

Om proportionalitetsprincippet¹

af

Bent Ole Gram Mortensen

Proportionalitetsprincippet beskrives i dansk ret primært som det forhold, at der skal være en rimelig balance mellem de indgreb, som den retsundergivne udsættes for, og de hensyn og målsætninger, der begrundes de pågældende indgreb. Som synonym anvendes undertiden begrebet »forholdsmæssighed«, der i sig selv også kan være en del af proportionalitetsprincippet eller vice versa.

Princippet er ikke let at få hold på. Det synes nærmest at have karakter af en forvaltningsretlig grundsætning, der i al fald som et alment princip er uskrevet. Princippets rødder synes at kunne dateres langt tilbage.²

Proportionalitetsprincippet kan man anvende både på forvaltningens afgørelser (forvaltningsretligt) og i forhold til generelle regler fastsat af lovgivningsmagten (forfatningsretligt). Set i forhold til den forvaltningsretlige udgave, bliver proportionalitetsprincippet et prøvelseskriterium i forhold til handlingers og afgørelseres lovlighed. I sidstnævnte tilfælde indgår det dermed i ugyldighedslæren. I forfatningsretlig henseende er det lovgivningens lovlighed, der bliver prøvet op mod konkrete proportionalitetskrav på forfatnings- eller traktatniveau eller mod et mere generelt dommerskabt proportionalitetskrav.

I det følgende vil der ske en kort behandling af proportionalitetsprincippet, som det finder anvendelse i dansk forvaltningsret.³ Dernæst vil forholdet til

¹ Dele af denne artikel er blevet præsenteret som et arbejdspapir på Nordiskt Förvaltningsrättsligt Seminarium, Göteborgs universitet, den 31. august-1. september 2007.

² Se Jürgen Schwarze: *European Administrative Law*, Thomson/Sweet & Maxwell 2006, s. 679 og Petter Asp: *EG:s sanktionsrätt*, Iustus Förlag, 1998.

³ Det er ikke hensigten at foretage en fuldstændig gennemgang af domme og litteratur om proportionalitetsprincippet. Det, der er inddraget, er mest af alt udvalgt som illustrative eksempler.

EU-retten blive behandlet, og endelig vil anvendelsen af princippet i forfatningsretlig dansk sammenhæng blive diskuteret.⁴

1. Det forvaltningsretlige proportionalitetsprincips oprindelse

Det antages generelt i den forvaltningsretlige litteratur, at der i dansk ret eksisterer et generelt forvaltningsretligt proportionalitetsprincip. Det forvaltningsretlige proportionalitetsprincip vedrører forvaltningens handlinger og afgørelser dér, hvor forvaltningen kan udøve et skøn.⁵

Selve betegnelsen proportionalitet har ikke nødvendigvis været anvendt. I mere generelle vendinger har man i lovgivning og retsafgørelser lagt vægt på forholdsmæssigheds- og rimelighedsbetragtninger.⁶

Proportionalitetsprincippet varetager i sin natur retssikkerhedsmæssige hensyn, hvor borgeren søges sikret mod uforholdsmæssige offentlige indgreb. Som et alment forvaltningsretligt princip synes proportionalitet i dansk ret – primært introduceret af Carl Aage Nørgaard i 1979⁷ og året efter af Bent Christensen.⁸

Proportionalitetsprincippet havde dog længe forinden fundet anvendelse forinden i forbindelse med forskellige offentligretlige discipliner, herunder straffeprocess og statsforfatningsret.⁹ Poul Andersen omtalte i 1963 kun proportionalitetsprincippet i forbindelse med forvaltningstvang: »I Almindelighed kan det siges, at fysisk Magt kun tør bringes i Anvendelse, naar det er fornødent [fodnote udeladt], navnlig naar andre administrative Tvangsmidler ikke vil kunne føre til Maalet, at den mildere Slags Magt, naar den er tilstrækkelig, maa anvendes frem for den strengere, og at Magtanvendelsen

⁴ Derimod vil proportionalitetsprincippets anvendelse i international ret, herunder i forhold til den Europæiske Menneskerettighedskonvention, ikke blive inddraget. For en kort beskrivelse, se Jürgen Schwarze: *European Administrative Law*, Thomson/Sweet & Maxwell 2006, s. 703 f. og i øvrigt Jonas Christoffersen: *Proportionalitetsprincippet og den internationale menneskeret* i Trine Baumbach, Henrik Dam og Gorm Toftegaard Nielsen (red.): *Festskrift til Jørgen Vestergaard, Jurist- og Økonomforbundet*, 2008.

⁵ Jens Garde m.fl.: *Forvaltningsret. Almindelige emner*, 4. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 262.

⁶ Der er ikke tale om, at proportionalitetsprincippet kan anvendes af domstolene til at tilside-sætte afgørelser, som domstolene finder urimelige. Om den diskussion, se Krarup i UfR 1968B.195.

⁷ Carl Aage Nørgaard: *Forvaltningsret. Almindelige emner*, 1. udg., Juristforbundets Forlag 1979.

⁸ Bent Christensen: *Hjemmelsspørgsmål*, Skrifter fra det Retsvidenskabelige Institut ved Københavns Universitet, 37, 1980. Optrykt af Juristforbundets Forlag 1981.

⁹ Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: *Forvaltningsret. Jurist- og Økonomforbundets Forlag* 2002, s. 372 f.

overhovedet ikke maa være uforholdsmæssig, henset til den offentlige Interesse, som paakalder Beskyttelse [fodnote udeladt]«. ¹⁰ Poul Andersen anfører selv kilder fra 1800-tallet.

Michael Hansen Jensen anfører proportionalitetsprincippet oprindelse til strafferetsplejens regler om tvangsindgreb over for sigtede. ¹¹ Således findes princippet lovfæstet i retsplejelovens regler om anholdelse, varetægtsfængsel og andre foranstaltninger. ¹²

Et eksempel findes i straffelovens § 68 om straffrihed på grund af utilregnelighed efter straffelovens § 16. I straffelovens § 68, 2. pkt. anføres: »Såfremt mindre indgribende foranstaltninger som tilsyn, bestemmelser vedrørende opholdssted eller arbejde, afvænningsbehandling, psykiatrisk behandling mv. ikke findes tilstrækkelige, kan det bestemmes, at den pågældende skal anbringes i hospital for sindslidende, i institution for personer med vidtgående psykiske handicap eller under tilsyn med mulighed for administrativ anbringelse eller i egnet hjem eller institution til særlig pleje eller forsorg«. Bestemmelsen har rod i anbefalinger i Straffelovrådets Betænkning nr. 667 om de strafferetlige særforanstaltninger (1972), s. 145: »Ved rettens afgørelse i henhold til § 65 skal der lægges vægt på, hvad der må anses for formålstjenligt for at forebygge yderligere lovovertrædelser. Dette kriterium, der træder i stedet for det nu i § 70 nævnte »hensyn til retssikkerheden«, finder anvendelse dels med hensyn til spørgsmålet, om særlige retsfølger overhovedet skal iværksættes, dels – når dette spørgsmål besvares bekræftende – med hensyn til valget af foranstaltninger. Ved dette valg skal følges den retningslinie, at en mindre indgribende foranstaltning såvidt muligt skal foretrækkes frem for en mere indgribende«.

Bent Christensen henførte i 1982 generelt princippet til straffeprocessen, tjenstemandsrettens regler om disciplinærstraffe og ekspropriationsretten. ¹³

Aktuelt findes mange eksempler på krav om proportionalitet i lovgivningen. Foruden de ovenfor nævnte traditionelle områder kan der også findes eksempler i udlændingeloven ¹⁴ og på miljøbeskyttelsesområdet. ¹⁵

¹⁰ Poul Andersen: Dansk forvaltningsret, Gyldendal 4. udg., 1963, s. 548.

¹¹ Michael Hansen Jensen: Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning, UfR 1994B.335.

¹² Varetægtsfængsel er også underlagt et proportionalitetskrav i den danske grundlovs § 71, stk. 5. Der er dermed et forfatningsretligt element.

¹³ Bent Christensen: Domstolsprøvelsens grundlag belyst ved prøvelsen af en lokalplan, UfR 1982B.209.

¹⁴ Udlændingelovens § 36, stk. 1, sidste pkt. har følgende ordlyd: »En udlænding, hvis ansøgning om opholdstilladelse efter § 7 forventes eller er udtaget til behandling efter den i § 53 b, stk. 1, nævnte procedure, kan efter en konkret, individuel vurdering frihedsberøves, såfremt det er påkrævet for at fastholde udlændingens tilstedeværelse under asylsagsbehandlingen, medmindre de i § 34 nævnte foranstaltninger er tilstrækkelige«.

2. Den aktuelle definition af proportionalitetsprincippet i den forvaltningsretlige faglitteratur

Tager man fat i nogle af de nyeste generelle danske beskrivelser af den almenne forvaltningsret, så indeholder de alle en omtale af proportionalitetsprincippet. Princippet er ligeledes behandlet i en række artikler.

Jon Andersen¹⁶ beskriver det således: »Ved valget mellem flere mulige udformninger af afgørelsens indhold er forvaltningen forpligtet til ikke at gå videre med hensyn til at påføre borgerne byrder end formålet tilsiger«. Efter ordlyden sigter forfatteren til et forvaltningsretligt *forholdsmæssighedsprincip*. I en anden fremstilling anvender Jon Andersen udtrykket »proportionalitetsgrundsætningen«.¹⁷

Bent Christensen¹⁸ anfører, at der ingen tvivl er om, at »skønsudøvelsen i dansk forvaltningsret er underkastet en *almindelig grundsætning* om forholdsmæssighed eller proportionalitet [*min fremhævelse*]«. Bent Christensen omtaler såvel et nødvendighedsspørgsmål, som et forholdsmæssighedsspørgsmål, og anfører samtidig, at der ikke er nogen skarp sondring herimellem. En egnethedsgrundsætning opstilles som en selvstændig grundsætning med en bemærkning om, at prøvelsesinstanserne kan anvende en sådan.

Jens Garde¹⁹ benytter følgende karakteristik af proportionalitetsprincippet: »Hvor forvaltningen har et valg mellem flere typer af indgreb til opnåelse af et ønskeligt resultat, følger det af princippet, at forvaltningen er forpligtet til at vælge den mindst indgribende, som er tilstrækkelig til opnåelse af formålet, dvs. der ligger i proportionalitetsprincippet et krav om, at et indgreb af den påtænkte art er *nødvendigt*. Herudover indeholder proportionalitetsprincippet et krav om *forholdsmæssighed*, hvorefter indgrebet kun må iværksættes, hvis det står i rimeligt forhold til det mål, der forfølges«. Videre anfører Garde, at proportionalitetsprincippet kan suppleres med et generelt krav om *egnethed*.²⁰

¹⁵ Det følger således af miljøbeskyttelseslovens § 41, stk. 2, at tilsynsmyndigheden kun kan nedlægge forbud mod en listevirksomheds fortsatte drift, hvis forureningen ikke kan nedbringes.

¹⁶ I Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002, s. 372.

¹⁷ Jon Andersen: Forvaltningsret, Forlaget Thomson 2006, s. 145.

¹⁸ Bent Christensen: Forvaltningsret. Opgaver, hjemmel, organisation, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1991, s. 219 ff.

¹⁹ Jens Garde m.fl.: Forvaltningsret. Almindelige emner, 4. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 262.

²⁰ Jens Garde m.fl.: Forvaltningsret. Almindelige emner, 4. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 267. Der henvises i en fodnote til Karsten Revsbech: Afgørelsens egnethed som almindeligt forvaltningsretligt krav, UfR 1990B.400.

Ifølge forfatteren er den traditionelle opfattelse, at egnethedskriteriet adskiller sig fra og supplerer proportionalitetsprincippet.

Kriterierne forholdsmæssig og nødvendig går igen hos Michael Hansen-Jensen,²¹ der definerer proportionalitetsprincippet således: »Når offentlige myndigheder griber regulerende ind over for borgerne, skal de midler, der anvendes, være nødvendige og rimelige i forhold til de mål, der forfølges«. Også han anfører egnethedskriteriet som et selvstændigt beslægtet kriterium, hvis eksistens er uafklaret. Også sammen med Jørgen Albæk Jensen definerer Michael Hansen Jensen proportionalitetsprincippet som indeholdende såvel et nødvendigheds- som et forholdsmæssighedskrav.²² Karsten Revsbech synes at være på linje hermed.²³

3. Bagudrettet eller fremadrettet anvendelse

Når proportionalitetsprincippet anvendes i en strafferetlig kontekst, kan proportionalitetsprincippet fremstilles som et krav om forholdsmæssighed mellem brøde og straf. Den strafferetlige anvendelse har en bagudrettet funktion. Det samme kan siges at gøre sig gældende for anvendelsen af disciplinærmidler inden for tjenstemandsretten. I modsætning hertil vil forvaltningsretlige afgørelser typisk have et fremadrettet sigte. En bestemt mål søges opnået, og der skal være forholdsmæssighed med de dertil anvendte midler og det konkrete mål. Der er ikke nødvendigvis et skarpt skel mellem bagud- og fremadrettet anvendelse af proportionalitetsprincippet. Således kan det hævdes, at der er et fremadrettet element i fastlæggelsen af en straf i form af forebyggelsen, og i valget mellem fysisk og retlig lovliggørelse i planlovgivningen kan der tilsvarende siges at være et bagudrettet element.

Petter Asp har i værket EG:s sanktionsrätt, Iustus Förlag, 1998 i afsnittet om proportionalitet netop forsøgt sig med en opdeling mellem proportionalitetsprincippet anvendt forvaltningsretligt på relationen mellem mål og middel (såkaldt A-proportionalitet) og proportionalitetsprincippet anvendt på forholdet mellem brøde og straf (såkaldt S-proportionalitet).²⁴

²¹ Michael Hansen Jensen: Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning, Ugeskrift for Retsvæsen 1994B.335.

²² Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen: Grundlæggende forvaltningsret, Danmarks Forvaltningshøjskoles Forlag 2000, s. 171.

²³ Karsten Revsbech: Afgørelsens egnethed som almindeligt forvaltningsretligt krav, UfR 1990B.400.

²⁴ Petter Asps arbejder er jeg blevet gjort bekendt med af min kollega Thomas Elholm, som jeg også takker for kommentarer til et arbejdsudkast til denne artikel.

Det bagudrettede og det fremadrettede perspektiv anvendes nedenfor i forbindelse med omtalen af proportionalitetsprincippet kriterier.

4. Proportionalitetsprincippet kriterier

Med udgangspunkt i ovennævnte forfattere kan man i relation til proportionalitetsprincippet udskille tre kriterier: Et forholdsmæssighedskriterium, et nødvendighedskriterium og et egnethedskriterium.

4.1 Forholdsmæssighedskriteriet

Forholdsmæssighedskriteriet kan nærmest betegnes som et krav om rimelighed eller balance. I relation til den bagudrettede anvendelse af princippet skal der være balance (rimelighed) mellem brøden og den sanktion, som den udøvende magt vil anvende i den anledning. I relation til den fremadrettede anvendelse af princippet gælder princippet balancen mellem de anvendte midler og den målsætning, der forfølges.

Når man taler om et forholdsmæssighedskriterium, må det være naturligt at spørge i forhold til hvad? Hvornår er der balance/rimelighed mellem brøde og straf hhv. mål og middel? Det synes at være et spørgsmål med et betydeligt subjektivt element. Domstolenes meget konkrete anvendelse af princippet som et prøvelsesprincip efterlader ikke noget klart svar, og domstolene finder formodentlig heller ikke behov herfor.

Som eksempler på nyere domme findes de meget typiske fiskerilicens-afgørelser (bagudrettede afgørelser), hvor det af domstolene blev vurderet, hvorvidt overtrædelsen af vilkårene var grov nok til at inddrage tilladelse til industrifiskeri.

Dette var ikke tilfældet i Ugeskrift for Retsvæsen (UfR) 1999.1880 V og UfR 2001.669 V. Inddragelse af tilladelsen til industrifiskeri blev anset for uforholdsmæssig i forhold til overtrædelsens grovhed og de konkrete omstændigheder. I begge tilfælde var der tale om overtrædelse af procedureregler. Der blev ikke påvist fortsæt til ulovligt fiskeri.

Derimod blev licensinddragelse for en måned ikke fundet ugyldig i UfR 2000.2217 H, der omhandlede overskridelser af grænserne for tilladelige bifangster uden undskyldelige omstændigheder. Der var ikke tale om et uforholdsmæssigt indgreb. Udtrykket anvendes af landsretten, og Højesteret henviser i sin stadfæstelse til de grunde, der er anført af landsretten.

I UfR 1990.1880 V antager Vestre Landsret eksplicit eksistensen af et generelt forvaltningsretsligt proportionalitetsprincip: »Dertil kommer, at der ikke i forarbejderne til bestemmelsen i § 6, stk. 2, i lov om regulering af fiskeriet er anført omstændigheder, som giver grundlag for at antage, at der efter bestemmelsen skulle være adgang til at inddrage allerede meddelte tilladelser i

videre omfang, end tilladelser efter anden tilsvarende lovgivning kan inddrages, eller at det almindeligt gældende forvaltningsretlige princip om proportionalitet skulle være helt eller delvist fraveget«. ²⁵

I fiskeridommene lægger domstolene meget vægt på det faktiske hændelsesforløb i de enkelte sager. Forholdsmæssighedskriteriet anvendes som et prøvelsesprincip i den konkrete kontekst.

Almindelige rimelighedsbetragtninger, der måske rækker videre end det blotte krav om balance, synes at være et væsentligt element i afvejningen. Således kan undskyldende omstændigheder i et vist omfang inddrages.

I UfR 1964.714 H om anvendelse af korporlig afstraffelse fandtes anvendelsen af den strengeste disciplinære reaktion (afskedigelse) over for en plejer ved åndssvageforsorgen ikke at være forholdsmæssig. Udtrykkes anvendes ikke eksplicit. I stedet henvises til undskyldende omstændigheder.

I et mere fremadrettet perspektiv skal risici holdes op mod de omkostninger, som anvendelse af virkemidler medfører.

I UfR 2005.2923 H havde en kommune påbudt totaloprensning efter en jordforurening fra et villaoliefyrr. Totaloprensning var som udgangspunkt med jordforureningslovens genopretningsprincip, og det forudsatte oprensning ned til 4 meters dybde. Villaejerens forsikringsselskab foretog dog efter en miljøteknisk undersøgelse kun oprensning ned til 2,6 meters dybde. Det var i strid med det almindelige forvaltningsretlige proportionalitetsprincip (som der var henvist i jordforureningslovens bemærkninger), at kommunen fastholdt kravet om totaloprensning uden at foretage en selvstændig risikovurdering af restforureningen og sammenholde den med omkostningerne ved en totaloprensning.

4.2 Nødvendighedskriteriet

Nødvendighedskriteriet benyttes om et princip om anvendelse af det mindste middel. Heri ligger en forpligtelse til at anvende det mindst indgribende virkemiddel, som kan sikre opfyldelse af målsætningen. ²⁶ Princippet synes især at være relevant for en fremadrettet anvendelse.

²⁵ Proportionalitet synes også at antages som et generelt princip i nye domme. Se UfR 2006.3394 Ø og UfR 2006.3342 H. I sidstnævnte sag anføres i landsrettens præmisser, som Højesteret henviser til, at da »det ikke kan antages, at sagsøgtets afgørelse medfører omkostninger for sagsøgeren, der står i misforhold til begrænsningen af lugtgenerne for de omkringboende, er proportionalitetsprincippet ikke tilsidesat.« Her anvendes proportionalitetsprincippet som et princip om forholdsmæssighed.

²⁶ At et konkret virkemiddel er nødvendigt er dog ikke ensbetydende med, at det også er forholdsmæssigt.

I UfR 1965.614 B blev en taxavognmand frifundet for at have overtrådt et lokalt forbud mod, at taxaer holdt uden for offentlige parkeringspladser for at søge hyre noget sted inden for Silkeborg byområde. Retten fandt, at forbuddets udstrækning gik langt ud over det nødvendige.

Et ekspropriationsretligt eksempel findes i UfR 2002.2281 V, hvor Vejdirektoratet i forbindelse med anlæg af en motorvej havde eksproprieret en landbrugsejendoms primære adgang til det offentlige vejnet. For at skabe en vejadgang besluttede Ekspropriationskommissionen at ekspropriere en vejret via en ny privat fællesvej over en naboejendom. I en retssag anlagt af naboejendommens ejer, blev ekspropriationen af vejret underkendt, da Ekspropriationskommissionen ikke kunne godtgøre nødvendigheden heraf. Retten anså en mindre indgribende foranstaltning – udbyggelse af en sekundær adgangsvej over landsbrugsejendommens egne jorder – for at være en fuldgod løsning.

Der synes ikke tale om, at retten nødvendigvis selvstændigt prøver såvel forholdsmæssighedskriteriet som nødvendighedskriteriet endsige prøver begge lige stærkt. Det afhænger af den konkrete kontekst, og de to kriterier kan næppe adskilles fuldstændigt.

I forfatningsretligt henseende kan nødvendighedskriteriet også optræde i forhold til sanktioner. Se til eksempel EF-domstolens dom af 20. februar 1979, SA Buitoni, sag nr. 122/78, hvor SA Buitoni til Frankrig havde fået importlicens til et parti tomatkoncentrat fra tredjeland og i overensstemmelse med gældende regler havde stillet sikkerhed. Det fulgte af en bestemmelse i forordning nr. 193/75 om fælles gennemførelsesforanstaltninger for import- og eksportlicenser samt forudfastsættelsesattester for landbrugsvarer, at sikkerheden ville fortabes, såfremt beviset for, at toldbehandling havde fundet sted, ikke var fremlagt inden for 6 måneder efter licensens sidste gyldighedsdag, medmindre fristoverskridelsen skyldtes force majeure.²⁷ EF-domstolen underkendte denne bestemmelse ud fra følgende betragtning (betragtning 20): »Denne faste sanktion for en langt mindre alvorlig overtrædelse end tilsidesættelse af forpligtelsen, der er strafsanktioneret i et rimeligt forhold, og hvis opfyldelse selve sikkerhedsstillelsen skal garantere, må derfor betegnes som for vidtgående i forhold til det nævnte formål, nemlig at lette forvaltningen af ordningen med import- eller eksportlicenser;«. Sagen har mest af alt karakter af en bagudrettet anvendelse af nødvendighedskriteriet.

4.3 Egnethedskriteriet

Egnethedskriteriet hænger ikke som nødvendighedskriteriet naturligt sammen med forholdsmæssighedsbetragtninger. Bent Christensen²⁸ og Karsten Revsbech²⁹ omtaler det med henvisning til det tyske forvaltningsretlige begreb

²⁷ Artikel 18, stk. 4 indsat ved ændringsforordning 499/76.

²⁸ Bent Christensen: Hjemmelsspørgsmål, Skrifter fra det Retsvidenskabelige Institut ved Københavns Universitet, 37, 1980. Optrykt af Juristforbundets Forlag 1981.

²⁹ Karsten Revsbech: Afgørelsens egnethed som almindeligt forvaltningsretligt krav, UfR 1990B.400.

»Zweckuntauglichkeit« som et selvstændigt princip, der dog har forbindelse til proportionalitetsprincippet. Petter Asp argumenterer for, at et egnethedskriterium naturligt vil være indbygget i nødvendighedskriteriet, da det mindst indgribende middel, der kan opfylde målsætningen, i sagens natur også må være egnet.³⁰

Egnethedsprincippet stiller ikke krav om, at det kun er det mest egnede virkemiddel, der kan anvendes. Så længe valget af virkemiddel er lovligt, vil valget af et mindre egnet, men dog egnet virkemiddel ikke kunne medføre ugyldighed.

Selve det, at der er tillagt forvaltningen et skøn, gør det naturligt, at det er forvaltningen, der afgør, om et retsmiddel er egnet til at forfølge en given målsætning. Men princippet er svært at anvende. Hvordan skal egnetheden vurderes? Om det var sagligt at anse midlet som egnet på udstedelsestidspunktet, eller om det på bedømmelsestidspunktet fremstår som uegnet? Herpå kan der næppe gives et klart svar.

Der er da heller ikke klare tegn på, at de danske domstole hidtil har anvendt egnethed som et selvstændigt kriterium, og det må antages, at uegnetheden skal være ganske klar, før domstolene (første gang) vil benytte dette kriterium eksplicit. Er der imidlertid tale om åbenbar uegnethed, vil det næppe være problematisk for domstolene at inddrage dette. Netop i forhold til egnethedskravet argumenterer Niels Fenger dog for, at egnethedskravet i dansk ret bliver udøvet med »særlig tilbageholdenhed, hvor konsekvenserne af underkendelse kan være svære at overskue«.³¹

5. Forholdet til EU's proportionalitetsprincip

Mens der kun har været begrænset fokus på det forfatningsretlige proportionalitetsprincip i Danmark, synes praksis fra EU primært at vedrøre generelle retsakter.³² EF-domstolens praksis har fastslået et forfatningsretligt proportionalitetsprincipbaseret krav om, at foranstaltninger indeholdt i retsakter fra Fællesskabets institutioner skal være *egnede* til at opfylde de tilsigtede mål, at foranstaltningerne skal være *nødvendige* til opnåelse af de forfulgte målsætninger, og at foranstaltningerne skal stå i *passende forhold* til de tilsigtede

³⁰ Petter Asp: EG:s sanktionsrätt, Iustus Förlag, 1998.

³¹ Se Niels Fenger: Forvaltning & Fællesskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 632.

³² Niels Fenger: Forvaltning & Fællesskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 628. Mere generelt omtales EU's anvendelse af proportionalitetsprincippet i Jürgen Schwarze: European Administrative Law, Thomson/Sweet & Maxwell 2006, s. 708 ff.

mål.³³ Det er dog langt fra altid, at alle tre elementer indgår i den EU-retlige prøvelse.³⁴ Det er i EU-retten de nationale foranstaltninger, der ved hjælp af det EU-retlige proportionalitetsprincip som redskab bliver prøvet i forhold til de grundlæggende EU-principper, f.eks. ikke-diskriminationsprincippet eller de fire friheder.

Princippet afviger lidt fra det nationale danske forvaltningsretlige proportionalitetsprincip ved, at egnethed er en integreret del af princippet. De to principper adresserer dog også delvist forskellige typer indgreb, idet det danske princip mest anvendes i det konkrete, så visse forskelle kan næppe være overraskende.

Danmark har i EU-regi oplevet at få underkendt generelle lovbestemmelser. Dette skete bl.a. i returflaskesagen³⁵ (domstolens sag 302/86), hvor EF-domstolen tog stilling til det danske returflaskesystems overensstemmelse med EF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed for varer (daværende artikel 30, nu artikel 28). Returflaskesystemet varetog et miljøbeskyttelses hensyn gennem krav om genanvendelse af drikkevareemballage. Disse foranstaltninger kunne imidlertid hæmme samhandlen. Selve kravet om et retursystem for drikkevareemballage fandtes ikke af EF-domstolen disproportionalt i forhold til formålet.³⁶ Dette var et nødvendigt led i at sikre, at emballagerne blev genanvendt. Et krav om, at der årligt højst måtte markedsføres 3.000 hl øl og læskedrikke pr. producent i ikke-godkendt returemballage, fandtes dog ikke proportionalt. Returflaskesystemet var reguleret i en bekendtgørelse udstedt af miljøministeren med hjemmel i dansk lov.

Opstår en lignende sag om dansk lovgivnings overensstemmelse med EU-retten, må spørgsmålet antages at munde ud en præjudiciel forespørgsel til EF-domstolen. På de områder, hvor EU har kompetence, vil det EU-retlige proportionalitetsprincip således finde anvendelse som et forfatningsretligt princip. Det vil ikke være unaturligt, om EF-domstolens mulighed for at underkende danske bestemmelser ud fra en forfatningsmæssig anvendelse af proportionalitetsprincippet vil medføre et øget fokus herpå hos de danske dømmende myndigheder. Det er dog mere tvivlsomt, om de danske domstole

³³ Se Michael Hansen Jensen: Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning, Ugeskrift for Retsvæsen 1994B.335 og Niels Fenger: Forvaltning & Fællesskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 624 ff., Petter Asp: EG:s sanktionsrätt, Iustus Förlag, 1998 samt Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen: EU-retten, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 367 ff. for en omtale af dette princip.

³⁴ Se Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen: EU-retten, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 367.

³⁵ EF-domstolens dom af 20. september 1988, Kommissionen mod Danmark, sag nr. 302/86.

³⁶ Formuleringen i dommen var »ikke i rimeligt forhold til det forfulgte mål«.

selv vil anvende princippet forfatningsretligt. Det formål, som et forfatningsretligt proportionalitetsprincip forfølger, vil i mange tilfælde givet kunne opnås ad andre veje, herunder ved en udvidet fortolkning af grundlovsbestemmelser. Det vil ikke være uforståeligt, hvis domstolene vælger at følge en sådan løsning, hvor muligt.³⁷

6. Det forfatningsretlige proportionalitetsprincip

Proportionalitetsprincippet har som nævnt i Danmark primært været anvendt forvaltningsretligt. Faktisk er det næppe afklaret, hvorvidt dansk ret indeholder et generelt *forfatningsretligt* proportionalitetsprincip. Danske forfattere har ikke nødvendigvis i forbindelse med deres omtale af proportionalitetsprincippet taget stilling til, hvorvidt der findes et mere generelt forfatningsretligt proportionalitetsprincip.

Michael Hansen Jensen anfører indledningsvis i UfR 1994B.335, at det er en almindeligt antaget »forudsætning om, at proportionalitetsprincippet alene er bindende for den udøvende magt (forvaltningen i vid forstand), men ikke for lovgivningsmagten.³⁸

Niels Fenger anfører ligeledes, at den overvejende del af den danske retslitteratur er afvisende over for et forfatningsretligt proportionalitetsprincip.³⁹

Hos Jens Elo Rytter⁴⁰ anvendes begrebet »forholdsmæssighedsgrund-sætningen« i forbindelse med grundrettighedsindgreb. Rytter inkluderer i grundsætningen kravene egnet, nødvendigt og proportionalt. Her synes eg-nethedskriteriet at blive inddraget under samme fællesbegreb som nødven-dighed og forholdsmæssighed/proportionalitet, skønt der henvises til Michael Hansen Jensen.⁴¹ Rytter antager, at dansk ret må »operere med et krav om grundrettighedsindgrebs forholdsmæssighed«.

Visse grundlovsbestemmelser synes at være underlagt en proportionalitets-lignende beskyttelse. Den danske grundlovs frihedsrettigheder antages såle-des at have en sådan karakter, at lovgivningsmagtens adgang til at gribe ind

³⁷ Karsten Revsbech nævner i TfR 1991.50 med henvisning til Poul Andersen et eksempel med fortolkning af »almenvellet« i ekspropriationsbestemmelsen i den danske grundlovs § 73.

³⁸ Senere i samme artikel gør Niels Fenger sig dog til talsmand for indførelsen heraf.

³⁹ Niels Fenger: Forvaltning & Fællesskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 627.

⁴⁰ Jens Elo Rytter: Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten, Forlaget Thomson 2000, s. 248 ff.

⁴¹ Michael Hansen Jensen: Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning, UfR 1994B.335.

heri kun kan ske under hensyn til proportionalitetslignende principper.⁴² Dette gælder f.eks. i forhold til ytringsfriheden (censurforbuddet) i den danske grundlovs § 77.⁴³ Alf Ross har fremlagt lignende synspunkter vedrørende ekspropriationsbestemmelsen i den danske grundlovs § 73.⁴⁴

Peter Germer anfører et mere generelt forfatningsretligt proportionalitetsprincip i forbindelse med de grundlovsbeskyttede frihedsrettigheder ved at opstille et krav om, at reguleringen ikke må være mere indgribende, end formålet tilsiger.⁴⁵

I den ovenfor omtalte dom, UfR 1965.614 B, anvendes nødvendighedskriteriet ikke på en konkret forvaltningsakt, men på en mere generel regulering udstedt af forvaltningen med hjemmel i lov. Vel er dette ikke en direkte kontrol af lovgivningsmagten, og vel er det kun en byretsafgørelse, men i det konkrete tilfælde har domstolen dog anvendt et nødvendighedskriterium på mere generelle regler, og ikke blot på en konkret forvaltningsakt. I en dom fra Østre Landsret (UfR 1985.85 Ø) vedrørende en generel ændring i lokale tilladelser vedrørende restaurations åbningstid underkendte Landsrettens flertal denne ændring med et udsagn, der hviler på proportionalitetsbetragtninger: »Hverken det af politimyndigheden anførte hensyn til nabokommunerne eller betragtningen om de ordenspolitimæssige fordele ved at fastsætte samme lukketid for alle natrestauranter i kommunen findes at kunne begrunde det foretagne indgreb i de tiltaltes hidtidige næringsadkomst, der hviler på en natbevilling, som de har indrettet sig efter. Disse dommere stemmer derfor for at stadfæste dommen«. Spørgsmålet er selvfølgelig, hvorvidt domstolene ville være villige til i givet fald at underkende en lov ud fra samme kriterium. Det vil være naturligt at forvente, at det unødvendige i loven i givet fald skulle være meget klart.

⁴² Dette understøttes af kravene i Den europæiske Menneskerettighedskonventions bestemmelser om frihedsrettigheder (art. 8-11), der indeholder et nødvendighedskrav.

⁴³ Michael Hansen Jensen: Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning, Ugeskrift for Retsvæsen 1994B.335, der bl.a. fremhæver Peter Germer, Statsforfatningsret I, 1988, s. 19, Mogens Munch: Trykkefrihed og forbud, UfR 1982B.61 og Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 3, 1989, s. 38 samt Justitsministeriets notat af 7. januar 1976 om rækkevidden af bestemmelserne i grundlovens §§ 77 og 79 i forbindelse med demonstrationer under arbejdskonflikter – optrykt som bilag 2 i betænkning 759/1976 om visse strafferetlige og civilretlige spørgsmål i forbindelse med arbejdskonflikter.

⁴⁴ Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret 2, Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck 1983, s. 683, hvor det anføres, at det ikke er »nok, at indgrebet tjener et almennyttigt formål, det må tillige kræves at dette formål ikke, eller i hvert fald ikke lige så godt, kan virkeliggøres uden at gøre dette indgreb.«

⁴⁵ Peter Germer henviser her til sin egen fremstilling om Ytringsfrihedens væsen fra 1973.

Det forhold, at proportionalitetsprincippet er blevet accepteret som et generelt forvaltningsretligt princip i dansk ret i en periode, hvor Danmark har været medlem af EU/EF, er ikke ensbetydende med, at det er fra EU, at danske domstole og juridiske forskere er blevet inspireret til at gøre princippet generelt. Eventuel inspiration kan være kommet fra andre nationale retssystemer, der har været inde i samme udvikling, eller fra national ret,⁴⁶ hvor princippet længe før dansk medlemskab har fundet anvendelse. Derfor kunne tale, at princippet fortsat i Danmark kun finder anvendelse rent forvaltningsmæssigt, mens EU primært har anvendt princippet forfatningsmæssigt.

Det forfatningsretlige proportionalitetsprincip er næppe fuldstændig udelukket i Danmark. Indvirkning fra den stadig mere omfattende fællesskabsret vil givet forpligte de danske domstole i stadig videre omfang, hvilket givet vil have en afsmittende virkning. Mere generelt kan også et generelt forfatningsretligt proportionalitetsprincip ses som et led i en øget beskyttelse over for borgeren.

Niels Fenger anfører, at selv om »ingen rets- eller ombudsmandspraksis mig bekendt har knæsat princippet udtrykkeligt, er der næppe grund til at antage, at den faktiske danske retstilstand afviger grundlæggende fra fællesskabsretten«. ⁴⁷ Heri har han givet ret. Under alle omstændigheder, må såvel dansk forvaltnings- som forfatningsret antages at blive fortolket EU-konform. Et anbringende om manglende proportionalitet for en dansk domstol bør da også afstedkomme et præjudicielt spørgsmål til EF-domstolen, jævnfør EF-traktatens art. 177. Noget andet er, at dette ikke nødvendigvis giver sig udtryk i, at man i Danmark i større omfang vil anvende proportionalitetsprincippet til at bestride generelle regler.⁴⁸

Endelig kan en tilbageholdenhed i Danmark med at anvende proportionalitetsprincippet forfatningsmæssigt også være udtryk for en generel tilbageholdenhed med at underkende politisk vedtagne regler. Danske domstole underkender således kun sjældent bestemmelser som værende i strid med grundloven.⁴⁹ Man kan spekulere på, hvorfor det forholder sig således. Én forklaring kunne søges i, at der i Danmark ikke findes særskilte forfatnings- eller

⁴⁶ Niels Fenger: *Forvaltning & Fællesskab*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s 651 ff.

⁴⁷ Niels Fenger: *Forvaltning & Fællesskab*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 632.

⁴⁸ Niels Fenger: *Forvaltning & Fællesskab*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 642 anfører, at hverken danske myndigheder eller retsundergivne i samme grad som i forhold til EU-retten er opmærksomme på proportionalitetsprincippets underkendelsesmuligheder uden for indgrebstilfældene.

⁴⁹ Tvind-dommen (UfR 1999.841 H) er den eneste undtagelse i nyere tid.

forvaltningsdomstole og dermed ingen domstolsinstans, der har det som sin primære opgave at kontrollere forvaltning og lovgiver. En mere sandsynlig forklaring kunne være, at der traditionelt udvises tilbageholdenhed med at underkende lovgivningsmagten, der jo bærer et demokratisk mandat.⁵⁰ Især anvendelse af uskrevne principper bør anvendes med forsigtighed.⁵¹ Der må således kræves en betydelig *klarhed*, før domstolene tilsidesætter en lov. I UfR 1921.644 udtalte Højesteret: »Efter Alt, hvad der foreligger, kan det ikke med den Sikkerhed, som maatte kræves, for at Domstolene skulde kunne tilsidesætte Bestemmelserne i en paa grundlovmæssig Maade vedtaget Lov som grundlovsstridige, statueres, at ...«. Sagen gjaldt en prøvelse op mod en grundlovsbestemmelse. Kravene til klarhed bliver næppe mindre af, at sagen skulle prøves mod et ulovfæstet princip.

Niels Fenger finder det svært at forestille sig, at en dansk domstol ville træffe en afgørelse, der ville nødvendiggøre ophævelse af love og bekendtgørelser under henvisning til det almindelige proportionalitetsprincip, noget EF-domstolen ikke er tilbageholdende med, når der er tale om handelshindringer.⁵² Om Fenger får ret heri, vil tiden vise.

I Tyskland, hvor princippet er kommet klart til udtryk både i forvaltningsretten og forfatningsretten, bredte det sig fra forvaltningsretten til forfatningsretten.⁵³ Er det helt udelukket, at noget tilsvarende ad åre vil kunne ske i Danmark? Forvaltningsretligt har proportionalitetsprincippet i Danmark allerede bredt sig fra at vedrøre tvangsforanstaltninger til at udgøre et alment forvaltningsretligt princip. Skridtet er nok længere til et direkte forfatningsretligt princip, men beskyttelseshensynet er det samme – at sikre borgerne mod uforholdsmæssige indgreb.

Rocker-dommen (UfR 1999.1798 H) omhandlede en lovhjemmel for politiet til under nærmere angivne betingelser at forbyde en person at opholde sig i en ejendom, der tjente som tilholdssted for en rockergruppe, som den pågældende person tilhørte eller havde tilknytning til. Højesteret inddrog forholdsmæssighedsbetragtninger i forhold til prøvelse af denne hjemmel i forhold til den danske grundlovs bestemmelse om forsamlingsfrihed (§ 79):

⁵⁰ I andre demokratiske stater lever lovgiver dog med en vis forfatningsretlig kontrol, uden at man af den grund kan sige, at demokratiet eller den almindelige magtfordeling lider nød.

⁵¹ Michael Hansen Jensen: Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning, Ugeskrift for Retsvæsen 1994B.335 nævner højesteretsdommene UfR 1965.293 og UfR 1986.898 og de tilhørende kommentarer i UfR 1964B.244 og UfR 1987B.54 i forbindelse med lighedsgrundsætningen.

⁵² Niels Fenger: Forvaltning & Fællesskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 645 og 650.

⁵³ Jan Timmermann Pedersen: Proportionalitetsprincippet, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, s. 83.

»Ordnings betydning for grupper, som gennem deltagelse i gensidigt væbnet opgør selv har gjort sig til angrebsmål, er beskeden i forhold til den tilstræbte beskyttelse af omkringboende og forbipasserende, der uforskyldt udsættes for fare. Ved gruppernes fortsatte tilstedeværelse på deres kendte tilholdssteder ville denne fare for udenforstående kun kunne afværges effektivt ved en så omfattende politiindsats, at følgerne heraf ville være langt mere indgribende«.

Måske er skridtet ikke så langt endda. Hvis en lov er klart disproportional, burde domstolene ikke have skrupler ved at anvende princippet forfatningsretligt. Dette fordrer naturligvis, at princippet påberåbes.

Vil aktørerne ved domstolene stadig være tilbageholdende med at påberåbe sig et uskrevet princip til underkendelse af lovgivning, vil princippet givet i selve lovgivningsprocessen blive søgt håndhævet rent politisk. Om ikke andet vil Folketinget givet blive frarådet at følge en vej, hvor der kan rejses forfatningsretlige indvendinger.