

# HØJESTERETS KENDELSE

## afsagt onsdag den 15. april 2020

**Sag 157/2019, 159/2019 og 160/2019**

Anklagemyndigheden

mod

T

(advokat Jytte Lindgård, beskikket)

I tidligere instanser er afsagt kendelse af Retten i Svendborg den 6. juni 2019, den 4. juli 2019 og den 1. august 2019 (R6-2155/2017) samt af Østre Landsrets 4. afdeling den 11. juni 2019 (S-1607-19), den 25. juli 2019 (S-1954-19) og den 7. august 2019 (S-2236-19).

I påkendelsen har deltaget tre dommere: Vibeke Rønne, Jan Schans Christensen og Jens Kruse Mikkelsen.

### **Påstande**

T har nedlagt påstand om løsladelse, subsidiært løsladelse med mindre indgribende foranstaltninger.

Anklagemyndigheden har påstået stadfæstelse.

### **Sagsfremstilling**

#### *Grundlaget for udvisning og udsendelse*

T, der er født i Irak, indrejste i Danmark den 24. marts 1990, hvor han søgte asyl. Han blev den 4. maj 1990 meddelt opholdstilladelse i medfør af udlændingelovens § 7, stk. 2. Den 13. december 1995 blev han meddelt tidsbegrænset opholdstilladelse.

Ved Østre Landsrets ankedom af 4. februar 2012 blev T for overtrædelse af navnlig straffelovens § 191, stk. 2, jf. stk. 1, 1. og 2. pkt., idømt fængsel i 11 år samt udvist med indrejseforbud for bestandig. Straffen var en fællesstraf med en reststraf på 244 dage fra prøveløsladelse den 14. juli 2008 efter afsoning af en dom af 6. juni 2007 på fængsel i 2 år for overtrædelse af bl.a. straffelovens § 191.

Ved resolution af 16. juni 2017 bestemte Kriminalforsorgen, at T den 27. juli 2017 skulle prøveløslades efter at have udstået to tredjedele af straffedommen på 11 års fængsel. I resolutionen blev det bestemt, at prøveløsladelsen skete på vilkår af, at han i et tidsrum på 2 år fra løsladelsen ikke begik strafbart forhold, og at han i tilsynstiden udsendtes af Danmark. Reststraffen efter prøveløsladelsen var på 1.339 dage. Han ville have afsonet straffedommen fuldt ud den 27. marts 2021.

Den 18. oktober 2017 stadfæstede Flygtningenævnet en afgørelse fra Udlændingestyrelsen om, at udlændingelovens § 31 ikke er til hinder for, at T kan udsendes til Irak, jf. udlændingelovens § 49 a, jf. § 31. Flygtningenævnet bestemte samtidig, at T kan udsendes tvangsmæssigt til Irak, hvis han ikke udrejser frivilligt.

#### *Retlig behandling af varetægtsfængsling med henblik på udsendelse*

Straks efter prøveløsladelsen den 27. juli 2017 blev T fremstillet for Retten i Svendborg og varetægtsfængslet i medfør af udlændingelovens § 35, stk. 2. Varetægtsfængslingen blev herefter opretholdt frem til den 20. november 2017 i medfør af udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, og fra den 20. november 2017 til den 9. august 2018 blev han frihedsberøvet i medfør af udlændingelovens § 36, stk. 5, henholdsvis stk. 6. Fra den 9. august 2018 har T på ny været varetægtsfængslet i medfør af udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, herunder ved de afgørelser fra Østre Landsret af 11. juni 2019, 25. juli 2019 og 7. august 2019, der er kæret til Højesteret.

Landsrettens kendelse af 11. juni 2019 stadfæstede Retten i Svendborgs kendelse af 6. juni 2019 i henhold til grundene. Byrettens kendelse henviste som begrundelse i al væsentlighed til landsrettens kendelse af 20. august 2018. I sidstnævnte kendelse hedder det bl.a.:

”T er ved Østre Landsrets dom af 4. februar 2012 udvist af Danmark med indrejseforbud for bestandig. Ts opholdstilladelse er dermed bortfaldet, jf. udlændingelovens § 32, stk. 1, og han kan herefter ikke i relation til lovens § 35 anses for at have fast bopæl her i landet.

Da T har oplyst, at han under ingen omstændigheder ønsker at medvirke til udsendelsen af landet, er der bestemte grunde til at anse varetægtsfængsling for nødvendig for at sikre hans tilstedeværelse, indtil bestemmelsen om udvisning kan fuldbyrdes.

T medvirker ikke til den udvisning, hvis gennemførelse var en forudsætning for, at han den 27. juli 2017 blev prøveløsladt med en reststraf på 1339 dage (ca. 3½ år), og har som følge heraf været frihedsberøvet efter udlændingelovens § 36, stk. 5, henholdsvis § 36, stk. 6, fra den 20. november 2017 til den 9. august 2018.

Uanset den usikkerhed, der knytter sig for muligheden for i den nærmeste fremtid at gennemføre tvangsmæssige udsendelser til Irak, og uanset at T har været varetægtsfængslet efter udlændingelovens § 35 fra den 27. juli 2017 til den 20. november 2017, og frihedsberøvet efter udlændingelovens § 36, stk. 5, henholdsvis § 36, stk. 6, fra den 20. november 2017 til den 9. august 2018, tiltræder landsretten, at betingelserne for varetægtsfængsling i medfør af udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, fortsat er opfyldt. Det bemærkes herved, at mindre indgribende foranstaltninger ikke kan anses for tilstrækkelige.”

Landsrettens kendelse af 25. juli 2019 stadfæstede Retten i Svendborgs kendelse af 4. juli 2019 med følgende begrundelse:

”T er ved Østre Landsrets dom af 4. februar 2012 udvist af Danmark med indrejseforbud for bestandig. Ts opholdstilladelse er dermed bortfaldet, jf. udlændingelovens § 32, stk. I, og han kan herefter ikke i relation til udlændingelovens § 35 anses for at have fast bopæl her i landet.

Da T har oplyst, at han under ingen omstændigheder ønsker at medvirke til udsendelsen af landet, er der bestemte grunde til at anse varetægtsfængsling for nødvendig for at sikre hans tilstedeværelse, indtil bestemmelsen om udvisning kan fuldbyrdes.

Det fremgår af sagen, at T ikke medvirker til fuldbyrdelse af den idømte udvisning, hvis gennemførelse var et vilkår for, at han ved resolution af 16. juni 2017 blev prøveløsladt den 27. juli 2017 med en reststraf på 1339 dage. Full afsoning af den idømte straf ville efter det oplyste indebære frihedsberøvelse af T frem til den 27. marts 2021. Efter oplysningerne fra Nordsjællands Politi er der umiddelbart ikke mulighed for i den nærmeste fremtid at gennemføre en tvangsmæssig udsendelse til Irak af T. Nordsjællands Politi ses at have fremmet sagen med fornøden omhu og har nu – for at forfølge muligheden for udvisning af T – via Interpol iværksat undersøgelser til fastlæggelse af Ts identitet.

Under disse omstændigheder er betingelserne for fortsat varetægtsfængsling i medfør af udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, opfyldt. Det bemærkes herved, at mindre indgribende foranstaltninger ikke kan anses for tilstrækkelige.”

Landsrettens kendelse af 7. august 2019 stadfæstede Retten i Svendborgs kendelse af 1. august 2019 med følgende begrundelse:

”T er ved Østre Landsrets ankedom af 4. februar 2012 udvist af Danmark med indrejseforbud for bestandig. Ts opholdstilladelse er dermed bortfaldet, jf. udlændingelovens § 32, stk. 1, og han kan herefter ikke i relation til udlændingelovens § 35 anses for at have fast bopæl her i landet.

Da T har oplyst, at han under ingen omstændigheder ønsker at medvirke til hans udsendelse til Irak, er der bestemte grunde til at anse varetægtsfængslingen for nødvendig for at sikre hans tilstedeværelse, indtil bestemmelsen om udvisning kan fuldbyrdes.

Det fremgår af Kriminalforsorgens resolution om prøveløsladelse af 16. juni 2017, at T er løsladt på prøve på vilkår af bl.a., at han i tilsynstiden udvises af Riget. Gennemførelsen af udvisningen af T var således en forudsætning for, at han blev prøveløsladt den 27. juli 2017. Fuldførelse af den idømte straf ville efter det oplyste indebære frihedsberøvelse af T frem til den 27. marts 2021.

Landsretten lægger efter det oplyste til grund, at T ved at medvirke til sin udsendelse til Irak, herunder bl.a. ved henvendelse til de irakiske myndigheder med henblik på tilvejebringelse af den nødvendige rejselegitimation, kan opnå det nødvendige for effektivering af udsendelsen.

Uanset oplysningerne fra Nordsjællands Politi om, at der ikke umiddelbart er mulighed for i den nærmeste fremtid at gennemføre en tvangsmæssig udsendelse til Irak af T, og uanset T har været varetægtsfængslet efter udlændingelovens § 35 fra den 27. juli 2017 til den 20. november 2017 og igen fra den 9. august 2018, samt frihedsberøvet efter udlændingelovens § 36, stk. 5, henholdsvis § 36, stk. 6, fra den 20. november 2017 til den 9. august 2018, tiltræder landsretten herefter, at betingelserne for varetægtsfængsling i medfør af udlændingelovens § 35 fortsat er opfyldt. Det bemærkes herved, at mindre indgribende foranstaltninger ikke kan anses for tilstrækkelige.”

#### *Forsøg på tilvejebringelse af identitetspapirer til brug for udsendelse*

Af Flygtningenævnets beslutning af 18. oktober 2017 om, at T kan udsendes til Irak, fremgår om hans statsborgerskabsforhold bl.a.:

”Flygtningenævnet lægger klagerens forklaring om, at han er feily-kurder, og at han som følge af sin fars forhold fik frataget sit irakiske statsborgerskab i 1979 til grund.

Flygtningenævnet finder imidlertid, at denne omstændighed ikke er hindrende for, at klageren kan udsendes, jf. udlændingelovens § 31. Flygtningenævnet lægger vægt på, at det følger af baggrundsoplysningerne, herunder Landinfo af 29. april 2014, at feily-kurdere, der har mistet deres statsborgerskab under Saddam Husseins regime, i henhold til

den irakisk nationalitetslov fra 2006 har ret til at få deres irakiske statsborgerskab tilbage, og at de der ikke har fået statsborgerskabet tilbage kan søge om det.”

Ved en afhøring hos politiet den 27. oktober 2017 blev T orienteret om forpligtelsen efter udlændingelovens § 40 til at meddele de nødvendige oplysninger og medvirke til tilvejebringelse af nødvendig rejselegitimation. Han forklarede, at han under ingen omstændigheder ønsker at forlade Danmark frivilligt, og at han aldrig har været i besiddelse af irakiske identitetsdokumenter.

T er i perioden herefter blevet afhørt eller forsøgt afhørt gentagne gange af politiet og i forbindelse med retsmøder, bl.a. den 15. maj 2019, den 28. maj 2019, den 27. juni 2019 og den 19. juli 2019. Han har under afhøringerne fastholdt, *at* han ikke ønsker at forlade Danmark frivilligt, *at* han ikke er i besiddelse af irakiske identitetsdokumenter, og *at* han ikke ønsker at medvirke til at fremskaffe dokumentation for sin identitet eller at meddele de nødvendige oplysninger og medvirke til at tilvejebringe nødvendig rejselegitimation, herunder ved frivilligt at lade sig fremstille på Den Irakiske Ambassade med henblik på at ansøge om rejsedokument.

Ved politiets telefoniske henvendelse til Ts mor den 1. december 2017 oplyste hun bl.a., at hun ikke var i besiddelse af nogen identitetsdokumenter fra Irak.

Den 14. juni 2018 bad politiet Interpol i Irak om hjælp til at skaffe identitetsoplysninger om T, herunder via personoplysninger om hans forældre.

Den 1. oktober 2018 forsøgte politiet at kontakte Ts far, dog uden resultat. Ts søster oplyste samme dag, at hun hverken havde kontakt til T eller forældrene.

Den 15. maj 2019 anmodede politiet Udlændingestyrelsen om oplysninger om Ts far til brug for identifikation af T, f.eks. kopi af eventuelle irakiske ID-dokumenter.

Den 17. juni 2019 bad politiet på ny Interpol i Irak om oplysninger med henblik på identifikation af Ts far til brug for identifikation af T.

### *Udsendelsessituationen i forhold til Irak*

Nordsjællands Politis Udlændingecenter har i et kæresvarskrift af 10. juli 2019 (til brug for landsrettens kendelse af 25. juli 2019) oplyst om mulighederne for at udsende personer til Irak:

”...

For så vidt angår den aktuelle udsendelsessituation i forhold til Irak, kan Nordsjællands Politi oplyse, at mulighederne for udsendelse af irakiske statsborgere er stærkt begrænsede, når udlændingene ikke vil medvirke hertil, idet de irakiske myndigheder ikke vil udstede rejsedokumenter til brug for tvangsmæssige udsendelser. Der har ligeledes været enkelte tilfælde, hvor de irakiske myndigheder har afvist udlændingen, uagtet der forelå et gyldigt irakisk pas, med den begrundelse, at udlændingen ikke ønskede at indrejse frivilligt.

Uagtet problemerne med udstedelse af rejsedokumenter til afviste irakiske asylansøgere, der skal tvangsmæssigt udsendes, fritager det imidlertid ikke den enkelte person for at skulle udrejse til Irak, hvilket er muligt at gøre frivilligt, og som den enkelte udlænding i øvrigt har pligt til, jf. udlændingelovens § 30.

Samarbejdet med den irakiske ambassade er velfungerende, hvis der er tale om frivillig udrejse, ligesom sagsbehandlingstiden er kort. Der er således ingen udsendeshindringer i forhold til Irak, såfremt udlændingen udrejser frivilligt, ligesom Nordsjællands Politi også løbende gennemfører frivillige (påsete) udsendelser af afviste irakiske asylansøgere og andre udlændinge uden lovligt ophold i Danmark til Irak.

Udsendelse af en irakisk statsborger kræver således, at udlændingen medvirker aktivt til en frivillig udrejse, herunder at udlændingen medvirker til at lade sig fremstille på den irakiske ambassade og erklærer, at han/hun ønsker at udrejse frivilligt til Irak samt underskriver relevante dokumenter, således at der kan udstedes et rejsedokument.

Det bemærkes, at der løbende arbejdes på at skabe forudsætninger for gennemførelse af tvangsmæssige udsendelser til Irak. Udlændinge- og Integrationsministeriet samt Udenrigsministeriet forestår de diplomatiske drøftelser med de irakiske myndigheder. Der er endvidere udsendt en udlændingeattaché, som varetager kontakten med de irakiske myndigheder.”

Nordsjællands Politis Udlændingecenter har i en udtalelse af 11. september 2019 endvidere oplyst bl.a.:

”Vedrørende den seneste udvikling på Irak området, kan Nordsjællands Politi konkret oplyse, at Udenrigsministeriet ved Note Verbale af 16. maj 2019 anmodede den irakiske ambassade om udstedelse af rejsedokumenter til fem frihedsberøvede irakere (udlændingelovens § 36, stk. 5), der ikke havde lovligt ophold i Danmark, og som ikke ønskede at udrejse frivilligt til Irak. Udenrigsministeriet henviste i den forbindelse til Partnership Cooperation Agreement mellem EU og Irak (ratificeret august 2018), hvorved Irak

bl.a. [forpligter] sig til at tilbagetage egne statsborgere, der sendes hjem tvangsmæssigt. Denne forpligtelse havde Irak bekræftet den 27. marts 2019 på et møde afholdt i Bagdad med flere EU-lande. Ved Note Verbale af 11. juni 2019, afleveret på den irakiske ambassade den 12. juni 2019, bragte Udenrigsministeriet sagen i erindring.

Ved Note Verbale af 14. juni 2019 oplyste den irakiske ambassade, at den danske henvendelse havde været præsenteret for de relevante irakiske myndigheder, der havde genbekræftet, at den irakiske regerings politik – baseret på den irakiske forfatning og international ret – er kun at tage imod frivilligt hjemsendte og at nægte at tage imod tvangshjemsendte, og at ambassaden således ikke kunne imødekomme de danske myndigheders anmodning om udstedelse af rejsedokument i de fem forelagte sager.

Vedrørende tvangsmæssige udsendelser til Irak af irakere, der er i besiddelse af et gyldigt irakisk rejsedokument, kan Nordsjællands Politi oplyse, at tvangsmæssige udsendelser af irakiske statsborgere som udgangspunkt er mulige, hvis der foreligger et gyldigt irakisk rejsedokument (grænsefremstilling). Der har dog været enkelte tilfælde, hvor de irakiske myndigheder har afvist at lade udlændingen indrejse i Irak, uagtet at der forelå et gyldigt irakisk rejsedokument. Nordsjællands Politi har henholdsvis den 5. marts 2019 og den 7. maj 2019 gennemført to tvangsmæssige udsendelser til Irak. Begge udlændingene var i besiddelse af gyldigt irakisk pas.

Derudover forsøgte Nordsjællands Politi ved en grænsefremstilling den 26. juni 2019 tvangsmæssigt at udsende en frihedsberøvet irakisk statsborger (udlændingelovens § 36, stk. 5), der var i besiddelse af et udløbet rejsedokument. Udlændingen blev af de irakiske myndigheder imidlertid nægtet indrejse i Irak under henvisning til, at der ikke forelå et gyldigt rejsedokument.

Primo august 2019 accepterede den irakiske ambassade, at Nordsjællands Politi kunne tvangsfremstille en irakisk statsborger, der i Danmark er udvist ved dom, på den irakiske ambassade med henblik på identifikation og udstedelse af rejsedokument. Ambassaden udstedte efterfølgende et rejsedokument til den pågældende udlænding til brug for udsendelse af udlændingen til Irak med eller uden dennes medvirken. Der henvises i den forbindelse til vedlagte kendelse afsagt af Østre Landsret den 3. september 2019 (18. afdeling, S-2296-19).

Nordsjællands Politi kan endvidere oplyse, at de danske myndigheder for tiden planlægger et delegationsbesøg fra Irak i nærmeste fremtid. Under besøget er det politiets hensigt at fremstille et antal domsudviste irakere for delegationen med henblik på identifikation og udstedelse af rejsedokumenter til brug for udsendelsen af de pågældende til Irak – herunder ved tvangsmæssig udsendelse, såfremt udlændingene ikke ønsker at medvirke dertil.”

### **Anbringender**

T har anført navnlig, at der i udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, ikke er en øvre tidsmæssig grænse for varigheden af en varetægtsfængsling. Af Rigspolitiets ”Strategi for anvendelse af varetægtsfængsling og frihedsberøvelse efter udlændingeloven” af 25. august 2009 fremgår imidlertid, at den øvre grænse for varigheden af en varetægtsfængsling må bero på en konkret

vurdering af sagens omstændigheder, herunder om frihedsberøvelsen fortsat er nødvendig og proportional. Endvidere anføres det, at jo længere tid en udlænding har været varetægtsfængslet, des større krav stilles der til sandsynligheden af, at en udsendelse er nært forestående.

Det er uproportionalt at varetægtsfængsle ham så længe, når varetægtsfængslingen sammenholdes med de reelle muligheder for udsendelse. Udsendelse af ham til Irak er ikke nært forstående. Han har gennem hele varetægtsfængslingen ikke ønsket at medvirke til udsendelse, da han ikke har været i Irak, siden han som 17-årig flygtede til Danmark. Nordsjællands Politihar om den aktuelle udsendelsessituation til Irak den 10. juli 2019 oplyst, at mulighederne for udsendelse af irakiske statsborgere er ”stærkt begrænsede”, når udlændingene ikke vil medvirke hertil, idet de irakiske myndigheder ikke vil udstede rejsedokumenter til brug for tvangsmæssig udsendelse. Der lader til at herske meget stor usikkerhed omkring tvangsmæssige udsendelser til Irak, og anklagemyndigheden har ikke på overbevisende måde redegjort for, at der skulle være forbedrede muligheder for tvangsudsendelse inden for en overskuelig fremtid.

Der er reelt intet gjort for at sikre, at han kan udsendes tvangsmæssigt. Sagen har ligget stille som følge af andre sager, hvor politiet har forsøgt at tvangsudsende irakiske statsborgere, som ikke ønskede at medvirke, og hvor de irakiske myndigheder ikke har villet give indrejsetilladelse. Det kan i den forbindelse ikke tillægges betydning, at politiet har brugt tid på at fastlægge hans identitet. Det er mærkværdigt, at politiet nu – 19 år efter, at han er indrejst i Danmark, og 14 år efter, at han har fået tidsubegrænset opholdstilladelse – finder, at man ikke ved, hvem han er. Han har alle dokumenter, der viser hans identitet.

Ved prøveløsladelsen og varetægtsfængslingen den 27. juli 2017 overgik han fra at have afsønet i et almindeligt fængsel til at være frihedsberøvet i en arrest. Som indsat i en arrest har han væsentligt ringere vilkår sammenlignet med de goder, der trods alt findes i et fængsel. Han modtog ikke nogen vejledning om, hvad det indebar at søge om prøveløsladelse.

Frihedsberøvelsen efter udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, i denne sag benyttes reelt som en motivationsfremmende foranstaltning lig med en foranstaltning efter udlændingelovens § 36. Principperne i udlændingelovens § 37, stk. 8, om varigheden af en motivationsfremmende



frihedsberøvelse må derfor finde analog anvendelse. Det følger af bestemmelsen, at en frihedsberøvelse ikke må finde sted i et tidsrum, der overstiger 6 måneder. Frihedsberøvelsen kan dog af retten forlænges i op til yderligere 12 måneder, hvis der foreligger særlige omstændigheder, såfremt udsendelsesproceduren uanset alle rimelige bestræbelser kan forventes at tage længere tid som følge af udlændingens manglende medvirken.

Der henvises i den forbindelse til UfR 2019.3348 H, hvor Højesteret lagde til grund, at de danske myndigheder over en længere periode havde forsøgt at forhandle med de irakiske myndigheder om muligheden for tvangsmæssig udsendelse af afviste irakere, og at der i oktober 2018 ikke forelå oplysninger om et gennembrud i disse forhandlinger. På den baggrund fandt Højesteret, at der ikke var oplysninger om effektive udsendelsesforanstaltninger, der gav grundlag for en formodning om ændring af den fastlåste situation og fremskridt i processen, og Højesteret fandt herefter, at betingelserne for frihedsberøvelse af en iraker ikke længere var til stede efter seks måneders frihedsberøvelse. De principper, Højesteret har understreget i afgørelsen, må også gælde i den foreliggende sag, således at varetægtsfængslingen af ham siden den 27. januar 2019 (efter 18 måneders fængsel) har været uden grundlag. Vedrørende proportionalitetsvurderingen henvises endvidere til UfR 2008.52 Ø, UfR 2018.2657 H og UfR 2019.1309 H.

Den politiske situation i Irak er i øjeblikket endnu mere ustabil og kaotisk, end den var i oktober 2018. Det må anses for fuldstændig usandsynligt, at de danske diplomater på nuværende tidspunkt vil kunne indgå en aftale med de irakiske myndigheder om tilbagetagelse af tvangsmæssigt udviste irakere.

Det er uforståeligt, når anklagemyndigheden anfører, at det er stødende, at en udvisningsdømt kan undgå såvel udvisning som fuld afsoning af straffen. Den udvisningsdømte undgår som udgangspunkt ikke udvisning ved ikke at være frihedsberøvet. Spørgsmålet vil forsat være, om der kan ske tvangsmæssig udsendelse til Irak. At den pågældende skulle undgå fuld afsoning af sin straf, giver heller ikke mening, idet dette er selve formålet med en prøveløsladelse.

Anklagemyndigheden har anført navnlig, at det følger af udlændingelovens § 30, at en udlænding, der ved dom er udvist af Danmark, har pligt til at udrejse, og at politiet drager omsorg for udrejsen, hvis udlændingen ikke udrejser frivilligt. Det følger endvidere af lovens § 40,

stk. 6, at hvis politiet drager omsorg for en udlændings udrejse, skal udlændingen meddele de nødvendige oplysninger hertil og medvirke til tilvejebringelse af nødvendig rejselegitimation og visum og til udrejsen i øvrigt. Det fremgår desuden som et vilkår for prøveløsladelsen, at udvisningen af T skulle fuldbyrdes.

T har tilsidesat disse forpligtelser. Det er Ts forhold, der er til hinder for fuldbyrdelse af Østre Landsrets doms bestemmelse om udvisning. Han har således gentagne gange afvist at ville udrejse frivilligt til Irak eller at ville medvirke til at fremskaffe de identitetspapirer, der er nødvendige for, at de irakiske myndigheder kan udstede de rejsedokumenter, der kan føre til tvangsmæssig udsendelse.

Uanset at udlændingelovens § 36 har været anvendt som hjemmel til at opretholde frihedsberøvelsen af T i en del af perioden efter prøveløsladelsen, er rækkevidden af denne bestemmelse ikke temaet for kæremålet. Kæremålet angår således, om der fortsat var grundlag for at opretholde varetægtsfængslingen i medfør af udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1. Lovens § 35, stk. 1, nr. 1, angår varetægtsfængsling af udlændinge, hvor der er begrundet mistanke om, at de har begået et strafbart forhold, der kan medføre udvisning, og hvor varetægtsfængslingen er nødvendig for at gennemføre udvisningen. § 36, stk. 5, giver mulighed for at frihedsberøve udlændinge, der ikke medvirker til at lade sig udsende, typisk efter at have fået afslag på asyl. Frihedsberøvelse efter sidstnævnte bestemmelse sker således ikke på baggrund af et strafbart forhold.

Tidsfristerne i udlændingelovens § 37, stk. 8, angår efter ordlyden alene frihedsberøvelser efter udlændingelovens § 36. De fastsatte tidsfrister må ses i lyset af, at der er tale om frihedsberøvelse af personer, der ikke har begået strafbart forhold, og hvor et strafbart forhold derfor ikke kan have betydning for længden – og derigennem også proportionaliteten – af frihedsberøvelsen. Der er derfor ikke grundlag for at anvende de absolutte frister i udlændingelovens § 37, stk. 8, direkte eller analogt på varetægtsfængslinger efter lovens § 35, stk. 1, nr. 1.

Proportionaliteten af en varetægtsfængsling efter udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, må – som det fremgår bl.a. af litteraturen og retspraksis – afgøres efter en samlet, konkret vurdering af alle oplysninger i sagen. Ved vurderingen kan der navnlig lægges vægt på, om varetægts-

fængslingen sker før eller efter dom, og om straffens længde og bestemmelsen om udvisning dermed ligger fast eller ej. Der kan endvidere lægges vægt på kriminalitetens karakter og straffens længde, herunder om varetægtsfængslingen vil overstige den idømte straf i væsentligt omfang, og – i lyset heraf – om der er reel udsigt til at gennemføre en tvangsmæssig udsendelse af udlændingen, hvis den pågældende ikke vil medvirke hertil.

Efter Højesterets afgørelser i UfR 2005.1197 H og UfR 2001.26 H sammenholdt med UfR 2001.1444 H og UfR 2007.2798 H, hvor varetægtsfængslingen var opretholdt et stykke tid ud over tidspunktet for løsladelse efter fuld udståelse af den idømte straf, kan det som udgangspunkt ikke anses for uproportionalt at opretholde en varetægtsfængsling i medfør af udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, i en periode, der mindst svarer til længden af den idømte straf. Efter de to sidstnævnte afgørelser vil varetægtsperioden endog kunne udstrækkes ud over en periode, der svarer til fuld afsoning af den idømte straf. Dette udgangspunkt må dog formentlig efter omstændighederne modificeres, hvis der på ingen måde er reel udsigt til at kunne gennemføre tvangsmæssig udsendelse til det relevante land inden for en overskuelig periode.

Det må anses for stødende, hvis en udlænding, som af en dansk domstol er dømt til udvisning, og som derfor efter udlændingelovens regler har pligt til at udrejse og til at medvirke til, at udsendelsen kan gennemføres, og som prøveløslades inden fuld afsoning af den idømte straf på vilkår af, at udvisningen fuldbyrdes, kan undgå såvel udvisning som fuld afsoning af straffen ved blot at nægte at medvirke til udsendelsen.

I denne sag vil T først den 27. marts 2021 have været frihedsberøvet i en periode, der svarer til fuld afsoning af den idømte straf. I hvert fald indtil dette tidspunkt vil det – da prøveløsladelsen var betinget af, at T blev udsendt – som udgangspunkt ikke være uproportionalt at opretholde varetægtsfængslingen af ham, så længe det er nødvendigt for at sikre, at udsendelsen kan ske. Som følge af hans gentagne modvilje mod at lade sig udsende eller at medvirke til at fremskaffe de identitetspapirer og rejsedokumenter, der er nødvendige for at kunne gennemføre en tvangsmæssig udsendelse, er det fortsat nødvendigt at opretholde varetægtsfængslingen for at kunne fuldbyrde dommens bestemmelse om udvisning.

Det afgørende er herefter, om der ikke er reel udsigt til at kunne gennemføre tvangsmæssig udsendelse af T til Irak inden for en overskuelig periode. Som følge af Ts modvilje mod ud-

sendelse til Irak har politiet i fængslingsperioden på forskellig måde – via ham selv, hans familie og andre myndigheder, herunder irakiske – forsøgt at fremskaffe identitetsoplysninger om ham til brug for udstedelsen af de rejседokumenter, der vil kunne muliggøre en tvangsmæssig udsendelse i den konkrete sag. Samtidig har politiet også løbende arbejdet på generelt at skabe forudsætninger for gennemførelse af tvangsmæssige udsendelser til Irak. Efter Nordsjællands Politis redegørelser om den generelle udsendelsessituation til Irak er der i løbet af 2019, ikke mindst i andet halvår af 2019, sket flere tvangsmæssige udsendelser til Irak, hvor de irakiske myndigheder i højere grad end tidligere har medvirket til, at dette kunne gennemføres. Det må på den baggrund lægges til grund, at der er en forbedret mulighed for, at også T vil kunne udsendes tvangsmæssigt inden for en overskuelig periode.

Der er derfor samlet set – uanset den tid, varetægtsfængslingen har varet – ikke grundlag for at løslade T, og der var heller ikke på tidspunktet for landsrettens kendelser grundlag for at anse fortsat varetægtsfængsling for uproportional. Der henvises herved til kriminalitetens karakter og alvor samt til længden af den idømte straf og den del af straffen, der endnu er uafsonet. Der henvises endvidere til, at politiet flere gange i perioden har forsøgt at fremskaffe de identitetsoplysninger om T og hans forældre, der er nødvendige for at få udstedt rejselegitimation til brug for udsendelsen, og til at politiet også generelt via kontakt til de irakiske myndigheder har forsøgt at skabe grundlag for, at tvangsmæssige udsendelser kan gennemføres. Endelig henvises der til Ts gentagne nægtelse af at medvirke til udsendelse. Betingelserne for varetægtsfængsling efter udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, var derfor opfyldt på tidspunktet for landsrettens kendelser.

Den omstændighed, at de faktiske forhold under varetægtsfængsling måtte adskille sig fra forholdene under afsoning, kan ikke tillægges vægt ved afgørelsen af, om fortsat varetægtsfængsling af ham var proportional.

### **Højesterets begrundelse og resultat**

Sagerne angår, om landsretten efter udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, havde grundlag for den 11. juni 2019, den 25. juli 2019 og den 7. august 2019 at stadfæste byrettens kendelser om fortsat varetægtsfængsling af T, der er udvist af Danmark for bestandig.

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 afgørelserne om fortsat varetægtsfængsling.

Højesteret tiltræder, at det i landsrettens kendelser er lagt til grund, at T, hvis opholdstilladelse er bortfaldet, jf. udlændingelovens § 32, stk. 1, herefter ikke kan anses for at have bopæl her i landet efter § 35, stk. 1, nr. 1.

Efter de foreliggende oplysninger om Ts forhold, herunder at han under ingen omstændigheder ønsker at medvirke til udsendelsen til Irak, tiltræder Højesteret endvidere, at der på tidspunktet for landsrettens kendelser var bestemte grunde til at anse fortsat varetægtsfængsling for nødvendig med henblik på at sikre hans tilstedeværelse, indtil bestemmelsen om udvisning kan fuldbyrdes.

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).

T er løsladt på prøve fra afsoning af en straf på 11 års fængsel. Det var et vilkår for prøveløsladelsen, at udvisningen af ham blev gennemført – et vilkår, som T ikke har opfyldt ved at nægte at medvirke til udsendelse. Reststraffen var ved prøveløsladelsen i juli 2017 på ca. 3 år og 8 måneder, og han ville først have afsonet den idømte straf fuldt ud i marts 2021.

Højesteret lægger til grund, at der efter de oplysninger, der forelå på tidspunktet for landsrettens kendelser om fortsat varetægtsfængsling, således som disse oplysninger fremgår af Nordsjællands Politis udtalelse af 11. september 2019, var reel udsigt til at gennemføre en tvangsmæssig udsendelse af T til Irak i en nærmere fremtid.

I hvert fald under disse omstændigheder, og uanset at varetægtsfængslingen af T efter reglerne i udlændingeloven har været siden den 27. juli 2017, tiltræder Højesteret, at en proportionalitetsvurdering ikke var til hinder for fortsat fængsling af ham efter udlændingelovens § 35, stk. 1, nr. 1, som sket ved landsrettens kendelser. Højesteret bemærker herved, at tidsgrænserne, som følger af lovens § 37, stk. 8, ikke finder anvendelse hverken direkte eller analogt på varetægtsfængsling i medfør af § 35.

Højesteret stadfæster herefter kendelserne.

**Thi bestemmes:**

Landsrettens kendelser stadfæstes.