

DET JURIDISKE FAKULTET
KØBENHAVNS UNIVERSITET

Retsudvalget
L 168 - Bilag 57
Offentligt

Retsudvalget
Folketinget
Christiansborg
1240 København K



Under henvisning til eksperthøring 28. marts 2006 sender jeg hermed grundlaget for mit indlæg, som nu - i bearbejdet form - vil blive trykt i fagbladet Juristen 3/2006.

Jeg vil sætte pris på, at manuskriptet distribueres til udvalgets medlemmer.

Med venlig hilsen

for Henrik Zahle
Birgit Jacobsen

29. MAJ 2006

STUDIEGARDEN
STUDIESTRÆDE 6
1455 KØBENHAVN K

TLF 35 32 26 26
DIR 35 32 31 73
FAX 35 32 40 00

Henrik.Zahle@jur.ku.dk
www.jur.ku.dk

REF: HZ/bja



Grundloven som grænse for afskaffelse eller omdefinering af nævninger

1. Indledning¹

I det lovforslag om reform af politi og domstole, L 268 2005/06, som Folketinget for tiden har under behandling, indgår et forslag om, at byretterne behandler "nævningesager" med tre juridiske dommere og seks lægdommere, og landsretterne med tre juridiske dommere og ni lægdommere. Tiltalte kan kun domfældes, hvis der såvel blandt lægdommere som juridiske dommere er flertal for det.

Kan vi kalde denne ordning for et nævningsystem? Eller er det ikke bare domsmænd med en styrket beskyttelse af den tiltalte? Besvarelsen af disse spørgsmål hænger først og fremmest sammen med en vurdering af den betydning, der tillægges den fælles votering. På den ene side kan anføres, at med indførelsen af fælles votering afskaffes nævningsystemet, for det er den adskilte votering om skyldspørgsmålet, der karakteriserer nævninger. På den anden side kan anføres, at også i fremtiden vil de fremtidige seks eller ni lægdommere der medvirker, være "nævninger", for 1) disse lægdommers stemmetal skal gøres op for sig, selvom de voterer sammen med juristerne, og 2) tiltalte kan kun domfældes, hvis der ved denne stemmeopgørelse er et flertal for domfældelse blandt lægdommerne. Det er efter denne sidste forståelse denne selvstændige opgørelse af lægdommerstemmerne, der kommer til at "definere", hvad der kan kaldes nævninger, ikke som hidtil, at nævningerne i modsætning til domsmænd voterede adskilt fra juristerne.

Reformforslaget er først og fremmest et straffeprocessuelt tema: Udgør nævningerne (som et adskilt kollegium) et positivt og bevaringsværdigt indslag i dansk straffe-

proces, eller er indvendingerne så tunge, at de bør afskaffes eller omformes? Denne drøftelse tages ikke op i det følgende. Jeg har forståelse for flere af de indvendinger, der anføres mod det hidtidige system, herunder ønsket om at få begrundelser af de afgørelser der træffes, og om at få mulighed for at anke skyldbedømmelsen. Men mit ærinde i det følgende er et andet.

Emnet er det forfatningsretlige, om reformforslagets indførelse af 'fællesvotering' er i overensstemmelse med grundlovens § 65, stk. 2, der har følgende ordlyd:

"I strafferetsplejen skal lægmænd medvirke. Det fastsættes ved lov, i hvilke sager og under hvilke former denne medvirken skal finde sted, herunder i hvilke sager nævninger skal medvirke," 1953-grundlovens § 65, stk. 2.

Bestemmelsen afløste en ældre bestemmelse, der gik tilbage til 1849, og da den også gjorde brug af begrebet 'nævninger', skal den nævnes allerede her:

"I Misgerningssager og i Sager, der rejser sig af politiske Lovovertrædelser, skal Nævninger medvirke", 1920-grundlovens § 72, stk. 2.

Begge bestemmelser har – uanset den lidt forskellige ordlyd – givet anledning til to spørgsmål:

1) *Pligt til nævninger?* Binder bestemmelsen til at opretholde nævninger? Hvis dette spørgsmål besvares benægtende, står lovgivningsmagten frit med hensyn til, hvordan lægdommer-ordningen skal være. Nævninger kan f.eks. afskaffes til fordel for domsmænd.

2) *Begreb om nævninger?* Hvis bestemmelsen forpligter til at opretholde nævningsystemet, er spørgsmålet, hvad der så hører til et nævningsystem, og her er det særlig spørgsmålet, om nævninger skal fungere som en gruppe af lægdommere adskilt fra de juridiske dommere, eller om de – som domsmænd – kan fungere sammen med de

juridiske dommere. Eller med andre ord, hvad skal vi forstå ved nævninger?

Det er disse to spørgsmål, der vil blive behandlet i det følgende med henblik på en fortolkning af 1953-grundlovens § 65, stk. 2.

Det er først sent i lovreformprocessen, at disse spørgsmål er blevet belyst, idet der først efter lovforslagets fremsættelse – som kommentar til en redegørelse, jeg havde skrevet – fremkom en udførlig redegørelse fra Justitsministeriet. I Retsplejerådets betænkning 1352/1998, der ligger til grund for denne del af lovforslaget, findes ganske vist et referat nyere litteratur, men dens belysning af det forfatningsretlige problem er ganske kort og uden en egentlig analyse:

"Et enigt Retsplejeråd finder, at en ordning, hvor efter der indføres fællesvotering mellem nævningerne og dommerne, vil ligge inden for de rammer, som lovgivningsmagten har efter grundloven af 1953, i det mindste såfremt der sikres nævningerne en afgørende indflydelse på afgørelsen af skyldspørgsmålet. En sådan afgørende indflydelse vil kunne gives ved at fastsætte afstemningsreglerne således, at nævningerne sikres den afgørende bestemmelse over skyldspørgsmålet." Bet. s. 20.

Som man ser, kan der ikke afledes noget klart svar på hvert af de to spørgsmål. Hvis nævningerne sikres afgørende indflydelse, og det gør man ved at sikre, at en tiltalt ikke kan domfældes uden tilslutning fra et (kvalificeret) flertal af lægdommerne, er ordningen – hedder det i citatet – i orden. Denne betragtning bygger på, at grundlovens § 65 indebærer en forpligtelse, altså en bekræftende besvarelse af det første spørgsmål, og dertil en forståelse af "nævninger" som dommere, der har "afgørende indflydelse". Begrebet "nævninger" betyder altså "dommere med afgørende indflydelse på skyldspørgsmålet". Men nu fremgår det af citatet, at denne afgørende indflydelse ikke er ubetinget nødvendig, idet det kun er "i det mindste", at denne henvisning til afgørende indflydelse er relevant. Der kan altså

¹ Manuskriptet bygger på en redegørelse af 2. marts 2006, som jeg sendte til Folketingets Retsudvalg som grundlag for eksperthøring den 28. marts 2006, og som findes blandt dokumenter til Lovforslag 168 2005/06 om ændring af retsplejeloven ... (Politi- og domstolsreform). Det er siden bearbejdet under hensyn til bemærkninger ved høringen og Justitsministeriets notat af 24. marts 2006 (2006-740-0150).
² Se note 1.

ifølge Retsplejerådet eventuelt godt være tale om, at ordningen er i orden, uden at man tager hensyn til, at lægdommerne får afgørende indflydelse på skyldsspørgsmålet. Denne mulighed kan, så vidt jeg kan se, kun tænkes ud fra den antagelse, at man besvarer det første spørgsmål benægtende, altså at det antages, at der ikke er nogen pligt til nævninger.

Retsplejerådet holder således begge synspunkter åbne: Det kan være, at bestemmelsen slet ikke binder til at opretholde et nævningesystem (ingen pligt til nævninger), og det kan være, at den ordning man har foreslået kan betegnes en nævningecoordination (nævninger behøver ikke fungere som en gruppe for sig). Justitsministeriets stilling til de to spørgsmål vil blive inddraget og kommenteret i det følgende.

2. Grundloven 1849

Grundloven af 1849 indeholdt som nævnt en bestemmelse om, at i misgerningssager og i sager, der rejses af politiske lovovertrædelser, skulle nævninger medvirke.

Forslag til bestemmelsen blev drøftet ved to behandlinger i den grundlovgivende forsamling 1848 - 49, og selvom der var forskellige meninger om bestemmelsen overhovedet burde medtages, og om dens formulering, afsluttedes forhandlingerne med vedtagelse af en bestemmelse som den foreslåede.

Af forelæggelsen fremgik, at der i regeringen var delte meninger, om en sådan bestemmelse overhovedet burde medtages, og forslaget præsenteredes derfor af repræsentanter for de to grupper i regeringen, nemlig dels af Justitsministeren³ dels af Indenrigsministeren.⁴ Som tredje taler meldte Grundtvig sig, og han var naturligvis tilhænger af den foreslåede bestemmelse, mens A. S. Ørsted ytrede modstand mod bestemmelsens optagelse i grundloven, men samtidig sympati for jury-indretningen.

"Der har i Udvalget slet ikke været Tale om hele Detaljen heraf", ordføreren sp. 2501, hvormed sigtes til, om det er den engelske eller franske jury der skulle være model. "Udvalget har altså ikke troet, at Forslaget krævede en forudgaaet Undersøgelse om de Former, hvorunder Juryen kunne indføres her", sp. 2501. Ørsted mente på den

anden side, at "at for at have en Mening derom [før man siger i grundloven at man vil have juryen], maa man nøje gennemtænke den uhyre Forskel, der er mellem den franske og den engelske Jury". Vi ser altså, at det er uopklaret, hvordan juryen nærmere skal organiseres, men at valget står mellem en engelsk og en fransk jury eller blandinger heraf.

I denne sammenhæng skal der ikke ske nogen nærmere drøftelse og analyse af forhandlingerne i almindelighed, men jeg lægger min fokus på spørgsmålet, hvorvidt forhandlingerne kan vise noget om, hvad det er for forestillinger om 'nævninger', man har gjort sig under denne drøftelse.

Efter min forståelse forhandlingerne er der en overvældende mængde af indikatorer for, at man har lagt til grund, at de "nævninger", som forslaget gik ud på at gøre til en pligt, skulle opfattes som en afgrænset kreds af lægdommere, der i en kendelse afgav en bedømmelse af, om de (eller flertallet af dem) anså den tiltalte for skyldig, samt at der ved siden af disse nævninger skulle fungere almindelige juridiske dommere. Hvordan forholdet mellem nævninger og dommere i øvrigt skulle organiseres, hvorvidt nævningerne skulle være enige eller et flertal var tilstrækkeligt, om der skulle være én eller flere juridiske dommere, om nævningesager skulle afgrænses bredt eller snævert, osv., var uafklaret. Men der var en gennemgående forestilling om det formelle træk, der bestod i, at de lægdommere, man ville indføre, og som man i mangel af bedre betegnede nævninger, udgjorde en afsondret gruppe af lægdommere ved stillingtagen til tiltaltes skyld.

De indikatorer, som jeg her sigter til, er følgende:

1) Nævninger omtales bestandig som "Jury". Man gør altså brug af et anglesaksisk udtryk, og der kan jo ikke være nogen tvivl om, at man ved denne sprogbrug har henvist til en organisation, hvor lægdommerne netop udgjorde et selvstændigt korps. Udtrykket anvendes i de indledende præsentationer ved Justitsministeren sp. 2482f. og Indenrigsministeren sp. 2486f., såvel som hos Grundtvig sp. 2481, der argumenterer for brugen af betegnelsen "Nævninger", der også anvendes i Grundlovskomiteens betænkning, sp. 1530-31. A.S. Ørsted taler om "Juryindretningen, Edsvorneretten eller hvad man nu ville kalde denne Institution", sp. 2488. I registret findes føl-

gende henvisning: "Nævninger, se Jury", sp. xxxIx.

Ørsted foretrak betegnelserne jury eller edsvorneretten, sp. 3342, men hertil blev svaret, at "edsvorne retten" er jo alle domstole, ordføreren 3340, og jury er "aldeles fremmed", sp. 3340.

2) Nævningeinstituttet antages af flere af deltagerne i debatten at forudsætte afskaffelsen af det inkvisitoriske system. Denne sammenhæng er ganske vist ikke så nødvendig som antaget, men problemet opstår jo slet ikke, hvis man forestiller sig nævningerne som lægdommere der fungerer sammen med de juridiske dommere. Synspunktet fremgår af Grundtvigs motivation sp. 2482 og af (dommer) Ræder sp. 2497, ordføreren sp. 3340.

3) Som lande med nævninger nævnes flere gange England, Amerika, Frankrig og Rhinlandene, men derimod ikke Norge og Sverige (hvor der dog findes jury i trykkefrihedssager, se neden for pkt. 5). Der henvises ikke til eksempler på lægdommersystemer, hvor lægdommerne voterer i fællesskab med juridiske dommere.

4) Nævningernes behandling af sagen afsluttes med en "Kendelse" eller afsluttes på lignende måde med et standpunkt, der kan tilskrives lægdommerne som sådan. Det lægges til grund af bl.a. Justitsministeren sp. 2485, Indenrigsministeren sp. 2487, A.S. Ørsted sp. 2493 og 2495, Ræder sp. 2498. Der tales på linie hermed om "Juryens forhold til de forskellige Domstole...", jf. Justitsministeren sp. 2483, og Ørsted anfører, at "... der maa være en præsiderende Dommer eller en Ret som træder i Forbindelse med Juryen og afgjør Sagen", Ørsted sp. 2494. Der er ingen tale om en separat "stemmeopgørelse" efter en fælles votering med juridiske dommere.

5) Juryen er ikke nødvendigvis et forsvar for tiltalte. A. S. Ørsted omtaler juryen som en institution, der i visse tilfælde styrker chancen for domfældelse. "Det siges, at i Sverige har man Juryer i Trykkefrihedssager, men dette er vel at mærke, for at man kunne undgaa den Vanskelighed, som Domstolene ved Fortolkning af de paatalte Udtryk gjøre ved at finde noget fornærmeligt i dem. Det er mere sket for at gjøre Trykkefrihedslovene mere virksomme, end for at begunstige Pressen", A.S. Ørsted 2489-90. Og videre: "At Juryerne i Frankrig aldeles ikke vare

³ Spalte (forkortet sp.) 2482f.

⁴ Sp. 2486f.

andet end et slags overordentlige Commissarier, som man brugte for at faa Folk dømt", A.S. Ørsted sp. 2490. Og han bemærker senere "jeg tror, at ... færre ville blive frifundne" [efter indførelse af nævninger], A.S. Ørsted sp. 2492. Anderledes vurderes situationen af Ræder sp. 2498-99, der dog omtaler et modgående tysk eksempel sp. 2499. Alt dette viser, at det ikke historisk er relevant at tildele nævningerne en særlig rolle som beskyttelse af tiltalte.

6) Adskilt opgørelse af flertal blandt jury og dommere - lægges uden videre til grund af A.S. Ørsted sp. 2492. Denne adskillelse svarer ikke til det aktuelle lovforslags system.

7) Retsbelæring: Omtale af en retsbelæring indicerer entydigt en adskillelse af lægdommere og jurister. Retsbelæring omtales af A.S. Ørsted sp. 2493 og Ræder sp. 2497. Ræder omtaler sp. 2497 også adskillelsen af jus og factum, og selvom det ikke er noget nødvendigt element i en juryinstitution (f.eks. ikke i den danske), er det dog en tanke, der kun giver mening i forholdet mellem adskilte kollegier.

8) Der er en del drøftelse af den rette betegnelse. Som alternativ til "Nævninger" nævnes "Sandemænd" eller "Edsvorne". Af denne temmelig omfattende drøftelse skal kun citeres en bemærkning fra Ørsted, hvorefter "Dette ord [nævninger] ... aldrig har haft en Betydning, der svarer til Jury eller edsvorne Retter; thi den afsondring af den juridiske Bedømmelse og Bedømmelsen af Factum har ikke fundet Sted ved vore Nævninger", Ørsted 2495. Grundtvig pointerer, at han har den engelske jury som forbillede, 2496. Han taler dog en passant om "Meddomsmænd", 2497.

9) Inappellabel - nævningernes afgørelse er inappellabel - denne tanke giver kun mening, når nævningerne træffer en afgørelse, der kan tilskrives dem, og som dermed afgør sagen. Juryen "paakender i eneste og højeste Instans", Tscherning 3344.

Under forhandlingerne giver A.S. Ørsted en definition, idet han anfører:

⁵ Nævningerne skal "trække sig tilbage", Hage 1851 s. 233. Han redegør for engelsk, skotsk og fransk ret, 1851 s. 248f. Om sammenlægning af læge og juridiske stemmer som en "forunderlig Bestemmelse", Hage 1847 s. 47. Resuméets betydning (retsbelæringen), Hage 1847 s. 230.

⁶ Ernst Møller, Nævninger, 1872, bygger uden drøftelse på den adskilte votering.

"... jeg tror, at naar man vil indføre denne Indretning, skal man ved den første Antydning deraf ikke bruge Ordet "Sandemænd" eller "Nævninger", men man skulle angive det, som var Indretningens Væsen, at med I lensyn til visse vigtige Forbrydelser, hvilke nærmere blive at bestemme, skal Spørgsmaalct, om en er skyldig eller ikke, afgjøres ved nogle dertil udnævnte Mænd af Folket, og man kunne da i Parenthes sætte "Jury" eller "Sandemænd" eller lignende Udtryk; derved gav man dog et nogenlunde klart Begreb derom, hvorimod man intet giver ved den Sætning, som er foreslået af Udvalget", sp. 2342-43.

A.S. Ørsted giver således den definition af det "væsen", som han forbinder med den indretning, som bestemmelsen etablerer, og det essentielle er, at i visse afgrænsede sager bliver spørgsmålet, om tiltalte er skyldig eller ikke, at afgøre ved nogle dertil udnævnte mænd af folket. Hermed er et selvstændigt lægdommerkollegium defineret.

Ørsteds forslag bliver ganske vist tilbagevist, og det kan derfor hævdes, at hans "definition" dermed har mistet betydning eller måske endda kan antages at være misvisende. Imidlertid viser forhandlingerne, at forkastelsen skyldes modstand mod at give en nærmere bestemmelse af nævningesystemet på de punkter, der i løbet af forhandlingerne er omtalt som åbne. Hage, som er den, der tilbageviser Ørsteds forslag, betoner åbenheden på denne måde:

"Hvad Indstillingens Udførelse angaar, da er her paa ingen Maade Tale om at fordre Nævninger gennemført efter fransk eller efter engelsk Mønster. Jeg for mit Vedkommende tror, at den engelske Jury frembyder Fordele frem for den franske i enkelte Retninger, den franske Fordele frem for den engelske i andre Retninger; der er i Indstillingen ikke sagt Andet end det, at Nævninger skulle indføres i Misgjerningssager, det er ganske overladt Fremtiden at tage nærmere Bestemmelse om den hele Detail af Udførelsen," Hage sp. 3345.

Det er fristende at udlægge dette derhen, at dermed er det helt overladt fremtiden at udforme ordningen. Selvom ordlyden - det må erkendes - er ganske åben, må teksten forstås efter konteksten, der omtaler nogle temmelig specifikke, men dengang helt centrale forskelle, som præsenteres som forskelligheder i den engelske og den fran-

ske jury. Desuden må erindres, at Hage har ytret sig overordentligt udførligt om, hvilke lægdommerordninger han havde i tankerne, nemlig i bøgerne. De faste statsdommere og Edsvorneretten, 1847, og Om Nævningers Indførelse, 1851, og her er der ingen omtale af den stemmepørgørelsesdefinition, som det aktuelle lovforslag bygger på. Tværtom finder man også hos Hage flere af de "indikatorer", der er omtalt ovenfor.⁵

I overensstemmelse hermed er forhandlingerne 1848-49 udlagt af Ernst Andersen således: "Gennemlæser man Forhandlingerne paa den grundlovgivende Rigsforsamling, kan der ikke være nogen Tvivl om, at det, man ønskede indført var den engelsk-franske Jury", Forfatning og Sædvane 1947 s. 48.

Min konklusion er derfor, at når man i 1848-49 debatterede og indførte et krav om nævninger, var man præget af datidens forestillinger om den da aktuelle type af lægdommermedvirken, nemlig et kollegium af læge dommere, der sad ved siden af de(n) juridiske dommer(e). Denne konklusion udelukker ikke, at man senere anlægger en anden fortolkning - sagen er ikke afgjort alene ved en afdækning af den oprindelige mening med forløberen til den gældende grundlovsbestemmelse.

Hvis man ved tolkningen af 'nævninger' lægger til grund, at ordet er en 'oversættelse' af 'jury', kan man ved tolkningen af 'jury' betone dette ords etymologi (i stedet for at se på de institutioner i f.eks. England og Frankrig, som det blev anvendt på), og da betegner det jo kun 'beediget' eller 'edsvoren'. Dermed nærmer tolkningen sig nævning = jury = lægdommer. Denne forståelse findes der da også eksempler på, også i juridisk litteratur, se A. Hindenburg, Om Nævninger, 1909, s. 16.⁶ Denne tolkning kom imidlertid ikke til udtryk under grundlovsforhandlingen. For den gældende grundlov er denne tolkning uden betydning, da begrebet nævninger som anvendt i 1953 må forstås med udgangspunkt i en senere tids begrebsforståelse.

3. Retsplejeloven 1875-1916

Grundlovsfortolkning kan til en vis grad præges af lovgivningsmagtens fortolkning af grundloven. Ikke alene udgik grundlov og lov frem til 1915 fra samme personkreds,

men også efter 1915 afspejler lovgivningen en praksis af interesse for fortolkningen.⁷ Jeg fremlægger derfor de bidrag til belysning af nævningebegrebet, som kan hentes fra den langstrakte reformproces, som ligger bag retsplejeloven 1916.

I det første Udkast til lov om strafferetsplejen, 1875, gives der - i fortsættelse af grundlovsbestemmelsen om indførelse af nævninger - forslag om nævningebehandling. Bemærkningerne til det kapitel, der indeholder de særlige bestemmelser om hovedforhandlingen for nævninger, indledes således:

”Hovedpunktet ved Nævningeprocessen er Bestemmelsen af Forholdet mellem de to sondrede Faktorer, der medvirke ved Afgjørelsen, de retskyndige Dommere og Nævningerne. Thi deri alene består ikke Nævningeprocessens Ejendommelighed, at Lægmand medvirke, - det finder også Sted, hvor disse Lægmand sammentræde med de retskyndige Dommere til et Kollegium (Meddomsmænd, Schöffengericht) -, men det væsentlige er dette, at Dommerne og Nævningerne ere udvortes sondrede Bestanddele af Retten og som saadanne begge tage Del i Afgjørelsen. Ordningen af Forholdet mellem disse Faktorer, Fastsættelsen af den Virkekreds, der tilkommer enhver af dem, og Tilvejebringelsen af Betingelserne for en Samvirken, af hvilken den Nytte skal høstes, som tanken i Institutionen lover, er et Punkt af den største Vigtighed, men ogsaa et vanskeligt Punkt, som til dels endnu er Gjenstand for Strid”, Udkast 1875 s. 124-125.

I denne indledende bemærkning genfinder vi således den enkle og klassiske definition af nævninger, hvorefter det ”ejendommelige” eller væsentlige er det, at nævningerne er adskilte fra de professionelle dommere.

Herefter gives en længere drøftelse af forholdet mellem nævningernes kompetence til afgørelse om bevisførelsen og deres kompetence med hensyn til sagens juridiske side. Denne drøftelse føres først med udgangspunkt i engelsk ret, derefter fransk ret og tysk ret, dvs. med samme udgangspunkt som var grundlaget for drøftelserne ved den grundlovgivende forsamling 28 år tidligere. Herefter drøftes et andet, men dog sammenhængende spørgsmål om den rolle, der bør tilkomme de professionelle dommere ved afgørelsen af nævningsager, s. 130f. Det er forskellen mellem den engelske og den fransk/tyske ordning, der drøftes, men bestandig forudsættes den

opdeling af det læge kollegium og det juridiske kollegium, som er fastslået i den indledende bemærkning.

Endvidere drøftes ”ad hvilke Veje og i hvilke Former den Medvirkning ved Skyldsspørgsmaalets Afgørelse, som inden for visse Grænser bør tilkomme de retskyndige Dommere, skal udøves”, s. 133. Drøftelsen anerkender altså, at de retskyndige dommere bør have en vis medvirken i forbindelse med skyldspørgsmålets afgørelse. En sådan medvirken anses altså ikke som uforenelig med nævningeinstitutionen, s. 133f.

Den opgave kan også, bemærkes det s. 133, løses, og det mærkes udtrykkeligt, at der ikke fra den heri liggende vanskelighed kan ”hentes noget bindende Bevis for nødvendigheden af at gaa over til Meddomsmandsinstituttet”.

Det fremgår heraf udtrykkeligt, at meddomsmandsinstituttet - eller domsmændene - betragtes som et alternativ til nævningeinstitutionens adskillelse af dommere og lægdommere, og ønsket om den juridiske medvirken ved nævningernes afgørelse kan ikke bruges som et argument for at forlade nævningerne og gå over til meddomsmænd.

I det efterfølgende Udkast til Lov om Domsmagtens... ordning, 1876, er det anført i forbindelse med drøftelsen af reguleringen af nævningernes organisation (om hvem der kan være nævning, hvordan sker indkaldelse osv.), at der her trækkes på de samme lande som var blevet omtalt i midten af århundredet, dvs. England, Frankrig, Belgien og Tyskland, se f.eks. s. 30f. om census.

Den næste fase i forberedelsen af retsplejeloven kommer i slutningen af århundredet. Bestemmelserne i Udkastet fra 1899 tager udgangspunkt i tidligere forslag og angiver udtrykkeligt afvigelser, herunder ikke noget om nævningsystemet, se Rigsdagstidende 1901-02, tillæg A, sp. 3084 og 3096.

Der er intet grundlag for at antage andet end, at man fortsat henholder sig til den klassiske definition af nævninger: Begrebet om nævninger indebærer, at de er adskilte fra de professionelle dommere.

Udtrykket ”jury” - som jeg tilskriver den betydning, at det sigter til et adskilt lægdommerkolle-

gium - bruges sp. 3096, 3100, 3101. Engelsk ret følges ikke slavisk, sp. 3099.

Det påpeges, at konsekvensen af loven er, at ”Retten aldrig kan domfælde en tiltalt på Grundlag af et Bevis, som Nævningerne have anset for utilstrækkeligt, eller paa Grund af en Subsumption, som Nævningerne have underkendt”, sp. 3102. På den anden side fremhæves, at ingen skal dømmes, uden at også dommeren kan tiltræde resultatet, sp. 3103.

Systemet bygger i det hele på samme grundlag som tidligere udkast, sp. 2642f.

Konklusionen af denne gennemgang af lovforberedelsen må da være, at den bygger på drøftelser af lægdommersystemer svarende til dem, der var aktuelle under forhandlingen af grundloven 1849. Der udtrykkes i 1875 en entydig distinktion mellem nævninger og meddomsmænd, som bygger på adskilt eller fælles votering om skyldspørgsmålet. Endelig står det klart, at der i et nævningsystem - trods en principielt adskilt votering - kan være forskellige ”kontakter” mellem juridiske dommere og nævninger, uden at dette gør systemet til et meddomsmandssystem.

4. Indførelse af domsmænd 1932

I slutningen af 1920'erne arbejdedes med indførelse af domsmænd.

Lovforslag herom fremsattes ved justitsministerens forslag, Rigsdagstidende 1930-31, tillæg A, sp. 4769f. Forslaget bygger på et udkast udarbejdet af et af Justitsministeriet nedsat udvalg, og udvalgets betænkning er optrykt som bilag til forslaget, sp. 4923f. I afsnit I om indførelse af domsmænd anføres, at man med retsplejeloven af 1916 opfyldte grundlovens regel om indførelse af nævninger, at nævningeinstitutions nuværende omfang i alt væsentligt bør bevares, men at lægdommere bør medvirke i videre omfang, dog ikke gennem en udvidelse af nævningsagerens område. Det anføres herefter:

”Udvalget mener derfor, at Borgernes Deltagelse i Strafferetsplejen bør søges gennemført ved, at der i ikke-nævningesager kommer til at medvirke Domsmænd, dvs. Lægdommere, som, i modsætning til Nævningerne, virker ikke som et særligt Element, skarpt adskilt fra Rettens faste Dommere, men netop i Forening med disse, og som, ligeledes i Modsætning til Nævningerne,

deltager ikke blot i Skyldspørgsmålets Afgørelse, men også i Strafdomaalingen". Folketingstidende 1930-31, tillæg A, sp. 4926.

Dette udkast er forelagt og kommenteret af Retsplejeudvalget, der ikke anfører nogen kommentarer til udvalgets begrebsbestemmelse, men som er bekymret for, "at man ved Indførelsen af domsmænd i det foreslaaede Omfang vil stille Rettens juridiske Bestanddel værgeløs over for Lægmandenes Afgørelse af Bevisspørgsmål, også naar denne gaar ud på domfældelse af tiltalte", sp. 5177-78.

Her har vi igen det klassiske begreb om nævninger: Nævningerne beskrives som "et særligt element, skarpt adskilt fra retens faste dommere", og domsmænd skal udgøre et supplerende alternativ hertil.

5. Litteraturen efter retsplejelovent 1916 frem til grundloven 1953

Hvad forstås ved nævningesystemet i modsætning til domsmænd? I forarbejderne til grundloven 1849, retsplejelovent 1916 og domsmandsreformen 1930-32 findes den klassiske definition af begrebet nævninger, hvorefter de er karakteriserede ved at fungere som en gruppe af lægdommere adskilte fra de professionelle dommere, i hvert fald ved skyldbedømmelsen.

Den teoretiske eller litterære definition kan vi f.eks. finde hos Stephan Hurwitz, der beskriver den teoretiske sondring således, at nævninger er lægdommere, der i et fra fagdommere afsondret men som regel større kollegium afgør skyldspørgsmålet, mens domsmænd i et som regel mindre antal tiltræder en ret i hele sagens afgørelse, *Strafferetsplejen*, 1949, s. 87.

⁷ Justitsministeriet anfører, at forarbejderne til Retsplejelovent har karakter af "retspolitiske overvejelser" og ikke direkte vedrører den "forfatningsretlige vurdering", Notat (note 1) afsnit 3.3.1. Lovforarbejder er selvsagt retspolitiske i den enkle forstand, at de findes i tekster, der er produceret som led i en politisk proces frem mod en lovvedtagelse. Det er dog ikke sædvanligt at omtale lovforarbejder alene som "retspolitiske", idet de viser noget om den sprogbrug, som lovforslaget er skrevet i, og denne begrebsforståelse har så - som lovpraksis - en vis betydning for lovforklaringen. Hertil Henrik Zahle, *Dansk Forfatningsret* bd. 1, 2001 s. 72f., 75f.

⁸ Se f.eks. "Skyldig - ikke-skyldig". Nævningeinstitutionen belyst ved en Række af de fremkomne Udtalelser i Anledning af Nævninge-Kendelserne ved Østre Landsret den 6. Decbr. 1923, ved Andreas Boje, København 1924.

⁹ Sml. allerede Hage 1851 s. 229.

¹⁰ Se herom f.eks. Stephan Hurwitz, *Strafferetsplejen* 1949, s. 241 med henvisninger.

¹¹ Se f.eks. om § 55 om ombudsmænd Henrik Zahle, *Dansk Forfatningsret*, bd. 2 2001, s. 152 med henvisninger.

Hermed kunne man tro, at det var udelukket at indlede en diskussion om afvikling af nævningesystemet, som jo tilsyneladende var en pligt efter den dagældende grundlov 1920 § 72, citeret ovenfor, og som netop var indført.

Der var imidlertid en stærk bevægelse for at begrænse eller afskaffe nævningesystemet. Denne bevægelse var både politisk og juridisk. Juristerne var utilfredse med nævningeafgørelsernes kvalitet. Det var en særlig anledning til vrede, at nævninger frifandt i sager, hvor jurister mente, at der burde være domfældt.⁸ Den samme kritik havde i øvrigt været rejst allerede i slutningen af det 19. årh. i Frankrig. I nogle tilfælde skyldes frifindelsen måske, at nævningerne har stillet større krav til beviset, end juristerne mente, at man skulle stille. I andre sager kan nævningerne have været politisk uenige i den strafferegel, som sagen og tiltalen byggede på, således i sager om svangerskabsafbrydelse, og her kom nævningernes afgørelse til at igangsætte politisk debat om straffereglens rimelighed. Endelig har der været sager, hvor nævningerne nok fandt grund til at straffe, men de kan have frygtet, at juristerne ville give en for hård straf, og det har de afværget ved at frifinde. Med denne sidste type af sager i tankerne, var der grund til at give nævningerne indflydelse på strafudmålingen.⁹

En særlig side af utilfredsheden var, at man anfægtede forsvarernes "forsvarsret", idet man satte spørgsmålstegn ved forsvarernes ret til frit at argumentere over for nævningerne.¹⁰ Diskussionen om, hvordan man kunne komme fri af den pligt til nævninger, som grundloven fastslog, blev så vidt ses indledt af Troels G. Jørgensen. I en kommentar til forslaget om indførelse af domsmænd, se ovenfor, skrev han, at

"Lovgivningen efter loyalt at have indført og prøvet Institutionen i et Antal Aar grundlovsmæssigt maatte være frit stillet med Hensyn til, om den skal beholdes", *UfR* 1930 B s. 215.

Tanken bag dette ræsonnement er det enkle, at grundloven pålagde at "indføre" nævninger, det havde man gjort med retsplejelovent i 1916, dette system fungerede dårligt, og derfor måtte man være berettiget til at ophæve systemet. En pligt til at "indføre" noget afskærer ikke fra at "ophæ-

ve" det, man har skullet indføre.

Vi må jo hertil sige, at det ikke er den gængse fortolkning af grundlovens løfteparagraffer. Bestemmelser, der forpligter til at indføre en ordning, skal efterleves ikke blot ved, at ordningen indføres, men også ved, at en indført ordning ikke blot kan ophæves. Dette er i dag almindeligt anerkendt.¹¹

Et andet forsøg på at afvikle nævningesystemet blev gjort af Stephan Hurwitz. Hans straffeprocessuelle fremstilling har et helt afsnit om "Overgang til et rent domsmandssystem", *Strafferetsplejen* 1949 s. 88f. Han taler altså et klart sprog: Nævningesager skulle gøres til domsmandssager. Han tog afstand fra Troels G. Jørgensens fortolkning ovenfor, men hans egen fortolkning af grundloven var - i mine øjne - ikke mindre dristig: Der var, hævdede han, sket en sådan omdannelse af nævningeinstitutionen, at den oprindelige forskel, at nævninger og dommere fungerede adskilt, ikke længere er til stede, 1949 s. 88. Hurwitz sigtede herved til, at nævningerne i 1932 fik kompetence til at tage stilling til strafs-kærpende/formildende omstændigheder, og fra 1936 kunne stille spørgsmål til retsformanden i vateringsværelset og fællesvoterede om strafudmålingen. En overførsel af datidens nævningesager til domsmandsretter betegnes på denne baggrund en teknisk omlægning, 1949 s. 89.

Det kan efter min opfattelse ikke hævdes, at disse ændringer rummer en nedbrydning af forskellen mellem nævninger og domsmænd. Såvel under forhandlingerne i 1848-49 som under forberedelsen af retsplejelovent stod det klart, at der naturligvis ville være en kontakt mellem nævninger og juridiske dommere. Retsbelæringen rummer en markant styring af grundlaget for nævningernes virke, og allerede den oprindelige retsplejelov gav mulighed for at stille spørgsmål, blot skulle de stilles i retssalen. Men Stephan Hurwitz fandt altså forandringerne tilstrækkeligt radikale til at anbefale en mere konsekvent overgang til en generel domsmandsordning.

Hurwitz' fortolkning blev kommenteret således af kollegaen Ernst Andersen:

"Hurwitz læser grundloven som om der ikke står nævninger men i stedet står læg-mænd", *Forfatning og Sædvane* 1947 s. 48.

Der bliver imidlertid ikke gennemført nogen reform på grundlag af disse åbninger i det, der tilsyneladende måtte være en pligt til at bevare nævninger som et afsondret gruppe af lægdommere.

Ved retsopgøret efter 2. verdenskrig gjordes ikke brug af nævninger. Men spørgsmålet blev øjensynlig slet ikke prøvet, og jeg synes det er svært at udlede noget principielt heraf.¹²

Litteraturen i tiden op til grundloven 1953 rummer således to forskellige synspunkter, der kan ses som svar på de to indledende spørgsmål. Spørgsmålet om der er pligt til at bevare nævninger, tages op af Troels G. Jørgensen, der besvarer det benægtende, mens spørgsmålet om det begreb om nævninger, der skal lægge rammen for overholdelsen af pligten til at bevare nævningerne, tages op af Stephan Hurwitz, der anerkender, at der er en pligt til nævninger, men vil udvide begrebet om nævninger, så det inkluderer et domsmandssystem.

Det må indgå i konklusionen for denne periode, at Hurwitz' forslag om en overgang til et "rent" domsmandssystem ikke realiseredes. Nævninger blev ikke transformeret til domsmænd. Nævningssystemet opretholdtes trods professionel-juridisk kritik.

6. Grundlovsforslaget 1938-39

1920-grundlovens § 72 var blevet forældet i sin formulering, efter at nævningerne allerede var indført i 1916. Bestemmelsen måtte omformuleres. Dette spørgsmål blev i første omgang taget op i forbindelse med grundlovsforslaget 1938-39. I Forfatningskommissionens Betænkning 1938 foresloges en bestemmelse til afløsning af § 72:

"Det fastsættes ved Lov, i hvilke Sager og under hvilke Former Lægmand skal medvirke i Strafferetsplejen", § 72, stk. 2, Betænkning 1938 s. 58.

Hertil knytter Betænkningen følgende bemærkning: "De her foretagne Ændringer skyldes den efter Grundloven [af 1915] stedfundne Udvikling på dette Lovgivningsomraade", s. 65.

Grundlovsforslaget var uændret ved fremsættelsen, jf. Rigsdagstidende 1938-39, til-

læg A sp. 2331, men under Folketingets behandling tilføjedes et yderligere stykke 3:

"I Misgerningssager skal Nævninger medvirke", Rigsdagstidende 1938-239, Tillæg B sp. 281.

De kommunistiske folketingsmedlemmer stillede sideløbende et alternativt forslag: "Lægmand skal som Nævninger eller Domsmand vedvirke i Strafferetsplejen", Forhandlingerne sp. 2965. Der er ikke nogen omfattende drøftelse af emnet, men det berøres dog (Aksel Larsen sp. 431, Hartvig Frisch sp. 2686, Brorson sp. 3002, Aksel Larsen sp. 3083, Pürschel sp. 3102). Aksel Larsen påpeger, efter min fortolkning med rette, at det oprindelige forslag er overflødig (men det samme kunne let siges om hans eget).

Forløbet må fortolkes således, at der i det oprindelige Betænkningforslag fra 1938 ikke var nogen binding til, at lægmand skulle medvirke i form af nævninger. Forslaget var således åbent for afskaffelse af nævninger, og denne åbenhed kan forstås som en imødekommelse af den kritik, der havde været rettet mod nævningssystemet og dets afgørelser. Et andet spørgsmål er, om bestemmelsen som oprindelig formulering ville sikre lægdommere i fremtiden. Det er nærliggende at antage, at man har forstået bestemmelsen således, at lægdommere i fremtiden skulle være med i strafferetsplejen, men bestemmelsen efterlader dog samme usikkerhed herom, som den senere grundlov 1953 gør vedrørende nævninger.

Med Rigsdagens tilføjelse af stykke 3 om nævninger skete der i 1939 en afgørende ændring: Nævninger skal bevares, og det angives i hvilke sager de skal medvirke, nemlig misgerningssager. Denne ændring skete under den politiske behandling af teksten, og den må antagelig forstås som en afspejling af den politiske vurdering af nævningssystemets berettigelse, som altså efter denne forståelse har været mere positiv end den juridisk-professionelle.

Grundlovsforslaget faldt ved folkeafstemningen i 1939.

Konkluderende kan det fremhæves, at der er spor af en forskel i bedømmelsen af nævningerne blandt jurister og politikere, idet det først er under den mere åbne politiske behandling i Rigsdagen, at bevarelsen af nævningerne sikres.

7. Grundloven 1953

Spørgsmålet om revision af grundlovens regulering af lægdommere/nævninger blev taget op igen i forbindelse med forslaget til grundloven af 1953.

Dette drøftes i et af de underudvalg, der forbedrede grundloven af 1953.¹³

Under udvalgets arbejde fremkom et forslag fra justitsminister Helga Petersen med et forslag, der er identisk med den gældende bestemmelse. Justitsministeren gjorde det klart for udvalget, at bestemmelsen efter hendes opfattelse "tvinger vel ikke til altid at opretholde nævningssystemet, men formuleringen peger dog på at man har tænkt sig institutionen bevaret for visse områder". Udvalget vedtog den foreslåede formulering, men gjorde hertil den bemærkning, at "man anser denne formulering for at indeholde en forpligtelse til at opretholde nævningeinstitutionen". I udvalgets indstilling til Forfatningskommissionen anføres i overensstemmelse hermed: "Det anses for ønskeligt at bevare henvisningen til nævningers medvirken; området herfor bør dog angives nærmere ved lov. Efter udvalgets opfattelse må formuleringen af andet stykke, der er udformet af Justitsminister Helga Pedersen, forpligte til at opretholde nævningeinstitutionen".

Forfatningskommissionens Betænkning 1953 gentager og bekræfter dermed underudvalgets indstilling, idet det i tilknytning til forslaget til § 65, stk. 2, anføres:

"Efter kommissionens opfattelse forpligter bestemmelsen i stk. 2, 2. pkt., til at bevare nævningers medvirken i strafferetsplejen", Bet. 1953 s. 39.

Kommissionens bemærkning kan således historisk ses som en slags "modbemærkning" til den fortolkning, som justitsministeren har lagt frem ved forelæggelsen af forslaget i underudvalget. Den udtrykker en fortolkning "på trods" – dvs. uanset at den, der har konciperet denne tekst (nemlig justitsministeren), mener, at den bør fortolkes på én måde, mener vi (Underudvalg og siden Forfatningskommission), at den bør fortolkes på en anden måde.

Grundlovens ordlyd er tvetydig. Når det bestemmes, at det "fastsættes ved lov, i

¹² Således vistnok også Justitsministeriet i Notat (note 1) 3.3.6.

¹³ Et udførligt referat i Notat 5.2.2 (note 1).

hvilke sager og i hvilke former" lægdommernes medvirken skal ske, må det ses som en afløsning af tidligere grundloves fastlæggelse af, at det var nævninger, der skulle indføres, og at de skulle medvirke i bestemt angivne sagstyper. Formuleringen har fjernet disse to bindinger, således at lovgivningsmagten frit kan bestemme, i hvilke sager der skal være lægdommere, og i disse sager frit kan afgøre, om det skal være nævninger eller domsmænd. Lovgiver kan altså – hvis vi nøjes med at se på teksten frem til den sidste ledsætning – selv afgøre, om der overhovedet skal være nævninger.

Der ville således ikke være nogen tvivl, hvis bestemmelsen ikke havde haft det afsluttende led "herunder i hvilke sager nævninger skal medvirke". Uden denne tilføjelse ville der være tale om en åben bemyndigelse (når det gælder nævningers medvirken).¹⁴

Hvilken betydning har da tilføjelsen? Hvis den blot indeholder en bemyndigelse til lovgivningsmagten, er det en bemyndigelse, der er givet allerede med den foranstående del af bestemmelsen. Hvis vi fortolker tilføjelsen som en bekræftelse af denne lovgivningsmæssige frihed, gør vores fortolkning af bestemmelsen den derfor overflødig, hvilket jo taler for at fortolke den på en anden måde, og det er da den fortolkning, som forarbejdet understøtter. Tilføjelsen af det sidste led om nævninger indebærer, at lovgivningsmagten ikke står helt frit, idet lægdommere skal medvirke i form af nævninger i et vist minimalt omfang.

Ser vi herefter på Forfatningskommissionens Betænkning med henblik på at fastlægge, hvilken vægt dennes bemærkning om nævninger skal have, må tages hensyn til de argumenter, der i almindelighed kan anføres om forarbejders retskildeværdi. Denne drøftelse skal naturligvis ikke tages op i sin fulde bredde her. Forarbejder tillægges af nogen stor, af andre ringe vægt. Jeg har selv givet udtryk for, at jeg finder, at

man undertiden lægger for stor vægt på dem, se herom Praktisk Retsfilosofi 2005 s. 67-92. Den forarbejdstekst, der drøftes her, udmærker sig imidlertid ved at stamme – ikke fra herskesyge fuldmægtige i en fjern styrelse men – fra politikere, der i underudvalg og i kommission har beskæftiget sig indgående med et emne, der har været genstand for mange års debat. Jurister har i flere omgange ytret sig kritisk om nævninger. Nævningeafgørelser var som nævnt især i 1920'erne og 30'erne genstand for heftig kritik. Et bidrag til at løse problemerne havde været at indføre domsmænd, så alvorlige straffesager kunne behandles med lægdommere, men ikke med nævninger. Når man i 1953 ville regulere "lægdommere i strafferetsplejen", kunne man stille lovgivningsmagten frit med hensyn til valget mellem de to aktuelle former for lægdommere, nævninger og domsmænd, og det var også det, der ville følge af § 65, stk. 2 (i hvert fald hvis man ser bort fra dens sidste led om nævninger). Det er da også den frihed, som justitsministeren har villet grundlovsfæste. De politiske medlemmer af underudvalg og Forfatningskommissionen har imidlertid forstået bestemmelsen anderledes, hvilket de udtrykker i Betænkningsteksten, gengivet ovenfor.

Denne forarbejdstekst har således ikke blot betydning som grundlag for at fortolke grundloven derhen, at den etablerer en forpligtelse til at bevare nævningesystemet (men ikke som et system, der ikke kan reformeres), men også den betydning, at den afspejler en tvedeling af formerne for lægdommermedvirken: De nævninger, som der har været pligt til at indføre siden 1849, er nu indført, og de er i alle da gængse definitioner karakteriserede ved, at de voterer særskilt om skyldspørgsmålet, men har så ved siden heraf fået tillagt kompetence til at deltage i strafudmåling. Den anden aktuelle form er domsmænd, indført i 1932, og de er karakteriserede ved at votere sammen med de juridiske dommere om både skyld og sanktion. Den reform, som Stephan Hurwitz havde talt for, og som en pligt til at opretholde nævninger nu ville blokere for, var en overgang til et "rent" domsmandssystem, dvs. et system hvor alle lægdommere arbejdede som domsmænd. Der er ikke nogen drøftelse af en særlig stemmeopgørelse for lægdommere som en mellemform.

På denne baggrund udtrykker forarbejdsteksten ikke blot en afvisning af forslag om afvikling af nævningesystemet som dem, som Troels G. Jørgensen og Stephan Hurwitz havde fremlagt i 1930'erne, men der er også en fokus på at give nævningerne, men ikke domsmændene en særlig beskyttelse, og denne forskel kan vel kun skyldes, at man har oplevet juridisk og til dels politisk kritik af nævningerne, der således kunne være truet i fremtiden.

På denne baggrund er det en ganske stærk udmelding i 1953, at man mener at skabe en forpligtelse til "at bevare nævningers medvirken". Nævninger forstås i modsætning til domsmænd, og der er intet grundlag for ikke at forstå disse begreber i overensstemmelse med de kriterier, der tidligere er omtalt. Ved at fastslå, at der er pligt til nævninger, er det fastslået, at der skal være lægdommere, der fungerer adskilt fra de juridiske dommere, når det gælder skyldspørgsmålet.

Bemærkningen i Forfatningskommissionens Betænkning 1953 s. 39 kan derfor ikke forstås på anden måde end som en tilkendegivelse, der giver svar på begge de spørgsmål jeg indledte med, dvs.

1) Ja, grundloven indeholder en forpligtelse til at bevare nævninger, og

2) denne forpligtelse til at bevare nævninger går ud på at bevare en form af lægdommere, der fungerer som en gruppe adskilt fra de professionelle dommere, når det gælder afgørelsen af skyldspørgsmålet.

Selvfølgelig kan nævningesystemet reguleres, der kan således indføres appel, og begrundelsespligt kan indføres, men adskillelsen mellem lægdommere og professionelle dommere er det, der karakteriserer nævninger – som vi kan se af samtlige de definitioner, der findes i dansk straffeprocessuel og forfatningsretlig litteratur. Denne sondring fastholdes uanset at der allerede da var gennemført de omtalte reformer, der styrkede det interne "samarbejde" mellem nævninger og juridiske dommere.

Dette er som sagt forarbejder. Fortolker vi grundloven direkte med henblik på de to spørgsmål, så er min sammenfatning:

¹⁴ Alf Ross, Dansk Statsforfatningsret bd. 2, 1980 s. 556 sammenligner § 65, stk. 2, med § 29, stk. 1, 2. pkt. Også den giver en åben bemyndigelse til lovgivningsmagten med henblik på stillingtagen til, om straf og fattighjælp skal medføre fortabelse af valgret. Men sammenligningen halter lidt, for § 65, stk. 2, indleder jo med at fastslå, at lægdommere skal medvirke, og det problem der drøftes i det følgende, er, om der i denne bemyndigelse er begrænset af et påbud om, at lægdommere i et vist omfang skal være nævninger. Det problem finder man ikke ved § 29, stk. 1.

1) Grundlovens ordlyd indeholder ikke en entydig udtrykkelig forpligtelse. Vil man se bort fra Forfatningskommissionen, - hvad jeg altså er betænkelig ved - kan man gøre hvad man vil, når bare lægdommere bevarer.

2) Er der en forpligtelse til at bevare nævninger, er nævninger i dansk tradition lægdommere, der fungerer adskilt fra professionelle dommere ved afgørelsen af skyldspørgsmålet. Omtolkning af nævningebegrebet, så det reelt betyder 'lægdommere med stor vægt' eller 'lægdommere med særligt stemmeopgør', er der intet - intet - udtryk for i dansk juridisk litteratur eller dansk retspolitisk debat.

8. Litteraturen efter 1953

Den juridiske litteratur har fortsat diskussionen om, hvilken handlefrihed grundloven i dens nye formulering gav, og de spørgsmål man har drøftet ligger i fortsættelse af den ældre debat. Debatten har således angået de samme to spørgsmål:

8.1. Pligt til at bevare nævninger

Efter grundlovsrevisionen er der skrevet en del om, hvorvidt § 65, stk. 2, indebar en forpligtelse for lovgivningsmagten til at opretholde nævningeinstitutionen. Enkelte har talt for en benægtende besvarelse af dette spørgsmål.

Se Theodor Petersen i *Juristen* 1960 s. 43f., der fortolker bestemmelsen som et bemyndigelsesforbud, og formentlig også Peter Garde i *U.f.R.* 1994 B s. 130f., der bl.a. henviser til lovgivers frihed, når det gælder udformningen af umyndiggørelsesbegrebet som anvendt i § 29 om valgretsbetinger.¹⁵

Den mest udbredte opfattelse har dog været, at grundlovens § 65, stk.2, i forbindelse med dens forarbejder har skabt en pligt til at bevare nævninger. Dette resultat blev første gang drøftet umiddelbart inden grundlovens vedtagelse af landsdommer Lucas, der fortolkede den foreslåede bestemmelse således, at den indførte en "for lovgivningsmagten bindende retsfor-skrift", *Juristen* 1953 s. 71f.

Det var den fortolkning der forelå, da grundloven blev vedtaget, og det var da også den fortolkning, der lagdes til grund af Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret*, 1954 s. 586 ("bindende forudsat, at nævninger i et vist omfang skal med-

virke"), noget mindre klart af Alf Ross, *Dansk Statsforfatningsret*, bd. 2, 1960 s. 553 (1980 s. 556), af W.E. von Eyben i *UfR* 1991 B s. 313, af Max Sørensen, *Statsforfatningsret* 1973 s. 161, der dog tilløjer, at det "er klart at en sådan pligt vanskeligt vil kunne håndhæves, hvis et folketingsflertal måtte ønske at afskaffe nævningeinstitutionen", Eva Smith i *UfR* 1998 B 470f., Henrik Zahle, *Dansk forfatningsret*, bd. 2, 2001 s. 120-21, og Michael Kistrup i *Straffeprocessen* 2005 s. 154.

Ingen forfatningsretlig forfatter har så vidt ses hævdet, at bestemmelsen ikke medførte nogen forpligtelse, men Alf Ross rejste tvivl om spørgsmålet, og Max Sørensen forudså, - uden at benægte pligten - at den vanskeligt kunne håndhæves, hvis et folketingsflertal måtte ønske at afskaffe nævningeinstitutionen.

Også den straffeprocessuelle forfatter, der havde ledet overvejelserne under 1920-grundloven, nemlig Stephan Hurwitz, mente, at en "nævningeinstitutionens afskaffelse til fordel for en ren domsmandsinstitution" nok ville være ønskelig, men ville kræve en ændring af grundlovens § 65, stk. 2, *Den danske Strafferetspleje* 1959 s. 65, og han fandt endda i den forbindelse, at § 65 rummede en stærkere binding end 1920-grundlovens § 72.

Bernhard Gomard, *Studier i den danske straffeprocess*, 1976 s. 429, der vist udgjorde starten til de aktuelle drøftelser, forudsatte vistnok også en sådan pligt. Hans initiativ vedrørte det andet aspekt, nemlig begrebet om nævninger.

8.2. Begreb om nævninger

Bernhard Gomard var også, når det gælder bindingens indhold, på linje med Hurwitz. Gomard skrev:

"Brugen af ordet 'nævninger' i grundlovsbestemmelsen indeholder et krav om, at lægdommere medvirker og om, at denne medvirken sker efter særlige regler i de alvorligste straffesager. Bestemmelsen binder derimod ikke lovgivningsmagten til at opretholde netop de regler om nævninger, som var gældende i 1953," 1976 s. 429. - En omtolkning af nævningebegrebet har fået tilslutning af Henning Krog i *UfR* 1988 B s. 353 f., se om grundlaget i *Bet* 825/1977 nedenfor.

Det er klart rigtigt, at grundloven ikke kan binde til at opretholde netop de regler, der var gældende i 1953. Men denne konstate-

ring er ikke tilstrækkelig til at bane vejen for den pågældende reform. Der må vi tilbage til den første sætning: Når grundloven kræver, at der skal være nævninger, menes blot, at der skal være særlige regler for de alvorligste straffesager.

Efter min opfattelse er der intet holdepunkt for denne fortolkning. For det første har nævningebegrebet en entydig klassisk betydning, nemlig at kendetegne lægdommere, der fungerer som en særlig gruppe ved voteringen om skyldspørgsmålet, og det kan man ikke blot se bort fra, fordi man gerne vil udtynde en grundlovsforpligtelse. For det andet er der ikke bestemmelsens formulering noget, der taler for en sondring mellem "de alvorligste straffesager" og andre sager. Nævningernes grundlovs-mæssige binding til "misgerningssager" (som var gældende frem til og med 1920-grundloven) er ophævet, og lovgivningsmagten står derfor, som vi har fortolket § 65, stk. 2, ovenfor, helt frit med hensyn til, i hvilke sager de forskellige lægdommertyper skal anvendes. Endelig viser fortolkningens vilkårlighed sig ved, at Gomard blot kræver "særlige regler", men hvad de særlige regler skal gå ud på, angives ikke, og kan heller ikke angives på anden måde end ved at tage udgangspunkt i det, han vil forlade, nemlig det klassiske og gængse begreb om nævninger.

Med en omskrivning som den Ernst Andersen foretog af Hurwitz' standpunkt (se ovenfor), kan man sammenfatte Gomards synspunkt således: Grundloven kræver nævninger, men mener lægdommere!

Gomards tekst blev skrevet i 1976. Vi er tilbage i en periode, hvor grundloven ikke stod i høj kurs. Grundloven skulle fortolkes så den gav så megen plads til politikerne som muligt. Menneskerettigheder var ikke et centralt fænomen.

At fastholde det klassiske nævningebegreb udelukker ikke reform. Det indebærer ikke, som Gomard antydede, at man intet kan ændre i den ordning, der var gældende i 1953. Der er mulighed for

- at ændre antallet af nævninger
- at ændre afgrænsningen af nævningesager

¹⁵ Se note 12 ovenfor.

- at indføre begrundelsespligt
 - at indføre appeladgang, osv.,
 alt sammen forudsat, at man opretholder en gruppe af lægdommere som en gruppe, der adskilt fra de professionelle dommere skal tage stilling til skyldspørgsmålet (men som eventuelt derudover i andre former skal deltage i andre beslutninger).

Den tanke, at der til nævningebegrebet blot hører, at der gælder nogle "særlige regler", der adskiller sig fra de regler, der gælder for domsmænd, har ikke fået nogen opbakning i den forfatningsretlige litteratur. De forfattere, der har hævdet en pligt til at bevare nævninger, har suppleret antagelsen af denne pligt med en angivelse af, hvad der karakteriserede nævninger. Således Alf Ross, Dansk Statsforfatningsret bd. 2, 1960 s. 554 (1980 s. 557), hvor det hedder:

"Dersom det antages at grundloven binder lovgiveren til at bevare nævninge institutionen opstår spørgsmål om, hvad der skal forstås herved. Givet er det, at det ikke kan være det klassiske nævningebegreb - hvorefter nævninger er lægdommere der udgør et fra fagdommerne afsondret kollegium der selvstændigt afgør skyldspørgsmålet og kun dette - der er forudsat i grundloven. For da bestemmelsen blev givet i 1953 afveg den bestående nævningeordning på flere punkter fra dette begreb. Det kan heller ikke antages at begrebet skulle være fastlagt i enhver henseende i nøje overensstemmelse med den i 1953 gældende ordning. Ved ikke at definere begrebet [nævninger] har grundlovgiveren givet lovgiveren frihed til at udforme nævningeinstitutionen indenfor visse rammer, således at det der altid har været kernen i nævningeordningen, til forskel fra meddomsmændsordningen, bevares. Og det er formentlig at nævningerne som kollektivt organ afgør spørgsmålet om tiltaltes skyld."

Denne passage har Justitsministeriet fortolket derhen, at også efter reformen udgør lægdommerne "et kollektivt organ", og de kan derfor med rette betegnes "nævninger" som Ross forstod begrebet:

16 Justitsministeriets Notat (note 1) 7.4.4.

17 Hurwitz, Den danske Strafferetspleje, 1959, er udkommet kort før første udgave af Ross, Dansk Statsforfatningsret bd. 2, 1960 (s. 473).

18 Således også Hans Gammeltoft-Hansen 1998 s. 123 (se nedenfor i teksten).

19 Dansk Statsforfatningsret bd. 1, 1966 s. 202 (1980 s. 197).

Det "... følger af den foreslåede ordning, at forudsætningen for, at tiltalte kan kendes skyldig, fortsat bl.a. er, at flertallet af nævningerne stemmer herfor. Det betyder efter Justitsministeriets opfattelse, at nævningerne fortsat kan siges at afgøre skyldsspørgsmålet som et kollektivt organ."¹⁶

Denne fortolkning er jeg ikke enig i. Ross omtaler i citatet ovenfor først et "klassisk" nævningebegreb, hvorefter nævningerne er afsondret fra de juridiske dommere og kun tager stilling til skyld. I forbindelse hermed henviser han til Hurwitz' fremstilling, hvor det klassiske begreb henføres til "den processuelle teori" (Hurwitz 1959 s. 64). Som nævningssystemets historie viser, har der nok været - og er stadig - systemer, hvor nævningerne kun har kompetence til at afgøre skyldspørgsmålet, men derudover har der bestandig været forskellige former for "kontakt" eller "samarbejde" mellem læge og juridiske dommere, og disse kontakter er i den danske nævningehistorie blevet styrket ved reformer i 1930'erne. Denne udvikling omtales af Hurwitz (1959 s. 64-65), og han når på det grundlag frem til følgende karakteristik eller - som han betegner det - "skelnemærke":

"Med de her nævnte bestemmelser er i virkeligheden de skarpe teoretiske kriterier for nævningeinstitutionen i streng forstand opgivet i den danske strafferetspleje. Tilbage står af den gamle begrebsbygning fra udkastene til rpl. og dennes oprindelige indhold kun det skelnemærke i forhold til domsmændsinstitutionen, at nævningerne som bestemt afgrænset organ svarer på og dermed afgør konkrete spørgsmål vedrørende tiltaltes skyld." Strafferetsplejen 1959 s. 65.

Hurwitz betegner således nævningerne som - og lægdommere skal for at kunne kaldes nævninger udgøre - et "bestemt afgrænset organ". Og dette organs kompetence skal rumme spørgsmål om skyld (men kan som i Danmark omfatte mere).

Det er nærliggende at læse de to fremstillinger i forbindelse med hinanden.¹⁷ Den ene søgte et skelnemærke, den anden en kerne. Det, som Hurwitz havde betegnet "et bestemt afgrænset organ" er ikke meget forskelligt fra Ross' "kollektivt organ".

Det må være rigtigt med Ross at tage som sit udgangspunkt den nævningeorganisation, der fandtes i 1953, og acceptere de

afvigelser fra den "klassiske" forståelse af begrebet, som da var gennemført. Dette udgangspunkt tvinger på den anden side ikke til at hævde, at det netop skal være den da gældende ordning, der skal betragtes som nedfrosset del af dansk ret. Det er det væsentlige i den dagældende ordning eller "kernen" i den, der skal fastholdes. Og hvad var da kernen?

Ved at besvare dette spørgsmål, der kan give anledning til en vis tvivl, angiver Ross den efter hans fortolkning bindende ramme for lovgivningsmagtens reform af nævningssystemet. Og kernen er ifølge Ross formentlig, at "nævningerne som kollektivt organ afgør spørgsmålet om tiltaltes skyld".

Det er klart, at denne kerne ville gå i opløsning, hvis man blot lod et (stort) antal lægdommere votere sammen med et (mindre) antal juridiske dommere. En fælles votering uden særregler ville ikke kunne forenes med Ross' fortolkning.¹⁸ Men reformforslaget etablerer en fælles votering med særskilt stemmeopgør for de to dommergrupper, læge og juridiske. Er der dermed tale om, at lægdommerne udgør et "kollektivt organ"?

Der er vist ikke nogen helt klar tradition for anvendelsen af begrebet "organ", endnu mindre "kollektivt organ". I anden sammenhæng sidestiller Ross "organ" med "myndighed",¹⁹ og i Hurwitz' tekst benyttes "organ" til at betegne nævningekollektivet, der som sådan svarer på spørgsmål om skyld. Den gængse forståelse af begrebet organ forudsætter formentlig i overensstemmelse hermed en vis kompetence tillagt den personkreds, der skal betegnes et organ. Heraf vil følge, at denne personkreds i sin arbejdsmåde kommer til at afgrænse sig fra omgivende personer, der på forskellig anden måde medvirker i beslutningsprocessen.

Efter reformen vil de læge dommere ikke fungere for sig selv, idet al deres kompetence er kompetence, som de kun har og derfor kun kan udøve sammen med de juridiske dommere. De afgiver ikke under sagens gang nogen særlig erklæring, beslutning eller kendelse, som tilskrives dem som læge personer, og de meddeler ikke et særligt resultat af voteringen, som de alene står for. Alle dommere - læge og

jurister – deltager på lige fod i voteringen, og alle afslutter med at afgive deres stemme. De læge dommere er ikke overladt til sig selv, de går ikke på noget tidspunkt i en gruppe for sig, og de ytrer sig ikke som gruppe. De læge dommere indtager naturligvis en særlig stilling inden for dommerkredsen, ligesom de juridiske dommere i øvrigt gør det, for der foretages en særskilt stemmeopgørelse for de to grupper. Men sådanne særskilte stemmeopgørelser skaber vist ikke særlige "organer",²⁰ og slet ikke "kollektive" organer, hvortil vel må stilles forventninger om et vist indbyrdes samvirke mellem medlemmerne af kollektivet, et samvirke som er forskelligt fra samvirket med andre uden for kollektivet.

Efter min opfattelse er der på denne baggrund ikke grundlag for at betegne den foreslåede fællesvotering som lokaliseret i et kollektivt organ, og at tage Ross til indtægt for forslaget grundlovs-mæssighed forekommer uberettiget og i øvrigt – som jeg skal omtale – unødvendig.

De gængse fortolkninger, der begynder med Ørsted i 1848-49, og fortsætter til de seneste definitioner, bestemmer nævningerne som en gruppe af lægdommere, der har en særlig kompetence vedrørende tiltaltes skyld (hvad enten dette forstås som noget faktisk eller tillige retligt, og hvad enten der skal være enighed eller flertal, osv.), og som – i betragtning af reformerne af nævningssystemet – derudover kan (men ikke skal) deltage i fælles votering om sanktion, og som i øvrigt indgår i samarbejde med den/de juridiske dommer/e.

Se også i samme retning Eva Smith i UFR 1989 B s. 113f, i UFR 1998 B s. 470f, og i Kommentareret Grundlov 1999 s. 316f., Hans Gammeltoft-Hansen, Strafferetspleje 1, 1998 s. 124, der bygger på Ross' "kerne"-synspunkt, samt Henrik Zahle, Dansk Forfatningsret bd. 2, 2001 s. 121.

Gorm Toftegaard Nielsen, Straffesagens gang, 2004 s. 158, anfører den gængse definition af nævninger som "et panel på 12 der selv voterer om skyldspørgsmålet", formentlig som en gengivelse af den gældende ordning, men tilslutter sig ad det steds en omtolkning af begrebet, Advokatsamfundets Festskrift 1999 s. 134f. og Bet. 1352/1998.

Der er således blandt de individuelle skrifter en relativt bred tilslutning til det

beskrevne nævningebegreb som det, der må danne udgangspunkt for fortolkningen af § 65, stk. 2.

9. Lovreformen

Tanken om at foretage en konstruktiv omtolkning af nævningebegrebet blev hurtigt introduceret i lovforberedelsesarbejdet. Bernhard Gomard var formand for Retsplejerådet, og idéen om en omtolkning af nævningebegrebet og overvejelse af en fællesvotering mellem juridiske dommere og nævninger gled hurtigt over i Retsplejerådet, se allerede i Bet. 825/1977 s. 44f, hvor det nævnes, at afstemningsreglerne kan udformes, så tiltalte f.eks. ikke kan findes skyldig, medmindre 8 nævninger og 3 landsdommere stemmer derfor, s. 45.

Retsplejerådet er opmærksom på det principielle problem, men giver dog ikke nogen analyse af det:

"Retsplejerådet er opmærksom på, at gennemførelsen af et forslag om en fuldstændig fællesvotering, således som det kendes i domsmændsretter ..., ville fjerne et traditionelt og karakteristisk træk ved nævningeinstitutionen, men rådet mener ikke, at en sådan ændring ville gå ud over grænserne for den frihed, som lovgivningsmagten har efter grundloven af 1953."

Til støtte for, at lovgiver kan fravige den traditionelle forståelse af nævningebegrebet henvises udelukkende til en processuel forhistorie:

"Fællesvotering om strafudmåling blev indført den 1. juli 1937, og en videre udvikling af denne tanke må ligge inden for de muligheder, grundloven har givet lovgivningsmagten for at indrette nævningeprocessen under hensyntagen til skiftende tiders erfaringer og opfattelser." Bet. 825/1977 s. 47.

Hertil må bemærkes: For det første angår denne reform i 1937 et punkt, der slet ikke hører til juryens/nævningernes klassiske kompetence. Reformen sigtede på at give nævningerne så megen indflydelse på strafudmålingen, at de ikke fristedes til at frifinde af frygt for en efterfølgende urimelig streng straf besluttet af de juridiske dommere alene. For det andet er denne fokusering på afgørelser fra nævningernes koncentration om skylden foregrebet af Hurwitz, der som nævnt var optaget af en påstået tilnærmelse mellem de to systemer.

En sådan tilnærmelse udgjorde Hurwitz' hovedargument for en overgang til det, Hurwitz som nævnt rent ud betegnede "et rent domsmandssystem". Men – og det er der jo gjort op med i og med at grundloven i 1953 udtrykkeligt grundlovsfæstede nævningerne, en grundlovsfæstelse der kun giver mening, hvis man fastholder en vis kvalitativ forskel mellem domsmænd og nævninger.

Fællesvotering drøftes igen i Retsplejerådets Bet. 994/1983 om lægdommerordningen i straffesager m.v. Her er man mere forsigtig, hvilket kan hænge sammen med en ændret sammensætning:

"En ordning med fællesvotering – der vil betyde, at man fjerner et afgørende element i nævningesystemet – vil i øvrigt muligvis kunne give anledning til forfatningsmæssige indvendinger", s. 73.

Rådet går ikke nærmere ind på fællesvotering, men koncentrerer sig om andre ændringsforslag.

Herefter behandles emnet som nævnt i Retsplejerådets Bet. 1352/1998. Retsplejerådet refererer indgående den nyere litteratur, men afslutter referaterne uden nogen analyse. Rådets "vurdering" gengives igen for sammenhængens skyld igen i sin helhed:

"Et enigt Retsplejeråd finder, at en ordning, hvorefter der indføres fællesvotering mellem nævningerne og dommerne, vil ligge inden for de rammer, som lovgivningsmagten har efter grundloven af 1953, i det mindste såfremt der sikres nævningerne en afgørende indflydelse på afgørelsen af skyldspørgsmålet. En sådan afgørende indflydelse vil kunne gives ved at fastsætte afstemningsreglerne således, at nævningerne sikres den afgørende bestemmelse over skyldspørgsmålet." s. 20.

Hermed gives udtryk for det skelnemærke eller den kerne, at nævninger er karakteriserede ved at have en "afgørende bestemmelse" om skylden. Det er ikke nævningernes arbejde i en særlig gruppe med henblik på afgørelsen af skyldspørgsmålet, der er afgørende. At nævningerne arbejder i en gruppe, som besvarer spørgsmål om skyld,

²⁰ Udgør de medlemmer af FN's Sikkerhedsråd, der har vetoret, et særligt organ?

giver naturligvis nævningerne en afgørende indflydelse, men Retsplejerådet flytter opmærksomheden fra arbejde og afstemning i en særlig gruppe til stemmeopgørelsen i det samlede dommerkollegium. Denne forståelse af nævningebegrebet som en særlig gruppe i en stemmeopgørelse har ikke været omtalt i juridisk litteratur eller i autoritative tekster, før den dukker op i forbindelse med Retsplejerådet. Den har ikke fået nogen bekræftelse i forfatningsretlig litteratur. Den må derfor ses som en ny konstruktion, der udtrykker en moderne forståelse af de former hvorunder lægdommere bør virke. Retsplejerådets og Justitsministeriets fortolkning udgør således et eksempel på en egen selvstændig og nyskabende fortolkningsstil. Dens reelle motivation er modvilje mod nævninger, og en konsekvens af dens implementering vil være afskaffelsen af nævningsystemet i dansk strafferetspleje. Der kan gives straffeprocessuelle argumenter for (og mod) en sådan reform, men straffeprocessuelle reformer skal respektere grundloven.

Måske har man heller ikke været helt sikker. Retsplejerådets konklusion indeholder en uklarhed, som med stor omhu er bevaret i de senere fremsatte lovforslag, og som fortjener at blive fremlagt. Uklarheden følger af udtrykket "i det mindste". Dette udtryk indleder jo et "tillægsargument", som anføres selvom det ikke er nødvendigt. Man kan muligvis nøjes med det, der er anført forud for "i det mindste". Og hvad er det da for en orden? Jo, det er fællesvotering uden nogen afgørende indflydelse på afgørelsen af skyldspørgsmålet. Det er ikke det, forslaget går ud på, men det er den grundlovsfortolkning, der anføres som en mulighed. Fællesvotering uden afgørende indflydelse på skyldspørgsmålet er ensbetydende med en almindelig domsmandsordning. Når en sådan ordning hypotetisk anses for at være i orden, kan det kun bero på den forfatningsretlige vurdering, at der ikke af grundlovens § 65, stk. 2, følger nogen pligt til at bevare nævninger.

Retsplejerådet holder med andre ord den grundlovsfortolkning åben som en mulighed, at spørgsmålet om pligt til at bevare nævninger kan besvares benægtende, idet det kan hævdes, at § 65, stk. 2, godt kan for-

nes med afskaffelsen af nævningsystemet.

Med tilføjelsen af "i det mindste" tilkobles en betingelse, der måske ikke er nødvendig, men som udgør en stillingtagen til "kernen" i nævningebegrebet, og som derfor forudsætter, at der er en pligt til at bevare nævninger.

Denne reservation er videreført i lovkastet (s. 269) og i det fremsatte lovforslag, blot er "i det mindste" erstattet af "i hvert fald". Justitsministeriet efterlader også på uforklaret måde spørgsmålet, om ministeriet tilslutter sig at der er en pligt til at bevare nævninger ubesvaret.²¹ Alt dette har den virkning, at hvis der senere rejses sag om spørgsmålet, kan det offentliges repræsentant påberåbe sig begge argumenter, dvs. både at der ikke er nogen pligt til at bevare nævninger, og at der i modsat fald i hvert fald ikke er sket nogen afskaffelse af nævninger med det gennemførte forslag. Ministeriet medvirker fra dette perspektiv i en strategisk optimering af positionen under en sådan sag, men dette sker på bekostning af varetagelsen af en anden opgave, nemlig at tilkendegive egne standpunkter til aktuelle forfatningsretlige spørgsmål.

10. Konklusion

Vender vi herefter tilbage til de to spørgsmål, der blev stillet i Indledningen, må der efter min opfattelse kunne konkluderes således

1) Binder grl. § 65, stk. 2, til at opretholde nævningsystemet?

Bestemmelsens ordlyd taler ikke entydigt for, at der skal svares bekræftende på dette spørgsmål, idet ordlyden lader det stå åbent. Men grundlovsteksten må i overensstemmelse med sædvanlig fortolkningsmetode suppleres med de forarbejder, der har ledsaget den, og her giver bemærkningen i Forfatningskommissionens betænkning 1953 et entydigt bekræftende svar. En Betænkning som denne har en særlig status, når det gælder fortolkning, og den almindelige opfattelse er derfor også, at man må lægge til grund at der består en sådan forpligtelse. Retsplejerådet (1998) og Justitsministeriet har dog ikke ytret sig entydigt om dette spørgsmål.

Det modsatte resultat kan begrundes i ordlydens uklarhed i forbindelse med, at forarbejdsteksten nu er mere end et halv århundrede gammel. Selv har jeg ikke povet at argumentere for en sådan seen bort fra et politisk centralt forarbejde.

2) Hvis man lægger til grund, at der består en forpligtelse til at opretholde nævningsystemet, er det andet spørgsmål, hvad vi skal forstå ved "nævninger"?

Det er på dette punkt der gennem lang tid har været en bevægelse blandt de juridiske forfattere, indledt af Stephan Hurwitz under den forrige grundlov, og fortsat af Bernhard Gomard, som har talt for en friere fortolkning af nævningebegrebet. Når politikerne både i 1939 og i 1953 har villet fastslå forpligtelsen til at opretholde nævningsystemet, forekommer det imidlertid svært at acceptere en sådan omtolkning. Der er ikke i disse politiske markeringer noget grundlag for at omtolke nævningebegrebet. Grundlovsfortolkning er i forbindelse med menneskerettighedsbeskyttelsen kommet ind i en anden og mere seriøs ramme end den, der tidligere herskede, hvor hensynet til lovgivningsmagtens fulde frihed blev sat højere.

Det drøftede problem har et videre perspektiv. At godtage den omtolkning som f.eks. Gomard argumenterede for i 1976, og som det aktuelle lovforslag har præciseret, åbner således for en helt pragmatisk adgang til omtolkning ikke alene af denne bestemmelse men en hvilken som helst anden grundlovsbestemmelse, der trods politisk opbakning, forekommer ubekvem eller er i strid med dagens politiske stemning. Det vil ikke være en god retringslinje for grundlovsfortolkningen.

Min konklusion er derfor, at det foreliggende lovforslags omdefinering af nævningebegrebet ikke er i overensstemmelse med grundlovens § 65, stk. 2.