkes i lyset af artikel 6, stk. 1, i den europæiske menneskerettighedskonvention, hvorefter enhver har ret til rettergang for en upartisk domstol, og den hertil relaterede praksis fra Menneskerettighedsdomstolen.«

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning af konventionens artikel 6, stk. 1, fremgår af adskillige domme. Den seneste storkammer-dom er af 23. april 2015 i sag nr. 29369/10, *Morice mod Frankrig*.⁷ I dommen udtaler domstolen bl.a.:

»73. The Court reiterates that impartiality normally denotes the absence of prejudice or bias and its existence or otherwise can be tested in various ways. According to the Court's settled case-law, the existence of impartiality for the purposes of Article 6 § 1 must be determined according to a subjective test where regard must be had to the personal conviction and behaviour of a particular judge, that is, whether the judge held any personal prejudice or bias in a given case; and also according to an objective test, that is to say by ascertaining whether the tribunal itself and, among other aspects, its composition, offered sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in respect of its impartiality ...

76. As to the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judge's conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to his or her impartiality. This implies that, in deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular judge or a body sitting as a bench lacks impartiality, the standpoint of the person concerned is important but not decisive. What is decisive is whether this fear can be held to be objectively justified ...

78. In this connection even appearances may be of a certain importance or, in other words, »justice must not only be done, it must also be seen to be done« ... What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public. Thus, any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw ...«

Som det fremgår, er det i overensstemmelse med Menneskerettighedsdomstolens fortolkning af artikel 6, stk. 1, når Højesteret giver udtryk for, at en dommer – uden for tilfælde, som er opregnet i retsplejelovens § 60 – kun er inhabil, hvis en mistanke om manglende upartiskhed er rimeligt begrundet i objektive omstændigheder.⁸

7. Den afgørelse bygger på og henviser til bl.a. storkammer-dom af 15. oktober 2009 i sag 17056/06, *Micallef mod Malta*.
8. Jf. herved Michael Ellehauge i UfR 2002B.123 ff., som konkluderer, at der er god overensstemmelse mellem Højesterets praksis og konventionspraksis, men at der er afgørelser afsagt af landsretterne og byretterne, som »må anses for at gå længere end konventionspraksis med hensyn til at statuere inhabilitet«. Som eksempel på det sidste nævner han en afgørelse fra Vestre Landsret, som erklærede alle lands-

4. Inhabilitet i praksis: den enkelte dommer

I det følgende gennemgås Højesterets praksis suppleret med illustrative landsretsafgørelser. Som det fremgår af afgørelserne, skal der ganske meget til, for at en dommer er inhabil i retlig forstand. I dette afsnit er fokus på den enkelte dommer, nedenfor i afsnit 5 på hele retten.

4.1. Dommerens tidligere behandling af spørgsmål med tilknytning til sagen

En dommer, der har truffet afgørelse om varetægtsfængsling på grundlag af særligt bestyrket mistanke, må ikke efterfølgende deltage i pådømmelsen af det forhold, som mistanken angik. Det følger af retsplejelovens § 60, stk. 2.⁹ Bestemmelsen blev indført på baggrund af Hauschildt-sagen, hvor Menneskerettighedsdomstolen fandt, at der kun var en lille forskel mellem forhåndsvurderinger af, om der forelå særligt bestyrket mistanke, og vurderingen af skyldsspørgsmålet ved pådømmelsen af selve straffesagen.¹⁰

Visse lignende forhåndsvurderinger kan tilsvarende føre til inhabilitet. Der kan eksempelvis foreligge inhabilitet efter retsplejelovens § 61, når en dommer i en sag skal tage stilling til, om nogle omstændigheder er bevist, og dommeren allerede i en tidligere sag har lagt til grund, at disse omstændigheder er bevist, jf. UfR 2005.908 H.

Men ud over tilfælde omfattet af retsplejelovens § 60, stk. 2, og visse lignende forhåndsvurderinger er der solid højesteretspraksis for, at det ikke i sig selv medfører inhabilitet, at en dommer tidligere har behandlet spørgsmål med tilknytning til sagen.¹¹

I UfR 2014.2337 H udtaler Højesteret eksempelvis, at det forhold, at en dommer i en tidligere straffesag har truffet afgørelse vedrørende en anden tiltalt i samme sagskompleks, ikke i sig selv rejser nogen objektivt begrundet tvivl om dommerens upartiskhed i en efterfølgende straffesag,

rettens dommere inhabile i en sag, hvori en af landsrettens dommere var begæret afhørt som vidne.

9. Se hertil UfR 1990.13 H, UfR 1992.300 H, UfR 1996.234/2 H, UfR 2001.1207/1 H og UfR 2008.1955 H.
10. Menneskerettighedsdomstolens dom af 24. maj 1989 i klagesag nr. 10486/83, Hauschildt mod Danmark, præmis 52.
11. Ud over de domme, som gennemgås i teksten, se yderligere UfR 2010.1380 H, UfR 2007.857 H, UfR 2000.186 H, UfR 1997.1226 H og UfR 1995.742 H.

så længe pådømmelsen af den tidligere sag ikke har indebåret nogen stillingtagen til den senere tiltaltes skyld. Det forhold, at en dommer har vurderet et vidnes forklaring i en straffesag som troværdig eller utroværdig, indebærer heller ikke i sig selv, at dommeren er inhabil til at virke i en anden straffesag, hvor vidnet skal afgive forklaring.

I UfR 2001.1849 H havde en byretsdommer behandlet en sag om forældremyndigheden til en 15-årig pige. Under sagen kom det frem, at der et par uger forinden var indgivet politianmeldelse mod faderen for seksuelle overgreb mod datteren. I forbindelse med sagen havde dommeren en samtale med pigen. Forældremyndigheden blev tillagt moderen. Dommerens behandling af forældremyndighedssagen gjorde ham ikke inhabil i straffesagen om de seksuelle overgreb. Højesteret udtalte, at afgørelsen af forældremyndighedssagen reelt alene beroede på datterens ønske om forældremyndighedens placering, og ifølge dommeren blev spørgsmålet om eventuelle seksuelle krænkelse ikke drøftet under hans samtale med datteren. Højesteret fandt det utvivlsomt, at dommeren ikke i forbindelse med forældremyndighedssagen havde taget stilling til skyldsspørgsmålet i straffesagen, og udtalte i øvrigt. »Der foreligger heller ikke på grundlag af dommer [NN's] samtale med [datteren] under forældremyndighedssagen omstændigheder, som ud fra en objektiv betragtning kan begrunde den opfattelse, at dommer [NN] ikke fremstod som upartisk ved behandlingen af straffesagen.«

4.2. Dommerens tidligere virke

Mange dommere kommer i dag fra stillinger uden for domstolene, herunder stillinger som advokat. Sådanne forudgående virksomhed kan medføre inhabilitet. For eksempel vil en dommer altid være inhabil i sager, som dommeren tidligere har behandlet som advokat, uanset hvor lang tid der er forløbet siden da, jf. retsplejelovens § 60, stk. 1, nr. 4. Når en dommer kommer fra en stilling uden for domstolene, kan man i retten ved fordeling af sager vælge at anlægge en forsigtighedszone uden om de egentlige inhabilitetstilfælde. I Højesteret praktiseres bl.a. en karantæneordning for tidligere advokater, således at de i en periode efter udnævnelse ikke deltager i behandlingen af sager, som procederes af en advokat fra det advokatfirma, den pågældende var partner i ved udnævnelsen. Men det er i den forbindelse vigtigt at gøre sig klart, at det er et forsigtighedsprincip og ikke den strikte jura, som er i spil.

UfR 2016.724 H angår en højesteretsdommer, som var tidligere partner i et advokatfirma og havde haft DONG, der da beskæftigede sig med olie

og gas, som sin klient i en årrække, indtil han blev udnævnt til dommer i 2003. I 2015 deltog han i en sag om elforsyning, hvori den ene part var et selskab, som fusionerede med DONG i 2006. Han havde aldrig været advokat for dette selskab. Højesteret fandt, at der ikke forelå omstændigheder, som var egnede til at vække tvivl om dommerens fuldstændige upartiskhed.

UfR 2006.1572 H angår en advokat og partner i et advokatfirma. Som konstitueret landsdommer i en 3 måneders-periode deltog hun i en sag, hvori en parallelimportør af medicin var part. Forud for sin konstitution repræsenterede hun som advokat for en medicinalproducent i en retssag mod parallelimportøren den retsopfattelse, som der var tvist om i den sag, hvori hun nu optrådte som dommer. Hun udtrådte af sagen, da hun blev konstitueret, men sagen blev videreført af en anden partner i advokatfirmaet og verserede, da der blev truffet afgørelse i den sag, hvori hun medvirkede som dommer. Højesteret fandt, at disse omstændigheder var egnede til at rejse tvivl om hendes fuldstændige upartiskhed.¹²

4.3. Dommerens bibeskæftigelse

En dommers bibeskæftigelse medfører ikke nødvendigvis inhabilitet i sager, som har en vis tilknytning til bibeskæftigelsen. En landsdommer, der var medlem af Landsskatteretten, var således ikke inhabil ved behandlingen af en straffesag om selskabstømning, jf. UfR 1999.828 H. En domsmand, der var medlem af et skatteankenævn, var ikke inhabil ved behandlingen af en straffesag om skattesvig, jf. UfR 2012.3522 H.

UfR 2014.1182 H angår en landsdommer, der som formand for Procesbevillingsnævnets afdeling for fri proces havde deltaget i behandlingen af en række klager over afslag på fri proces i sager anlagt af Finansiell Stabilitet mod tidligere bestyrelsesmedlemmer og direktører i en række pengeinstitutter med påstand om erstatning - ingen af klagerne havde fået medhold i Procesbevillingsnævnet. Spørgsmålet var, om landsdommeren på den baggrund var inhabil i en erstatningssag anlagt af Finansiell Stabilitet mod ledelsen i et andet pengeinstitut. Højesteret udtalte, at Procesbevillingsnævnet i de enkelte klagesager havde vurderet klagerens udsigt

12. Der er tale om en ganske særegen sag på et højt specialiseret område: En part skal ikke som dommer have en advokat på orlov, som i en anden verserende sag mod den pågældende part har repræsenteret det modsatte standpunkt. Om tilfælde af mere dagligdags karakter, hvor der ikke forelå inhabilitet, se UfR 2013.3270 V, UfR 2011.652 V, UfR 1997.50 Ø og UfR 1996.12/1 V.

til at få medhold i de pågældende retssager, som imidlertid ikke angik det pengeinstitut, som den aktuelle retssag handlede om. Landsdommerens medvirken i sagerne om fri proces gav ikke i sig selv grundlag for at antage, at hun på forhånd reelt havde taget stilling til spørgsmålet om erstatningsansvar for den tidligere ledelse i banken i den foreliggende sag, idet dette måtte afgøres ud fra en konkret vurdering af sagens faktiske omstændigheder.

Palle Bo Madsen har i en artikel om procesbevillinger og habilitet i retsplejen, i Niels Fenger m.fl. (red.): Festskrift til Erik Werlauff (2012) s. 301 ff., behandlet spørgsmålet, om en højesteretsdommer som formand for Procesbevillingsnævnet kan være med til at meddele tredjeinstansbevilling og efterfølgende deltage i sagens behandling i Højesteret. Der nævnes adskillige domme, hvor dette er forekommet.

Dette er ikke tilfældigt. Procesbevillingsnavnets meddelelse af bevilling i civile sager beror alene på sagens principielle karakter og indebærer ikke en forhåndsvurdering af, hvilket udfald sagen bør få i Højesteret. Højesteret har derfor fulgt den praksis, at deltagelse i beslutning om tredjeinstansbevilling i civile sager ikke afskærer den pågældende højesteretsdommer fra at deltage i pådømmelsen af sagen for Højesteret. Af forsigtighedsgrunde deltager den højesteretsdommer, som i Procesbevillingsnævnet har været med til at give tredjeinstansbevilling i en straffesag efter ansøgning fra anklagemyndigheden, derimod ikke i behandlingen af sagen i Højesteret.

Hvor en dommer som medlem af et nævn er med til at træffe en afgørelse, som kan indbringes for domstolene til efterprøvelse, kan dommeren selvsagt ikke deltage i behandlingen af sagen ved domstolene. Normalt følges den forsigtighedspraksis, at en dommer, som er medlem af et nævn, ikke deltager i efterprøvelsen af nævnets sager, hvad enten vedkommende har deltaget i afgørelsen af den pågældende sag eller ej.

I de tilfælde, hvor en dommer er udpeget som suppleant for et dommermedlem af et nævn, men aldrig har været i funktion som sådan, er selve det forhold, at vedkommende er suppleant, ikke i sig selv egnet til at rejse tvivl om vedkommende fuldstændige upartiskhed ved domstolsprøvelse af nævnets sager. Det er således i UfR 2016.685 H fastslået, at to højesteretsdommere, der var suppleanter i Natur- og Miljøklagenævnet, ikke var inhabile i en sag mod nævnet. For at suppleantrollen skal kunne føre til inhabilitet, skal der – som det siges i UfR 2016.685 – foreligge særlige forhold. Dette fandtes at være tilfældet i UfR 2016.217/1 H om den højesteretsdommer, der er suppleant for formanden for Advokatnævnet og aldrig havde været i funktion som sådan eller i øvrigt været inddraget i nævnets arbejde eller anliggender. I sagen var der rejst kritik af Advokatnavnets sagsbehandlingstid og med henvisning hertil argumenteret

for formildelse af en eventuel sanktion. Under hensyn hertil og til positionen som suppleant for formanden forelå der omstændigheder, som var egnede til at rejse tvivl om den pågældendes fuldstændige upartiskhed.

4.4. Dommerens offentlige udtalelser

I UfR 2014.2898 udtaler Højesteret, at det er et klart udgangspunkt, at en dommer ikke bliver inhabil, fordi dommeren har skrevet eller udtalt sig generelt om et retsspørgsmål, som på et senere tidspunkt kommer til pådømmelse.¹³ Højesteret udtaler endvidere, at dette udgangspunkt hænger sammen med, at dommere ligesom alle andre borgere har ytringsfrihed, og at det er gavnligt for samfundet, at dommerne med den erfaring, de har opnået i kraft af deres arbejde, har mulighed for at give udtryk for deres faglige syn i bøger, artikler og foredrag mv. uden derved at risikere at blive inhabile.

Udgangspunktet må dog fraviges, hvis der foreligger ganske særlige omstændigheder. Som et klart eksempel herpå nævner Højesteret den situation, hvor dommerens udtalelser er møntet på en konkret sag, således at man kan sige, at dommeren gennem udtalelserne på forhånd har vurderet, hvordan den konkrete sag skal afgøres.

Konkret fandt Højesteret i UfR 2014.2898, at dommeren, som leder Sø- og Handelsrettens skifteafdeling, ville være inhabil i en sag om konkursbehandling af en andelsboligforening.¹⁴ Dommeren havde bl.a. udtalt sig til pressen og under en høring i Folketingets Retsudvalg om konkursbehandling af andelsboligforeninger. Højesteret foretog en detaljeret gennemgang af dommerens udtalelser og fandt, at de gik langt videre end blot at beskrive retstilstanden og efter en samlet vurdering var egnede til at skabe berettiget tvivl om, hvorvidt han på forhånd havde taget stilling til, hvordan Sø- og Handelsrettens skifteafdeling ville afgøre konkursbegæring fra andelsboligforeninger. Der forelå herefter ganske særlige omstændigheder, som medførte inhabilitet.

UfR 2017.3544 Ø angår en domsmand, som efter afsigelse af dom, hvori den pågældende havde deltaget, udtalte sig om sagen og sin personlige holdning hertil i et radioprogram og på Facebook. Da hun samtidig med at udtale en privat holdning havde gi-

13. Se tilsvarende UfR 2014.2907 H.

14. Fem dommere medvirkede ved afgørelsen i Højesteret. Ved den konkrete bedømmelse var der en enkelt dommer, som fandt, at udtalelserne ikke kunne begrunde inhabilitet.

vet klart udtryk for at have været bundet af loven og at have handlet inden for lovens rammer ved pådømmelsen af sagen, gav udtalelserne ikke grundlag for berettiget tvivl om hendes fuldstændige upartiskhed.

4.5. Dommerens familie

I retsplejelovens § 60, stk. 1, opregnes en række tilfælde, hvor slægtskab og ægteskab altid fører til inhabilitet. Slægtskab og ægteskab kan naturligvis også i andre tilfælde medføre inhabilitet. Men i disse tilfælde må inhabilitet forudsætte, at der foreligger objektive omstændigheder, som med rimelighed kan begrunde en tvivl om dommerens upartiskhed.

I UfR 2011.3374/3 fandt Højesteret, at en byretsdommer ikke var inhabil i en vejekspropriationssag, som en borger havde anlagt mod Transportministeriet og Gribskov Kommune. Ministeriet var under sagen repræsenteret af Kammeradvokaten ved en advokat fra Advokatfirmaet Poul Schmith, som beskæftigede ca. 270 personer, heraf 136 jurister, hvoraf 26 var partnere (interessenter). Firmaet var opdelt i seks faggrupper, og alle jurister var tilknyttet én af disse, som blev ledet af partnerne i den pågældende faggruppe. Dommeren var gift med en advokat, som var partner i dette advokatfirma og tilknyttet faggruppen for skatter og afgifter, dvs. en anden faggruppe end den, som havde med ekspropriationssagen at gøre. Den pågældende advokat havde på intet tidspunkt haft med ekspropriationssagen at gøre, heller ikke deltaget i drøftelser om den eller haft et overordnet ansvar for sagen eller dens behandling. Staten var advokatfirmaets største klient, men der var ikke tale om en sag, som var af særlig betydning for hverken staten eller advokatfirmaet. Det forhold, at dommeren var gift med advokaten, var på den baggrund ikke egnet til at rejse berettiget tvivl om dommerens fuldstændige upartiskhed.¹⁵

4.6. Dommerens bekendte mv.

Dommerens bekendtskab med en part, en tiltalt eller en forurettet medfører ikke i sig selv, at dommeren er inhabil. Der skal mere til, meget mere.

UfR 2000.1134 H angår to nævninger i en drabssag. Den ene havde ligesom forurettede gennem en lang årrække været medlem af en loge under Odd Fellow Ordenen – de havde imidlertid kun haft sporadisk og perifer kontakt med hinanden i forbindelse med aktiviteterne i logen, som havde ca. 125 medlemmer. Den anden var ansat i DLG og havde i den

15. Ni dommere deltog i sagen, en enkelt dissenterede.

egenskab haft lejlighedsvis kontakt til tiltalte og til forurettede. Ingen af dem blev anset for inhabil.¹⁶

UfR 2014.1094 H angår bl.a. en sagkyndig dommer i en sag om dækning af skade på et fly under en kaskoforsikring tegnet af Nordisk Flyforsikringsgruppe, en forening af primært nordiske forsikringssselskaber, som tegnede ansvars- og kaskoforsikringer for mindre danskregistrerede fly. Den sagkyndige dommer var luftkaptajn og medlem af Rådet for Større Flysikkerhed som repræsentant for »tung luftfart«, dvs. ejere og operatører af kommercielle store fly (rute- og charterfly). Han havde været medlem af rådets bestyrelse og kasserer. Hovedspørgsmålet var, om han ved sit medlemskab af og virke i rådet havde fået en sådan særlig relation til flyejerens modpart, Nordisk Flyforsikringsgruppe, at han måtte anses for inhabil. Højesteret udtalte, at rådet er en bredt sammensat privat forening med medlemmer fra ca. 20 forskellige organisationer mv. Foreningen har til formål at fremme sikkerheden ved flyvning og nyder offentlig anerkendelse som sagkyndig på området. Rådet afholder årligt 4-5 møder for sine medlemmer. Foreningens virksomhed udøves inden for beskedne økonomiske rammer, og medlemmernes deltagelse i bestyrelsesarbejde, herunder som kasserer, er ulønnet. Det forhold, at Nordisk Flyforsikringsgruppe og senere de forsikringssselskaber, der har forestået administrationen af gruppens forsikringer, har været repræsenteret i rådet og i nogle år har ydet støtte af begrænset størrelse til rådet, kunne ikke i sig selv føre til, at luftkaptajnen var inhabil.

I UfR 2016.149 H var en domsmand ikke inhabil i en sag, hvor tiltalte blev dømt for at have overfaldet en lokalpolitiker i anledning af dennes offentlige ytringer. Domsmanden var på Facebook registreret som »ven« med politikerens, der afgav vidneforklaring i sagen. Højesteret lagde til grund, at der ikke havde været anden kontakt mellem domsmanden og politikerens end henvendelser fra domsmanden til politikerens på Facebook, hvor domsmanden havde kommenteret politikerens opslag på Facebook og hans optræden i TV, og i to tilfælde et kort svar herpå fra politikerens.

16. Om dagligdags forhold som f.eks. tidligere studiekammerat, sjældne sammentræf hos fælles bekendte, samtidigt medlemskab af børnehaves bestyrelse gennem et par år for et par år siden, kendskab fra studietiden og efterfølgende møder både i større kredse og i privat sammenhæng mindre end én gang årligt eller fælles arbejdsplads er der i øvrigt god vejledning i UfR 2013.2867 V, UfR 2011.87 Ø, TfK 2010.967/1 V, UfR 1997.50 Ø, UfR 1996.1544 Ø og UfR 1996.951 V. Det samme kan ikke siges om UfR 1998.305/1 V eller UfR 1994.106 V, jf. Otto Bisgaard, UfR 1998B.351.

Tilkendegivelserne vedrørte ikke straffesagen. Det forhold, at domsmanden var »ven« med politikeren, og den interaktion, der havde været mellem de to på Facebook, var efter Højesterets opfattelse ikke egnet til at rejse berettiget tvivl om domsmandens fuldstændige upartiskhed.

Det forhold, at en person klager over en dommer, medfører ikke i sig selv, at dommeren bliver inhabil i sager, hvori den pågældende klager optræder som part.¹⁷ Tilsvarende kan en advokats offentlige kritik af en dommer ikke gøre dommeren inhabil i sager med den pågældende advokat.

Højesterets kendelse af 14. august 2014 i sag 86/2014: Landsrettens beslutning om afvisning af en sag anlagt af 23 irakere repræsenteret af advokat Christian Harlang mod Forsvarsministeriet med krav om godtgørelse for den behandling, der var overgået dem i Irak i 2004 i forbindelse med, at de blev tilbageholdt af danske styrker og overgivet til irakisk politi, blev indbragt for Højesteret. Irakerne anmodede om, at højesteretsdommer Jens Peter Christensen blev erklæret inhabil med henvisning til, at advokat Harlang sammen med advokat Bjørn Elmquist i en artikel »Højesteretsdommer på glatis« i Jyllandsposten den 23. marts 2013 havde rettet en personlig kritik mod Jens Peter Christensen, fordi denne i en kronik den 9. marts 2013 efter deres opfattelse havde »anprist« den fortolkning af grundlovens § 19, stk. 2, som Højesteret foretog i sagen om Danmarks deltagelse i Irak-krigen (UfR 2010.1547) – en sag, der blev afgjort (enstemmig) af ni dommere med deltagelse af Jens Peter Christensen. Højesteret fastslog, at der ikke var oplyst omstændigheder, som var egnede til at rejse tvivl om Jens Peter Christensens fuldstændige upartiskhed.

5. Inhabilitet i praksis: hele retten

5.1. Dommerkollega eller retspræsident er inhabil

Det klare udgangspunkt er, at én dommers inhabilitet ikke medfører, at alle rettens dommere er inhabile. Dette udgangspunkt gælder også, når rettens præsident er inhabil.¹⁸

Ved Højesterets ophævelse af en landsretsdom i en straffesag og hjemvisning til fornyet behandling ved landsretten kan de landsdommere, som medvirkede i første omgang, selvsagt ikke deltage. Den pågældende landsrets øvrige dommere er derimod ikke inhabile ved den fornyede be-

17. Jf. herved UfR 2010.968 V og UfR 2009.1132 Ø.

18. Jf. herved den norske Høyesterets afgørelser i NRt 2008.927 og NRt 2011.500. I NRt 2011.500 er det fastslået, at det forhold, at en ret ved sin leder har indgivet politianmeldelse mod en person for et muligt strafbart forhold, ikke gør hele retten inhabil i en anden sag, hvori den pågældende er part.

handling, selv om de er kolleger til de dommere, som deltog i den oprindelige sag, jf. UfR 2005.3329 H.

UfR 2009.554 Ø angår en sag om tvangsfjernelse af et barn. Byrettens præsident var i sin egenskab af dommer beskikket som medlem af det kommunale børn og unge-udvalg og havde i den forbindelse medvirket i en sag, hvor et barn blev anbragt uden for hjemmet. Afgørelsen blev stadfæstet af Ankestyrelsen og derefter indbragt for den byret, som det pågældende dommermedlem af børn og unge-udvalget var præsident for. Landsretten fandt, at det forhold, at byretspræsidenten var inhabil i sagen om anbringelse, ikke i sig selv kunne begrunde, at samtlige dommere ved byretten var inhabile.¹⁹

5.2. Dommerfuldmægtige og retsassessorer

I UfR 2014.2898 H om dommeren, som leder Sø- og Handelsrettens skifteafdeling, omtalt foran i afsnit 4.4, udtaler Højesteret, at inhabilitet hos en dommer ikke automatisk har den afsmittende virkning, at en dommerfuldmægtig eller retsassessor ved samme ret bliver inhabil.²⁰ Om der foreligger afsmittende virkning, beror på en konkret vurdering af karakteren af dommerens inhabilitet sammenholdt med den relation, der i det daglige er mellem den inhabile dommer og dommerfuldmægtigen eller retsassessoren, herunder om dommerfuldmægtigen eller retsassessoren virker i den inhabile dommers afdeling. Ved den konkrete bedømmelse fandt Højesteret, at den inhabilitet i en sag om konkursbehandling af en andelsboligforening, som ramte dommeren, der var leder af Sø- Handelsrettens skifteafdeling og eneste udnævnte dommer i den afdeling, havde afsmittende virkning på en retsassessor, som gjorde tjeneste i afdelingen.

UfR 2010.575/1 Ø angår en nævningsag ved en byret. En af byrettens dommere var inhabil i sagen. En konstitueret retsassessor blev udpeget til at deltage som dommer i sagen. Retsassessoren var ikke og havde ikke været i dommerens afdeling og var ikke undergivet dommerens instruktionsbeføjelse, ligesom dommeren ikke skulle afgive udtalelser om hendes virke. Landsretten fastslog, at der ikke forelå inhabilitet.²¹

19. Se også UfR 2015.2367 V.

20. Se tilsvarende UfR 2014.2907 H.

21. Landsretten tog med henvisning til domstolsreformen med føje afstand fra hidtidig landsretspraksis om inhabilitet hos retsassessorer og dommerfuldmægtige ved dommeres inhabilitet.

5.3. Når rettens ansatte eller deres nærtstående optræder i sager

Når en person, der er ansat i retten eller har tilknytning til retten, optræder i en sag som part, tiltalt, forurettet eller vidne, er udgangspunktet, at dette ikke medfører inhabilitet for alle rettens dommere.²² Det samme gælder, når eksempelvis et medlem af en ansats familie er part eller på anden måde optræder i en sag.

UfR 1996.370 H angår en retsassessor, der gjorde tjeneste i Østre Landsret. Den pågældende havde tidligere som dommerfuldmægtig i en byret været notar. Under en sag for landsretten om et notartestamentes gyldighed skulle retsassessoren afgive forklaring om sin medvirken ved testamentsoprettelsen. Højesteret fastslog, at der ikke forelå inhabilitet.²³

UfR 2001.950 Ø angår en straffesag om vold. Den forurettede i sagen var ægtefælle til en kontorfunktionær, der var ansat i landsretten. Denne omstændighed var ikke egnet til at rejse tvivl om landsrettens samlede dommerkollegiums upartiskhed. Sagen ville blive behandlet af landsdommere, der ikke havde gjort tjeneste i afdelinger, hvor kontorfunktionæren havde gjort tjeneste, og som ikke på anden måde havde nærmere forbindelse til kontorfunktionæren.

22. Se i den forbindelse UfR 2015.2367 V om en sag anlagt mod bl.a. vedkommende landsret.
23. Se tilsvarende UfR 2013.334 Ø (dommere og domsmænd ved byret ikke inhabile, fordi domsmand ved byretten skulle afgive vidneforklaring), UfR 2010.1503/2 V (dommer ved byret ikke inhabil ved behandling af en sag anlagt mod en advokat, der var tilknyttet retten som offentlig forsvarer og som skifterettens medhjælper i gældssaneringsager), Tfk 2002.16/1 Ø (vidneafhøring af foged ved Københavns Byret medførte ikke inhabilitet hos dommer ved samme ret), utrykt Østre Landsrets kendelse af 25. juni 2001 (landsdommer skulle afgive forklaring som vidne under sag om afskedigelse af kommunalt ansat efter tjenstligt forhør, som var gennemført med den pågældende landsdommer som forhørsleder – der kunne ikke med rette rejses tvivl om de øvrige medlemmer af landsrettens dommerkollegiums fuldstændige upartiskhed), UfR 2000.2519 Ø (landsrets dommere var ikke inhabile under behandling af straffesag, selv om anklageren for byretten under anken var konstitueret som dommer i landsretten) og UfR 2000.999 Ø (dommer ikke inhabil til at behandle civil sag anlagt mod advokat, der var autoriseret bobestyrer og beficeret advokat i retskredsen).

6. På vej mod bedre balance

Når man skal vurdere spørgsmål om inhabilitet, er det vigtigt at gøre sig klart, hvad der er strikte jura, og hvad der er fornuftig forsigtighed. Ved at dommere bytter sager, er der mulighed for at holde sig på afstand af den retlige inhabilitetsgrænse. Noget helt andet er at træffe retsafgørelser om inhabilitet, særligt da afgørelser, som gør hele retten inhabil, og som ikke er i overensstemmelse med reglerne og belaster det samlede system.

Lige så hensigtsmæssigt det kan være, at den enkelte dommer på forhånd holder sikkerhedsafstand, lige så uhensigtsmæssigt er det, hvis man ikke holder sig strikte til juraen, når det kommer til retsafgørelser om inhabilitet.

I årene 2010-2012 foretog landsretspræsidenterne tilsammen i medfør af retsplejelovens § 46 i snit 150 sætledsdommerbeskikkelser om året ved byretterne. I årene 2014-2016 var tallet faldet til 60. Ifølge præsidenten for Vestre Landsret skal denne udvikling »ses i lyset af, at der i 2013 har været særlig opmærksomhed på regler og praksis for inhabilitet bl.a. på møder for dommere i de respektive landsretskredse«. ²⁴

Noget kan tyde på, at der er fundet en bedre balance mellem afgørelser om inhabilitet og de tilfælde, som kan klares ved af forsigtigheds- eller hensigtsmæssighedsgrunde at vælge løsninger, hvor habilitetsspørgsmål ikke bliver sat på spidsen. Højesteret har fulgt en konsekvent linje gennem mange år og er i de senere år blevet mere omhyggelig med at begrunde, hvad der skal til for at anse en mistanke om manglende upartiskhed rimeligt begrundet i objektive omstændigheder. ²⁵ Det bidrager givet også til at undgå afgørelser, hvorefter en hel ret erklæres inhabil, fordi – som der er eksempler på fra årene 2011-2012 – der i en sag optræder en sigtet, der er lillebror til en elev ved retten, eller et vidne, der er au pair hos en af rettens dommere.

24. Se Embedsregnskab for 2014 for Vestre Landsret s. 18.

25. I den i note 5 nævnte artikel anfører Eva Smith afslutningsvis som en blandt flere årsager til udviklingen, »at de overordnede domstole har forsømt at give en begrundelse for de afgørelser, de har truffet på dette område – og dermed har de underordnede domstole ingen ledetråd for, hvor grænsen skal sættes«.

