

# Fra borgen: Danmark og EU gennem 50 år udgivet på Forlaget Djøf

Her gengivet med tilladelse fra forfatterne og Forlaget Djøf

## Det danske flertalsdemokrati og mødet med Europarettens

Af Marlene Wind og Tim Knudsen

Danmark har ingen tradition for stærke domstole og aktiv domstolsprøvelse. Fremkomsten af magtfulde, overnationale dømmende organer i Europa som menneskeretsdomstolen og EU-domstolen, som dagligt tilsidesætter national lovgivning i medlemslandene, udfordrer derfor den tradition for forsigtighed og tilbageholdenhed, som dansk ret og danske domstole har hvilet på. EU-domstolens indgående prøvelse af national lovgivning og implementering af EU-regler kombineret med forrangsprincippet repræsenterer imidlertid også en ret grundlæggende udfordring for dansk demokratiopfattelse. I en dansk og nordisk sammenhæng har demokrati været identisk med flertalsstyre og ideen om parlamentet som hævet over *statsmagtens* øvrige grene. Det går på mange måder imod den internationale trend siden 2. verdenskrig, hvor tilliden til det 'ubegrænsede parlament' har været på tilbageslag, og hvor fokus på domstolene som individets beskytter imod staten har været i centrum.

Kapitlet analyserer og kontekstualiserer disse forhold og den ofte usagte danske modvilje imod EU-retten ud fra et historisk og teoretisk perspektiv. Vi lægger ud med en kort historisk ramme for magtfordeling i Danmark siden enevælden ved at se på den måde, hvorpå man i Danmark valgte at placere (og fastholde) alle magtens tre grene i samme bygning i stedet for at skille dem ad som i de fleste andre lande. Derefter spørger vi, om det forhold, at Højesteret udsprang af enevælden som kongens tro tjener, har indvirket på den enorme forsigtighed med at udfordre lovgivningsmagten, som kom til at tegne det danske folkestyre. En tilbageholdenhed, der dog i de senere år har været mere møntet på det danske Folketing end på EU-traktater og EU-retten, som Højesteret har været mindre håndskey med at prøve. I forlængelse af dette spørger vi, om de senere års villighed til at prøve EU-retten og dens forrang, forbinder Danmark med den identitære og suverænistiske bølge, vi ser i flere europæiske lande i disse år?

## 1. Introduktion

Christiansborg er formentlig den eneste parlamentsbygning i verden, hvor man har undgået en bygningsmæssig adskillelse af magtens grene. I stedet for magtadskillelse betoner Christiansborg enheden i statsapparatet. Hvor man i eksempelvis Tyskland efter 2. verdenskrig gjorde meget ud af at adskille Bundestag, Kansleramt og Verfassungsgericht i Karlsruhe, har Folketinget, Statsministeriet og Højesteret alle til huse samme sted – endog i samme bygning. Samme sted ligger også kongelige repræsentationslokaler og møderum for Statsrådet, og tæt ved ligger centraladministrationen. Endelig er der også en kirke i komplekset. I mange lande ville blot den ringeste antydning af samhørighed mellem en bestemt trosretning og staten være utænkelig. Vi ser i Danmark ingen problemer i denne samhørighed såvel som i nogen anden form for samhørighed. Samhørighed, "fællesskab" og inklusion betragter vi som "hyggelig". Hos os bekymrer adskillelse

og eksklusion. Men skulle vi se et tilsvarende monolitisk billede andetsteds, ville vi derimod nok formode at stå over for et eksotisk despoti af fundamentalistisk tilsnit.

Christiansborgkomplekset består af bygninger fra flere tidsaldre og i flere stilarter. Selve slottet er kun et århundrede gammelt, men forbinder sig med fortiden ved at være en barokpastiche. For at bygningen skulle udrykke samhørighed mellem stat og folk, samlede man kampesten ind fra sogne i hele landet og brugte dem i facaden. I et lidt surt og ofte fugtigt nordvendt hjørne gemmer Højesteret sig. Indgangstrappen fører op til en bygningsdel, der er langt lavere end den del, hvor bl.a. Folketinget og Statsministeriet er at finde. Man skal meget tæt på Højesterets beskedne placering i et ugæstmildt hjørne for at opdage den. Mange ved formentlig næppe, at Højesteret har til huse her. Indgangstrappen er langt mere undseelig end den brede solbeskinnede sydvendte trappe, som fører ind til Folketinget. Arkitekturen fortæller bestemt ikke, at Højesteret er en væsentlig institution.<sup>1</sup>

Andre steder har domsmagten mere prangende huse, eksempelvis i Paris. Man kan også tage Justitspaladset i Bruxelles, der fremtræder som et overdimensioneret tempel. At EU-domstolen ligger langt fra den udøvende og lovgivende magt i Bruxelles og Strasbourg i en imponant bygning i miniput-staten Luxembourg, er heller ikke tilfældigt. Det fremhæver den europæiske retsstat og den ophøjede og uafhængige domsmagt. Så vidt vides er Danmark som nævnt det eneste eksempel i verden på, at alle tre statsmagter har fælles bolig.<sup>2</sup>

At Højesterets har sjældent beskedent til huse, er heller ikke enestående for danske domstole. Østre Landsret fik i 2022 nyt domicil til 800 mio. kr. I en arkitekturansøgning hed det: "Et domhus må gerne signalere autoritet, og i den henseende er den nye retsbygning en skuffelse". Anmelderen mente, at bygningens udtryk lige så godt kunne passe til et hotel eller et advokatkontor.<sup>3</sup> Men er disse eksempler alene udtryk for en tilfældighed eller en særlig arkitekturkultur? Eller er de også udtryk for en særlig dansk opfattelse af domstole og dommers rolle i samfundet? Hvor udnævnelse af dommere til de højeste domstole i mange lande er genstand for stor offentlig interesse og debat, kender få i offentligheden i Norden deres dommere. Og spørger man, hvem der gerne vil besætte et ledigt embede som højesteretsdommere, får man ikke svar.

---

<sup>1</sup> Tim Knudsen i Mette Hartlev, Tim Knudsen & Per Walsøe (red.): Justitsvæsenets fremtidige organisering, 1996, s. 14ff.

<sup>2</sup> John Erichsen i Per Magid, Torben Melchior, Jon Stockholm og Ditlev Tamm (red.): Højesteret – 350 år, 2011 s. 105

<sup>3</sup> Karsten R. S. Ifversen, 'Det ligner hinanden' Politiken, 2022.

Tingene er nok en smule komplicerede, men som vi skal vise i det følgende, så kom EU-retten og ikke mindst dens forrang for national lovgivning og grundlove samt EU-domstolens aktive prøvelsespraksis til at udfordre det danske mantra om, at domstole skal være tilbageholdende i forhold til prøvelse af lovgivningsmagten. Selvom der er skrevet meget lidt om det, blev mødet med EU-retten ligeledes en stor udfordring for vores velkendte mantra om at der i princippet ikke er (eller bør være) nogen 'over eller ved siden af Folketinget'<sup>4</sup>. For danske politikere har således med en enkelt undtagelse ikke haft nogen erfaring med, at *nationale* domstole tilsidesætter den lovgivning, der var flertal for i det danske Folketing. Længe efter Grundloven i 1849 var der således usikkerhed om, hvorvidt lovens forenelighed med Grundloven kunne prøves ved Højesteret. Det tog 80 år, før det skete, og det tog 150 år, før Højesteret underkendte en lov (den såkaldte Tvind-lov) i 1999<sup>5</sup>.

At Danmarks EU-medlemskab inkluderede en domstol, der gjorde netop dette som led i en normal praksis, var derfor noget, man lige skulle vænne sig til. Det forhold, at domstolen var overnational og havde en såkaldt dynamisk fortolkningsstil, var tilmed lidt af en udfordring for et land som Danmark, der nidkært har holdt fast i såvel flertalsdemokratiet som en gammeldags 'nul-sums'-suverænitetsopfattelse, som er reflekteret i grundlovens §20. Her står, at hvis man overlader noget til en international organisation, er det altid 'i nærmere bestemt omfang', og det, man overlader, 'mister' man dermed. Logikken er således meget langt fra en mere moderne forestilling om, at man godt kan 'få' mere suverænitet (og dermed blive mere suveræn) - forstået som handlekraft og indflydelse - ved at udøve suverænitet sammen med andre lande.

Danmark vogter således stadig - på sit 50. tyvende år – om sin klassiske suverænitet som en ungmø over sin dyd. Man har dermed hverken, vil vi hævde – efter 50 års EU medlemskab - vænnet sig til, at en overnational domstol, kan tilsidesætte national lovgivning, eller, at EU's medlemslande i praksis udøver suverænitet i fællesskab snarere end kun hver for sig. Det ses eksempelvis, når politikere igen og igen bliver overraskede over at skulle tage hensyn til domme (der går imod Danmark) afsagt af EU-domstolen eller andre domstole uden for Danmark. Eksempelvis blev

---

<sup>4</sup> Viggo Hørups diktum handlede oprindeligt om noget lidt andet, da han på et folkemøde i 1878 gav udtryk for, at "*Folketinget er den højeste Myndighed, der har ingen over sig og ingen ved siden af sig*", en udtalelse som primært skulle ses som en kritik af såvel kongemagten som Landstinget.

<sup>5</sup> Sag I-295/98  
Tvind-dommen – U 1999.841 H

daværende justitsminister Nick Hækkerup under en debat i Folketinget om overvågning kontra borgernes frihed og retssikkerhed så sent som den 23. november 2021 harm over, at Danmark skulle følge Domstolens domme om logning af borgeres teleoplysninger. Han mente, at det ville gøre det sværere for dansk politi at opklare forbrydelser, når de ikke til enhver tid kunne 'tappe' borgeres telekommunikation. Han kaldte det ligefrem fra Folketingets talerstol "forrykt", at de afsagte EU-domme skulle tvinge Danmark til at ændre reglerne for logning.

"De er jo bare dommere. Hvorfor skal de have lov til at bestemme, hvad der skal være den politiske situation i Danmark? Hvorfor skal nogen, der ingen demokratisk legitimitet har, have lov til at bestemme. Jeg forstår det simpelthen ikke."<sup>6</sup>.

Hækkerup udtrykte også utilfredshed med den dynamiske fortolkningsstil som ifølge justitsministeren betød, at EU-domstolen kunne beslutte, "som den har lyst til."

Lignende betragtninger er hørt før og er ikke uforståelige. Men under debatten gav justitsministeren også udtryk for, at han generelt ikke forstod, at overnationale domstole har legitimitet til at afsige domme, der går imod den danske statsmagt. Det siger en del om ikke bare opfattelsen af EU-retten blandt politikere i Danmark, men også om den danske demokratiopfattelse. Den politiske holdning i logning-sagen viser samtidig, at det fokus, som det konstitutionelle demokrati (modsat flertalsdemokratiet) har haft på beskyttelsen af borgeren imod staten, ikke er helt så fremtrædende i et samfund som det danske, hvor tilliden til den altfavnende og ubegrænsede stat altid har været dominerende<sup>7</sup>.

Det interessante er dog samtidig, at reaktionen på Hækkerups angreb, nok havde været en anden, hvis udsagnet var kommet fra en ungarsk eller polsk justitsminister. Begge lande har i en årrække har været kendte for ikke blot at dæmonisere, men også underkende overnational rets indflydelse på polsk og ungarsk ret – ofte i et ret åbenlyst forsøg på - fra regeringernes side - at konsolidere egen magt<sup>8</sup>. Angrebene, som ofte både kommer fra regeringen og fra landets højeste domstole med reference til en særlig 'konstitutionel identitet', er af forskere blevet beskrevet som 'Abuse of Constitutional Identity', og diskussionen om, hvordan nationale domstole og regeringer i disse år i

---

<sup>6</sup> Rikke Albrechtsen, 'Tidligere dommer kalder justitsministerens EU-udfald "populistisk sludder" og "absurd vrøvl', Altinget, 2021

<sup>7</sup> Marlene Wind, 'Who is Afraid of European Constitutionalism? The Nordic Distress with Judicial Review and Constitutional Democracy', SSRN, 2014. Vi kommer i detaljer ind på denne demokrati-distinktion nedenfor.

<sup>8</sup> Marlene Wind: Tribaliseringen af Europa. Et forsvar for vores liberale værdier, 2020; Marlene Wind, 'The Backlash to European Constitutionalism', 2021; Wojciech Sadurski: Polands constitutional Breakdown, 2019.

stigende grad udfordrer den europæiske retsorden, kører i øjeblikket for fuld skrue i den akademiske litteratur og i den europæiske offentlighed<sup>9</sup>.

At udtalelsen refereret ovenfor kom fra Folketingets talerstol fra en dansk justitsminister med ph.d. i EU-ret uden at vække stor opsigt, virker i dette lys noget overraskende. Alligevel bør det måske ikke overraske. Med en tilbagetrukket rolle for nationale domstolene og et parlament, dvs. Folketing, der opfattes som næsten ufejlbarligt og som en direkte refleksion af folket, ligger det nok lige for. Det interessante er imidlertid, om det også signalerer, at Danmark er hoppet med på den anti-konstitutionelle bølge, som er en bredere global trendens, eller om det danske flertalsdemokrati snarere 'blot' bare repræsenterer det, nogen kalder 'democracy without courts'?<sup>10</sup> En demokratiform, der naturligvis ikke er uden domstole i bogstaveligste forstand, men uden det element, de fleste i efterkrigstiden forbandt med demokrati, nemlig demokrati med aktiv finmasket 'judicial review' – dvs. domstolskontrol - og som oftest i litteraturen benævnes 'konstitutionelt demokrati'<sup>11</sup>. At det danske demokrati i en nordlig afkrog af verden gik helt uden om den konstitutionelle bølge, der tegnede verden efter krigen, fandt den canadiske professor Ran Hirschl så besynderligt og overraskende, at han i 2011 beskrev, hvad, han mente, var et dansk/nordisk 'counter-narrativ'. Altså en modfortælling, der modsagde trenden og demokratiopfattelsen i stort set alle andre vestlige lande<sup>12</sup>.

Men på trods af at vi således i Danmark tilhører en meget lille gruppe af lande uden 'konstitutionalisme', fik vi europæisk domstolsprøvelse ind ad bagdøren, da vi trådte ind i EF/EU. EU-retten og EU-domstolen har spillet en helt central rolle i det europæiske samarbejde - også på det nationale niveau - når gennemførelsen af de fælles EU regler og rettigheder har skullet sikres.

---

<sup>9</sup> *Julian Scholtes*, 'Abusing Constitutional Identity', *German Law Journal*, Vol. 22(4), 2021 s. 534-556; *Kim Lane Scheppele*, 'Autocratic Legalism', *Chicago Law Review*, 2018.

Se også *Signe Rehling Larsen*, 'Varieties of Constitutionalism in the European Union', *The Modern Law Review*, Vol. 84(3), 2021 s. 477-502. *Gábor Halmai*, 'Abuse of constitutional identity : the Hungarian constitutional court on interpretation of article E) (2) of the fundamental law', *Review of Central and East European law*, Vol. 43(1), 2018 s. 23-42.

For den danske position se *Jens Elo Rytter & Marlene Wind*, 'In Need of Juristocracy? The Silence of Denmark in development of European Legal norms', *International Constitutional Law Journal*, Vol. 9(2), 2011 s. 470-504.

<sup>10</sup> *Signe Rehling Larsen*, 'Varieties of Constitutionalism in the European Union', *The Modern Law Review*, Vol. 84(3), 2021 s. 477-502.

<sup>11</sup> *Martin Shapiro & Alec Stone Sweet*: *On Law, Politics and Juridicalization*, 2002. Se også

<sup>11</sup> *J.H.H. Weiler & Marlene Wind* (red.): *European Constitutionalism beyond the State*, 2003.

<sup>12</sup> *Ran Hirschl*, 'The Nordic counternarrative: Democracy, human development, and judicial review', *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 9(2), 2011 s. 449-469.

Se også hans bog: *Ran Hirschl: Towards Juristocracy*, 2007.

Ikke nok med, at EU-domstolen fra ca. midt 1960'erne etablerede intens prøvelse af national lovgivnings forenelighed med fælles europæiske regler. Den erklærede også EU-rettens direkte virkning og forrang for ikke kun medlemslandenes nationale lovgivning (hvis disse var i indbyrdes konflikt), men også disses grundlove<sup>13</sup>. Det interessante for særligt Danmark er imidlertid, som vi viser nedenfor, at selvom den danske Højesteret til dato har fastholdt sin klassiske tilbageholdende stil i forhold til at prøve den normale lovgivnings overensstemmelse med grundloven, har Højesteret ikke udvist helt samme håndskyhed, når det kommer til at udfordre EU-retten. Hermed følger Højesteret den nyere suverænitetsorienterede trend, som blev antydnet ovenfor, hvor ikke bare regeringer, men også nationale højesteretter og forfatningsdomstole i stigende grad udfordrer EU-rettens forrang og EU-domstolens praksis<sup>14</sup>.

## **2. Enevælden, magtbalanceringen og den forsigtige danske prøvelsesret**

Hvis de danske domstole fører et skyggeliv og har haft det fint med at stå i skyggen af Folketinget, kan forklaringen nok søges i en kombination af institutionel inertie og det meget tætte bånd, domstolene har haft til enevælden. Som Ditlev Tamm formulerer det: ”Danmarks Højesteret er som institution snævert knyttet til indførelsen af enevælden i Danmark, og dennes oprindelse som en udløber af Kongemagten - og ikke som en selvstændig domsmagt - er af stor betydning for forståelsen af rettens historie”<sup>15</sup>. Højesteret regner da heller ikke selv sin fødsel som institution tilbage til demokratiets fødsel med Grundloven af 1849, men til 1661, hvor enevælden var ved at etablere sig som den monolitiske danske stat. Før enevælden havde kongens administrative hjælpere været unge adelsmænd, som tjente kongen i nogle få år, indtil de kunne overtage det fædrene gods. Enevælden blev indført i 1660 ved et statskup mod adelen, som efter europæisk målestok var blevet ekstremt lille. Gradvist forsøgte kongemagten at lirke sig ud af afhængigheden af den gamle adel og svække dens magt. Der indførtes en omfattende adling af borgerlige, som kongen skyldte penge. Det blev udtrykkeligt betonet, at adlingen ikke skyldtes arv, men fortjenester<sup>16</sup>. Dermed var adelen splittet op i en gammel og en ny adel – sidstnævnte benævnt grever og baroner. Yderligere ’del og hersk’-teknik var at indføre rangklasser. Men sideløbende forsøgte kongemagten i højere grad at

---

<sup>13</sup> Jens Peter Christensen i John Erichsen, *Jens Peter Christensen & Ditlev Tamm* (red.): Højesteret, 2015 s. 48.

<sup>14</sup> Mikael Madsen, Henrik Palmer Olsen & Urska Sadl, ‘Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: The Danish Supreme Court’s Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation’, *European Law Journal*, Vol. 23(2), 2017 s. 140-150.

<sup>15</sup> Ditlev Tamm i Per Magid, *Torben Melchior, Jon Stockholm og Ditlev Tamm* (red.): Højesteret – 350 år, 2011 s. 14.

<sup>16</sup> Tim Knudsen: *Fra enevælde til Folkestyre*, 2006.

rekruttere embedsmænd fra borgerlige kredse. De ville være mere økonomisk afhængige af kongen, når de ikke kom fra store godser. De fleste konger gik nidkært ind i alle embedsudnævnelser. Resultatet blev, at både militæret og den civile forvaltning efterhånden blev meget loyale og styrbare.

I 1736 etableredes en jurauddannelse ved Københavns Universitet. Fra 1773 fik juristerne klart fortrinsret til embeder, og først efter anden verdenskrig begynder juriststandens tilnærmelsesvis monopol at krakelere en smule, da økonomer efterhånden kommer ind for at supplere juristerne i centraladministrationen. Hvor juriststanden i mange lande – eksempelvis Frankrig og England - blev opbygget som en sagførerstand, så er den i Danmark først og fremmest udviklet som en embedsstand. Danmark uddanner da også betydeligt flere jurister end eksempelvis Finland, der har samme befolkningsstørrelse - noget, der nok kan tilskrives det forhold, at juristprofessionen i Danmark retter sig mod hele det samfundsvidenskabelige arbejdsmarked<sup>17</sup>.

Principielt besad kongen under enevælden både den lovgivende, udøvende og dømmende magt. Højesteret begrundede ikke sine afgørelser, da de jo var et udtryk for kongens vilje. Og en enevældig konge behøver som bekendt ikke at begrunde sine beslutninger.<sup>18</sup>

Kongerne havde hverken tid eller lyst til at sidde dagligt i Højesteret. Enevælden gav Højesteret mulighed for at udvikle sig relativt uforstyrret af enevældens lovgivende og udøvende magt under forudsætning af, at retten ikke blandede sig i udøvelse af lovgivningsmagten og dens daglige forvaltning. Ifølge Henrik Palmer Olsen, en af de få danske jurister, der har beskæftiget sig med magtfordelingslæren i Danmark, betød det, at der før 1849 ikke eksisterede en egentlig magtfordeling i Danmark.<sup>19</sup>

I slutningen af 1700-tallet havde det rekrutteringsmønster, som blev bevaret de næste 200 år, fæstnet sig. Højesteretsdommerne var jurister med første karakter. Under enevælden foretrak man jurister som havde arbejdet i Danske Kancelli. Endnu i slutningen af det 20. århundrede var

---

<sup>17</sup> *Ditlev Tamm*, 'Ditlev Tamm om minksagen, Herlufsholm og kompromisløse finner: »Et eller andet sted må grænsen gå«', Berlingske, 2022; *Nicholas Haagensen, Salvatore Caserta, Mikael Rask Madsen & Lasse Folke Henriksen*, 'The Widening Profession: An Analysis of the Differentiation and Stratification of Danish Jurists (1974-2019)', iCourts Working Paper, 2022.

<sup>18</sup> *Ditlev Tamm* i *Per Magid, Torben Melchior, Jon Stockholm og Ditlev Tamm* (red.): Højesteret – 350 år, 2011 s. 13-52.

<sup>19</sup> *Henrik Palmer Olsen*: Magtfordeling: en analyse af magtfordelingslæren med særligt henblik på den lovgivende magt, 2005 s. 176.

førstevalget jurister, som havde været embedsmænd i efterkommeren af Danske Kancelli, Justitsministeriet, dvs. den udøvende magt.<sup>20</sup> Først med domstolsreformen fra 2007 bredte man rekrutteringsmønstret ud til i lidt større omfang også at omfatte universitetsjurister og advokater.

Enevælden faldt i 1848, og Grundloven af 1849 fastslog, at den lovgivende magt var hos kongen og Rigsdagen i forening - den udøvende magt hos kongen og den dømmende magt hos domstolene. Man tilstræbte altså en form for magtfordeling. Men det er en almindelig opfattelse, at forhandlingerne i Den Grundlovgivende Rigsforsamling på dette punkt var korte. Og de var uden hentydninger til hverken Montesquieu eller magtbalancering og prøvelsesret.<sup>21</sup> Som Jens Peter Christensen formulerer det: ”I modsætning til hvad mange måske i dag kunne tro, tog grundlovens §3 imidlertid ikke sigte på at fastslå en ret for domstolene til at prøve, om lovgivningen holder sig inden for grundlovens rammer”<sup>22</sup>. Den meget indflydelsesrige jurist og professor Alf Ross (1899-1979), som har præget generationer af danske jurister, mente da heller aldrig, at grundlovens § 3, indebar en begrænsning af lovgivningsmagtens kompetence. Der er med andre ord forskel på en formel magtdeling og en *magtbalancering*, der indebærer en aktiv og finmasket prøvelsesret. At indskrive domstolsprøvelsen var ganske enkelt for kontroversielt til, at man kunne enes om at indføre den på Den Grundlovgivende Rigsforsamling. Den blev heller ikke skrevet ind i 1953-udgaven på trods af opfattelsen i det meste af resten af Europa efter 2. verdenskrig om, at parlamenter skulle underkastes domstolskontrol og i det hele taget – efter nazismens horrible jødeudryddelser – skulle have en helt ny rolle, som individets primære beskytter mod staten<sup>23</sup>.

Meget handlede om, at oppositionen så Højesteret som en del af Højres konservative ærtehal og derfor ikke ønskede en stærk dømmende magt. I stedet forsøgte Venstre, efterhånden også Socialdemokratiet og fra 1905 ydermere Det Radikale Venstre, på anden vis at underminere juriststandens magt og privilegier. Bondevennerne, der var en forløber for Venstre, vendte sig allerede i Den Grundlovgivende Rigsforsamling mod, at Højesteret skulle kunne underkende love. Dog var der accept af, at love, som var blevet til på en måde, der stred mod Grundloven, var

---

<sup>20</sup> Ditlev Tamm i *Torben Jensen, W.E. von Eyben & Mogens Koktvedgaard* (red.): Højesteret 1661-1986, 1986 s. 13-32; *Torben Jensen i Torben Jensen, W.E. von Eyben & Mogens Koktvedgaard* (red.): Højesteret 1661-1986, 1986 s. 119.

<sup>21</sup> *Henrik Palmer Olsen: Magtfordeling: en analyse af magtfordelingslæren med særligt henblik på den lovgivende magt*, 2005 s. 178.

<sup>22</sup> *Jens Peter Christensen i Per Magid, Torben Melchior, Jon Stockholm og Ditlev Tamm* (red.): Højesteret – 350 år, 2011 s. 230.

<sup>23</sup> *Doreen Lustig & J. H. H. Weiler*, ‘Judicial review in the contemporary world—Retrospective and prospective’, *International Constitutional Law Journal*, Vol. 6(2), 2018 s. 315–372.



ugyldige, men der var ingen klarhed over, hvordan/hvornår dette i givet fald skulle pådømmes.<sup>24</sup> Bondevennerne - og senere mange andre politikere - gik således ind for et uindskrænket flertalsvælde, så længe det bare blev udøvet inden for rammerne af de procesforeskrifter, som Grundloven gav. Lignende skepsis over for prøvelsesretten fandt man det 20. århundrede i både Socialdemokratiet og Det Radikale Venstre. Den radikale Carl Th. Zahle, der var statsminister i samlet otte år, mente blandt andet, at man risikerede reaktionære dommere. Zahle nævnte provisorietiden, hvor højreorienterede jurister havde forsvaret de provisoriske love mod Folketingets flertal.<sup>25</sup>

Vi skal helt op til efter første verdenskrig, før lovgivningsmagtens grænser blev prøvet ved Højesteret. I 1920 godkendte Højesteret den såkaldte fæsteafløsningslov som forenelig med Grundloven. Dommen statuerede hermed, at domstolene trods alt var kompetente til at påkende Grundlovsspørgsmål, men der var samtidig tale om en prøvelse, som var forbundet med så megen forsigtighed, at den, som afdøde Professor i EU-ret Hjalte Rasmussen formulerede det, stadig er 'svær at få øje på'<sup>26</sup>.

Sagen handlede om en fæsteafløsnings sag, hvor Højesteret endte med at underkende en ejendomsbesidders påstand om, at han ikke havde fået fuldstændig erstatning, da han måtte afstå jord. Han havde ikke modtaget erstatning efter vurderingen i 1920, men efter en lavere vurdering i 1916. Højesteret var faktisk meget tæt på at give borgeren medhold (og dermed underkende loven), da seks ud af 11 dommere gav ham ret, hvilket ville have betydet en underkendelse af fæsteafløsningsloven. Men så svingede en dommer over. Seks stemte imod fem for at opretholde loven. Højesteret konkluderede, at borgerens påstand om, at loven ikke gav ham fuld kompensation for hans tab af ejendom, ikke kunne bekræftes 'med den sikkerhed, som må kræves, for at Højesteret kan tilsidesætte en lov vedtaget af Folketinget som forfatningsstridig'<sup>27</sup>.

I 1954 erklærede den fremtrædende og normalt forsigtige professor Poul Andersen i sin vurdering, at loven "var ret klart grundlovsstridig."<sup>28</sup> Men selvom højesteret således i denne sag selv slog fast,

---

<sup>24</sup> Poul Andersen i *Knud Fabricius m.fl.* (red.): Den danske Rigsdag 1848-1949, 1953 s. 516 f.

<sup>25</sup> *Jesper Lundsby Skov*: Frihed og ret: En begrebshistorisk analyse af forholdet mellem forfatning og frihedsrettigheder ca. 1840-1953, 2019 s.157 ff.

<sup>26</sup> *Hjalte Rasmussen*: Folkestyre, Grundlov og Højesteret: Grundlovens §20 på prøve, 1996 s. 25.

<sup>27</sup> Ugeskrift for Retsvæsen, afdeling B, 1921 s. 644.

Citatet her er oversat fra *Jens Elo Rytter & Marlene Wind*, 'In Need of Juristocracy? The Silence of Denmark', *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 9(2), 2011 s. 475.

<sup>28</sup> *Jens Peter Christensen i Per Magid, Torben Melchior, Jon Stockholm og Ditlev Tamm* (red.): Højesteret – 350 år, 2011 s. 231.

at man *havde ret til* at prøve en lovs forenelighed med grundloven, skal vi helt frem til Tvind loven i 1999, før Højesteret rent faktisk tilsidesætter en lov vedtaget af Folketinget pga. grundlovsbrud. 'Forsigtigheden' eller tilbageholdenheden ved prøvelovgivning, som blev slået fast i dommen fra 1921, indebar derfor, at for at gøre noget så kontroversielt krævedes en ekstraordinær 'sikkerhed' for, at loven var i konflikt med grundloven, hvilket man ikke mente var tilstede i sagen fra 1921.

De politiske partier arbejdede dog også på anden måde for større uafhængighed til domstolene. I 1919 blev løftet i Grundloven om adskillelse af retsplejen fra forvaltningen, herunder politiet, med retsplejereformen opfyldt. Danmark har dog opretholdt en ordening, der adskiller den fra det meste af resten af Europa ved at både politi, anklagemyndighed, domstole, fængselsvæsen og benådninger er placeret under Justitsministeriet. Det normale er, at man har politi og de andre instanser under Indenrigsministeriet eller i uafhængige styrelser, for dog at skabe en vis afstand til Justitsministeriet. Og den dag i dag er Danmark sammen med sine gamle bilande Norge og Island i modsætning til mange europæiske lande også karakteriseret ved ikke at have særlige forvaltningsdomstole. Det har uden tvivl sået tvivl om, hvorvidt Danmark helt lever op til de retsstatslige principper, man ofte prædiker for andre, da man på mange måder har fået en rodebutik med råd, nævn og domstolslignende organer i stedet. Som Ditlev Tamm formulerer det, er det danske system 'rodet og uoverskueligt og trænger til faste retningslinjer'<sup>29</sup>.

Da Danmark hverken har en forfatningsdomstol eller et lovråd, har Justitsministeriet også fået en enorm magt i forhold til Danmarks internationale forpligtelser<sup>30</sup>. Det gælder såvel i forhold til EU-retten som den europæiske menneskeretskonvention. Både når sager overvejes forelagt for EU-domstolen mod staten, spiller Justitsministeriet og Juridisk Specialudvalg således en helt central rolle i samspil med statens advokat, kammeradvokaten. Justitsministeriet rådgiver om, hvorvidt nye domme og ny EU-lovgivning er i overensstemmelse med dansk ret, og anbefaler, om og hvordan disse bør implementeres i national ret. I andre lande går dette først en tur over parlamentet, men i Danmark overlader vi det til embedsmænd gennem rådgivning, henstillinger og udstedelse af bekendtgørelser<sup>31</sup>. Det er tilmed Justitsministeriet sammen med Udenrigsministeriets lovkontor, der fører sager for den danske stat ved EU-domstolen og dermed, altså også (sammen med Kammeradvokaten), forsvarer Danmark i traktatbrudssager - ofte sager, hvor selvsamme

---

<sup>29</sup> Ditlev Tamm i *Per Magid, Torben Melchior, Jon Stockholm og Ditlev Tamm* (red.): Højesteret – 350 år, 2011 s. 99.

<sup>30</sup> Marlene Wind i *Stefan Griller, Lina Papadopoulou & Roman Puff* (red.): National Constitutions and EU Integration, 2022 s. 89-122.

<sup>31</sup> Karsten Hagel Sørensen i *Jens Rosenløv og Kirsten Thorup* (red.): Festskrift til Ole Due, 1994 s. 113-136.

ministerium har spillet en central rolle for, hvordan en dom eller lov blev implementeret i dansk ret i første omgang. Justitsministeriet har altså mange kasketter på på én gang. Når det derfor kommer til det, man kalder præjudicielle sager, hvor en civil sagsøger ved en national domstol fx ønsker EU-domstolens vurdering af, om den danske stat har implementeret en EU-lov eller dom korrekt eller til tiden, har Justitsministeriet - med sine mange roller – sjældent den store interesse i at få sagen prøvet og dermed sin egen implementeringsrådgivning testet<sup>32</sup>. Ministeriet beder derfor ofte kammeradvokaten arbejde for, at det ikke sker og man bliver dermed en form for gate-keeper, som i princippet modvirker, at borgere og virksomheder kan få deres EU-rettigheder prøvet ved EU-domstolen. De modstridende roller og den viden som ministeriet (og dermed staten) ligger inde med, bliver dog yderst sjældent hverken genstand for offentlig opmærksomhed eller debat. Folketingets Europaudvalg er ofte heller ikke klædt på til at kunne gennemskue sagerne<sup>33</sup>. Det er også Justitsministeriet alene, der vurderer, om der er suverænitetssafgivelse, når Danmark tiltræder nye internationale traktater, eller hvis EU-traktaterne ændres. Alene ordet 'kronjurister', som ofte høres i forbindelse med vurderinger fra det hemmelighedsfulde og ophøjede justitsministerium, sender konnotationer til enevælden og afmonterer ofte de fleste journalisters eventuelle kritik eller lyst til at kulegrave afgørelserne. Det er dog lidt af en dansk ejendommelighed, at Justitsministeriet fortsat har monopol på at rådgive ministerier og embedsmænd om lovforslags forenelighed med Grundloven. Det har adskillige gange i tidens løb været diskuteret, om der netop ikke burde etableres et selvstændigt lovråd under Folketinget, der kunne skabe transparens, demokratisk debat og i højere grad få argumenterne for og imod (samt præmisserne og mellemregningerne) ud i det åbne. Det er imidlertid forblevet ved snakken. Instruks- og Mink-sagerne burde ellers give nok anledning til overvejelser om, hvordan embedsmænd ofte presses til at 'vurdere' sager på en måde, som måske er mere politiske end juridiske, og hvor vurdering fra en ekstern instans - som en forfatningsdomstol eller et lovråd - kunne have forhindret, at vi var endt, hvor vi er endt i dag.

Magtkoncentrationen ses også ved den måde, danske dommere bruges og opfattes på – nemlig som en slags embedsmænd, der fører den lovgivende og udøendes befalinger ud i livet. Skiftende regeringer bruger ofte dommere i undersøgelseskommissioner. Opgaven er her primært undersøgende, mens det normale for en dommer vel er – eller burde være – kun at afgøre sager med

---

<sup>32</sup> *Peter Pagh Rasmussen*, 'Præjudicielle forelæggelser og juridisk specialudvalg', *Ugeskrift for retsvæsen*, 2004 s. 205; *Marlene Wind*, 'The Nordics, the EU and the Reluctance Towards Supranational Judicial Review', *Journal of Common Market Studies*, Vol. 48(4), 2010 s. 1039-1063.

<sup>33</sup> Folketinget, 'Ny rapport: Folketinget skal have større indflydelse på Danmarks EU-politik', 2021.

en juridisk vurdering. Dommerforeningen har ønsket at få skiftende justitsministre til at ændre det.<sup>34</sup> Det har dog ikke givet resultat.

Man skal da heller ikke lede længe for at finde mere nutidige eksempler på den manglende respekt for domstolene som uafhængig statsmagt. Da Covid-19 nåede Danmark greb Justitsministeriets departementschef og Domstolsstyrelsen ind i domstolenes virksomhed på en måde, som ifølge flere professorer og flere dommere, herunder dommerforeningens formand, var på kanten af Grundloven. Regeringen havde besluttet at ”lukke” for behandlingen af en række sagstyper. Men regeringen kan ikke lukke helt eller delvist for domstolsbehandlingen. Ej heller kan domstolsstyrelsen, der misvisende kalder sig Danmarks Domstole, gøre det. Domstolene ledes af retspræsidenter.<sup>35</sup> En eventuel nedlukning burde ifølge kritikken gå gennem retspræsidenterne. De betragtninger druknede i coronakrisestemning, selvom magtfordelingen vel netop er særlig vigtig i nationale kriser.

Skønt domstolsstyrelsen blev oprettet i 1999, er det fortsat Justitsministeriet, der forhandler med Finansministeriet om bevillinger. Domstolene har været underlagt store besparelseskraav trods en voksende sagsmængde, der ikke mindst skyldes retspolitiske stramninger. Danmark har nu ekstremt lange ventetider ved domstolene, noget EU Kommissionens årlige ’Rule of Law’ rapporter<sup>36</sup> har bemærket ligesom det har været foreslået, at domstolenes økonomi burde fastsættes direkte gennem domstolenes forhandlinger direkte med Folketinget<sup>37</sup>. Det er da også sigende, at Danmark ligger nær bunden i Europa, når det gælder andel af BNP, som anvendes på domstolene. Kun Irland har færre dommere pr. 100.000 indbyggere.

### 3. Det grænseløse flertalsvælde

Det forhold, at højesteret i århundreder var en del af statsmagten, har sat sit præg på den særlige måde, det danske demokrati – eller som vi ynder at kalde det ’folkestyre’ – har udviklet sig på, og

---

<sup>34</sup> *Hans Redder*, ’Dommere vil ud af kommissioner’, Information, 2012; Iben Schmidt, ’Ekstraordinært år har drænet domstolene for erfarne kræfter’, AdvokatWatch, 2022.

<sup>35</sup> *Bertil Frosell*, ’Betragtninger om lukningen af domstolene’, Politiken, 2020.

<sup>36</sup> Se EU’s anbefalinger til Danmark i sin årlige ’Rule of Law’ rapport her: [chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/4\\_1\\_194542\\_comm\\_recomm\\_en.pdf](chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/4_1_194542_comm_recomm_en.pdf)

<sup>37</sup> *Bodil Ruberg*, ’Derfor kan du ikke komme for en dommer: Danmarks domstole er blandt Europas allerdårligst finansierede’, Berlingske, 2022. og Erbil G. Kaya, ’Forsvarsadvokat peger på syv områder: Tankeløst folketings nedsætter domstolens fart’, Berlingske, 2011.

også på den måde, vi har forholdt os til overnationale domstole på. At Danmark ikke som andre lande efter 2. verdenskrig hoppede med på den 'konstitutionelle bølge', men bevarede flertalsdemokratiet med meget tilbageholdne domstole, en stærk dualistisk retstradition og et Folketing, der – af samme årsager – har meget få grænser for magtudøvelsen, har uden tvivl haft konsekvenser nationalt, men også for vores forhold til Europarettens.

Det er meget godt illustreret af et udsagn Erling Olsen, daværende formand for Folketinget, kom med i 1996 – kun to år efter, at han var gået af som justitsminister (at dømme efter adskillige justitsministre giver det ikke stor respekt for domstolene at være justitsminister). Jf. Olsen falder det nemlig slet ikke almindelige folketingsmedlemmer ind, at de nationale domstole nogensinde ville 'benytte sig af denne mulighed' – altså at udøve finmasket domstolskontrol og eventuelt tilsidesætte lovgivning lavet af et politisk flertal<sup>38</sup>. Debatten blussede op, da Højesteret meget overraskende pludselig i 1996 tillod 11 EU-kritiske borgere at prøve Folketingets tiltrædelse af Maastricht-traktaten for grundlovsbrud. De fik ikke medhold, men alene det forhold, at Højesteret havde givet dem lov, sendte jf. Olsens mange kommentarer og debatindlæg et chok igennem såvel Folketing som den brede offentlighed såvel som juridiske kredse. Få havde forestillet sig, at Højesteret nogensinde ville gøre alvor af at prøve en Folketingsbeslutning og slet ikke en, der angik tiltrædelse af (eller kompetenceoverladelse) til et internationalt organ som EU. Olsens pointe var, 'at det skal dommere da slet ikke blande sig i' (især når de 11 ikke havde en personlig interesse i sagen). Højesteret var imidlertid lige på dette punkt blevet europæiseret og dermed inspireret af den tyske forfatningsdomstol, som havde benyttet sin egen Maastricht-sag til at slå sig i tøjret over for EU's 'competence-creep' med udgangspunkt i et sagsanlæg fra nogle EU-skeptiske vælgere<sup>39</sup>. Højesteret gav som nævnt ikke de 11 klager medhold i, at §20 var overtrådt, men varslede med sagen, at når det kommer til EU-spørgsmål, kan man bestemt ikke udelukke, at retten vil benytte sin prøvelsesret og eventuelt vurdere senere kompetenceoverladelser i forhold til den danske grundlov<sup>40</sup>. Mere specifikt slog Højesteret – i lighed med den tyske forfatningsdomstol fast, at danske domstole ser sig selv kompetente til at tilsidesætte eventuel EU-ret, som går ud over den afgivne suverænitets rammer - noget som ellers jf. samtlige lærerbøger i EU-ret tilkommer EU-domstolen at afgøre. Vi stod altså pludselig i den ret besynderlige situation, at selvom Højesteret ikke tidligere (før 1996)

---

<sup>38</sup> Erling Olsen, 'Grundloven må ændres: Det danske folk og ikke Højesteret skal bestemme', Politiken, 1996.

<sup>39</sup> Den Tyske Forfatningsdomstol var i 1993 af en klager blevet bedt om at undersøge, om Maastrichttraktaten var imod tysk lov. Det resulterede i en bemærkelsesværdig dom, der bl.a. - selvom den ikke underkendte traktaten, slog fast, at Forbundsdagens ansvar at afgøre, hvilke kompetencer EU burde have - ikke EU selv. Se BVerfGE 89, 155 (1993).

<sup>40</sup> U.1998.800 H

har villet prøve folketingsflertallets afgørelser i forhold til grundloven, mente man sig nu kompetent til at prøve *overnational rets* overensstemmelse med grundloven. Doreen Lustig og Joseph Weiler har i en videnskabelig artikel<sup>41</sup> kaldt denne 'vi står øverst'-retorik for den tredje bølge af konstitutionalismen<sup>42</sup>. Her udøver nationale højesteretter og forfatningsdomstole i stigende grad 'judicial review' af de internationale domstole og det regelværk staterne er underlagt. Jf Lustig og Weiler bestod første bølge af den generelle accept (i Europa) af etableringen af nationale forfatningsdomstole efter 2. verdenskrig. Den anden bølge handlede om den lange periode, hvor regeringer og domstole som noget helt naturligt accepterede, at overnational ret, konventioner og traktater, havde forrang frem for national ret. Den tredje bølge, som vi står midt i disse år med Polen og Ungarn som ekstreme eksempler, repræsenterer et stigende oprør imod den ret som især anden bølge af konstitutionalismen siden 2. verdenskrig har udviklet og som – ifølge nogen – altså nu begrænser landenes suverænitet. Det er tvivlsomt, om Højesteret med sin Maastricht-afgørelse (og senere Lissabon og Ajos sag) ser sig selv som en del af nogen bølge, og man skal være forsigtig med at generalisere her. Men de danske højesteretsdommerne har i mange sammenhænge erkendt, at Maastricht-dommen var inspireret af den tyske forfatningsdomstols EU-skeptiske linje, som også – hvad enten man kan lide det eller ej – har været en klar inspirationskilde til de illiberale og retligt klart problematiske forfatningsafgørelser i Polen og Ungarn<sup>43</sup>.

Vender vi tilbage til spørgsmålet om Folketingets magt-selvbegrænsning, så har der tit været argumenteret for, at Folketinget altid selv vil og kan holde sig inden for grænserne af grundloven, og at man derfor hverken har brug for forfatningsdomstole, lovråd eller finmasket domstolsprøvelse. I nyere tid må man imidlertid med Instruks- og Minksagen i stigende grad sætte spørgsmålstegn ved dette. FE-sagen kommer oveni og er endnu uafklaret, men kunne meget let, som sagen afdækkes i medierne, ende med at anskueliggøre, at en sådan 'selvkorrektion' i bedste fald er baseret på ønsketænkning. Man kunne an med andre ord godt efterspørge at en mere intens domstolskontrol også fandtes i Danmark, eftersom undersøgelse og ansvarspådragelse i alle disse

---

<sup>41</sup> Doreen Lustig & J.H.H Weiler, 'Judicial review in the contemporary world— Retrospective and prospective', *International Constitutional Law Journal*, Vol. 16(2), 2018 s. 315–372.

<sup>42</sup> Marlene Wind, 'The Backlash to European Constitutionalism: Why we should not embrace the identitarian counter wave', *Revue Europeenne du Droit*, No. 3, 2021 s. 48-51.

<sup>43</sup> Simon van Dorpe, 'Explained: What bombshell Polish court ruling means for EU', *Politico*, 2021; That there are strong differences between the revolt by the German CC in the so-called OMT case and the Polish K/21 case is argued here: Alexander Thiele, 'Whoever equates Karlsruhe to Warsaw is wildly mistaken', *Verfassungsblog*, 2021.

sager har været helt afhængig af, om der kunne fremskaffes et politiske flertal, der syntes, at det var opportunt.

Med en stort set uindskrænket magt til flertallet er det åbenlyst, at de særlige bestemmelser om frihedsrettigheder i Grundloven, i den europæiske menneskerettighedserklæring, i internationale konventioner, EU-aftaler m.m. af mange politikerne opfattes som indskrænkninger i den danske lovgivningsmagts kompetence. Et nyere kvantitativt studie viser tilmed, at Højesteret i langt mindre grad end sine nordiske kollegaer citerer international ret, traktater og konventioner i deres egne domme<sup>44</sup>. Det betyder efter alt at dømme også, at de internationale aftaler, som Danmark er en del af, i sjældnere grad end hos vores naboer, bliver brugt til det, de er skabt for: Nemlig at sætte grænser for lovgiverne og beskytte borgeren imod statsmagten ved hjælp af overnational ret.

Problemet med et uindskrænket flertalsvælde er imidlertid netop, at det forudsætter ufejlbarlighed hos lovgiverne, så de ikke går retsstaten og de grundlæggende frihedsrettigheder for nær. Det er dog – jf. de før omtalte skandalesager – bestemt ikke altid let for danske lovgivere at se, hvor grænserne er. I de senere år har danske ministre desuden ofte talt om at udfordre internationale konventioner ved at gå 'helt til grænserne' med risiko for at overtræde dem, fordi grænserne ikke er ganske entydige. Hvis dette fortsætter, er spørgsmålet, hvilke institutioner der så skal vogte grænserne og beskytte retsstaten i fremtiden? Her er det næppe betryggende, hvis det overlades til politikerne (eller deres ofte overloyale embedsmænd/k), selv om en vis begrænsning af udfoldelsesmulighederne ligger i, at vi så sjældent har flertalsregeringer. Danske vælgere har lige siden Alberti-skandalen i 1908-09 aldrig givet et enkelt parti absolut flertal i Folketinget. Hertil skal man lægge, at kun i nogle få år fra 1936 var der regeringsflertal også i Landstinget. Da den bastion var væk, gennemførte justitsminister K.K. Steincke, der ofte blev mistænkt for dyb mistillid til dommerstanden, begrænsninger af ytringsfriheden. Både for at gribe ind over for ”svinebutikker og pornografi”, men også for, hvad der kunne tolkes som kritik af det nazistiske Tyskland. Den sidste bastion mod Steinckes angreb på ytringsfriheden var, at De Radikale sad med i regeringen og lagde dæmpere på ham.<sup>45</sup>

Siden 1953 har vi ikke haft et tokammersystem. (Et folkeafstemningsinstitut blev sat i stedet). I vore dage er det blevet almindeligt i Europa med regeringer med mange partier – en udvikling

---

<sup>44</sup> *Marlene Wind*, 'Do Scandinavians care about international law? A Study of Scandinavian Judges' Citation Practice to International Law and Courts', *Nordic Journal of International Law*, Vol. 85(4), 2016 s. 281-302.

<sup>45</sup> *Tim Knudsen*: Statsministeren 2, 2020 s. 499 ff.

Danmark har været frontløber i – hvilket blandt andet kan skyldes den lave danske spærregrænse for valg til Folketinget. Siden 1945 har vi kun haft flertalsregeringer i 1957-1960, 1968-1971 og 1993-94. Disse regeringer bestod alle af tre-fire partier, som til en vis grad kunne dæmpe hinanden. Det danske parlamentariske system har dermed kunnet give en vis beskyttelse af mindretal. Det virker ikke sandsynligt, at Danmark inden for overskuelig tid får en stærk flertalsregering. Men man kan stille sig spørgsmålet: I hvor høj grad kunne en flertalsregering i givet fald bremses, hvis den skejede ud i magtexcesser? Læseren kan tankeeksperimentere med Støjberg-sagen eller minkskandalen i regi af en langvarig flertalsregering.

Der er sikkert nogle, der vil føle sig krænkede ved følgende konklusion, men den er uundgåelig: Det vil være en stor risiko for retsstaten at løbe, hvis danske vælgere nogen sinde skulle blive så tossede, at de sammensatte et folketing, hvor et enkelt parti havde absolut flertal. I en sådan situation ville en stærk dømmende magt være en uundværlig del af værnet mod overgreb og underminering af demokrati og retsstat. De senere års skandalesager har tilmed vist, at selv mindretalsregeringer, der går over strengen og bryder loven, kan fortsætte uden konsekvenser, fordi der ikke er et flertal, der finder det opportunt at drage konsekvensen.

Indtil videre har danskerne ikke lavet en kobling mellem de ovenfornævnte skandaler og strukturen bag vores flertalsdemokrati, hvilket sikkert skyldes, at ideen om, at 'Ingen over eller ved siden af' ligger så dybt i den danske folkesjæl inklusive hos de journalister, som ellers erklærer sig som den kritiske fjerde statsmagt.

Da Danmark i 1973 blev medlem af EF, kom det derfor som noget af en overraskelse for mange, at vi ikke bare havde meldt os ind i et nyt fællesskab, men de facto også i en ny demokratimodel, som lå langt fra den hørupske blinde tillid til, at et politisk flertal altid har ret og kender grænserne for sin egen magt. Det var derfor også en omvæltning, at en overnational domstol kom til at spille en så central rolle. Bortset fra Strasbourgdomstolen, som også kunne dømme regeringer for brud på Menneskeretskonventionen, var det i en dansk optik usædvanligt, at en overnational juridisk instans havde ret til at vurdere, om de fælles EU-regler var rigtigt gennemført nationalt, og om det var sket til tiden og ift. den intention, der lå til grund. Men fordi EU først og fremmest er et retsfællesskab, hvor medlemslandene har besluttet, at fælles europæiske regler skal være grundlaget for et stort indre marked med de samme konkurrencevilkår for medlemslandene og disses borgere og virksomheder, var analysen, at det var nødvendigt at have en fælles europæisk instans til at løse de konflikter, der naturligt ville opstå, når nationale regler og ordninger møder et fælles europæisk



regelsæt. Alternativet til at give EU-Domstolen kompetencen til at afgøre konflikter havde været (i dag) 27 forskellige retsordner med 27 forskellige regelsæt – noget, der helt sikkert ikke ville have fremmet den velstand, som et stort indre marked trods alt har bevirket de sidste 50 år. Men ikke nok med, at EU-Domstolen tidligt fik tildelt denne rolle - Kommissionen kunne som traktatens vogter også indlede traktatbrudssager imod medlemslande, der havde forbrudt sig imod de fælles regler. Man gjorde samtidig de nationale domstole til en form for hjælpedomstole. Det påhvilede dem at sikre, at tvivlsspørgsmål om fortolkning af EU-retten nåede Domstolen i Luxembourg – via Art. TEU 267 den præjudicielle forelæggelses procedure. Var der tvivl om, hvorvidt EU-retten var overholdt, skulle domstolen i Luxembourg spørges<sup>46</sup>. En sådan rolle for de nationale domstole (også de lavere instanser) har dog heller aldrig været 'naturlig' i Danmark, hvor domstole netop sjældent selv har udfordret lovgivningsmagten. Forskning har da også vist, at medlemslande uden tradition for finmasket *national* domstolsprøvelse især i de første årtier meget sjældent interagerede med og forelagde sager for EU-Domstolen<sup>47</sup>. I lande, hvor prøvelsesretten var en naturlig del af den almindelige demokratiske praksis, virkede det uden tvivl mere naturligt både at spørge mere, men også at acceptere Domstolens afgørelser, når de gik én imod. Eksemplet ovenfor med den danske justitsminister viser, at dette bestemt ikke altid har været tilfældet i Danmark<sup>48</sup>.

#### 4. Konstitutionelt vs. Flertalsdemokrati

I de 350 år, der er gået, siden Højesteret blev grundlagt som en del af enevældens magt i 1661, har den gradvise frigørelse fra den udøvende magt været en meget langsom og gradvis proces<sup>49</sup>. Der er samtidig tale om en frigørelse, som ikke har ledt til et opgør med en demokratiform, hvor selve valghandlingen har været i centrum, snarere end det man ville kalde retsstaten med fokus på mindretalsbeskyttelse og prøvelsesret. De sidste 60års stærke indflydelse fra amerikansk politologi

---

<sup>46</sup> Jf. art 267.

<sup>47</sup> *Marlene Wind*, 'The Nordics, the EU and the Reluctance Towards European Judicial Review', *Journal of Common Market Studies*, 2010, 1041; *Marlene Wind, Dorte Sindbjerg Martinsen & Gabriel Pons Rotger*, 'The Uneven Legal Push for Europe: Questioning Variation when National Courts go to Europe', *European Union Politics*, Vol. 10(1), 2009, 77-81.

<sup>48</sup> *Marlene Wind* i *Stefan Griller, Lina Papadopoulou & Roman Puff* (red.): *National Constitutions and EU Integration*, 2022 s. 89-122.

<sup>49</sup> *Jens Peter Christensen* i *Per Magid, Torben Melchior, Jon Stockholm og Ditlev Tamm* (red.): *Højesteret – 350 år*, 2011 s. 211-311.

især Joseph Schumpeter<sup>50</sup> og Robert Dahl, for hvem valg var hele omdrejningspunktet for demokratiet, har uden tvivl styrket tendensen helt op til i dag<sup>51</sup>. Det er således ret sigende, at man i 2016 kunne udgive en bog om 'Det Demokratiske System' i Danmark for statskundskabsstuderende, hvor der ikke er et eneste kapitel eller asnit om domstole eller retsstat<sup>52</sup>. Jf. den amerikanske retsfilosof Roland Dworkin kan man derfor netop skelne mellem to demokratimodeller, hvor den ene 'flertalsdemokratiet' nedtoner betydningen af domstolskontrol, mens det 'konstitutionelle demokrati' lægger stor vægt på domstole som aktive udøvere af 'judicial review' som en modvægt til statsmagten. Den britiske politolog Jeremy Bellamy har lavet en tilsvarende skelnen mellem, hvad han kalder 'political' vs. 'legal constitutionalism'<sup>53</sup>. I flertalsdemokratiet, hvor det politiske flertal ses som den vigtigste beskytter af det enkelte individ, mens domstolene er mere eller mindre reduceret til 'lovens mund', er lovgivers forarbejder samtidig utrolig vigtige retskilder<sup>54</sup>.

Logikken er ret klar for, hvis man mener, at domstole skal holde sig til at eksekvere en bogstavtro version af, hvad 'suverænen' har besluttet, har man som dommer et stort behov for at vide, hvad 'suverænen' (det vil i nutidigt sprog sige Folketinget) har ment med loven, da den blev udformet. Det finder man i forarbejderne, som i en dansk kontekst får en meget ophøjet funktion. Som Gorm Toftegaard Nielsen formulerer det med reference til Højesteret:

"Der er nok [i DK] i forhold til de fleste andre nationale højesteretter tale om en betydelig respekt for lovgivers intentioner og realiteterne i den enkelte sag og mindre for teoretiserende juridiske skoleridt«<sup>55</sup>.

I modsætning hertil lægger EU-Domstolen sig langt tættere op ad den konstitutionelle demokratiform, hvor man ofte har måttet se langt efter forarbejder. EU-Domstolen har typisk støttet sin fortolkning på præambler, bredt formulerede traktater og EU's overordnede intention og formål.

---

<sup>50</sup> Schumpeters definition af demokrati er ret simpel og kan beskrives som 'the method by which people elect representatives in competitive elections to carry out their will'. Se mere hos *John Elliot*, 'Joseph A. Schumpeter and the Theory of Democracy', *Review of Social Economy*, Vol. 52(4), 1994 s. 280-300.

<sup>51</sup> *Marlene Wind*, 'The Nordics, the EU and the Reluctance Towards European Judicial Review', *Journal of Common Market Studies*, 2010; *Marlene Wind*: *Tribalisingen af Europa*, 2020.

<sup>52</sup> *Jørgen Grønnegård Christensen og Jørgen Elklit* (red.): *Det Demokratiske System*, 2016.

<sup>53</sup> *Jeremy Bellamy*: *Political constitutionalism: A republican defense of the Constitutionality of Democracy*, 2007.

<sup>54</sup> *Ronald Dworkin*: *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*, 1987; *Richard Bellamy*: 'Political Constitutionalism', 2007; *Marlene Wind*: 'Who is afraid of European Constitutionalism? The Nordic Distress with Judicial Review and Constitutional Democracy', 2015.

<sup>55</sup> Citeret i *Børge Dahl & Jens Peter Christensen*, 'Højesteret og Retsplejen – 100 år', 2019 s. 638.

Noget, som – ikke overraskende – i Danmark har affødt for kritik for at lede til en for ’kreativ’ og aktivistisk fortolkningsstil<sup>56</sup>. Som den tidlige højesteretspræsident Børge Dahl har udtrykt det med slet skjult hentydning til EU-Domstolen: ’Danske dommere finder ret, de opfinder den ikke’<sup>57</sup>. Men det er altså i sig selv en opfattelse, som de fleste uden for Danmark for længst har forladt. Her erkender man, som tidligere nævnt, at domstole indimellem må fortolke ’dynamisk’, dvs. i overensstemmelse med det man kan kalde ’present day conditions’ også selvom man på den måde skaber nye rettigheder. Et eksempel på logikken i dette, der er til at forstå, er den berømte amerikanske højesteretsdom *Brown vs. Board of Education* fra 1954<sup>58</sup>, der fastslog, at raceadskillelse på amerikanske skoler ikke *længere* var i overensstemmelse med forfatningen. Det havde det ellers været tidligere - faktisk siden 1896. Men også domstole skal altså følge med tiden og bør jf. denne opfattelse tilpasse fortolkningen, når samfundsudviklingen fordrer det.

Den tidligere højesteretsdommer Niels Pontoppidan var da også inspireret af en mere konstitutionel tænkning, og mange troede i 1990’erne, at der med ham i spidsen var en mindre konstitutionel og domstolsskabt revolution på vej i Danmark. Eksempelvis pointerede han, at det danske syn på lovgiver som den vigtigste retskilde er forældet, og at Danmark må følge med resten af Europa:

”Udviklingen siden 2. verdenskrig har medført, at den positivistiske retskildelære med sin stærke betoning af lovgiver som rettens væsentlige kilde og legitimation ikke længere giver en dækkende beskrivelse af den juridiske virkelighed”<sup>59</sup>.

Pontoppidans refleksioner gik på såvel Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i Strasbourg som EU’s domstol i Luxembourg. I en mere dynamisk retstradition er man også optaget af retssikkerhed og forudsigelighed (noget, der oftest fremhæves som argument imod den), men den hænges ikke op på en såkaldt »bogstavtro« fortolkning. Det væsentlige er snarere, at kun en fortolkning, der er i overensstemmelse med samfundsudviklingen, kan skabe den ønskværdige forudsigelighed.

---

<sup>56</sup> *Hjalte Rasmussen*: On Law and Policy in the European Court of Justice: A comparative study in judicial policymaking, 1986.

<sup>57</sup> *Børge Dahl*, ’Dynamiske domstole, retssikkerhed og demokrati: skal menneskerettigheder udvikles af politikere eller dommere?’, *Juristen*, 2017 s. 99-147.

<sup>58</sup> *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)

<sup>59</sup> Niels Pontoppidan, i *Jens Rosenløv og Kirsten Thorup* (red.): Festskrift til Ole Due, 1994 p. 11.

I de nordiske lande, hvor også Sverige og Finland har haft tilbageholdende domstole, har meget uden tvivl også handlet om den retspositivisme, som har domineret juridisk tænkning og uddannelser i hele det 20. århundrede, og som har smittet af på de øvrige samfundsvidenskaber<sup>60</sup>. Der var her en fast tro på, at man kunne og burde adskille 'ret' fra 'moral' eller 'er' fra 'bør', og da domstolene jf. retspositivisterne kun beskæftiger sig med det første, har der aldrig været særlig stor offentlig eller forskningsmæssigt fokus på domstolenes mere samfundsformende rolle. Opfattelsen har været, at domstolene helt objektivt og værdineutralt fortolker den lovgivning, som et demokratisk valgt flertal har vedtaget. Blander man normative eller kontekstuelle vurderinger ind, vil man kompromittere forestillingen om domstolene som lovens mund<sup>61</sup>. Problemet med denne forståelse, er bare at meget få i det øvrige Europa deler den, og det er tilsyneladende slet ikke en, man kender ved EU-Domstolen. Som Ruth Nielsen og Christina Tvarnø formulerer, har ingen i Luxembourg hørt om Alf Ross samtidig med, at færre og færre hyleder den meget rigide dualistiske forståelse af forholdet mellem national og international ret, som vi stadig dyrker i Danmark:

”Danske jurister, der er præget af arven efter Ross, bør ved læsning af EU-retlige tekster være opmærksom på, at kun meget få i EU kender den skandinaviske realistiske retsteori, mens det store flertal er præget af arven efter Kelsen og ser retssystemet som et retskildehierarki og det samlede system af regler af EU-retlig, nationalretlig og folkeretlig herkomst som ét stort integreret retssystem.”<sup>62</sup>

Hvad man også ofte glemmer i den retspositivistiske tradition er, at dommere hele tiden træffer valg og derfor aldrig kan være helt værdineutrale. Eksempelvis når man skal vurdere, om en sag skal videre til en international domstol som EU-Domstolen eller ej. Selvom dommerne selvfølgelig vil

---

<sup>60</sup> J. Dalberg Larsen formulerer det på denne måde: ”*Jeremy Bentham var fortaler for teorier, der opfattede retten som befalinger, der blev udstedt af en magtfuld, suveræn hersker, og som blev adlydt af borgerne af frygt for sanktioner. Kravet om normativ gyldighed blev her afløst af kravet om faktisk accept. Disse teorier har i forskellige versioner haft tilhængere helt op til slutningen af 1900-t., bl.a. inden for den skandinaviske realisme, der blev en betydningsfuld retning inden for nordisk retsfilosofi fra ca. 1930. Her afvistes enhver forbindelse mellem ret og moral, idet man fandt moralske udsagn meningsløse og mente, at gældende ret måtte bestemmes som de retsregler, der faktisk slog igennem i praksis. Den danske retsfilosof Alf Ross og svenskeren Karl Olivecrona var vigtige repræsentanter for denne retning*”. J. Dalberg-Larsen i Gyldendals encyklopædi.

[http://denstoredanske.dk/Samfund, jura og politik/Jura/Almindelig\\_rets%C3%A6re, retsfilosofi og terminologi/retsfilosofi](http://denstoredanske.dk/Samfund,_jura_og_politik/Jura/Almindelig_rets%C3%A6re,_retsfilosofi_og_terminologi/retsfilosofi) -

<sup>61</sup> Se mere hos *Henrik Palmer Olsen*: *Magtfordeling: en analyse af magtfordelingslæren med særligt henblik på den lovgivende magt*, 2005 s. 282; *Henrik Zahle*: *Praktisk retsfilosofi*, 2005 s. 136; *Marlene Wind, Dorte Sindbjerg Martinsen & Gabriel Pons Rotger*, 'The Uneven Legal Push for Europe: Questioning Variation when National Courts go to Europe, *European Union Politics*, Vol. 10(1), 2009.

<sup>62</sup> *Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø*, 'Ajos-sagens betydning for rækkevidden af EU-konform fortolkning i forhold til det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination', *Ugeskrift for Retsvæsen*, Vol. 150(22), 2016 d. 269-274.

argumentere for, at det er rent objektive forhold, der ligger bag en sådan beslutning, så er der altid skøn (og dermed et politisk, men ikke partipolitisk) valg, i de fleste af sådanne beslutninger, hvilket jo bekræftes af, at der ofte er en part i de fleste EU-retstvister, som argumenterer *for* at forelægge en sag, mens en anden mener det modsatte.

Den danske insisteren på at afstå fra en finmasket prøvelse af den *nationale* lovgivningsmagt – noget, som jf. ovenfor har stor støtte hos de danske domstole og dommere selv<sup>63</sup> – skaber således afstand til de fleste øvrige europæiske lande, der særligt efter 2. verdenskrig fik forfatningsdomstole og konstitutionelt demokrati. Det skete i de fleste lande efter politiske omvæltninger, eksempelvis efter nazismen i Tyskland og Italien og ved overgangen fra diktatur til demokrati i de Syd- og Østeuropæiske lande<sup>64</sup>. Som Martin Shapiro og Alec Stone Sweet har formuleret det, blev ”Kombinationen af rettigheder og ’judicial review’ en altafgørende og ligefrem obligatorisk komponent i enhver bevægelse mod konstitutionelt demokrati” efter krigen i Europa<sup>65</sup>. Meget af dette gik imidlertid så meget hen overhovedet på danskerne, at vi ofte har vanskeligt ved helt at forstå, hvordan vores egen indirekte afvisning af denne bevægelse<sup>66</sup> har præget ikke bare al moderne dansk politik, men også vores forhold til EU og de ofte udskældte internationale konventioner.

I nyere bidrag bliver det ofte fremhævet, at den danske højesteret de senere år har fået, hvad de ofte selv kalder en ’mere fremskudt rolle’<sup>67</sup>. Det handler ikke kun om underkendelse af Tvind-loven i 1999, men også ved, at Højesteret i Maastricht- og Lissabon-sagerne lader såkaldt almindelige danskere prøve grundlovmæssigheden af tiltrædelsen af Maastricht-traktaten (i Lissabontraktaten fra 2013 sagsøgte 28 danskere stats- og udenrigsministeren for at tiltræde Lissabontraktaten uden om grundlovens § 20). Selvom den danske regering i begge sager blev frikendt, er det opsigtsvækkende, at hvor danske domstole har været tilbageholdende med at udfordre den *danske lovgivningsmagt* og prædiker ’tilbageholdenhed’, når det kommer til finmasket domstolsprøvelse af national lovgivning, har højesterets nye ’fremskudte rolle’ i højere grad handlet om i stedet at

---

<sup>63</sup> Se fx *Jens Peter Christensen i Jens Peter Christensen, John Erichsen & Ditlev Tamm: Højesteret*, 2015 s. 11-53; Se også *Jens Peter Christensen i Per Magid, Torben Melchior, Jon Stockholm og Ditlev Tamm* (red.): *Højesteret – 350 år*, 2011 s. 211-311.

<sup>64</sup> *Bruce Ackerman*, ‘Three Paths to Constitutionalism – and the Crisis of the European Union’, *British Journal of Politics*, Vol. 45(4), 2015 s. 705-714.

<sup>65</sup> *Martin Shapiro & Alec Stone Sweet: On Law, Politics and Judicialization*, 2002.

<sup>66</sup> Se *J.H.H. Weiler & Marlene Wind* (red.): *European Constitutionalism beyond the State*, 2003.

<sup>67</sup> *Jens Peter Christensen i Per Magid, Torben Melchior, Jon Stockholm og Ditlev Tamm* (red.): *Højesteret – 350 år*, 2011 s. 300.

udfordre EU-retten ved dels at give almindelige borgere adgang til at prøve regeringstiltrædelse af EU-traktater, dels selv at udfordre den, som det skete i Ajos-sagen<sup>68</sup>. Som højesteretsdommer (nu præsident) Jens Peter Christensen slog fast i bogen 'Højesteret', er der efter Maastricht<sup>69</sup>-, Lissabon<sup>70</sup>- og man kunne vel netop tilføje Ajos-dommen fra 2016, ingen tvivl om, at Højesteret har følt et behov for at markere sin plads i retshierarkiet og understrege, at danske domstole ikke kan fratages adgangen til at prøve spørgsmål om, hvorvidt for megen suverænitet er overladt ved tiltrædelse af en EU-traktat eller dom, eller om en EU-retsakt overskrider grænserne for den suverænitetsoverladelse, der er sket.

"Højesteret har således med Maastricht-dommen og Lissabon-dommen fastslået, at Danmarks Riges Grundlov står over EU-retten"<sup>71</sup>.

I nyere forskningslitteratur beskrives en sådan position hvor en national højeste domstol, insisterer på sin egen forrang' for 'legal Euroskepticism', hvor '... the most notable target is the principle of primacy'<sup>72</sup>.

Jens Peter Christensen understreger netop, at Højesterets nye rolle som vogter af EU-udviklingen netop ikke (som Pontoppidan forventede) har forplantet sig til en lyst til også at sætte grænser for Folketinget. Når det kommer til den nationale politik, påtænker Højesteret stadig at holde sig pænt på måtten må man forstå. Han understreger således, at 'det ikke i nyere højesteretsdomme, hvor grundlovsspørgsmål har været berørt, er let at få øje på nogen tendens hos Højesteret til en ny og friere eller anderledes grundlovsfortolkning'<sup>73</sup>, selvom han dog på den anden side mener, at 'Højesteret gennem de seneste årtier definitivt [er] kommet ud af provisorietidens og forfatningskampens skygge'<sup>74</sup>.

---

<sup>68</sup> UfR 2017.824 H.

Højesterets Ajos-dom var både principiel, kontroversiel og et godt eksempel på, at domme netop også er politiske i den bredeste forståelse af ordet. "Dommen kan have betydning for alle retsområder, der helt eller delvist er EU-reguleret – betydningen er altså ikke alene afgrænset til ansættelsesretten. Den vil utvivlsomt blive benyttet af dem, der har et ønske om at begrænse EU-rettens påvirkning af dansk ret, og kan evt. tillige inspirere og få afsmittende effekt i andre EU-lande", som Jacob Sand fra Gorissen & Federspiel har formuleret det.

<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=420844d3-b799-4617-bc7e-7e9b096f135c>

<sup>69</sup> U 1998.8000 H

<sup>70</sup> U 2012.145 H

<sup>71</sup> Jens Peter Christensen i John Erichsen, Jens Peter Christensen & Ditlev Tamm (red.): Højesteret, 2015 s. 49-50.

<sup>72</sup> Pablo Castillo-Ortiz, 'Legal Euroscepticism', Journal of Common Market Studies, forthcoming.

<sup>73</sup> Jens Peter Christensen i Per Magid, Torben Melchior, Jon Stockholm og Ditlev Tamm (red.): Højesteret – 350 år, 2011 s. 256-257.

<sup>74</sup> Ibid. s. 300.

Opsummerende kan man sige, at når Højesteret er blevet mere 'fremskudt', er det altså i forhold til at prøve vores europæiske tilhørsforhold og ikke i forhold til at sætte en grænse for folketingets magt. Det ligger fint i forlængelse af den tredje bølge af 'anti-konstitutionalismen', som vi var inde på ovenfor, og som vi i disse år ser flere steder i Europa, men også uden for kontinentet. I forhold til EU-traktaterne og den almindelige EU-ret lægger Højesteret sig eksplicit op af den tyske forfatningsdomstol<sup>75</sup>, men måske også i indirekte forlængelse af de polske og ungarske domstole, som de seneste 5-10 år mere eksplicit og konfronterende har insisteret på egne grundloves overhøjhed. Tager man Ajos-dommen med i betragtning – en dom, hvor 'Højesteret for første gang sagde fra over for EU'<sup>76</sup> – kan man måske argumentere for, at Danmark i disse år – juridisk – bidrager til at så tvivl om EU's 60-årige minutiøst opbyggede retsorden. Hvorvidt Danmark dermed er i gang med at slå ind på en mere identitær<sup>77</sup> vej, hvor man ligefrem kan tale om en 'abuse of constitutional identity'<sup>78</sup>, som vi ser i Polen og Ungarn i disse år, er dog nok at gå for langt, selvom det givetvis er en udvikling, mange vil holde et vågent øje med.

## 5. Konklusion

Der er en endog meget tæt forbindelse mellem den måde, Danmark blev demokrati på, og den måde, magtens gerne har forholdt sig til hinanden på op til i dag. Selvom man med grundloven fik en magtdeling, har vi ikke i Danmark set et behov for en magtbalancering med fokus på domstolsbeskyttelse af det enkelte individ, som kendes fra konstitutionelle demokratier. At magtens tre grene har til huse i samme bygning, og at det aldrig har været genstand for nogen form for debat i den danske offentlighed, siger meget om, hvor nedgroet vores flertalsdemokratiske tradition er. Når det kommer til EU-retten, står grundloven (og Højesteret som dens fortolker) øverst, må man tro – ligesom det, når det kommer til danske politikeres lovgivningssuverænitet, stadig er 'ingen over eller ved siden af Folketinget' (med Tvind-dommen som enkeltstående undtagelse). Spørgsmålet er naturligvis om den internationale udvikling med en mere finmasket

---

<sup>75</sup> Ibid s. 49.

<sup>76</sup> *Rass Holdgaard, Daniella Elkan & Gustav Krohn Schaldemose*, 'Højesteret har sagt fra overfor EU-domstolen', Advokaten, 2017; Se også Ulla Neergaard & Karsten Ensig Sørensen i en kommentar til spørgsmålet om den danske Ajos-sag udgør samme udfordring af EU-rettens forrang som den polske forfatningsdomstols meget kontroversielle afgørelse i (K 3/21): *Neergaard & Sørensen*, 'Comparing Apples and Oranges: The Danish Ajos Case in Light of the Polish Judgment in K 3/21 and the German Ruling in Weiss', EU Law Live, 2021.

<sup>77</sup> *Marlene Wind*, 'The Backlash to European Constitutionalism: Why we should not embrace the identitarian counter wave', *Revue Européenne du Droit*, No. 3, 2021 s. 48-51.

<sup>78</sup> *Julian Scholtes*, 'Absusing Constitutional Identity', *German Law Journal*, Vol. 22(4), 2022 s. 534-556.

menneskeretsbeskyttelse, EU-rettens sigende betydning samt de seneste års nationale skandalesager, hvor Folketinget ikke har kunnet sætte grænser for egen magt, vil få os til at genoverveje, om det nu også er denne model, der bedst sikrer retsstaten og den enkelte borgers retsbeskyttelse? Ovenstående forfattere vil nok sige nej, men meget tyder på, at det ikke er den vej, vinden blæser i øjeblikket. Snarere end at tage et opgør med flertalsdemokratiet, tyder meget på, at vi i Danmark er på vej i en endnu mere suverænistisk retning. Dels fordi arven fra enevælden stadig gennemtrænger samfundet i en grad, vi ikke hidtil har erkendt, men vel også fordi vi med en af Europas ældste og ureformerede grundlove stadig ser suverænitet som et nulsumsspil når det kommer til internationalt samarbejde. Der er trods alt dette i bagagen ikke i øjeblikket stor opbakning til en grundlovsændring, der trækker os i en mere individorienteret konstitutionel retning. Der er måske snarere tale om det modsatte, at Danmark her ved 50-året for indtrædelsen i EF må erkende, at nok kom vi 'for sent' til den første og delvis også anden konstitutionelle bølge, men at vi til gengæld hele tiden har været klar til den identitære anti-konstitutionalisme, som Lustig og Weiler forvarsler.