

HØJESTERETS KENDELSE

afsagt fredag den 20. november 2020

Sag 37/2020

Anklagemyndigheden

mod

U

(advokat Jakob Fastrup, beskikket)

I tidligere instanser er afsagt kendelse af Retten i Herning den 10. marts 2020 (99-1321/2020) og af Vestre Landsrets 2. afdeling den 11. marts 2020 (VL S-0544-20).

I påkendelsen har deltaget tre dommere: Jon Stokholm, Henrik Waaben og Jan Schans Christensen.

Påstande

U har nedlagt påstand om ophævelse af Vestre Landsrets kendelse af 11. marts 2020, således at hans påstand om løsladelse burde være taget til følge.

Anklagemyndigheden har nedlagt påstand om stadfæstelse.

Sagsfremstilling

Ved ankedom af 16. august 2012 blev U idømt fængselsstraf og udvist med indrejseforbud i 6 år.

U er pålagt opholds-, melde- og underretningspligt, som han tidligere fire gange er dømt for at have overtrådt. Han er tidligere straffet ved:

- dom af 26. april 2018 med 7 dages fængsel for i perioden november 2016 til december 2017 i 60 tilfælde at have undladt at overholde sin meldepligt.

- dom af 4. juni 2019 med 20 dages fængsel for i perioden april 2018 til oktober 2018 i 19 tilfælde at have undladt at overholde sin meldepligt.
- dom af 8. november 2019 med tre måneders fængsel bl.a. for i perioden februar 2019 til oktober 2019 i 21 tilfælde at have undladt at overholde sin meldepligt samt i flere tilfælde at have undladt at overholde sin underretnings- og opholdspligt.
- dom af 17. februar 2020 med 60 dages fængsel for i december 2019 i to tilfælde at have undladt at overholde sin meldepligt.

Den 10. marts 2020 blev U anholdt og fremstillet i grundlovsforhør, hvor han blev sigtet for i et tilfælde at have undladt at overholde sin meldepligt. Anklagemyndigheden påstod U varetægtsfængslet med henvisning til, at han, hvis han blev fundet skyldig, ville blive idømt en fængselsstraf i niveauet 60 dage til 3 måneder. U protesterede. Byretten afsagde herefter følgende kendelse om varetægtsfængsling af U:

”Det kan ud fra sigtedes egen forklaring og sagens bilag i øvrigt lægges til grund, at sigtede har meldepligt 3 gange ugentligt på Kærshovedgaard. Det fremgår af registreringerne fra det elektroniske system på Kærshovedgaard, at sigtede ikke har meldt sig hos politiet den 26. februar 2020. På denne baggrund og dels også på baggrund af sigtedes egen forklaring, finder retten, at der er en begrundet mistanke om, at sigtede ikke har overholdt sin meldepligt jf. udlændingeloven § 60, stk. 2 jf. § 34, stk. 5.

Herefter, og da sigtede tidligere er dømt 4 gange for overtrædelse af sine pålagte pligter, må det forventes, han idømmes en fængselsstraf af mere end 30 dages varighed, hvorfor betingelserne for at fængsle ham efter udlændingelovens § 35a, stk. 1, til stede.”

U kærede kendelsen med påstand om frifindelse for varetægtsfængsling. Den 11. marts 2020 stadfæstede landsretten byrettens kendelse med bemærkning, at landsretten var enig i byrettens begrundelse.

Den 7. april 2020 forlængede byretten varetægtsfængslingen af U til den 5. maj 2020, hvilket blev stadfæstet af landsretten den 14. april 2020. Den 30. april 2020 blev U løsladt.

Anbringender

U har anført navnlig, at varetægtsfængsling i sager som den foreliggende er i strid med Danmarks internationale forpligtelser, jf. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

(EMRK), og med almindelige danske retsprincipper, og at der samlet set er tale om indirekte diskrimination på baggrund af etnicitet.

Varetægtsfængslingen er i strid med det generelle proportionalitetsprincip, hvorefter straffen, herunder varetægtsfængsling, skal sammenholdes med den begåede forbrydelses strafværdighed, dvs. samfundets interesse i at komme overtrædelser som den konstaterede til livs. Der er ingen samfundsmæssige interesser i et pålæg om meldepligt i en situation, hvor den pågældende i forvejen har opholdspligt på et udrejsecenter.

Der er ikke noget anerkendelsesværdigt formål med den pålagte meldepligt, og når det sammenholdes med konsekvenserne ved varetægtsfængsling og efterfølgende straf, udgør den et uproportionalt indgreb i hans frihedsrettigheder, jf. bl.a. EMRK art. 5.

Strafniveauet på det omhandlede område er markant ude af trit med straffniveauet i det danske samfund i øvrigt. Under hensyn til at disse uproportionale straffe alene kan ramme personer med anden etnisk oprindelse end dansk, gøres det gældende, at der er tale om ulovlig indirekte diskrimination og dermed et brud på Danmarks internationale forpligtelser, jf. bl.a. EMRK art. 14.

De almindelige bestemmelser for strafudmålinger i straffelovens kapitel 10 bringes i realiteten ikke, eller særdeles sjældent, i anvendelse i sager inden for udlændingeområdet (opholds-, melde- og underrettningspligt), hvor der har udviklet sig en praksis, hvorefter domstolene slavisk følger de i lovens forarbejder udarbejdede tabeller. Dette er formentlig årsagen til, at domstolene finder, der ikke er tale om uproportional varetægtsfængsling. Der foretages i disse sager ikke nogen reel vurdering af de øvrige hensyn i retsplejelovens § 762. En sådan praksis er dybt betænkelig og indebærer i sig selv et brud på uskyldsformodningen, jf. EMRK art. 6, stk. 2. Når den omhandlende praksis alene bringes i anvendelse indenfor et retsområde, der efter sin natur kun berører personer af anden etnisk herkomst end dansk, er det ligeledes en indirekte diskrimination.

Anklagemyndigheden har anført navnlig, at Vestre Landsrets kendelse af 11. marts 2020 er i overensstemmelse med gældende ret, herunder EMRK.

Varetægtsfængsling efter udlændingelovens § 35 a forudsætter, at der er begrundet mistanke om, at udlændingen gentagne gange har overtrådt f.eks. pålæg om meldepligt, og at varetægtsfængslingen ikke er i strid med proportionalitetsprincippet, jf. § 35 a, stk. 2, jf. retsplejelovens § 762, stk. 3.

Med hensyn til betingelsen om begrundet mistanke henvises til det af byretten anførte, hvorefter mistankekravet ses at være opfyldt.

Af forarbejderne følger det, at udtrykket ”gentagne gange” relaterer sig til, i hvor væsentlig grad udlændingen har misligholdt sine forpligtelser, og at der i den forbindelse skal foretages en individuel og konkret vurdering. Det er forudsat, at der er tale om overtrædelser af en sådan art, at den pågældende vil kunne straffes med fængsel i 30 dage.

U er fire gange inden for to år blevet straffet for ikke at have overholdt sin meldepligt ved kontinuerlige overtrædelser over en længere periode. Med få undtagelser har han overtrådt sin meldepligt mindst én gang hver måned siden november 2016. Det forhold, sagen vedrører, er således et femtegangstilfælde, hvorfor han som minimum må forventes idømt 60 dages fængsel, idet dette er udgangspunktet ved et fjerdegangstilfælde.

Betingelsen om ”gentagne gange” ses herefter at have været opfyldt, og henset til varigheden af den forventede fængselsstraf, var varetægtsfængslingen ikke i strid med proportionalitetsprincippet.

Vurderingen af, hvorvidt uskyldsformodningen og EMRK art. 6 er krænket, indgår i vurderingen af, om varetægtsfængslingen er i overensstemmelse med EMRK art. 5.

Med hensyn til kravene efter EMRK art. 5, stk. 1, litra c, herunder proportionalitet og begrundet mistanke, til en frihedsberøvelse, kan i vid udstrækning henvises til det ovenfor anførte vedrørende udlændingelovens § 35 a, herunder særligt Us fire tidligere straffe for manglende overholdelse af meldepligten.

Efter praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) er det et krav efter EMRK art. 5, stk. 3, at varetægtsfængslingen også baserer sig på en relevant og tilstrækkelig

begrundelse, hvilket bl.a. kan være gentagelsesrisiko, jf. EMD sag nr. 72508/13, af 28. september 2017, Merabishvili mod Georgien, pr. 222. Efter forarbejderne har varetægtsfængslingen til formål at sikre tilstedeværelsen af kriminelle udlændinge, som overtræder deres kontrolforpligtelser, således at der kan gribes hurtigt ind. Varetægtsfængslingen kan derfor anses for at være begrundet i gentagelsesrisikoen.

Spørgsmålet om, hvorvidt EMRK art. 14 er krænket, fordi straffniveauet for overtrædelse af reglerne om bl.a. meldepligt, der alene vedrører udlændinge, ikke skulle stå i rimeligt forhold til det generelle straffniveau, vedrører strafudmålingen. Det bør derfor behandles i forbindelse med selve straffesagen og ikke under sagen om varetægtsfængsling.

Retsgrundlag

Udlændingelovens § 35 a og § 60, stk. 2, lyder:

”§ 35 a. En udlænding kan varetægtsfængsles, når der er begrundet mistanke om, at udlændingen gentagne gange har overtrådt pålæg givet i medfør af § 34, stk. 4-6, § 42 a, stk. 8, 1. og 3. pkt., eller § 42 a, stk. 10.

Stk. 2. Retsplejelovens bestemmelser om varetægtsfængsling og foranstaltninger, der træder i stedet herfor, finder i øvrigt anvendelse.

§ 60...

Stk. 2. Overtrædelse af de i medfør af § 34, stk. 4-6, og § 42 a, stk. 8, 1. og 3. pkt., og stk. 10, givne pålæg straffes med fængsel indtil 1 år og 6 måneder.”

Udlændingelovens § 35 a og § 60, stk. 2, blev nyaffattet ved lov nr. 174 af 27. februar 2019, hvor der bl.a. blev gennemført en ændring og skærpelse af straffniveauet efter udlændingelovens § 60, stk. 2. I lovforslagets almindelige bemærkninger pkt. 1 hedder det bl.a. (Folketingstidende 2018-19, 1. samling, tillæg A, lovforslag nr. L 140, s. 12-13):

”Desuden foreslås der en betydelig skærpelse af straffen for overtrædelse af opholds-, underrettnings- og meldepligt i forhold til det gældende straffniveau.

...

Endvidere foreslås den særlige adgang til varetægtsfængsling af udlændinge, der overtræder de pålagte kontrolforanstaltninger, der er fastsat i udlændingeloven, skærpet, således at adgangen til varetægtsfængsling afspejler den foreslåede straffeskærpelse.”

I lovforslagets bemærkninger til udlændingelovens § 35 a hedder det bl.a. (Folketingstidende 2018-19, 1. samling, tillæg A, lovforslag nr. L 140, s. 90-91):

”Nyaffattelsen har til formål at give mulighed for at ændre den periode, over hvilken retten skal vurdere overtrædelsernes omfang, i forbindelse med en kendelse om varetægtsfængsling.

...

Der vil fortsat gælde samme mistankekrav, som gælder for varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 1, og der vil således fortsat stilles krav om, at der er begrundet mistanke om, at udlændingen har begået gentagne overtrædelser af udlændingelovens § 34, stk. 4, 5 eller 6, § 42 a, stk. 8, eller § 42 a, stk. 10.

Ved begrundet mistanke forstås, at udlændingen har begået gentagne overtrædelser af opholds-, underretnings- og meldepligt.

Ved gentagne overtrædelser forstås, at den pågældende i væsentlig grad misligholder sine forpligtelser. Spørgsmålet om, hvorvidt en udlænding i væsentlig grad misligholder sine forpligtelser, vil bero på en individuel og konkret vurdering af den pågældendes forhold. Det foreslås i den forbindelse, at spørgsmålet om, hvornår en udlænding i væsentlig grad misligholder sine forpligtelser, skal afgøres i lyset af den foreslåede skærpelse af strafudmålingsniveauet og strafferammen, jf. lovforslagets afsnit 9.

...

Ved vurderingen af, om der er tale om gentagne overtrædelser inden for de nævnte perioder, vil det fortsat være forudsat, at der er tale om overtrædelser af et sådant omfang, at den pågældende vil kunne straffes med fængsel i mere end 30 dage, jf. retsplejelovens § 762, stk. 3. Dette indebærer, at der som følge af den foreslåede straffeskærpelse, der gennemføres i 2019, vil kunne ske varetægtsfængsling efter 6-9 overtrædelser i førstegangstilfælde, 3-5 overtrædelser i andegangstilfælde og 1-2 overtrædelser i tredjeegangstilfælde, idet disse overtrædelser som udgangspunkt vil udløse en straf på 40 dages fængsel.

...

Domstolene vil i forbindelse med vurderingen af sagen skulle tage stilling til, om varetægtsfængslingen udgør et proportionalt indgreb i forhold til den forvoldte forstyrrelse af den sigtedes forhold, sagens betydning og den retsfølge, som kan ventes, hvis den sigtede findes skyldig. Det forudsættes dog, at varetægtsfængsling som udgangspunkt anses for et proportionalt indgreb, når den pågældende kan idømmes mere end 30 dages fængsel – uanset det samlede antal overtrædelser, jf. retsplejelovens § 762, stk. 3.”

I lovforslagets bemærkninger til udlændingelovens § 60, stk. 2, med ikrafttræden den 1. juni 2019, hedder det bl.a. (Folketingstidende 2018-19, 1. samling, tillæg A, lovforslag nr. L 140, s. 101-102):

”Det forudsættes, at straffen for overtrædelse af opholds-, underretnings- og meldepligt som hidtil som udgangspunkt fastsættes efter et takstmæssigt fastlagt straffniveau, dog således, at antallet af overtrædelser pr. kalendermåned fremover som udgangspunkt vil være afgørende for den konkrete udmålte straf. De foreslåede takstmæssige straffniveauer fremgår af bilag 1 til lovforslaget.

De foreslåede skærper af straffen har til formål at sikre, at det har klare konsekvenser for den enkelte udlænding, der ikke overholder de pålagte kontrolforpligtelser. Formålet er endvidere at bidrage til at forhindre nye overtrædelser af kontrolforpligtelserne, og at forpligtelserne dermed i højere grad overholdes. Formålet er også – ved at forebygge overtrædelse – at sikre, at Udlændingestyrelsen og politiet løbende får oplysninger til brug for Udlændingestyrelsens og politiets kontrol med udlændinge på tålt ophold, kriminelle udviste, fremmedkrigere og udlændinge, der er udvist i medfør af udlændingelovens § 25.

...

Det skal som hidtil anses som en skærpende omstændighed i forbindelse med strafudmålingen for en overtrædelse af opholds-, melde- og underretningspligten, hvis udlændingen tidligere har været dømt for overtrædelse af de nævnte forpligtelser. Den nærmere strafskærpelse i gentagelsestilfælde forudsættes ligeledes fastsat efter det takstmæssigt fastlagte strafniveau, hvoraf også fremgår, hvilke skærper af straf der som udgangspunkt skal idømmes i gentagelsestilfælde.

...

Fastsættelsen af straffen vil i øvrigt altid bero på domstolens konkrete vurdering i det enkelte tilfælde af samtlige omstændigheder i sagen. Det angivne strafniveau vil derfor kunne fraviges i op- og nedadgående retning, hvis der i den konkrete sag foreligger skærpende eller formildende omstændigheder, jf. herved de almindelige regler om straffens fastsættelse i straffelovens kapitel 10.”

Af samme lovforslags bilag 1 fremgår bl.a. et skema til brug for straffastsættelse for overtrædelser begået efter den 1. juni 2019, jf. lovforslagets § 1, nr. 23. I skemaet er straffen for 1-2 overtrædelser af bl.a. meldepligten i fjerdegangstilfælde angivet til fængsel i 60 dage.

Højesterets begrundelse og resultat

Sagen for Højesteret angår, om betingelserne for varetægtsfængsling af U efter udlændingelovens § 35 a var opfyldt den 11. marts 2020, da Vestre Landsret traf afgørelse om at varetægtsfængsle ham, efter at han den 10. marts 2020 var blevet anholdt og sigtet for overtrædelse af udlændingelovens § 34, stk. 5, om meldepligt.

Efter udlændingelovens § 35 a, stk. 1, kan en udvist udlænding varetægtsfængsles, bl.a. når der er begrundet mistanke om, at den pågældende gentagne gange har overtrådt pålæg om meldepligt efter udlændingelovens § 34, stk. 5.

U, der boede på Udrejsecenter Kærshovedgård og var pålagt opholds-, melde- og underretningspligt, var sigtet for den 26. februar 2020 at have overtrådt sin meldepligt, som han var pålagt tre gange ugentligt. Han er tidligere straffet for overtrædelse af meldepligt, idet han ved

Retten i Hernings dom af 26. april 2018 blev straffet med 7 dages fængsel for overtrædelse af sin meldepligt, ved Retten i Hernings dom af 4. juni 2019 blev straffet med 20 dages fængsel for overtrædelse af sin meldepligt, ved Retten i Hernings dom af 8. november 2019 blev straffet med tre måneders fængsel for overtrædelse af sin opholds-, melde- og underretningspligt, og ved Retten i Hernings dom af 17. februar 2020 blev straffet med 60 dages fængsel for overtrædelse af sin meldepligt.

Det er Us opfattelse, at strafniveauet for overtrædelse af meldepligten er uproportionalt og diskriminerende, og at varetægtsfængslingen af ham som følge heraf ligeledes var uproportional og diskriminerende samt i strid med uskyldsformodningen.

Efter skærpelse af straffen for overtrædelse af meldepligt ved lov nr. 174 af 27. februar 2019 skal straffen for overtrædelse af opholds-, melde- og underretningspligt som udgangspunkt fastsættes til 60 dage, når der i fjerdegangstilfælde er tale om 1-2 overtrædelser pr. kalendermåned.

Højesteret finder, at der ikke er det fornødne klare grundlag for at fastslå, at det strafniveau, der anvendes ved overtrædelse af meldepligten, er i strid med danske retsprincipper eller Danmarks internationale forpligtelser, herunder navnlig proportionalitetsprincippet og art. 5 og 14 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

U var varetægtsfængslet efter udlændingelovens § 35 a. Højesteret tiltræder, at der var begrundet mistanke om, at han ikke havde overholdt sin meldepligt efter udlændingelovens § 34, stk. 5, og at der er tale om et femtegangstilfælde.

På den anførte baggrund finder Højesteret, at varetægtsfængslingen af U som sket ikke var i strid med proportionalitetsprincippet, jf. udlændingelovens § 35 a, stk. 2, jf. retsplejelovens § 762, stk. 3.

Der er ikke i øvrigt grundlag for at fastslå, at varetægtsfængslingen af U var i strid med dansk ret eller danske retsprincipper, herunder ulovlig indirekte diskrimination.

Indgreb i den personlige frihed ved varetægtsfængsling er beskyttet i art. 5, stk. 1, litra c) og stk. 3, i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Varetægtsfængslingen af U har hjemmel i udlændingelovens § 35 a. Bestemmelsen tjener et anerkendelsesværdigt formål, idet den efter forarbejderne skal sikre, at der hurtigt kan gribes ind, hvis en udvist kriminel på grov vis ikke overholder sin opholds-, melde- eller underretningspligt, og ligeledes skal den sikre tilstedeværelsen af en udvist kriminel under straffesagen.

U er udvist og pålagt opholds-, melde- og underretningspligt, som han har undladt at overholde adskillige gange og derfor tidligere fire gange er straffet med fængsel op til tre måneder. Han er nu sigtet for i et femtegangstilfælde at have undladt at overholde sin meldepligt den 26. februar 2020, mindre end 10 dage efter den seneste afgørelse om overtrædelse af meldepligt.

På den anførte baggrund, og da det, som U i øvrigt har anført, ikke kan føre til andet resultat, finder Højesteret, at varetægtsfængslingen af U ikke var i strid med Danmarks internationale forpligtelser.

Højesteret stadfæster derfor landsrettens kendelse.

Thi bestemmes:

Landsrettens kendelse stadfæstes.

U skal betale sagens omkostninger.