

# HØJESTERETS KENDELSE

## afsagt fredag den 21. august 2020

**Sag 13/2020 og 14/2020**

Anklagemyndigheden

mod

T

(advokat Finn Roger Nielsen, beskikket)

I tidligere instanser er der afsagt kendelser af Retten i Herning den 20. november 2019 (99-4836/2019) samt af Vestre Landsrets 1. afdeling den 22. november 2019 (S-2388-19) og Vestre Landsrets 4. afdeling den 18. december 2019 (S-2500-19).

I påkendelsen har deltaget tre dommere: Jon Stokholm, Vibeke Rønne og Jan Schans Christensen.

### **Påstande**

T har nedlagt påstand om, at Vestre Landsrets kendelse om varetægtsfængsling af 22. november 2019 ophæves (sag 13/2020), og at Vestre Landsrets kendelse om varetægtsfængsling af 18. december 2019 ophæves, subsidiært begrænses til den 23. december 2019 (sag 14/2020).

Anklagemyndigheden har nedlagt påstand om stadfæstelse i begge sager.

### **Sagsfremstilling**

T, der er somalisk statsborger, blev den 10. november 2018 idømt en straf på 10 måneders ubetinget fængsel for grov vold i gentagelsestilfælde og udvist af Danmark med indrejseforbud i 6 år.

Som følge af udvisningen bortfaldt Ts opholdstilladelse, jf. udlændingelovens § 32, stk. 1.

Efter endt afsoning traf Flygtningenævnet den 14. august 2019 afgørelse om, at T ikke tvangsmæssigt kunne udsendes til Somalia eller et andet land, hvor han ikke var beskyttet mod at blive videresendt til Somalia, jf. udlændingelovens § 32 a, jf. § 31, stk. 1.

T blev den 16. august 2019 af Udlændingestyrelsen pålagt opholds- og underretningspligt i medfør af udlændingelovens § 42 a, stk. 8, 1. pkt., og stk. 10.

Den 26. august 2019 blev T af Udlændingecenter Nordsjælland pålagt meldepligt i medfør af udlændingelovens § 34, stk. 4.

T blev den 23. oktober 2019 fremstillet i grundlovsforhør og sigtet for bl.a. overtrædelse af opholdspligten i perioden fra den 4. til den 13. oktober 2019, underretningspligten i perioden fra den 6. til den 8. oktober 2019 og meldepligten den 19. august 2019 samt i perioden fra den 7. til den 13. oktober 2019. T blev samme dag varetægtsfængslet i medfør af udlændingelovens § 35 a, stk. 1.

Den 24. oktober 2019 stadfæstede Vestre Landsret byrettens kendelse.

Den 20. november 2019 blev T ved Retten i Herning idømt fængsel i 60 dage og udvisning af Danmark med indrejseforbud i 6 år for overtrædelse af udlændingelovens § 60, stk. 2, jf. § 34, stk. 4, og § 42 a, stk. 8, 1. pkt., og stk. 10 samt udlændingelovens § 60, stk. 1, jf. § 42 a, stk. 7, 4. pkt., ved at have overtrådt de pålagte melde-, opholds- og underretningspligter i alt 19 gange og ved i beruset tilstand at have kaldt personalet diverse ukvemsord, sparket på bygningernes døre, truet andre beboere og råbt af personalet.

T ankede dommen til Vestre Landsret med påstand vedrørende tiltalen for overtrædelse af udlændingelovens § 60, stk. 2, jf. § 34, stk. 4, og § 42 a, stk. 8, 1. pkt., og stk. 10, om frifindelse, subsidiært strafbortfald og mest subsidiært formildelse. Vedrørende tiltalen for overtrædelse af lovens § 60, stk. 1, jf. § 42 a, stk. 7, 4. pkt., har han alene påstået frifindelse, subsidiært formildelse.

Byretten bestemte samtidig med dommen af 20. november 2019, at T fortsat skulle være varetægtsfængslet under anken i medfør af udlændingelovens § 35 a, stk. 1. Af byrettens begrundelse fremgår:

”Tiltalte er idømt 60 dages fængsel for overtrædelser af opholds-, melde- og underrettingspligterne. Selvom tiltalte ikke tidligere er dømt herfor, finder retten, at der henset til omfanget af overtrædelserne er tale om gentagne overtrædelser, hvorfor betingelserne i udlændingelovens § 35 a, stk. 1 er opfyldt. Da en fortsat fængsling i 4 uger, ikke vil være uproportional i forhold til den idømte straf, finder retten, at tiltalte fortsat skal være varetægtsfængslet under anken, jf. retsplejelovens § 769, jf. udlændingelovens § 35 a, stk. 2. Det må herefter være op til landsretten at vurdere, om en evt. berømmelse af ankesagen efter de 4 uger, skal give anledning til en løsladelse allerede forud for fristens udløb.

Som anført i rettens dom er der ikke grundlag for at antage, at tiltalte – selvom han lider af en voldsom PTSD – er omfattet af straffelovens § 16, og tiltalte har da også de sidste 4 uger siddet varetægtsfængslet i almindeligt arresthus. Retten finder derfor ikke grundlag for, at fortsat varetægtsfængsling skal ske i surrogat, jf. retsplejelovens § 765.”

Vestre Landsret stadfæstede den 22. november 2019 byrettens kendelse.

Ved kendelse af 18. december 2019 bestemte landsretten, at T fortsat skulle være varetægtsfængslet i medfør af udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, indtil der var afsagt dom i ankesagen. Ankesagen var berammet til 8. januar 2020. Af rettens begrundelse fremgår bl.a.:

”Tiltalte blev ved dom af 20. november 2019 straffet med fængsel i 60 dage for overtrædelse af udlændingelovens § 60, stk. 2, jf. § 34, stk. 4, § 42, stk. 1, 1. pkt., § 42 a, stk. 7, 4. pkt., og stk. 10, og udvist af Danmark med indrejseforbud i 6 år. Der er derfor en begrundet mistanke om, at tiltalte er skyldig i den rejste tiltale.

Tiltalte er tidligere ved Østre Landsrets anke dom af 16. november 2018 idømt fængsel i 10 måneder og udvist af Danmark med indrejseforbud i 6 år. Tiltalte kan derfor ikke anses for at have fast bopæl i Danmark. Det forhold, at Flygtningenævnet den 14. august 2019 har bestemt, at tiltalte ikke kan udsendes tvangsmæssigt til Somalia, jf. udlændingelovens § 32 a, jf. § 31, stk. 1, kan ikke føre til en anden vurdering.

Herefter, og da der efter oplysningerne om tiltaltes udeblivelse fra Udrejsecenter Kærshovedgård er bestemte grunde til at anse varetægtsfængslingen for nødvendig for at sikre tiltaltes tilstedeværelse under ankesagen, og da tiltalte er tiltalt for at have begået en lovovertrædelse, der kan medføre udvisning efter udlændingelovens § 22-24, er betingelserne for varetægtsfængsling af tiltalte, indtil der er afsagt dom i ankesagen, opfyldt, jf. retsplejelovens § 769, stk. 3, jf. § 767, stk. 2, jf. udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1. Proportionalitetsbetragtninger kan ikke føre til en anden vurdering.

Efter det foreliggende er der ikke grundlag for at træffe bestemmelse om, at varetægtsfængslingen skal ske i surrogat.”

### **Retsgrundlag**

Udlændingelovens § 34, stk. 4, lyder således:

”Stk. 4. Politiet bestemmer, medmindre særlige grunde taler derimod, at en udlænding, hvis opholdstilladelse efter § 7 eller § 8, stk. 1 eller 2, er bortfaldet, jf. § 32, stk. 1, eller § 21 b, stk. 1, men som ikke kan udsendes af landet, jf. § 31, og en udlænding, der har fået afslag på en ansøgning om opholdstilladelse efter § 7 eller § 8, stk. 1 eller 2, men som ikke kan udsendes af landet, jf. § 31, skal give møde hos politiet på nærmere angivne tidspunkter med henblik på løbende at sikre, at politiet har kendskab til udlændingens opholdssted.”

Udlændingelovens § 42 a, stk. 8, lyder således:

”Stk. 8. Udlændingestyrelsen bestemmer, medmindre særlige grunde taler derimod, at en udlænding, hvis opholdstilladelse efter § 7 eller § 8, stk. 1 eller 2, er bortfaldet, jf. § 32, stk. 1, eller § 21 b, stk. 1, men som ikke kan udsendes af landet, jf. § 31, en udlænding, der har fået afslag på en ansøgning om opholdstilladelse efter § 7, men som ikke kan udsendes af landet, jf. § 31, og en udlænding, der er udvist ved endelig dom efter §§ 22-24, og som ikke er varetægtsfængslet efter § 35, skal tage ophold på et bestemt indkvarteringssted for de i stk. 1 og 2 nævnte udlændinge. Drager politiet omsorg for en udlændings udrejse, og medvirker udlændingen ikke hertil, bestemmer Udlændingestyrelsen, medmindre særlige grunde taler derimod, at udlændingen skal tage ophold på et bestemt indkvarteringssted for de i stk. 1 og 2 nævnte udlændinge. Udlændingestyrelsen bestemmer, medmindre særlige grunde taler derimod, at en udlænding, hvis opholdstilladelse eller opholdsret er bortfaldet efter § 21 b, stk. 1, eller som er udvist i medfør af § 25, skal tage ophold på et bestemt indkvarteringssted for de i stk. 1 og 2 nævnte udlændinge. Stk. 7, 4. pkt., finder tilsvarende anvendelse.”

Udlændingelovens § 42 a, stk. 10, lyder således:

”Stk. 10. Udlændingestyrelsen bestemmer, medmindre særlige grunde taler derimod, at en udlænding, som er pålagt at tage ophold på et bestemt indkvarteringssted, jf. stk. 8, 1. og 3. pkt., skal give underretning til indkvarteringsoperatøren, hvis udlændingen i tidsrummet mellem kl. 23.00 og 6.00 opholder sig uden for indkvarteringsstedet. En underretning kan alene omfatte den førstkommende nat eller alene de tidsrum i løbet af den pågældende nat, hvor udlændingen opholder sig uden for indkvarteringsstedet.”

Udlændingelovens § 34, stk. 4, og § 42 a, stk. 8, og stk. 10, blev nyaffattet ved lov nr. 446 af 13. april 2019. Af de almindelige bemærkninger om lovforslagets baggrund og formål fremgår bl.a. (Folketingstidende 2018-19, tillæg A, lovforslag nr. L 165, s. 5):

”Lovforslaget indeholder for det første et forslag om at nyaffatte bestemmelserne om opholds-, underretnings- og meldepligt. Udlændinge på tålt ophold skal pålægges opholds-, underretnings- og meldepligt, medmindre særlige grunde, herunder Danmarks internationale forpligtelser, taler herimod. Det har i den forbindelse hidtil været opfattelsen, at udlændinge på tålt ophold er omfattet af artikel 2 i 4. tillægsprotokol til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK), og at de er omfattet af den beskyttelse af bevægelsesfriheden, der følger af bestemmelsen. Formålet med nyaffattelsen er på den baggrund at kunne angive i bemærkningerne, at personer på tålt ophold ikke har lovligt ophold her i landet og som konsekvens heraf ikke længere vil være omfattet af beskyttelsen af bevægelsesfriheden i artikel 2 i 4. tillægsprotokol til EMRK.”

Af lovforslagets almindelige bemærkninger fremgår bl.a. (s. 16):

”Ved dom af 31. januar 2012 i sagen M. S. mod Belgien har Menneskerettighedsdomstolen imidlertid fundet, at en udlænding på tålt ophold, der ikke efter belgisk ret havde lovligt ophold, heller ikke havde lovligt ophold i medfør af artikel 2 i 4. tillægs-protokol til EMRK. Det udgjorde dermed ikke et indgreb i denne bestemmelse, at udlændingen bl.a. var blevet pålagt at bo på en bestemt adresse, at melde sig to gange om dagen til det lokale politi samt ikke at forlade en bestemt kommune uden på forhånd at have underrettet det lokale politi.

...

På baggrund af M. S.-dommen må det efter regeringens opfattelse konkluderes, at når en stat har truffet beslutning om at udvise en udlænding, befinder vedkommende sig ikke længere lovligt på den udvisende stats territorium og er derfor ikke beskyttet af artikel 2 i 4. tillægsprotokol til EMRK. Denne vurdering ændres ikke af, at de pågældende udlændinge pålægges at tage ophold i bestemte udrejsecentre i Danmark.

...

Det er på den baggrund Udlændinge- og Integrationsministeriets opfattelse, at det bør fremgå af bemærkningerne til opholds-, underretnings- og meldepligten, at en udlænding på tålt ophold ikke er omfattet af artikel 2 i den 4. tillægsprotokol til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, idet den pågældende ikke har lovligt ophold her i landet.

Den foreslåede ændring ændrer ikke ved, at myndighederne som hidtil skal vurdere, om et pålæg om opholds-, underretnings- og meldepligt rejser spørgsmål om forholdet til Danmarks øvrige internationale forpligtelser, herunder navnlig artikel 8 i EMRK om beskyttelse af ret til respekt for familie- og privatlivet, jf. nærmere nedenfor under pkt. 3.1.”

Udlændingelovens § 35 a har følgende ordlyd:

”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.”

§ 35 a, stk. 1, blev nyaffattet ved lov nr. 174 af 27. februar 2019. Af lovforslagets bemærkninger til § 35 a fremgår bl.a. (Folketingstidende 2018-19, 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.

...

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 skærpende af strafudmålingsniveauet og strafferammen, jf. lovforslagets afsnit 9.

Det forudsættes, at retten i lighed med gældende praksis skal vurdere overtrædelsernes omfang over en vis periode. Det forudsættes i den forbindelse, at overtrædelsernes omfang fremover vil skulle vurderes inden for en periode på 2 måneder, hvis der er tale om en udlænding, der ikke tidligere er straffet for overtrædelser af kontrolforpligtelserne. Er der tale om, at den pågældende tidligere har været straffet for overtrædelse af kontrolforpligtelserne, vil der skulle mindre til, og perioden vil derfor være kortere og op til 1 måned.

...

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 straffeskærpende, der gennemføres i 2019, vil kunne ske varetægtsfængsling efter 6-9 overtrædelser i førstegangstilfælde, 3-5 overtrædelser i andengangstilfælde og 1-2 overtrædelser i tredjeegangstilfælde, idet disse overtrædelser som udgangspunkt vil udløse en straf på 40 dages fængsel.

Spørgsmålet om, på hvilket tidspunkt der inden for de nævnte perioder kan ske varetægtsfængsling, beror på, i hvilket omfang udlændingen overtræder sine forpligtelser.

...

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.

...

Bestemmelsen i udlændingelovens § 35 a udgør som hidtil en særlig adgang til varetægtsfængsling, som supplerer de gældende regler i retsplejeloven. Det er forudsat, at bestemmelsen i praksis som udgangspunkt går forud for varetægtsfængsling efter retsplejelovens regler. Dette indebærer, at anklagemyndigheden skal nedlægge principal påstand om varetægtsfængsling efter udlændingeloven, subsidiært efter retsplejelovens almindelige regler i kapitel 70, medmindre anden lovgivning er overtrådt.

I det omfang udlændingelovens § 35 a ikke finder anvendelse, vil der fortsat kunne ske varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 1 og 2, ligesom der også kan ske varetægtsfængsling efter § 35 i udlændingeloven eller frihedsberøvelse efter § 36 i udlændingeloven, hvis betingelserne herfor i øvrigt er opfyldt.”

Ved lov nr. 174 af 27. februar 2019 blev der gennemført en ændring af udlændingelovens § 60, stk. 2, der med virkning fra den 1. juni 2019 fik følgende ordlyd:

”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.”

Af lovforslagets almindelige bemærkninger fremgår bl.a. (Folketingstidende 2018-19, tillæg A, lovforslag nr. L 140, s. 101):

”Strafskærpelserne foreslås at træde i kraft for overtrædelser af kontrolforpligtelser, der er begået efter den 1. juni 2019, jf. lovforslagets § 11, stk. 2.

...

Det betyder f.eks., at udgangspunktet for strafudmålingen fra 1. juni 2019 for henholdsvis 6-9 overtrædelser pr. kalendermåned i førstegangstilfælde vil være 40 dages fængsel. Det betyder også, at der i andengangstilfælde eksempelvis vil være tale om en fængselsstraf i 50 dage for 6-9 overtrædelser pr. kalendermåned, at der i tredjegangstilfælde vil være tale om en fængselsstraf i 60 dage for 6-9 overtrædelser pr. kalendermåned, ligesom der i fjerdegangstilfælde vil være tale om en fængselsstraf i 3 måneder for det samme antal overtrædelser pr. måned, jf. nærmere herom bilag 1.”

Af lovforslagets bilag 1 fremgår bl.a.:

”Skema til brug for straffastsættelse for overtrædelse begået efter den 1. juni 2019, jf. lovforslagets § 1, nr. 23

| Antal overtrædelser pr. kalendermåned | 1. gangstilfælde  | 2. gangstilfælde  | 3. gangstilfælde       | 4. gangstilfælde        |
|---------------------------------------|-------------------|-------------------|------------------------|-------------------------|
| 1-2                                   | Fængsel i 7 dage  | Fængsel i 14 dage | Fængsel i 40 dage      | Fængsel i 60 dage       |
| 3-5                                   | Fængsel i 14 dage | Fængsel i 40 dage | Fængsel i 50 dage      | Fængsel i 60 dage       |
| 6-9                                   | Fængsel i 40 dage | Fængsel i 50 dage | Fængsel i 60 dage*     | Fængsel i 3 måneder**   |
| 10-                                   | Fængsel i 60 dage | Fængsel i 60 dage | Fængsel i 3 måneder*** | Fængsel i 4 måneder**** |

”

Udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, har følgende ordlyd:

”§ 35. En udlænding kan varetægtsfængsles, når der er bestemte grunde til at anse varetægtsfængslingen for nødvendig for at sikre udlændingens tilstedeværelse under sagen og under eventuel appel, indtil en eventuel bestemmelse om udvisning kan fuldbyrdes og når:

1) Udlændingen ikke har fast bopæl her i landet, og der er begrundet mistanke om, at udlændingen har begået en lovovertrædelse, der kan medføre udvisning efter §§ 22-24.”

Bestemmelsen blev indført ved udlændingeloven af 1983 (lov nr. 226 af 8. juni 1983). I forslaget til denne lov (Folketingstidende 1982-83, Tillæg A, Lovforslag nr. L 105, sp. 2060) anføres, at bestemmelsen med redaktionelle ændringer svarer til § 27 i betænkning nr. 968/1982 om udlændingelovgivningen.

I den nævnte betænkning hedder det i bemærkningerne til udkastets § 27 (side 189):

”Bestemmelsen, der er ny, er en følge af udkastets forslag om, at udvisning på grund af strafbart forhold fremtidig skal ske ved dommen i straffesagen, jfr. bemærkningerne i kapitel 5.3. side 63 f. om baggrunden for udkastet. Reglen supplerer bestemmelserne om varetægtsfængsling i retsplejelovens kapitel 70. Den kan kun anvendes over for udlændinge, der ikke har fast bopæl her i landet. Udlændinge, der har fast bopæl i landet, bør i henseende til varetægtsfængsling være ligestillet med danske statsborgere.

Varetægtsfængsling efter § 27 vil kunne finde sted i to situationer: Når der er begrundet mistanke om, at udlændingen har begået lovovertrædelse, der kan medføre dom til udvisning, og når udlændingen er indrejst i strid med et indrejseforbud. I begge tilfælde kræves, at der er bestemte grunde til at anse varetægtsfængsling for nødvendig for at sikre udlændingens tilstedeværelse under sagen og under eventuel appel, jfr. herved retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 1.”

Om den foreslåede bestemmelse anføres i betænkningen mere generelt bl.a. (side 64):

”Udvalget foreslår endvidere, at der i udlændingeloven optages en særlig bestemmelse om varetægtsfængsling af udlændinge, der ikke har fast bopæl her i landet, jfr. lovudka-



stets § 27. I betænkning nr. 728/1974 om anholdelse og varetægt, der ligger til grund for de nuværende regler om varetægtsfængsling i retsplejelovens kapitel 70, er der side 24 redegjort for, at der uden for retsplejeloven kan være behov for en særlig fængslingshjemmel i udlændingeloven for så vidt angår udlændinge, der sigtes for overtrædelse af et tidligere meddelt udvisningstilhold, og som på grund af tvivl om tilholdets eksistens eller gyldighed ikke straks kan dømmes for den påsigtede lovovertrædelse.

Hvis udvalgets forslag om, at udvisning på grund af strafbart forhold fremtidig skal ske ved dom i forbindelse med straffesagens behandling, gennemføres, vil der desuden være behov for en særlig fængslingshjemmel til sikring af udlændingens tilstedeværelse under straffesagen og under eventuel appel, indtil dommens bestemmelse om udvisning kan fuldbyrdes. Herved undgår man også, at udlændinge, der idømmes frihedsstraf for overtrædelse af et udvisningstilhold, blot ved at anke eller ubede sig betænkningstid med henblik på appel undgår fuldbyrdelse af straffedommen, idet de har måttet udsendes straks. Det er uforeneligt med bestemmelserne i grundlovens § 71 at anvende administrativ frihedsberøvelse i sådanne tilfælde. Bestemmelserne i retsplejelovens § 762, stk. 1, tillader imidlertid kun varetægtsfængsling for lovovertrædelser, der efter loven kan medføre fængsel i 1 år og 6 måneder eller derover, og adgangen til udvisning på grund af strafbart forhold er hverken i flertallets eller mindretallets udkast til § 18 begrænset til sådanne lovovertrædelser, når det drejer sig om udlændinge, der ikke har bopæl her i landet.

Udvalget finder derfor, at der bør tilvejebringes en særlig fængslingshjemmel i udlændingeloven som supplement til retsplejelovens regler, for så vidt angår udlændinge, der kan forventes udvist ved dom, eller som kan dømmes for overtrædelse af et indrejseforbud, og hvis tilstedeværelse det af hensyn hertil er nødvendigt at sikre. Der henvises herved også til mindretalsudtalelsen i betænkning nr. 728/1974, side 29, 2. spalte.”

Den anførte henvisning angår betænkning nr. 728/1974 om anholdelse og varetægt. Den mindretalsudtalelse, der henvises til, vedrører forslag om i retsplejeloven at udskille tilfælde, hvor der typisk vil foreligge behov for varetægtsfængsling, til beskrivelse i en særlig regel. Om disse tilfælde hedder det i mindretalsudtalelsen bl.a. (side 29):

”En tredje gruppe, hvor der ligeledes generelt vil være et behov for at sikre sigtedes person under sagen, er den, der beskrives i den gældende retsplejelovs § 780, stk. 1, nr. 1). Hvor sigtede er uden bopæl eller fast opholdssted her i landet, vil der typisk være risiko for, at han vil unddrage sig forfølgningen og fuldbyrdelsen. En del af dem, der omfattes af denne beskrivelse, er udlændinge uden fast tilknytning her til landet, der på fri fod kan ventes at ville unddrage sig ansvaret definitivt ved at rejse ud af landet. For indlændinge uden bopæl eller fast opholdssted kan en definitiv unddragelse i reglen ikke befrygtes, men manglen af fast bopæl fører med sig, at det ofte vil være vanskeligt rettidigt at tilsige dem til retsmøder, eller der vil være grund til at frygte, at de vil udeblive fra retsmøder, hvortil de er indkaldt.”

Højesterets kendelse af 20. september 2019 i sag 69/2019 og 74/2019 (UfR 2015.515) vedrørte varetægtsfængsling i medfør af udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, af en udlænding uden fast bopæl her i landet. Af kendelsen fremgår bl.a.:

”Varetægtsfængsling efter udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, kan ske, selv om frihedsberøvelsen vil overstige den forventede straf, såfremt den pågældende findes skyldig. Der skal imidlertid også ved fængsling efter denne bestemmelse foretages en proportionalitetsvurdering, jf. Højesterets kendelse af 15. februar 2019 (UfR 2019.1309).”

### **Anbringender**

T har vedrørende Vestre Landsrets kendelse af 22. november 2019 (sag 13/2020) anført navnlig, at der ikke er hjemmel i udlændingelovens § 35 a til at varetægtsfængsle ham. Varetægtsfængsling efter denne bestemmelse kræver begrundet mistanke om, at han gentagne gange har tilsidesat pålæg efter loven, hvilket ikke er tilfældet. Der er derimod tale om en førstegangs-overtrædelse ved udeblivelse fra Udrejsecenter Kærshovedgård i en uge i oktober 2019 under henvisning til sygdom samt en enkelt overtrædelse af meldepligten i august 2019. Overtrædelser af denne karakter harmonerer ikke med forarbejdernes forståelse af ”gentagne gange”.

Det var endvidere i strid med kravet om proportionalitet at varetægtsfængsle ham ud over de første 4 uger. Når antallet af overtrædelser pr. kalendermåned ligger i den nedre ende af intervallet mellem 10 og 60 dage, må der udvises en vis tilbageholdenhed med yderligere varetægtsfængsling i op til 60 dage. Hertil kommer, at hans fravær fra Kærshovedgård skyldtes hans psykiske tilstand, at han underrettede Kærshovedgård om, hvor han var, og hvorfor han ikke returnerede, og at han frivilligt vendte tilbage til Kærshovedgård.

Hvis der ikke er grundlag for at ophæve kendelsen af 22. november 2019, burde han i stedet være varetægtsfængslet i surrogat, jf. retsplejelovens § 765, stk. 2. Han har herved henvist til sine helbredsforhold.

For så vidt angår Vestre Landsrets kendelse af 18. december 2019 (Sag 14/2020) har han anført navnlig, at udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, ikke finder anvendelse ved overtrædelse af udlændingelovens § 60, stk. 2, jf. § 34, stk. 4, og § 42 a, stk. 8, 1. pkt., og stk. 10. Ved overtrædelse af disse bestemmelser skal varetægtsfængsling ske efter udlændingelovens § 35 a, stk. 1, som er en specialbestemmelse.

Det fremgår af forarbejderne til den nuværende bestemmelse i udlændingelovens § 42 a, stk. 8, 1. pkt., og stk. 10, at den er blevet til i strid med artikel 2 i 4. tillægsprotokol til EMRK. Lovændringen, der vedrører spørgsmålet om personer på tålt ophold har lovligt ophold, indførte et regimeskifte, idet den danske stat løfter disse udlændinge ud af beskyttelsen efter artikel 2 i 4. tillægsprotokol. Der gælder efter lovændringen ikke nogen indskrænkninger i omfanget af de tiltag, der kan tages for at begrænse bevægelsesfriheden for udlændinge på tålt ophold, og det kan ikke være rigtigt.

Hertil kommer, at bestemmelsen efter sin nuværende ordlyd er i strid med grundlovens § 3. Prøvelsen af begrebet fast bopæl her i landet, jf. udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, er således for en lille gruppe personer blevet frataget domstolene i forbindelse med prøvelse af grundlaget for en varetægtsfængsling efter denne bestemmelse. Bestemmelsen er følgelig i strid med grundlovens § 3, EMRK, særligt artikel 2 i 4. tillægsprotokol, og artikel 12 i FN's Konvention om Borgerlige og Politiske Rettigheder.

Efter de tidligere regler kunne han ikke være blevet varetægtsfængslet efter udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, da udlændinge på tålt ophold blev anset for at have lovligt ophold i Danmark, uanset at de ikke formelt havde en opholdstilladelse.

Desuden er forlængelsen af varetægtsfængslingen udover den 23. december 2019 klart uproportional, da han på denne dato havde været varetægtsfængslet i 60 dage, der svarer til den fængselsstraf, som han blev idømt ved byretten.

Hvis der er grundlag for varetægtsfængsling, skulle det på grund af hans helbredsforhold være sket i surrogat i medfør af retsplejelovens § 765, stk. 2.

Anklagemyndigheden har i forhold til Vestre Landsrets kendelse af 22. november 2019 (Sag 13/2020) anført navnlig, at der i den foreliggende sag var ”begrundet mistanke” om, at T havde overtrådt pålæg om melde-, opholds- og underretningspligt. T blev ved byrettens dom af 20. november 2019 fundet skyldig i overtrædelse af sine forpligtelser i perioden 4. til 13. oktober 2019, hvilket han delvist erkendte.

Overtrædelse var sket ”gentagne gange”, idet der blev overtrådt flere pligter på nogle af dagene, og samlet var der tale om mere end 10 overtrædelser. ”Gentagne overtrædelser” skal i henhold til forarbejderne forstås sådan, at den pågældende i væsentlig grad misligholder sine forpligtelser.

Det følger af forarbejderne, at varetægtsfængsling som udgangspunkt anses for et proportionalt indgreb, når den pågældende kan idømmes mere end 30 dages fængsel – uanset det samlede antal overtrædelser – og at der derfor vil kunne ske varetægtsfængsling efter 6-9 overtrædelser i førstegangstilfælde.

Varetægtsfængsling i perioden frem til 18. december 2019 var desuden ikke uproportional, idet T var idømt 60 dages fængsel.

Varetægtsfængslingen stod ikke i misforhold til den forvoldte forstyrrelse af Ts forhold, jf. retsplejelovens § 762, stk. 3. Frihedsberøvelse vil i sagens natur altid udgøre en forstyrrelse af den frihedsberøvedes personlige forhold.

Ts psykiske tilstand gør ikke varetægtsfængslingen uproportional efter retsplejelovens § 762, stk. 3.

Der var ikke grundlag for, at varetægtsfængslingen skulle ske i surrogat, jf. retsplejelovens § 765. T var ikke omfattet af straffelovens § 16, selvom han lider af voldsom PTSD.

For så vidt angår Vestre Landsrets kendelse af 18. december 2019 (Sag 14/2020) har anklagemyndigheden anført navnlig, at der er hjemmel til varetægtsfængsling efter udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, i en situation som den foreliggende. Det fremgår således udtrykkeligt af forarbejderne til udlændingelovens § 35 a, at i det omfang denne bestemmelse ikke finder anvendelse, vil der, hvis betingelserne herfor i øvrigt er opfyldt, kunne ske varetægtsfængsling efter bl.a. lovens § 35.

Det er hverken i strid med grundlovens § 3 eller Danmarks internationale forpligtelser, at Folketinget har bestemt, at udlændinge på tålt ophold ikke har lovligt ophold her i landet.

Det følger af udlændingelovens § 32, stk. 1, at en udlænding, hvis opholdstilladelse er bortfaldet, ikke uden tilladelse må opholde sig her i landet. Udlændingen har dermed ikke længere lovligt ophold i Danmark i udlændingelovens forstand. Dette gjorde sig også gældende før lov nr. 446 af 13. april 2019 trådte i kraft.

Den omstændighed, at Flygtningenævnet har truffet afgørelse om, at T ikke kan udsendes tvangsmæssigt, medfører ikke, at han på den baggrund får lovligt ophold her i landet i udlændingelovens forstand.

T havde således ikke fast bopæl her i landet, jf. udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1.

Det var endvidere ikke uproportionalt at opretholde varetægtsfængslingen efter den 23. december 2019, hvor T havde været varetægtsfængslet i 60 dage. Det gælder, selvom varetægtsfængslingen herved kom til at strække sig længere end de 60 dages fængsel, som T var idømt i byretten.

Proportionalitetsvurderingen efter udlændingelovens § 35, stk. 1, er ikke den samme som efter retsplejelovens § 762, stk. 3. Varetægtsfængsling efter udlændingelovens § 35, stk. 1, kan ske, selvom der alene er tale om en betinget dom, eller hvor en idømt straf er fuldbyrdet, hvis det anses for nødvendigt for at sikre gennemførelse af en udvisning.

Der var tale om varetægtsfængsling under anken, indtil der var afsagt dom. Sagen var berammet inden for ganske kort tid, den 8. januar 2020.

### **Højesterets begrundelse og resultat**

#### *Sagernes baggrund og problemstilling.*

T blev varetægtsfængslet den 23. oktober 2019, som sigtet for overtrædelse af udlændingelovens § 60, stk. 2, jf. § 34, stk. 4, og § 42 a, stk. 8, 1. pkt., og stk. 10. Ved Retten i Hernings dom af 20. november 2019 blev han for overtrædelse af disse bestemmelser og udlændingelovens § 60, stk. 1, jf. § 42 a, stk. 7, 1. pkt., idømt en fængselsstraf på 60 dage og udvist med indrejseforbud i 6 år.

Sagerne angår, om betingelserne for varetægtsfængsling af T i medfør af udlændingelovens § 35 a var opfyldt, da Vestre Landsret den 22. november 2019 traf afgørelse i sag 13/2020, og om betingelserne for varetægtsfængsling af T i medfør af udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, var opfyldt, da landsretten den 18. december 2019 traf afgørelse i sag 14/2020.

*Vestre Landsrets kendelse af 22. november 2019*

Efter udlændingelovens § 35 a, stk. 1, kan en udlænding varetægtsfængsles, når der er begrundet mistanke om, at den pågældende gentagne gange har overtrådt pålæg om melde-, opholds- og underretningspligt.

T blev ved Retten i Hernings dom af 20. november 2019 bl.a. dømt for 19 gange at have overtrådt melde-, opholds- og underretningspligten pålagt i medfør af udlændingelovens § 34, stk. 4, og § 42 a, stk. 8, 1. pkt., og stk. 10, idet han den 19. august 2019 og i perioden fra den 7. oktober 2019 til den 13. oktober 2019 undlod at melde sig hos politiet på Udrejsecenter Kærshovedgård, i perioden fra den 4. til den 13. oktober 2019 undlod at overholde sin opholdspligt på Udrejsecenter Kærshovedgård og i perioden fra den 6. oktober 2019 til den 8. oktober 2019 undlod at give underretning om ophold uden for indkvarteringsstedet.

Højesteret tiltræder, at der herefter var begrundet mistanke om, at T gentagne gange har overtrådt sin melde-, opholds-, og underretningspligt.

Efter skærpelsen af straffen for overtrædelse af melde- opholds- og underretningspligt ved lov nr. 174 af 27. februar 2019 fastsættes den efter den 1. juni 2019 som udgangspunkt til fængsel i 60 dage, når der i førstegangstilfælde er tale om 10 eller flere overtrædelser pr. kalendermåned.

På den anførte baggrund tiltræder Højesteret, at det ikke var i strid med proportionalitetsprincippet at varetægtsfængsle T som sket, jf. udlændingelovens § 35 a, stk. 2, jf. retsplejelovens § 762, stk. 3.

Højesteret tiltræder endvidere, at der ikke var grundlag for at træffe bestemmelse om anvendelse af mindre indgribende foranstaltninger, jf. retsplejelovens § 765.

Betingelserne for varetægtsfængsling efter udlændingelovens § 35 a, stk. 1, var herefter opfyldt, og Højesteret stadfæster derfor landsrettens kendelse af 22. november 2019 (sag 13/2020).

*Vestre Landsrets kendelse af 18. december 2019*

Efter udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, kan en udlænding varetægtsfængsles, når der er bestemte grunde til at anse varetægtsfængsling for nødvendig for at sikre udlændingens tilstedeværelse under sagen og under eventuel appel, indtil en eventuel bestemmelse om udvisning kan fuldbyrdes, og når udlændingen ikke har fast bopæl her i landet, og der er begrundet mistanke om, at den pågældende har begået en lovovertrædelse, der kan medføre udvisning efter §§ 22-24. Afgørelsen af, om betingelserne for varetægtsfængsling var opfyldt, skal træffes på baggrund af de oplysninger, der forelå på tidspunktet for afgørelsen om fortsat varetægtsfængsling.

Det fremgår af de specielle bemærkninger til udlændingelovens § 35 a (lovforslag nr. 140 af 15. januar 2019), at adgangen til at foretage varetægtsfængsling efter § 35 a er principal i forhold til retsplejelovens og udlændingelovens øvrige bestemmelser om varetægtsfængsling. Det fremgår imidlertid også, at i det omfang denne bestemmelse ikke finder anvendelse, vil der kunne ske varetægtsfængsling efter bl.a. udlændingelovens § 35, hvis betingelserne herfor i øvrigt er opfyldt.

Højesteret finder herefter, at der i det foreliggende tilfælde er hjemmel til at varetægtsfængsle T i medfør af udlændingelovens § 35.

Højesteret finder endvidere, at det hverken er i strid med grundlovens § 3 eller Danmarks internationale forpligtelser, at det fremgår af forarbejderne til lov nr. 446 af 13. april 2019, at udlændinge på tålt ophold ikke har lovligt ophold i Danmark.

Henset til at Ts opholdstilladelse er bortfaldet, jf. udlændingelovens § 32, stk. 1, tiltræder Højesteret, at T ikke kan anses for at have fast bopæl her i landet efter § 35, stk. 1, nr. 1.

Efter udfaldet af byrettens afgørelse er der endvidere begrundet mistanke om, at T har begået lovovertrædelser, der kan medføre udvisning.

Der skal også ved varetægtsfængsling efter § 35, stk. 1, nr. 1, foretages en proportionalitetsvurdering, jf. bl.a. Højesterets kendelse af 20. december 2019 (UfR 2020.515).

Da T ved landsrettens kendelse af 18. december 2019 blev varetægtsfængslet i en periode, der oversteg den straf, han var blevet idømt ved byretten, og da der ikke var udsigt til, at han kunne udsendes inden for kortere tid, finder Højesteret, at fortsat varetægtsfængsling af T som sket ved kendelsen, ikke var proportional.

Højesteret ophæver herefter landsrettens kendelse af 18. december 2019 (sag 14/2020).

**Thi bestemmes:**

Landsrettens kendelse af 22. november 2019 (sag 13/2020) stadfæstes.

Landsrettens kendelse af 18. december 2019 (sag 14/2020) ophæves.

--