

Den danske retsstat på prøve: Covid-19, legalitet og mink

Af Kristian Cedervall Lauts, Mikael Rask Madsen & Henrik Palmer Olsen, alle professorer ved Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet*

Covid-19-pandemien kom for alvor til Danmark, da regeringen med statsministeren i spidsen informerede befolkningen om en række vidtrækkende tiltag på et pressemøde den 11. marts 2020. Det var en exceptionel situation, som over det følgende år gav anledning til yderligere tiltag, der påvirkede en lang række grundlæggende retligheder. Krisehåndteringen har også affødt nye former for regeringsførelse, herunder en massiv og unik brug af direkte politisk kommunikation fra regeringen til befolkningen gennem pressemøder udsendt på TV, der har udfordret normale parlamentariske procedurer. Artiklen analyserer, hvordan håndteringen af Covid-19 har sat den danske retsstat på prøve og det i et omfang ikke set siden besættelsen. Vi begrænser dog vores analyse til forløbet omkring masseafgivning af mink og de deraf affødte retlige problemer. Vi analyserer i den sammenhæng en række forhold omkring legalitetsprincippet og dets forankring i grundloven, den retlige status af udtalelser på pressemøder, nødret og tilbagevirkende kraft.

1. Indledning

Covid-19-pandemien kom for alvor til Danmark, da regeringen med statsministeren i spidsen informerede befolkningen om en række vidtrækkende tiltag på et pressemøde den 11. marts 2020. Målet for – og berettigelsen af – tiltagene var at begrænse hastigheden, med hvilken Covid-19 spredte sig i befolkningen, og det særligt med henblik på at sikre, at sundhedssystemet ikke blev overbelastet. Forretninger fik prompte besked om, at de skulle lukke, der blev indført begrænsninger i forsamlingsfriheden, offentligt ansatte blev med få undtagelser dikteret hjemmearbejde, og elever i folkeskolen, på gymnasier og universiteter mv. blev sendt hjem med besked om, at de skulle undervises og eksamineres hjemmefra via online platforme. Landet blev mere eller mindre lukket ned.

Det var en exceptionel situation, men Danmark blev ikke juridisk set erklæret i en undtagelsestilstand. Den danske grundlov hjemler diverse undtagelsesbestemmelser, særligt § 23 (foreløbige love), men der er ikke nogen egentlig bestemmelse om undtagelsestilstand. Faktisk antages det almindeligvis, at grundloven ikke hjemler undtagelsestilstand, og den nævnte bestemmelse er en form

for statsretlig nødret.¹ Dog er der hjemmel til at suspendere dele af Den Europæiske Menneskerettighedskonventionen (EMRK), hvis landet befinder sig i »en offentligt faretilstand, der truer nationens eksistens«, jf. EMRK artikel 15. I den aktuelle Covid-19-krise har man set en række europæiske lande, de fleste fra den gamle østblok, erklære undtagelsestilstand og bl.a. suspendere EMRK.² Den danske håndtering af Covid-19-epidemien har foregået uden tilløb til at erklære en sådan undtagelsestilstand, om end der har været en forbigående flirt med nødret i forbindelse med masseafgivningen af mink. Det vender vi tilbage til nedenfor.

En mere manifest undtagelse til normale procedurer har været en massiv og unik brug af direkte politisk kommu-

1. Zahle anfører, at § 23 hører til i beskrivelse af nødretten, og den behandles da også under denne problemstilling i Zahles fremstilling (Henrik Zahle, *Dansk forfatningsret – Studieudgave* (1. udgave, 9. oplag, 2017) s. 207; Henrik Zahle, *Dansk forfatningsret 3 – Menneskerettigheder* (3. udgave, Christian Ejlers' Forlag 2003) s. 285). Sørensen omtaler § 23 i afsnittet om konstitutionel nødret. (Max Sørensen v/ Peter Germer, *Statsforfatningsret* (2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1973) s. 38). Germer ser ud til implicit at acceptere Ditlev Tamm's (Komm. Grl. 2006, s. 231) synspunkt om, at § 23 er relevant i nødretssituationer, men ikke at dette abrogerer § 23's krav om, at foreløbige love ikke må stride imod grundloven (Peter Germer, *Statsforfatningsret* (5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2012) s. 84 n. 3). Tamm i Komm. Grl. 2006, s. 231 anfører, at § 23 formentlig kun kan finde anvendelse i en situation af konstitutionel nødret. Se endvidere Jonas Christoffersen og Stine Brøsted Jensen, »Retsstaten Og Covid-19« (København: Justitia, 2020). Christensen, Jensen og Jensen betegner § 23 som tagende »højde for, at særlige omstændigheder kan begrunde at grundlovens almindelige regler fraviges«, men idet § 23 er hjemlet i grundloven, og anvendelse af reglen dermed ikke vil være et brud på grundloven, er der iflg. forfatterne ikke begrebsmæssigt tale om statsretlig nødret (Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen, *Dansk Statsret* (3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2020) s. 34). I Komm. Grl. 2015 anføres det, i modsætning til Tamm, at »der [ikke er] noget forfatningsretligt grundlag for at antage, at bestemmelsen kun kan finde anvendelse i en situation af konstitutionel nødret« (Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen, *Grundloven med kommentarer* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2015) s. 196).

2. Se Mikael Rask Madsen, »Efter Krisen Kommer Den Internationale Ret«, i *Carlsbergfondets Årsskrift 2020*, ed. Carlsbergfondet (København: Carlsbergfondet, 2020). For en fuldt opdateret liste over artikel 15-suspensioner se <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354>.

* Tak til Mathias Smed Larsen for bidrag til informationssøgning.

nikation fra regeringen til befolkningen gennem presse-møder udsendt på TV. Denne form for kommunikation har på mange måder været effektiv. Den har understreget alvoren af den udfordring, som såvel borgere som institutioner stod over for, og har givet regeringen mulighed for at kommunikere direkte til hele befolkningen uden mellemled. Statsminister Mette Frederiksens tilbagevendende taler til folket har været et signal om, at der var tale om en uhørt kritisk situation, hvor budskabet skulle leveres direkte fra landets øverste politiske og administrative ledelse.

Denne form for krisehåndtering har imidlertid også skabt nogen forvirring: Både om det præcise indhold af de regler, der blev kommunikeret, og vigtigere i vores sammenhæng, om hvilken normativ status de kommunikerede regler egentlig havde. I nogle tilfælde har statsministeren og de øvrige ministre alene kommunikeret anbefalinger, henstillinger og anmodninger til befolkningen, eksempelvis om hyppig rengøring af hænder med hånd-sprit, brug af ansigtsmaske, begrænsning af social aktivitet mv. I andre tilfælde har regeringen benyttet sig af formelle retlige kompetencer og har udstedt deciderede forbud eller påbud. I enkelte tilfælde er henstillinger blevet deciderede påbud, f.eks. brugen af ansigtsmaske.

Det har imidlertid ikke altid stået klart, hvad der var anbefalinger, og hvad der var retlige pligter. Endvidere har det ikke altid været tydeligt, hvad der var vedtagne instrukser eller blot hensigtserklæringer omkring fremtidig hastelovgivning, hvor et flertal muligvis allerede var sikret i Folketinget. Endelig har der undertiden været problemer med egentlig hjemmel for indsatserne, jf. f.eks. omkring aflivning af mink i visse henseender. Der er med andre ord fra tid til anden opstået en form for juridisk gråzone-normering af borgernes rettigheder og pligter, en udvikling som har været fremmet af situationens særlige momentum som en art nødsituation og den valgte form for direkte kommunikation.

Det er et grundlæggende retsstatsligt princip, at borgere skal have klar besked om hvilke pligter, der påhviler dem, og hvilke rettigheder de har. Det er tilsvarende et retsstatsligt princip, at regeringsførelse sker på baggrund af demokratisk vedtagne love, kendt som legalitetsprincippet. Der må således ikke herske tvivl om det juridiske grundlag for regeringsførelsen. Når regeringsførelsen ydermere angår borgernes grundlovssikrede rettigheder, f.eks. ejendomsretten i forbindelse med aflivning af mink, så gælder der et skærpet hjemmelskrav. Disse fundamentale retsstatslige principper har på forskellig vis været udfordret under Covid-19-krisen.

Denne artikel analyserer, hvordan Covid-19 har sat den danske retsstat på prøve i et omfang som efter vores vurdering ikke er set siden Anden Verdenskrig. Vi bruger forløbet omkring masseaflivning af mink som gennemgående omdrejningspunkt, og analyserer således en række forhold omkring legalitetsprincippet og dets forankring i grundloven, den retlige status af udtalelser på pressemøder, nødret og tilbagevirkende kraft. Vi undersøger ikke en række andre retssikkerhedsmæssige problematikker,

som restriktionerne iværksat for at begrænse Covid-19 har afstedkommet.³ Artiklen er disponeret således, at vi først kort redegør for den juridiske kontekst knyttet til minksagen og derefter undersøger de særlige problemstillinger knyttet til forløbet i forhold til grundlæggende retsstatsprincipper og de principper, der følger af grundloven og Danmarks internationale menneskeretlige forpligtelser.

2. Minksagen som test-case for den demokratiske retsstat

Minksagen udspringer af statsminister Mette Frederiksens udtalelse på et pressemøde den 4. november 2020, hvor hun erklærede, at regeringen på grund af risikoen for videre udbredelse af en ny muteret variant af Covid-19 virusset (cluster 5) havde truffet beslutning om, at alle mink i Danmark skulle aflives omgående. Pressemødet blev fulgt op af et brev (en e-mail) fra Fødearestyrelsen til alle danske minkavlere den 6. november 2020,⁴ hvor beslutningen om aflivning blev direkte kommunikeret til de enkelte minkavlere. Der blev endvidere iværksat et beredskab med opfølgning ved politiet, som havde til formål at sikre, at aflivning blev gennemført hurtigt og effektivt.⁵ En særlig bonusordning blev tillige benyttet for at fremskynde aflivningen af mink.⁶

Den pågældende virusvariant var nogle uger tidligere observeret hos både mink og mennesker. Man var altså klar over, at der kunne ske smitteoverførsel fra mink til mennesker. Endvidere var man bekymret for, at denne nye variant af Covid-19 ville være immun over for den vaccine, som på daværende tidspunkt var i færd med at blive testet til brug for godkendelse af sundhedsmyndigheder verden over. Regeringen anså det for nødvendigt at aflive alle mink i Danmark for at være sikker på, at det

3. Se herom fx Jonas Christoffersen og Stine Brøsted Jensen, »Retsstaten og Covid-19« (København: Justitia, 2020).
4. Brevet kan ses her: <https://dbrs.dk/artikel/her-er-det-brev-til-minkavlerne-som-f%C3%B8devarestyrelsen-nu-undskylder>
5. Rigspolitiets Nationale Operative Stab (NOST) blev af Fødearestyrelsen anmodet om assistance til at kontakte minkavlere: Rit-zau, »Politiet beklager fejlagtige actioncards i minksag« (*Information*, 19. november 2020) <https://www.information.dk/telegram/2020/11/rigspolitiet-beklager-fejlagtige-actioncards-minksag>, besøgt 4. marts 2021. Det kom senere frem, at politiets »actioncard« foreskrev, at minkavlere skulle fortælles, at aflivning ikke kunne undgås. Dette skete selv om hjemmelsproblemstillingen på daværende tidspunkt var kendt af myndighederne: Anders Leonhard og Jacob Friberg, »Politiet truede med masseaflivning – selv om det var ulovligt« (*Berlingske*, 18. november 2020) <https://www.berlingske.dk/nyheder/politiet-truede-med-masse-aflivning-af-mink-selv-om-det-var-ulovligt>, besøgt 4. marts 2021; Jens Anton Bjørnager og David Rue Honoré, »Ekspert om trusler mod minkavlere: Politiet har bildt borgere noget helt forkert ind« (*Berlingske*, 20. november 2020).
6. Fødearestyrelsen, »Corona-virus: Alle mink i Danmark skal aflives« (4. november 2020) <https://www.foedevarestyrelsen.dk/Nyheder/Aktuelt/Sider/Nyheder%202020/Corona-virus-Alle-mink-i-Danmark-skal-aflives.aspx>, besøgt 4. marts 2021: »Det er afgørende at aflivningen af minkene sker hurtigt. [] Derfor indfører regeringen nu en ekstra tempo-bonus på 20 kr. pr. mink, hvis minkavleren får tømt sin besætning inden for 10 dage – dog 5 dage for besætninger under 7.500 dyr.«

mutede virus ikke ville udbrede sig og dermed undergrave den omfattende internationale indsats, der havde været forbundet med at udvikle en ny vaccine. Et billede af Danmark som et potentielt nyt Wuhan, det antagelige arnested for den oprindelige Covid-19, blev fremmanet af både regering og medier. Beskeden var klar: Danmark stod i en exceptionel situation, der fordrede ekstraordinær handlekraft med henblik på både national og international folkesundhed.

Regeringens beslutning blev efterfølgende mødt af kritik fra såvel opposition som støttepartier. En lang række eksperter kom også på banen med kritik. Virologer var langt fra overbeviste om, at situationen overhovedet var så alvorlig, som fremført af regeringen.⁷ Jurister råbte også straks vagt i gevær. Helt centralt i den juridiske kritik, som blev fremført i landets aviser, var, at beslutningen om masseaflivning af mink manglede lovhjemmel og endvidere i visse henseender var et grundlovsbrud.⁸ Denne kritik førte til fødevareminister Mogens Jensens afgang som minister den 18. november 2020. Men i kølvandet på fødevareministerens afgang opstod en ny problematik om, hvorvidt den manglende hjemmel og det mulige grundlovsbrud også belastede statsministeren og andre ministre, der stod bag beslutningen, som blev kommunikeret på pressemødet den 4. november 2020. Det affødte et principielt problem omkring den retlige status af den benyttede kommunikation. En notits fra Justitsministeriet den 18. november 2020 afviste, at det kunne være tilfældet, da udtalelser fra pressemøder i Ministeriets optik ikke kunne udgøre en ordre, ligesom ansvaret altid lå hos ressortministeren.⁹

Den særlige og antageligvis sundhedstruende situation omkring den mutede virus blev løbende genkaldt af regeringen. Særligt markant var en udtalelse på DR den 19. november 2020, hvor statsministeren blev citeret for følgende som svar på spørgsmålet om manglende lovhjemmel: »Egentlig er det ejendommeligt, at man kan blive ved med at stille det spørgsmål, når alle ved, at det her det handler om danskernes sundhed.« Hun fortsætter i samme interview, »[...] at folkesundheden det er og bliver det vigtigste i Danmark«. Enkelte eksperter kom dog regeringen til undsætning med et argument om, at regeringens

ageren – uanset manglende hjemmel – var berettiget ud fra et nødretligt synspunkt, også selv om regeringen ikke på noget tidspunkt formelt havde påberåbt sig egentlig nødret men antageligvis benyttet sig af en kvasi-nødretlig retorik.¹⁰ Dette synspunkt blev dog prompte kritiseret.¹¹ Eftersom regeringen på intet tidspunkt formelt gjorde brug af en sådan argumentation, henstår det uafklaret, om regeringen faktisk troede, at den handlede kvasi-nødretligt.

Hele forløbet omkring minksagen er nu genstand for en ny form for parlamentarisk undersøgelse i form af en såkaldt granskingskommission.¹² I det følgende ser vi nærmere på de retlige grundprincipper, som har dannet grundlag for hver af kritikpunkterne under forløbet, herunder legalitetsprincippet og dets forankring i grundloven, den retlige status af udtalelser på pressemøder, ressortministre og andre ministres ansvar og nødret.

3. Hjemmelsmangel og grundlovsbrud

a. Hjemmel til aflivning af alle mink i Danmark?

Den første og mest fremtrædende kritik, som har været fremført, er, at regeringens beslutning om at aflive alle mink i Danmark manglede lovhjemmel. Lov om hold af dyr¹³ indeholder følgende bestemmelse:

»§ 30. Ministeren for fødevarer, fiskeri og ligestilling kan for at udrydde, hindre, begrænse eller imødegå risiko for udbredelse af zoonotiske smitstoffer ... fastsætte regler om og meddele påbud om gennemførelse af særlige foranstaltninger ... Ministeren kan endvidere fastsætte regler om og meddele påbud om gennemførelse af særlige smitteforebyggende foranstaltninger i andre tilfælde end ved udbrud eller mistanke om udbrud.

Stk. 2. Foranstaltningerne i henhold til stk. 1 kan bl.a. omfatte:

- 1) For dyrehold og vildtlevende dyr:

...

- h) aflivning af dyr, herunder i et område omkring et udbrudssted ...«

I bekendtgørelse nr. 1455 af 8 oktober 2020 indførtes med hjemmel i lovens § 30 dels en regel (i § 11, stk. 4) om, at: »Besætninger, der geografisk er placeret inden for en radius af 7,8 km fra en smittet besætning, kan også sættes under offentligt tilsyn.«, dels en regel (i § 15) om, at: »... det offentlige tilsyn kan bl.a. omfatte følgende: 1) Samtlige dyr i besætningen aflives efter Fødevarestyrelsens anvisning. ...«

7. Se fx Christian Birk, Flemming Steen Pedersen og Philip Sune Dam, »Minkmutation, der har ført til masseaflivninger er sandsynligvis allerede uddød« (*Berlingske*, 7. november 2020); Christian Birk, Flemming Steen Pedersen, »Førende eksperter underkender nu regeringens primære grundlag for at aflive mink og lukke Nordjylland ned: 'Det er ikke til at forstå, hvorfor man laver så drastisk et indgreb'« (*Berlingske*, 11. november 2020) <https://www.berlingske.dk/danmark/foerende-eksperter-underkender-nu-regeringens-primære-grundlag-for-at-besøgt-4.marts.2021>.

8. For en oversigt, se artiklen »Jurister: Ja, det var grundlovsbrud – men det gør ikke minkskandalen større«, Information 3 december 2020, kan ses her: <https://www.information.dk/indland/2020/12/jurister-ja-grundlovsbrud-goer-minkskandalen-stoerre>.

9. Justitsministeriets notits af 18. november 2020, som kan ses her: <https://www.ft.dk/samling/20201/almudel/MOF/bilag/130/2284039.pdf>

10. Jens Elo Rytter, Jakob v.h. Holtermann, Annemette Fallentin Nyborg, Thomas Gammeltoft-Hansen: »Jura-eksperter om minkgate: Måske var den ulovlige ordre lovlig?«, Politiken den 20. november 2020, tilgængelig på: <https://politiken.dk/debat/debatindlaeg/art8007070/M%C3%A5ske-var-den-ulovlige-ordre-lovlig>.

11. Kristian Cedervall Lauta, Mikael Rask Madsen og Henrik Palmer Olsen »Mette Frederiksen flirter med nødret i minkgate – men argumentet holder ikke«: <https://www.berlingske.dk/kronikker/mette-frederiksen-flirter-med-noedret-i-minkgate-men-argumentet-holder>

12. https://www.ft.dk/ripdf/samling/20201/beretningalmenart/20201_BER_3.pdf

13. LBK nr 38 af 15/01/2020

Bekendtgørelsen gav således hjemmel til at aflive raske minkbesætninger inden for en radius af 7,8 km fra en påvist smittet besætning.

Da man på pressemødet den 4. november og i brev (e-mail) fra Fødevarestyrelsen den 6. november¹⁴ meddeler beslutningen om, at alle mink i Danmark skal aflives, foreligger der ikke andet retsgrundlag end de ovennævnte bestemmelser i lovens § 30 og bekendtgørelsens § 15.

I forarbejderne til lov om hold af dyr fremgår af bemærkningerne¹⁵ til § 30 følgende:

»Af bestemmelserne i stk. 2, nr. 1, litra h, fremgår det, at der i forbindelse med bekæmpelse af husdyrsygdomme kan ske nedslagning i et område omkring et udbrudssted, uanset at dyrene i området ikke er konstateret, eller er konkret mistænkt for at være, smittet med den pågældende sygdom. Muligheden for nedslagning i et område omkring et udbrudssted er i første omgang kun tænkt anvendt i forbindelse med de i liste 3, anførte sygdomme, men kan, hvis det ud fra en veterinærfaglig vurdering er nødvendigt for en effektiv bekæmpelse, også anvendes på andre sygdomme. Områdets størrelse fastsættes ud fra en veterinærfaglig vurdering af smitteforholdene.«

Beslutning om aflivning af alle mink i Danmark kræver således, at der foretages en »veterinærfaglig vurdering«, som bekræfter, at det er »nødvendigt« for at sikre en »effektiv bekæmpelse« af den COVID-19 variant, som gav anledning til bekymring. Mere specifikt kræves det altså, at der foreligger en veterinærfaglig vurdering af smitteforholdene, som understøtter, at et »område omkring udbrudssted« skal have en sådan udbredelse, at det dækker hele landet.

Det er uklart for os, om der faktisk blev foretaget en sådan konkret veterinærfaglig vurdering. Det fremgår af den offentligt tilgængelige information om sagen, at Statens Serum Institut tilsyneladende forud for mødet den 4. november 2020 havde udtrykt bekymring om konsekvenserne af den danske cluster 5-mutation,¹⁶ men vi har ikke kendskab til andet ekspertgrundlag for beslutningen fra relevante myndigheder eller eksperter.¹⁷ Der kan formentlig anlægges forskellige synspunkter på dette i takt med, at sagsforløbet forud for og i dagene efter pressemødet

den 4. november bliver udredt bl.a. af den nedsatte granskningskommission. I den sidste ende kan dette spørgsmål blive forelagt domstolene, f.eks. som led i en sag om kompensation til de minkavlere, som har aflivet deres mink ud fra en opfattelse af, at de var forpligtede til at gøre dette¹⁸ eller som led i en sag om ministeransvar.

Miljø- og Fødevareministeriet har dog som allerede nævnt tilkendegivet, at der ikke forelå den fornødne hjemmel. Det fremgår tillige af Ministeriets redegørelse herom, at Justitsministeriet ikke havde grundlag for at tilsidesætte Miljø- og Fødevareministeriets vurdering af spørgsmålet.¹⁹ Vi er enige i disse vurderinger. Lov om hold af dyr og dens forarbejder skal dels fortolkes i lyset af hensynet til at beskytte folkesundheden, men også i lyset af almindelige forvaltnings- og forfatningsretlige principper. Kravet om varetagelse af hensynet til folkesundheden er naturligvis opfyldt, men dette hensyn står ikke alene. De tiltag, der iværksættes for at beskytte folkesundheden, skal være proportionale for så vidt angår smitteudbruddet og det geografiske omfang af nedslagtninger (»områdets størrelse fastsættes ud fra en veterinærfaglig vurdering af smitteforholdene«), ligesom de enkelte nedslagtninger skal kunne forsvares ud fra en konkret vurdering (»nødvendigt for en effektiv bekæmpelse«).

Denne forståelse synes også at være udgangspunktet for den senere bekendtgørelse nr. 1455 af 8 oktober 2020 og dens specifikke geografiske indramning af indgreb. Hertil kan tilføjes, at der i forhold til de enkelte minavlere er tale om særdeles intensive indgreb, der derfor må kræve et solidt hjemmelsgrundlag. Dette skærpes yderligere af, at der er tale om et indgreb i grundlovsbeskyttet ejendom (jf. også nedenfor under 3.b). Endelig, selv hvis man hypotetisk antog, at der materielt var hjemmel til at påbyde nedslagtningen, vil et sådant indgreb afføde udgifter for staten til kompensation til minkejerne af en sådan størrelsesorden, at det også vil kræve særskilt finansiel hjemmel at gennemføre det. Spørgsmålet er således om ikke, uanset hjemmelsgrundlaget i Lov om hold af dyr, Finansudvalget skulle have godkendt disse udgifter i overensstemmelse med den praksis, der er opstået i tilknytning til grundlovens § 46, stk 2.²⁰

Efterfølgende har regeringen endvidere fremsat lovforslag, som efter vores vurdering tilsigter at lovliggøre, med tilbagevirkende kraft, det påbud om aflivning af mink, som blev omtalt på pressemødet den 4. november.

14. Brevets indhold er gengivet i Miljø- og Fødevareministeriets redegørelse for forløbet vedrørende manglende hjemmel til at udvide den hidtidige indsats med aflivning af mink til hele landet. Se <https://www.ft.dk/samling/20201/almindel/MOF/bilag/130/2284038.pdf>

15. <https://www.retsinformation.dk/eli/ft/200312L00100>

16. Miljø- og Fødevareministeriet, »Redegørelse for forløbet vedrørende manglende hjemmel til at udvide den hidtidige indsats med aflivning af mink til hele landet« (MOF Alm. del – bilag 130) s. 1-2. Se også Sebastian Abrahamsen, »Myndighederne frygter, at Nordjylland bliver et nyt Wuhan: Alle mink skal aflives« (*Information*, 5. november 2020) <https://www.information.dk/indland/2020/11/myndighederne-frygter-nordjylland-nyt-wuhan-mink-aflives>, besøgt 4. marts 2021; Lars Igum Rasmussen, »Hvordan kom vi fra en smittet mink i juni til nedslagtning af et helt erhverv?« (*Politiken*, 7. november 2020).

17. Efterfølgende mødereferater fremviser, at fx Sundhedsstyrelsen ikke delte »Wuhan 2«-scenariet. Se fx <https://www.bt.dk/samfund/mette-frederiksens-frygt-for-minkmutation-blev-afgjort-i-krisestab>

18. Der er indgået en politisk aftale om erstatning til alle berørte minkejere: <https://fm.dk/nyheder/nyhedsarkiv/2021/januar/bred-aftale-sikrer-fuldstaendig-erstatning-til-minkavlere-og-foelgeerhverv/>. Det kan dog ikke udelukkes, at enkelte ejere af minkfarme anser erstatningen for utilstrækkelig og derfor anlægger en retssag.

19. MOF Alm. del – bilag 130, s. 12.

20. Se hertil Dansk Statsret s. 204–206 og tilsvarende i Komm. grl. 2015, s. 319. Enslydende betragtninger findes også i tidligere litteratur, herunder i Dansk forfatningsret: Studieudgave (Zahle) s. 250 f., Statsforfatningsret (Max Sørensen v/ Peter Germer) s. 239–241 (med lidt modificeret ræsonnement), Statsforfatningsret (Peter Germer) s. 191 f. og Dansk Statsforfatningsret (Ross) s. 852 og 856.

Således hedder det i bemærkningerne til lovforslaget om aflivning af og midlertidigt forbud mod hold af mink (bemærkninger til lovforslagets ikrafttrædelsesbestemmelse i § 9)²¹ vedtaget i Folketinget kort før nytår:²²

»Adgangen til at meddele påbud i medfør af det foreslåede § 5, stk. 2, vil også gælde i perioden forud for den 1. december 2020.«

§ 5, stk. 2, giver ministeren hjemmel til at »meddele de forbud og påbud, der er nødvendige for at sikre lovens overholdelse«. Lovens overholdelse indebærer i medfør af § 2 at »[f]ysiske og juridiske personer, der i strid med § 1, stk. 1, holder mink, skal lade dyrene aflive«. Ifølge § 1, stk. 1, er hold af mink ikke tilladt. Vi vender tilbage til spørgsmålet om tilbagevirkende kraft nedenfor.

At dømme ud fra de redegørelser fra både Fødevareministeriet²³ og Justitsministeriet²⁴ om sagen såvel som det ovennævnte lovforslag vedtaget i Folketinget den 29. december 2020 synes der at være bred konsensus blandt embedsmænd, regering og ledende politikere om, at der ikke den 4. november 2020 var fornøden lovhjemmel til at påbyde aflivning af alle mink i Danmark. I det følgende lægger vi denne forståelse til grund.²⁵

b. Er udstedelse af uhjemlet påbud et brud på grundloven?

I den politiske debat, der opstod, da det blev kendt, at aflivningspåbuddet savnede den fornødne lovhjemmel, blev det fremført, at fødevareministeren (og muligvis også statsministeren) havde handlet i strid med grundloven. Efterfølgende blev dette synspunkt modsagt i den offentlige debat.²⁶ Det har også været drøftet, om det overhovedet er et betydningsfuldt spørgsmål – hvis først det er erkendt, at påbuddet manglede lovhjemmel, har det så nogen selvstændig betydning derudover at betegne denne manglende hjemmel som et brud på grundloven?²⁷

I en notits udarbejdet i Justitsministeriet og offentliggjort samtidig med Fødevareministeriets redegørelse om forløbet i sagen redegøres der kort for legalitetsprincippet.²⁸ Herom hedder det at princippet kan »inddeles i to forgreninger« (s. 2) – dels den formelle lovs princip og dels hjemmelskravet«. Sidstnævnte »indebærer, at indgreb i borgernes retsforhold skal have hjemmel direkte eller indirekte i lovgivning, som er vedtaget efter de regler, der er fastlagt i grundloven« (s. 2). Hjemmelskravet er ifølge denne notits afspejlet i grundlovens § 22:

»Legalitetsprincippet hjemmelskrav afspejles i grundlovens § 22, der dels indebærer, at et af Folketinget vedtaget lovforslag får lovkraft, når det senest 30 dage efter den endelige vedtagelse stadfæstes af kongen, dels indebærer, at lovene skal kundgøres. Det antages på den baggrund, at et lovforslag, som er fremsat for Folketinget, ikke giver myndighederne hjemmel til at træffe retligt bindende afgørelser over for borgerne. Dette gælder så meget desto mere, hvis et lovforslag endnu ikke er fremsat. Den gældende lov vil således som det klare udgangspunkt skulle overholdes, indtil et eventuelt lovforslag er vedtaget, stadfæstet og kundgjort. Dette gælder, uanset om lovændringen måtte ske med gyldighed fra fremsættelsestidspunktet (tilbagevirkende kraft). Før vedtagelse, stadfæstelse og kundgørelse af lovforslaget er der således ikke tale om en statsretligt gyldig hjemmel.«

At man her vælger ordet »afspejles i« og ikke eksempelvis »udspringer af« eller »forankret i«, er formentlig udtryk for, at hjemmelskravet ansues som et grundlæggende retsprincip, en opfattelse som vi for så vidt er enige i. Efter vores vurdering burde ministeriet dog også have anført, at hjemmelskravet afspejles i grundlovens § 3, hvorefter den lovgivende magt er hos kongen (regeringen) og folkettingen i forening medens den udøvende magt er hos kongen (regeringen) alene. Regeringens magt er således afhængig af den lovgivende magt i den forstand, at regeringens magtudøvelse fordrer et lovgrundlag, som kun kan tilvejebringes i et samarbejde med folkettingen.²⁹ Legalitetsprincippet hjemmelskrav ligger således indbygget i afgrænsningen af de kompetencer, der i grundloven er tildelt henholdsvis folkettingen og regeringen. Hvis regeringen skulle kunne udøve magt uden hensyn til, hvad der var vedtaget som lov, ville hverken magtfordelingen i grundlovens § 3 eller den formelle lovs princip i § 22 have nogen særlig betydning. Dette er samtidig kernen i selve det retstatslige legalitetsprincip: Offentlig magt kan kun udøves over for borgerne, når der foreligger hjemmel for sådan magtudøvelse i gældende ret.³⁰

21. Ikrafttrædelsesbestemmelsen står i § 12 i den endeligt vedtagne lov.

22. Lov nr. 2185 af 29/12 2020. Se nærmere herom nedenfor i afsnit 5. I forarbejderne til loven, afsnit 2.1.1, hedder det: »Der er således ikke hjemmel i lov om hold af dyr til at aflive alle mink i besætninger med pelsdyrproduktion, ligesom der ikke er hjemmel til at indføre et midlertidigt forbud mod hold af mink.«

23. <https://www.ft.dk/samling/2020/almindel/MOF/bilag/130/2284038.pdf>.

24. <https://www.ft.dk/samling/2020/almindel/MOF/bilag/130/2284039.pdf>.

25. Hvilket vi også har gjort i vores kronik i Berlingske Tidende »Mette Frederiksen flirter med nødret i minkgate – men argumentet holder ikke« 24 november 2020. Kronikken kan ses her: <https://www.berlingske.dk/kronikker/mette-frederiksen-flirter-med-noedret-i-minkgate-men-argumentet-holder>.

26. »Minkskandalen er en storm i et glas vand. Ingen ministre har gjort noget forkert«. Kronik i dagbladet Politiken den 5. december 2020. Kan ses her: <https://politiken.dk/debat/kroniken/art8017585/Minkskandalen-er-en-storm-i-et-glas-vand.-Ingen-ministre-har-gjort-noget-forkert>.

27. Se fx Information den 3. december 2020: »Jurister: Ja, det var grundlovsbrud – men det gør ikke minkskandalen større«. Kan ses her: <https://www.information.dk/indland/2020/12/jurister-ja-grundlovsbrud-goer-minkskandalen-stoerre>.

28. <https://www.ft.dk/samling/2020/almindel/MOF/bilag/130/2284039.pdf>.

29. Ser hertil Justitsministeriets egen vejledning om lovkvallitet, hvor der står: »Det betyder, at lovgivningsmagten har en almindelig kompetence, der hviler umiddelbart på grundloven. I modsætning til forvaltningen, der er undergivet et legalitetsprincip, når der f.eks. udstedes bekendtgørelser, skal lovgivningsmagten ikke påvise en særlig hjemmel til at lovgive. Hjemlen følger af grundlovens § 3.«, jf. Justitsministeriets vejledning om lovskvalitet, p. 175, tilgængelig på: <https://lovkvalitet.dk/wp-content/uploads/sites/5/2021/01/Vejledning-om-lovkvalitet-1.pdf>.

30. Se også Niels Fenger (2018) – Forvaltningsret. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, kap. 8. På s. 299 skriver Fenger: »I en demokratisk retsstat er legalitetsprincippet helt centralt. Princippet in-

Et brud på hjemmelskravet kan således udmærket ansues som et brud på grundloven i den forstand, at de nævnte grundlovsbestemmelser forudsætter, at regeringen og offentlige myndigheder i det hele taget skal handle inden for lovens rammer. Som Justitsministeriet påpeger i sin notits, er det imidlertid ikke sædvanligt at italesætte manglende hjemmel på en sådan måde. Der er talrige eksempler i retspraksis på, at en myndighed har handlet uden at have den fornødne hjemmel,³¹ uden at dette beskrives som grundlovsbrud. Man kan derfor rejse spørgsmålet om, hvorfor det så i minksagen skulle være relevant at fremhæve den manglende hjemmel som grundlovsstridig. Forklaringen på dette skal efter vores opfattelse findes i en række forskellige kontekstuelle forhold, som har påvirket vurderingen af, hvor alvorlig en sag der er tale om.

For det første bliver regeringens beslutning om at aflive alle mink i Danmark formidlet af statsministeren på et pressemøde den 4. november 2020, som ligger i forlængelse af en lang række lignende pressemøder siden den 11. marts 2020, hvor befolkningen har vænnet sig til at vigtige, og bindende, beslutninger blev kommunikeret til dem på denne måde. Regeringen har således selv gennem denne praksis opbygget en særlig forventning hos borgerne om, at denne kommunikationsform var retvisende for, hvilke rettigheder og pligter der påhvilede dem i lyset af Covid-19 krisen. Dette forhold betyder, at sagen adskiller sig betydeligt fra andre sager om hjemmelsmangel, hvor der almindeligvis ikke er nogen særlig opmærksomhed knyttet til den enkelte sag fra hverken regeringen, pressen eller borgerne i almindelighed. Netop fordi beslutningen blev formidlet af og fremstod som truffet på allerøverste niveau i regeringen af dens ministre, har der blandt såvel borgere som folketingsmedlemmer været en forventning om, at statsministeren og den ansvarlige ressortminister havde sikret sig, at der var den fornødne hjemmel til at træffe den pågældende beslutning. Da dette viste sig ikke at være tilfældet, og da ministrenes ansvar for at handle i overensstemmelse med loven er givet i grundloven (og ministeransvarlighedsloven), har det været rimeligt at henholde sig til den sprogbrug, at den manglende hjemmel var i strid med grundloven.

For det andet var der en udbredt utilfredshed i Folketinget med, hvad der blev opfattet som manglende inddragelse af Folketingets partier i arbejdet på at finde løsninger på de udfordringer, som pandemien gav anledning til. Dette kan have medvirket til at bestyrke den opfattelse, at regeringen så i hvert fald skulle være på meget sikker grund med hensyn til det hjemmelsgrundlag, som den opererede på. Regeringens selvudråbte og vidtgående

forsigtighedsprincip, der også synes at være det primære grundlag for denne beslutning, kan i sagens natur ikke udgøre grundlaget for at gennemføre regeringens altomfattende aflivningspåbud. En folketingsbehandling ville utvivlsomt også have aktualiseret andre, effektive og mindre indgribende tiltag. Og der er ikke noget, der tyder på, at Folketinget ikke kunne samles – endog meget hurtigt, så denne forhandling kunne finde sted, hvor hensynene til både pandemikontrol og minkavlernes interesser kunne være blevet vurderet i en parlamentarisk proces. Ved ikke at iværksætte en forhandling i Folketinget og ved ikke i tilstrækkelig grad at sikre den nødvendige afklaring af hjemmelsgrundlaget forud for beslutningen om at aflive alle mink har regeringen utvivlsomt pådraget sig et politisk ansvar – et ansvar der som bekendt medførte fødevareminister Mogens Jensens afgang. Set i lyset heraf og knyttet til det forhold at ministerens afgang hænger sammen med det, synes det ikke urimeligt at betegne regeringens beslutning som grundlovsstridig.

For det tredje var beslutningen om at aflive alle mink i Danmark en meget indgribende og kontroversiel beslutning, der rejste spørgsmål om indgreb i ejendomsretten (grl § 73 og EMRK P1-1) og i den frie og lige adgang til erhverv (grl § 74). Netop på grund af beslutningens meget indgribende karakter kunne man med rette forvente, at det var en meget klar hjemmel, som lå til grund for beslutningen. Det er et grundlæggende retsprincip, at jo mere indgribende en afgørelse er, desto mere klar og utvetydig skal hjemlen for det pågældende indgreb være.³² Dette har yderligere skærpet opmærksomheden omkring hjemmelsproblemstillingen i forhold til grundloven. Det er således også almindelig god lovskik at fremhæve, hvis loven har ekspropriative virkninger³³ – hvilket da også var tilfældet med den lovændring Folketinget vedtog efterfølgende.³⁴ Der synes således ikke at være uenighed om, at beslutningen om aflivning af mink kan have ekspropriative virkninger, og derved må være omfattet af det skærpede hjemmelskrav i Grundlovens § 73.

Det, som berettiger en italesættelse af den manglende hjemmel som et grundlovsbrud, er således 1) det forhold, at den beslutning som manglede hjemmel blev truffet på øverste niveau i regeringen, 2) at beslutningen blev kommunikeret direkte til alle danskere på et pressemøde og

debærer, at forvaltningen er underlagt lovgivningsmagten, derved at den for det første ikke må handle i strid med lovene (den formelle lovs princip) og for det andet ikke må handle uden hjemmel i lovgivningen (hjemmelskravet).«

31. UfR 2018.1011 V; TfK 2004.473 Ø; UfR 2004.660 V; UfR 2003.821 H; UfR 2000.95 H; UfR 1999.1 H; UfR 1997.606 V; UfR 1996.1091 V; UfR 1992.284; UfR 1991.674 H (kommenteret UfR 1992B.34); UfR 1982.892 V

32. Dette princip er senest givet en eksplicit formulering i Instrukskommissionens beretning. Her hedder det i bind 1, kapitel 7.3.2.5.1 (<https://www.justitsministeriet.dk/wp-content/uploads/2020/12/Instrukskommissionen-Bind-1-kapitel-1-7.pdf>): »Kravene til hjemlens klarhed afgøres med udgangspunkt i intensitetsbetragtninger, således at jo mere vidtgående et indgreb i borgernes frihed og ejendom er, desto mere klar og præcis skal hjemlen være«. (s. 682).

33. Se Justitsministeriets vejledning om lov kvalitet, supra note 28, p. 108: »Hvis loven skal give hjemmel til ekspropriation, må det i bemærkningerne til lovforslaget tilkendes gives, at loven kan have ekspropriativ virkning.«

34. Se lovforslag nr. L 77, *Forslag til Lov om aflivning af og midlertidigt forbud mod hold af mink*, bemærkningernes afsnit 2.2.2 tilgængeligt på: https://www.ft.dk/ripdf/samling/20201/lovforslag/l77/20201_177_som_fremsat.pdf (sidst besøgt februar 2021).

uden forudgående bredere inddragelse af folketinget med henblik på at sikre forståelse og parlamentarisk opbakning omkring beslutningen, og 3) at beslutningen var usædvanligt indgribende og derfor krævede meget klar hjemmel.

Hele vores argumentation understreger, at regeringen ved at gå uden om de traditionelle politiske og bureaukratiske beslutningsprocesser bærer hele ansvaret for, at beslutningen var grundlovsmedholdelig. Konsekvensen af regeringens ageren i sagen – utvivlsomt båret frem af den krisestyringslogik, som var vokset frem siden første nedlukning i marts 2020 – er, at demokratiets elementære rationale blev sat ud af spil. Men den parlamentariske proces er netop forum for, at løsninger forhandles, at skråriskre argumenter udfordres, og man derved i sidste ende når frem til mere effektive og rationelle løsninger.³⁵ I krisesituationer hvor usikkerhed, endog angst, kan præge dømmekraften, er det så meget desto vigtigere, at argumenterne testes uden for de lukkede kredsløb af aktører, der kæmper den daglige kamp og i sagens natur kan være præget deraf. Hertil kommer, at embedsværket er til for yderligere at kvalificere beslutningerne gennem kritisk sagkyndig analyse. I den konkrete sag angik det ikke alene den juridiske analyse af, hvorvidt der forelå tilstrækkelig hjemmel, men også den veterinærfaglige og sundhedsfaglige analyse af nødvendigheden af at gennemføre en så omfattende aflivning af mink, herunder substansen af de fremlagte »Wuhan 2«-scenarier og den mulige negative effekt på vacciner af cluster 5. Det p.t. offentligt tilgængelige materiale synes ikke at give indtryk af, at disse vurderinger er blevet foretaget i tilstrækkeligt omfang. Den nedsatte granskningskommission vil forhåbentligt afklare denne usikkerhed.

c. Den retlige karakter af udtalelser på pressemøder

I et demokratisk samfund som det danske er der en forventning om, at regeringen, som den er forpligtet til, handler inden for lovens rammer. Dette gælder i særdeleshed, når regeringen kommunikerer direkte til befolkningen gennem et pressemøde. Som allerede nævnt havde regeringen – ofte med statsministeren i spidsen – gennem mere end et halvt år jævnlige kommunikeret direkte til befolkningen, hvordan de skulle forholde sig i lyset af udbredelsen af Covid-19 i Danmark. Denne kommunikation har indeholdt direkte og meget specifik information til borgerne om såvel diverse påbud og forbud (forsamlingsforbud, begrænsninger i næringsretten f.eks. i forhold til at holde butikker, restauranter eller servicevirk-

somheder åbne, skolelukninger mv.) som anbefalinger (brug af mundbind, brug af håndsprit, hvem man bør mødes med privat mv.). Gennem denne periode med så specifik og direkte kommunikation til borgerne kan der meget vel have dannet sig en generel forventning hos borgerne om, at den information, der blev givet på disse pressemøder, havde en retligt bindende karakter. Om dette spørgsmål udtaler Justitsministeriet i den nævnte notits:

»Udtalelser på pressemøder har ikke et retligt indhold over for borgerne, ligesom der heller ikke knytter sig retsvirkninger for borgerne til fremsættelsen heraf. Sådanne udtalelser er således efter deres karakter ikke omfattet af legalitetsprincippets krav om hjemmel.«

Ministeriet anfører ikke noget nærmere om, hvad denne opfattelse bygger på. Hvis en lov giver en minister adgang til at udstede konkrete påbud, hvorfor kan et sådant påbud så f.eks. ikke udstedes mundtligt på et pressemøde, hvis der foreligger grunde som understøtter nødvendigheden af en sådan fremgangsmåde? Igennem håndteringen af COVID-19 har regeringen således adskillige gange udstedt påbud af bindende karakter med ekstremt kort varsel og annonceret disse på pressemøder: grænselukningen af 14. marts,³⁶ skolelukninger og aflysninger af behandlinger i sundhedssystemet³⁷ for blot at nævne et par eksempler.

Justitsministeriets notits udtrykker utvivlsomt et rigtigt udgangspunkt. Det vil være højst usædvanligt, hvis et pressemøde skulle udgøre et forum for retlig kommunikation. Almindeligvis kommunikeres afgørelser og påbud skriftligt til de berørte borgere personligt og på en måde, så kommunikationen fremstår formel og udgående fra en forvaltningsmyndighed. Et pressemøde er omvendt mundtligt, rettet bredt til befolkningen og fremstår ikke som formel myndighedskommunikation. Alligevel er der grund til at bemærke, at pressekommunikation kan få retlige virkninger internt i forvaltningen – virkninger som kan få retsvirkninger for borgerne. Man kan måske kalde dette for pressekommunikationens indirekte retlige karakter.

Et eksempel på dette finder man i den såkaldte instruksag. Inger Støjberg fremsatte som Udlændinge- og integrationsminister en pressemeddelelse om, at hun ville sikre fysisk adskillelse af kæreste- og ægtepar, hvor den ene eller begge parter var under 18 år. Denne pressemeddelelse blev efterfølgende fastholdt som retningslinje (instruks) for forvaltningen, eller med instrukskommissionens ord: »som administrationsgrundlag for Udlændinge-

35. Der findes flere forskellige teorier om demokrati, der understøtter denne opfattelse, f.eks. Habermas' teori om kommunikativ rationalitet, som eksempelvis er udfoldet i værket *Theorie der Kommunikativen Handelns* (Suhrkamp, 1981). En nyere introduktion på engelsk, der retter sig mere eksplicit mod konkrete demokratiske processer og beslutninger, kan findes i Simon Susen, »Jürgen Habermas – Between democratic deliberation and deliberative democracy« i Ruth Wodak og Bernhard Forchtner (red.), *The Routledge Handbook of Language and Politics* (Routledge 2017) kap. 3.

36. Udstedt på pressemødet den 13. marts. Statsministeren udtaler på pressemødet: »Fra i morgen klokken 12, der lukker de danske grænser midlertidigt.« Borgerne kan ikke i den mellemliggende periode forventes at have orienteret sig om myndighedspåbud. Se om de nærmere omstændigheder i Håndteringen af covid-19 i foråret 2020 – Rapport afgivet af den af Folketingets Udvalg for Forretningsordenen nedsatte udredningsgruppe vedr. håndteringen af covid-19, herfra 'Grønnegårdrapporten', p. 231 f.

37. Ibid., p. 325 f.

styrelsen« (bind 1, s. 715).³⁸ Pressemeddelelser kan altså få virkning som en ministeriel instruks til en styrelse om at administrere på en bestemt måde.³⁹

I minksagen er stats- og fødevareministerens mundtlige meddelelse på pressemødet fulgt op med en skriftlig meddelelse i form af en e-mail den 6. november til de enkelte minkejere, hvori Fødevarestyrelsen bl.a. skriver:⁴⁰

»Regeringen har meldt ud, at alle mink i landet skal aflives af hensyn til folkesundheden. Det er vigtigt, at aflivningen foregår hurtigst muligt ... Aflivningen af alle mink skal være overstået mandag den 9. november 2020 kl. 23.59 i kommunerne Hjørring, Brønderslev, Frederikshavn, Thisted, Jammerbugt, Vesthimmerland og Læsø. Du skal derfor begynde på aflivningen af besætningen hurtigst muligt. Du må gerne gå i gang uden en aftale med Fødevarestyrelsen.«

Formuleringen »Regeringen har meldt ud« kan vanskelig forstås som andet end en henvisning til pressemødet den 4. november.⁴¹ I modsat fald skulle det forestående granskningsarbejde kunne blotlægge en instruks, som endnu ikke er kommet til offentlighedens kendskab. Fødevarestyrelsen synes dermed selv at give udtryk for den opfattelse, at det er denne udmelding, der udgør det retlige grundlag for at instruere minkavlerne om, hvordan og hvornår aflivningen skal foregå.

Set i lyset af at Fødevarestyrelsen selv synes at have opfattet regeringens udmelding på pressemødet som det rette grundlag at henvise til i sin kommunikation til borgerne, er der efter vores opfattelse tilstrækkeligt grundlag for at så tvivl om rigtigheden af den del af Justitsministeriets notits, der helt generelt og absolut anfører, at udtalelser på pressemøder ikke kan have et retligt indhold. Vi er nok enige i, at sådanne udtalelser i *almindelighed* ikke kan have et umiddelbart retligt indhold *over for borgerne*. Imidlertid synes det mere tvivlsomt, om sådanne udtalelser *altid* kan fraskrives et retligt indhold som sådant. Justitsministeriet synes da også selv at udtrykke en vis tvivl.⁴² Som indledning til det afsluttende pkt. 6 i notitsen skriver ministeriet:

»Justitsministeriet har ikke identificeret sammenlignelige fortilfælde, og den retlige kvalifikation af myndighedernes ageren, herunder særligt karakteren af brevet til minkavlerne af 6. november 2020, giver bl.a. derfor anledning til tvivl.«

Vores vurdering er, at en udtalelse på et pressemøde efter omstændighederne godt kan have – eller få – en retlig ka-

rakter. Om dette er tilfældet må, som i instruks-sagen, bero på de konkrete omstændigheder – det vil sige konteksten.

Justitsministeriet skriver i det sidste afsnit af notitsen:

»Selv om udtalelser på pressemøder og politiske udmeldinger i øvrigt som nævnt under pkt. 2 ikke har en retlig karakter for borgerne, må det antages, at disse udmeldinger, hvoraf det ikke fremgik, at der manglede hjemmel til aflivning af mink uden for zonerne, i den konkrete situation har forstærket indtrykket hos minkavlerne af, at myndighederne kunne udstede påbud eller tilkendegivelser af lignende retlig karakter om aflivning uden for smittezonerne.«

Dette er ganske tæt på en indrømmelse af, at udmeldingen på pressemødet havde karakter af et (retligt bindende) påbud. Alligevel fastholdes at dette ikke var tilfældet. Ministeriet opererer med en sondring mellem »har en retlig karakter« og »indtrykket ... af ... retlig karakter«. Men det henstår som uklart, hvordan og på hvilket grundlag »retlig karakter« kvalificeres, og hvorfor en udmelding på et pressemøde aldrig kan have en retlig karakter. Som det fremgår ovenfor har denne sondring stor betydning og er efter vores vurdering i virkeligheden det gennemgående tema for notitsen i sin helhed. For hvis en udtalelse på pressemødet ikke havde en retlig karakter, så er udtalelserne heller ikke omfattet af legalitetsprincippet. Dermed har udtalelserne alene politisk karakter og kan dermed ikke danne grundlag for ministeransvar. Ydermere må det noteres, at når en borger sættes i en situation, hvor de får indtryk af, at der er sendt dem et lovligt påbud, så har myndighederne som minimum en forpligtelse til at afhjælpe denne vildfarelse. I modsat fald må handlinger foretaget iht. denne vildfarelse være ansvarspådragende for regeringen.

4. Nødret

I lyset af ovenstående analyse synes det oplagt, at nødret fremstår som en af de få måder hvorpå, at regeringen og forvaltningens ageren i mink-sagen kan retfærdiggøres som en nødvendig undtagelse til det demokratiske retsstatsprincip. Nødret tilsiger, at en given situation kan blive så alvorlig, at hensynet til at handle bliver vægtigere end hensynet til at overholde loven. »Nød bryder alle love«, lyder den gamle romerske retsgrundsætning. Vi har dog ikke set meget til dette i dansk retshistorie, og den aktuelle pandemi har heller ikke set regeringen direkte gøre brug af et nødretligt argument.⁴³ Dog har statsministeren som nævnt og citeret ovenfor gentagne gange forsvaret sin beslutning med henvisning til, at folkesundheden kommer først: »[...] folkesundheden det er og bliver det vigtigste i Danmark⁴⁴«.

Hvis et sådant argument skal kvalificeres *juridisk*, så skal det kunne rummes indenfor rammerne af den forfat-

38. Se også ombudsmandens redegørelse i FOU nr. 2017.10: https://www.ombudsmanden.dk/find/udtalelser/beretningssager/alle_bsager/2017-10/pdf/

39. Der pågår p.t. en rigsretssag mod Inger Støjberg, hvor dette spørgsmål står helt centralt. Dommen i denne sag kan få betydning for vurderingen af sagsforløbet i mink-sagen. Vi forholder os ikke til Støjberg-sagen her af respekt for Rigsretten.

40. Se note 4 ovf.

41. Evt. kan formuleringen forstås som en henvisning til en intern instruks fra ministeren til styrelsen, men ordene »meldt ud« peger efter vores opfattelse klart i retning af, at der henvises til pressemødet.

42. Se note 6 ovf.

43. Der er afsagt to domme om forfatningsretlig nødret i Danmark, begge relateret til Anden Verdenskrig: UfR 1941.1070 H og UfR 1945.570 Ø.

44. Se DR den 19. november 2020.

ningsmæssige nødret.⁴⁵ Legalitetsprincippet er, som vi ovenfor har redegjort for, et grundlovsfæstet princip, der tilsiger, at regeringen kun med hjemmel i lov kan foretage indgreb i borgernes rettigheder.

En nødretlig vurdering har to hovedelementer: En vurdering af den faktiske nød (her hensynet til folkesundheden) og en vurdering af den juridiske nød (her muligheden for at opnå det samme mål uden at benytte sig af nødret). Den faktiske nød må forstås som, at hensynene til folkesundheden samlet set vejede tungere end hensynet til at overholde legalitetsprincippet, herunder grundloven. Umiddelbart synes oplysningerne, som de blev regeringen forelagt, dybt alvorlige, og det kan ikke i denne analyse endeligt konkluderes, at det ikke ville kunne overholde kravene til faktisk forfatningsretlig nød.⁴⁶

Det er dog ikke tilstrækkeligt for at kunne påberåbe sig nødretsdoktrinen. Der må således også være en juridisk nødsituation, som kan formuleres som tre proportionalitetskrav:⁴⁷

For det første, at den nødvendige nødretshandling ikke kan gennemføres inden for gældende ret. Det er her opfyldt med konstateringen af, at der ikke var lovhjemmel til at pålægge minkavlerne at aflive deres mink.

For det andet må det kræve, at det samme ikke kunne opnås ved faktisk at iagttage legalitetsprincippet, og at gældende ret derved fraviges mindst muligt. Det ville i dette tilfælde kræve, at regeringen inddrog Folketinget. Regeringen var således ikke, som Departementschefstyret i 1943,⁴⁸ afskåret fra at inddrage Folketinget, endog med kort varsel, og derved at kunne tilvejebringe den fornødne hjemmel.⁴⁹ Af samme proportionalitetskrav må følge,

at regeringen snarest muligt må søge folketingets flertal og opnå hjemmel, da det er et iboende krav i nødret, at nødsituation skal ophøre hurtigst muligt. Såfremt man ønskede at anvende nødretsdoktrinen, måtte en væsentlig forudsætning således være, at denne alene kunne bringes i anvendelse for så vidt, at man ikke kunne nå at inddrage Folketinget, og at man, såfremt dette var umuligt, inddrog Folketinget hurtigst muligt. Denne betingelse er ikke opfyldt,⁵⁰ og allerede derfor synes nødretsdoktrinen ikke at kunne bringes i anvendelse.

Endeligt er det for det tredje en betingelse, at andre, mindre indgribende, tiltag ikke ville kunne beskytte det hensyn, som begrundede aflivningen – her folkesundheden. At regeringen og politiet fejlagtigt antog, at der var hjemmel til deres handlinger, må indledningsvist betyde, at de slet ikke forholdt sig til disse nødvendige betingelser for nødret. Selv med dette *in mente* er det vanskeligt at argumentere for, at regeringen ikke, imens man afventede Folketingets behandling af sagen, kunne foretage forsvarlige afværgeforanstaltninger, som ville sikre, at udbrud kunne begrænses midlertidigt. Siden den 8. marts havde man således haft hjemmel i en særlig bekendtgørelse om pelsdyr med Covid-19 til aflivning af inficerede dyr⁵¹ samt aflivning af dyr inden for en radius på 7,8 km fra en smittet besætning.⁵² Der var derfor et robust hjemmelsgrundlag til at føre tilsyn med, og foretage konkrete skridt i forhold til at begrænse smittespredning, og som må antages effektivt at kunne sikre den nødvendige tid til at afvente Folketingets stillingtagen.

Imens hensynet til folkesundheden, samt det store tidspres regeringen var under, taler for, at nødret kunne være et relevant forsvar for regeringens beslutning, så må dette argument gøres betinget af, at det ikke er muligt at opnå det samme mål på den måde, som grundloven foreskriver. Her betyder det, at for at opfylde det indbyggede krav til proportionalitet i nødretsgrundsætningen, må det altså skulle være umuligt, uden derved at forspilde sit formål, at inddrage den grundlovsaktør hvis kompetence, regeringen tildrager sig. Med andre ord, er det ikke tilstrækkeligt, at det hastede og var vigtigt. Det skal også være umuligt at gøre det rigtigt inden for eksisterende in-

45. Eller »egentlig nødret«, som Henning Koch i sin doktordisputats om emnet ville kalde det, Henning Koch: »Demokrati – slå til«, doktordisputats antaget 7. januar 1994, Gyldendal

46. Der er dog siden rejst tvivl om beslutningsgrundlaget samt dettes tilvejebringelse her i Berlingske: <https://www.berlingske.dk/samfund/aflivning-af-mink-byggede-paa-forkert-grundlag-og-myndighederne-blev>. Det må dog i sidste ende være en vurdering af, hvad regeringen vidste eller burde vide på beslutningstidspunktet, der er afgørende for, om man kan opfylde kravet til nødret.

47. Kravet om proportionalitet kan genfindes i en bredere formuleret version i alle moderne forfatningsretlige fremstillinger, se f.eks. M. Sørensen: Statsforfatningsret (1973), p. 36 ff., Koch (supra note 41), p. 414 ff., Zahle, H.: »Dansk Forfatningsret 3: Menneskerettigheder«, Christian Ejlers' forlag, København 2003, p. 281 ff. Kristian Cedervall Lauta: »Egentlig nødret: et forfatningsretligt studium« (2008), Justitia 31, 6, p. 53-97. Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen, Dansk Statsret (3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2020), p. 35 ff. De tre krav er dog vores samlende bud. Christensen et al. synes i deres analyse endvidere at foreslå et muligt fjerde krav, nemlig folkelig opbakning: »I et parlamentarisk folkestyre som det danske, vil det i forbindelse med domstolsprøvelsen også kunne have betydning, om der har været bred politisk og folkelig opbakning til fravigelsen af grundloven« *ibid.* p. 36.

48. Se U 1945.570 Ø.

49. Dette krav må også følge indirekte af Grundlovens § 23: »I særdeles påtrængende tilfælde kan kongen, når folketinget ikke kan samles, udstede foreløbige love, der dog ikke må stride mod grundloven og altid straks efter folketingets sammentræden skal forelægges dette til godkendelse eller forkastelse.«

50. Vi bemærker her, som en teoretisk pointe, at hvis regeringen havde forelagt lovforslag til hastesbehandling, frem for blot at træffe beslutning som gjort, og hvis Folketinget i den situation havde afvist at tilvejebringe en lovhjemmel, ville det, såfremt regeringen opretholdt ordren om aflivninger, udløse et endnu større forfatningsretligt spørgsmål: nemlig spørgsmålet om hvorvidt regeringen ville kunne tilsidesætte et flertal i folketinget med henvisning til nødret (baseret på et argument om at minkaflivningerne var nødvendige af hensyn til folkesundheden). Det ville med andre ord udløse en regulær forfatningskrise, som også ville omfatte spørgsmålet om, hvilken statsmagt, der i sidste ende kan definere, om der foreligger en situation, som berettiger forfatningsmæssig nødretlig handlen.

51. Jf. § 14, nr. 2, i bekendtgørelse om COVID-19 hos pelsdyr, BEK nr. 1455 af 8. oktober 2020. Bekendtgørelsen har hjemmel i lov om hold af dyr § 30 om »aflivning af dyr, herunder i et område omkring et udbrudssted«.

52. *Ibid* § 15, jf. § 14, nr. 2

stitutionelle rammer. Alt i alt synes nødretssporet at være en blindgyde set med juridiske øjne.

5. Epilog. Tilbagevirkende kraft og grundlovsbrud

Den lov, der blev vedtaget kort før nytår 2020 med henblik på lovliggørelse af aflivningen af mink i Danmark, ulovliggør minkhold mere generelt indtil udgangen af 2021, jf. § 1, stk. 1.⁵³ Loven træder ifølge sin § 12 i kraft ved bekendtgørelse i Lovtidende (med enkelte undtagelser). Imidlertid synes lovens forarbejder at indeholde en intention om at lovliggøre selve beslutningen om aflivning, som den blev truffet af regeringen i november 2020. Det er således angivet i bemærkningerne til lovens ikrafttrædelsesbestemmelse, at:⁵⁴

»Adgangen til at meddele påbud i medfør af det foreslåede § 5, stk. 2, vil også gælde i perioden forud for den 1. december 2020. Opstår der således forud for dette tidspunkt eksempelvis en situation, hvor den ansvarlige for et minkhold nægter at lade sine mink aflive, vil ministeren for fødevarer, landbrug og ligestilling kunne meddele den pågældende påbud om at aflive minkene inden for en nærmere fastsat frist. Efterkommes påbuddet ikke, vil ministeren i medfør af det foreslåede § 5, stk. 3, kunne lade aflivningen udføre på den pågældendes regning. Den pågældende vil derimod ikke kunne straffes for ikke at efterkomme forbuddet.«

§ 5, stk. 2, giver ministeren hjemmel til at »meddele de forbud og påbud, der er nødvendige for at sikre lovens overholdelse«. Lovens overholdelse indebærer i medfør af § 2, at »[f]ysiske og juridiske personer, der i strid med § 1, stk. 1, holder mink, skal lade dyrene aflive«.

Det er vanskeligt at læse denne passage som andet end en intention om at lovliggøre med tilbagevirkende kraft. Det er højst usædvanligt på denne måde at lovgive med tilbagevirkende kraft gennem forarbejderne. Almindeligvis vil man gøre dette gennem lovens ikrafttrædelsesbestemmelser. Der er dog intet i grundloven som hindrer, at man lovgiver med tilbagevirkende kraft – ej heller gennem forarbejderne. Med en enkelt undtagelse: Håndhævelse. Dette følger af grundlovens § 22.

Ifølge grundlovens § 22 kan en lov tidligst få »lovskraft« efter lovens stadfæstelse: »Et af folketinget vedtaget lovforslag får lovskraft, når det senest 30 dage efter den endelige vedtagelse stadfæstes af kongen. Kongen befaler lovens kundgørelse og drager omsorg for dens fuldbyrdelse.« Dette betyder, at love ikke må håndhæves, før de

er stadfæstet. Dette gælder også for love med tilbagevirkende kraft. Justitsministeriet skriver således i sin vejledning om lov kvalitet, afsnit 8.3:⁵⁵

»En lov kan efter grundlovens § 22 først håndhæves, når lovforslaget er vedtaget af Folketinget og stadfæstet, og loven er kundgjort. Det gælder, uanset om der er tale om en lov, der er bebyrdende eller begunstigende, og uanset om loven er tillagt tilbagevirkende kraft – dvs. at loven har virkning for forhold, der ligger før lovens ikrafttræden. Den hidtil gældende lov vil således skulle overholdes, indtil et eventuelt lovforslag er vedtaget og stadfæstet, og loven er kundgjort. Dette gælder – som anført – uanset om lovændringen måtte ske med virkning fra fremsættelsestidspunktet (tilbagevirkende kraft).«

Uanset at man med minkloven af 29. december 2020 giver adgang til, med tilbagevirkende kraft, at forbyde minkhold, så ændrer dette ikke ved, at grundlovens § 22 er til hinder for at gennemføre en tilbagevirkende lovliggørelse af håndhævelsen.⁵⁶ Den lov der gjaldt frem til 29. december 2020 skal overholdes af myndighederne frem til 29. december 2020. Først når den nye lov er stadfæstet og har fået lovskraft vil det være lovligt at *håndhæve* det forbud mod minkhold, som er indført med loven. Justitsministeriet noterer dog i samme afsnit, at

»[f]orbuddet mod håndhævelse før et lovforslag er vedtaget og stadfæstet, og loven er kundgjort, er dog ikke til hinder for, at offentlige myndigheder kan foretage visse forberedelseshandlinger, som er nødvendige af hensyn til at forberede anvendelsen af ny lovgivning. Der kan eksempelvis være tale om information af offentligheden eller udarbejdelse af udkast til bekendtgørelser eller andre administrative forskrifter, der skal træde i kraft samtidig med den nye lovgivning.«

Der er dog ikke noget i sagsforløbet omkring aflivningen af mink, der tyder på, at regeringen alene iværksatte »forberedelseshandlinger«. Der var efter vores opfattelse tale om håndhævelse af en beslutning om at aflive alle mink. En meddelelse til minkejerne om at »[a]flivningen af alle mink skal være overstået mandag den 9. november 2020 kl. 23.59« og den parallelle opfølgning ved politiet er ikke blot »information af offentligheden«. En sådan håndhævelse kan man på grund af bestemmelsen i grundlovens § 22 ikke efterfølgende lovliggøre. Dette understreger yderligere, at det har en reel betydning, i denne sag, at karakterisere beslutningen om aflivning af mink som grundlovsstridig.

53. Se lov om aflivning af og midlertidigt forbud mod hold af mink, Lov nr. 2185 af 29/12/2020

54. I sin oprindelige udformning stod lovens ikrafttrædelsesbestemmelse i § 9.

55. <https://lovkvalitet.dk/wp-content/uploads/sites/5/2021/01/Vejledning-om-lovkvalitet-1.pdf>.

56. Se hertil også Jens Peter Christensen; Jørgen Albæk Jensen; Michael Hansen Jensen (2020) – Dansk Statsret (3. udg), Jurist- og Økonomforbundets Forlag. De skriver på s. 194: »Det må antages at grundloven forudsætter, at håndhævelse af en lovforskrift først kan komme på tale, når lovforslaget er stadfæstet eller i hvert fald endeligt vedtaget ... Baggrunden herfor er, at der forud for stadfæstelsen eller i hvert fald den endelige vedtagelse af et lovforslag ... slet ikke eksisterer et af grundloven anerkendt retsgrundlag, som kan danne grundlag for håndhævelse.«