

Folketingets høring vedr. L 69 (2008/2009), 10. december 2008

TALEPAPIR* ("Det talte ord gælder")

Henning Koch,
Professor, dr. jur.

Tak for Indbydelsen.

Jeg skal tage mig af de forfatningsretlige og politiretlige spørgsmål – og overlader trygt de internationalretlige problemstillinger til Jonas Christoffersen, den kommende Direktør for Institut for Menneskerettigheder.

Lovforslagets krav om ophold på et bestemt sted i sammenhæng med den foreslåede kontrolordning, således som den er beskrevet i bemærkningerne, medfører, at der er tale om: *Frihedsberøvelse*.

Hvorledes defineres frihedsberøvelse? Frihedsberøvelse er en kvalificeret **beskæring** af individets normale bevægelsesfrihed ("lokalfriheden"). Det er altså ikke kun en **afskæring**, f.eks. gennem direkte indespærring, der konstituerer en frihedsberøvelse i Grundlovens § 71's forstand. Jeg refererer her til begrebet i stk. 2.

Denne opfattelse er langt fra ny. Og den fremgår af Den Kommenterede Grundlov (Henrik Zahle – red.)(2006), s. 433-435, men henstår iøvrigt ukommenteret i Integrationsministeriets svar på Spm. 29 om forholdet til grundlovens § 71.

Alf Ross redegjorde i sin Dansk Statsforfatningsret (II – 1966) s. 591-593 for, at andre frihedsberøvelser end den effektive fysiske bevægeshindring (= "normalt uovervindelig hindring") kan tænkes inden for § 71's rammer.

* Jeg har foretaget en meget begrænset sproglig revision og tilføjet sidehenvisninger umiddelbart efter høringen.

Tre elementer skal i så fald *typisk* være opfyldt: 1) påbud om ophold på et nærmere bestemt og afgrænset sted, 2) effektiv eftersøgning ved overtrædelse heraf og 3) mulighed for straf for overtrædelse.

Ross var endda tilbøjelig til at mene, at der også er tale om frihedsberøvelse, selv om der ikke finder effektiv eftersøgning sted, hvis straffen, der kan idømmes er en (højere) fængselsstraf. Dette bygger han bl.a. på UfR 1959.346 H. Dommen handler om stillingtagen til en husarrest, der var pålagt som disciplinærstraf over for civil værnepligtig. Beskæringen af bevægelsesfriheden kunne **ikke** håndhæves ved umiddelbar magt, men kun gennem anmeldelse til politiet med anmodning om strafforfølgning. Strafferammen var op til fængsel i 15 måneder. Højesteret statuerede frihedsberøvelse **alene** på grund af truslen om en høj straf.

Ross var med andre ord enig i, at dette var tilstrækkeligt til at etablere frihedsberøvelse. Der er tale om et ældre præjudikat, men for det første er den personlige frihed ikke siden blevet et mindre skattet gode og for det andet er den juridiske, herunder den internationalretlige, beskyttelse blevet langt stærkere.

Henrik Zahle skriver i sin Dansk Forfatningsret (bind 3 – 2003), s. 227: ”Indgrebet [frihedsberøvelse] består i: 1) at der er truffet en afgørelse, hvorefter en person skal opholde sig inden for et afgrænset område og 2) overtrædelse af denne afgørelse er belagt med strafansvar eller medfører eftersøgning og genindsættelse”. Han tilslutter sig endvidere Ross’ opfattelse af, at strafansvar kan være tilstrækkeligt, afhængig af straffens mulige højde.

Jeg læser Gorm Toftegaard Nielsens Kommentar til Grundlovens § 71 på linie hermed – og jeg er i øvrigt grundlæggende enig med mine to nævnte forgængere på Københavns Universitet.

Det foreliggende lovforslag opfylder de ovennævnte samlede kriterier for frihedsberøvelse på følgende måde:

- 1) Opholdspåbud
 - 2) På et afgrænset, indhegnet område med adgangskontrol
 - 3) Med politistede værelse i dagtimerne
-

- 4) **Daglig** meldepligt
- 5) Effektiv **eftersøgning** (politiet til US: ”straks” (ved overtrædelse af daglig meldepligt), US: ”altid anmelde sagen til politiet” (ved overtrædelse af opholdspligt), US: ”hurtigt” (om sagsbehandling)).
- 6) Strafferamme på **1 år** (med ”lovgiverpåbud” om max. straf - også for overtrædelse af meldepligten)

1-3 er velkendte fra gældende ret – 4-6 er de nye tillægsbetingelser.

Indikationer for, at vi i hvert fald befinder os i en gråzone, fremgår af Integrationsministeriets egne forarbejder. Ved forslaget om indførelse af § 42 stk. 8 med L 152 i 2001/2002 understregede ministeriet (Almindelige bemærkninger), at der ikke var tale om frihedsberøvelse, men om ”begrænsning i den pågældendes bevægelsesfrihed”. Ordet indgreb anvendtes ikke. Jeg er iøvrigt enig i, at den gældende ordning ikke er frihedsberøvelse.

I det foreliggende forslag er terminologien nu: indgreb. For det andet understreger selve etableringen af en klar og særlig hjemmel i form af en decideret kontrolordning i stk. 9, at der er tale om en juridisk set ny situation. Og endelig: Hørings-notatet af 27. november 2008 har en underlig formulering – nærmest en besværgelse: ”de kontrolforanstaltninger, der pålægges må ikke have karakter af frihedsberøvelse”.

Grundlovens § 71 hviler på en række – skrevne som uskrevne – retstatslige principper, der ligger til grund for begrebet om en lovlig frihedsberøvelse i grundlovens forstand.

Jeg skal nævne et par stykker: skærpet hjemmelskrav, krav om skærpet domstolskontrol, krav om uskyldsformodning, krav om proportionalitet, krav om politisk, religiøs og racemæssig immunitet – og så dét krav, som

jeg vil koncentrere mig om: det skærpede begrundelseskrav i form af **KONKRETHED** (Højesteret i UfR 2008.2394 H og i de to nylige kendelser af 19. november taler om: ”rimelig sandsynliggørelse” for at tage stilling til at frihedsberøvelsen ikke er ”uhjemlet eller ubegrundet”).

Når der tales om en mistanke for begåede forseelser eller forbrydelser, d.v.s. inden for strafferetsplejen, skal en mistanke være konkret. Men en tilsvarende betingelse knytter der sig til sager uden for strafferetsplejen. Vi kender farebegrebet fra *politiretten*, nu udtrykt i Lov om politiets virksomhed (Politiloven), hvor ethvert fareafværgende indgreb i henhold til bemærkningerne skal være ”**konkret og nærliggende**” – og vi kender det fra *udlændingeretten*, eksempelvis § 25 nr. 1 (om udvisning på grund af fare for statens sikkerhed), hvor der ”**konkret skal være tale om en mere kvalificeret fare**”, jf. også den trykte afgørelse fra Ugeskriftet.

I relation til frihedsberøvelse betyder begrundelseskravet med andre ord: at en myndighed konkret skal begrunde, at en person skal være INDE, ikke at myndigheden konkret skal begrunde, at en person kan være UDE!

Det skyldes helt enkelt, at grundpræmissen for en frihedsrettighed er frihed, ikke at den er indespærring eller surrogat for indespærring. Eller som det også hedder: ”in dubio pro libertate” (enhver berettiget tvivl skal komme Friheden til gode).

Jeg vil nu bede forsamlingen kigge på lovforslaget. Almindelige bemærkninger under pkt. 3.1. Gældende regler om påbud om at tage ophold, 4. afsnit, der begynder med ”Det forudsættes”.

”Det forudsættes, at Udlændingetjenesten kun undlader at træffe afgørelse om, at en udlænding på tålt ophold skal tage ophold i Center Sandholm, hvis det i det konkrete tilfælde findes at være helt ubetænkeligt. Da det er et afgørende hensyn bag bestemmelsen at sikre myndighedernes kendskab til de pågældende udlændinges opholdssted, skal det indgå i vurderingen, om der er fare for, at udlændingen vil skjule sig for myndighederne. Det skal endvidere indgå i vurderingen, om der er fare for, at den pågældende vil begå kriminalitet. Det vil således kun undtagelsesvist komme på tale, at

Udlændingesservice ikke træffer afgørelse om, at den pågældende udlænding skal tage ophold i Center Sandholm”.

Disse betragtninger går helt tilbage til indførelsen af stk. 8 (2001/2002). Men den allersidste sætning kan ikke genfindes i bemærkningerne til det oprindelige lovforslag, hverken i de almindelige eller i de specielle bemærkninger:

”Det vil således kun undtagelsesvist komme på tale, at Udlændingesservice ikke træffer afgørelse om, at den pågældende udlænding skal tage ophold i Center Sandholm”.

Og jeg vil gøre opmærksom på, at hele citatet altså står under ”Gældende regler” i det foreliggende lovforslag!

Som forslaget er skruet sammen, skal den citerede forståelse af opholdspåbuddet og dets praksis fortsat finde anvendelse under den nye styrkede kontrolordning.

Men hvis der nu reelt er tale om frihedsberøvelse, således som jeg mener, bliver konstruktionen forfatningsretlig umulig.

Det vil betyde, at **en person skal være ”inde”, medmindre det er helt ubetænkeligt** (jf. citatets 1. sætning). Fare-betingelsen som begrundelse for frihedsberøvelse knytter sig nemlig ikke til noget konkret i forhold til den pågældende person. Der bliver alene tale om konstateringen af en abstrakt fare (den blotte fare for at skjule sig eller at begå kriminalitet er jo helt generel). Det vil sige forslaget erstatter et klassisk fare-begreb med et risiko-begreb (der er risiko for at personen skjuler sig, begår kriminalitet m.v.). Det er ganske enkelt politistatens begrebsapparat. Alternativt måtte en sådan tankegang skulle begrundes med, at Danmark er i undtagelsestilstand.

Retsstatens sprog ville som allerede nævnt være: **Man skal være ”ude”, medmindre det er konkret betænkeligt.**

Selve konstruktionen får nu den besynderlige konsekvens, at proportionalitets-vurderingen kommer til at knyttes til fravær af fare i stedet for tilstedeværelse af fare (kriteriet under lovforslagets pkt. 4: ”må som udgangspunkt anses for proportionale” giver ingen mening, da vurderingen altid skal være konkret) – og det er ganske enkelt også i strid med de retsstatslige principper.

Jeg er blevet spurgt om, hvorvidt den lovgivende magt med forslaget optræder som den dømmende. Det mener jeg ikke, at der er tale om. Loven vil ikke som Tvind-loven ”reelt være en endelig afgørelse af en konkret retstvist” for at citere Højesteret – og derved afskære domstolsprøvelse. Enhver afgørelse om opholdspåbuddet er udtrykkeligt underlagt domstolsprøvelse efter § 63, hvor Højesteret efter praksis netop prøver grundlæggende retsprincipper på trods af forvaltningens skøn.

Man kan derimod sige, at lovgiver optræder som udøvende magt, hvilket lovgiver efter den traditionelle forfatningsretlige opfattelse har meget vide grænser for gennem fastlæggelse af de nærmere kriterier for forvaltningen både i lovtekst og forarbejder. Grl.’s 3, 2. pkt. (om den udøvende magt) opfattes almindeligvis ikke som sættende nogen grænser. Med sin afhandling om § 3 fra 1977 kunne Gorm Toftegaard Nielsen udlægges således, at han måtte mene, at det foreliggende lovforslag rammer lige ind i kernen af en mulig beskyttelse af den udøvende magts kerneområde. Retssikkerhedshensynet – og særligt i forbindelse med en frihedsberøvelse – tilsiger, at den administrative retsanvender kommer imellem borgeren og lovgiver.

Nyere teori har undersøgt om der er grænser for den lovgivende magts konkrete retsanvendelse i forhold til den udøvende magt. Konkret retsanvendelse vil sige anvendelse af gældende ret på konkrete tilfælde gennem subsumption. Den udøvende magts afgørelser er afledte, de skal have hjemmel i lov og være i overensstemmelse med lovgivningen. Den lovgivende magt er inden for grundlovens og konventionernes rammer originær. Men den lovgivende magt kan fristes – og fristes måske i stigende grad – til at træffe skønsmæssige afgørelser i lovsform på grundlag af anden gældende ret. Hvis det udelukker retlig prøvelse kan det in concreto være i strid med Grl. § 3, 3. pkt om den dømmende magt, som

Henrik Palmer Olsen har påpeget det i sin disputats om Magtfordeling (s. 491-493).

Henrik Vædele Elmquist har i sin Guldmedalje-afhandling: "Singular lovgivning" fra 2002 konkluderet, " ... at bebyrdende singulære love, der fremstår som konkret anvendelse af gældende lovregler, er i strid med Grundlovens § 3, 2. pkt." (s. 278). Den foreliggende lov er bebyrdende, hvis nogen skulle være i tvivl. Hans kriterier for singularitet er her, enten at der skal være tale om "love, der ved utvetydige angivelser direkte identificerer hver af de enkelte adressater separat" eller "love, der snarere har karakter af en konkret beslutning i forhold til en eller flere enkelte personer end en generel regel" (s. 269). I disse situationer har den udøvende magt en ukrænkelig enekompetence ifølge Elmquist. Efter min opfattelse rammer hans definition ikke den foreliggende lov (Om Højesteret vil statuere omgåelse af magtfordelingen efter § 3 er meget svært at forudsige). Hovedproblemet med lovforslaget er ikke, at den rammer tuneseren, problemet er, at den rammer ham, og tilsyneladende (næsten) alle nuværende og kommende på tålt ophold ovenikøbet på grundlovsstridig vis – uanset om det er den udøvende eller den lovgivende magt, der træffer afgørelsen.

Min konklusion er, at hvis den udøvende magt konkret måtte følge den retsanvendelse, som lovforslagets bemærkninger giver udtryk for, at den skal (jeg tænker særligt på den lange citerede passus), så vil administrationen handle grundlovsstridigt, d.v.s. i strid med mindst eet af de retsstatslige principper, der bærer grl. § 71: at frihedsberøvelse på grundlag af abstrakt fare/risiko aldrig kan finde sted i en retsstat.

Det kan naturligvis i sidste instans medføre embedsansvar og i tillæg ministeransvar for Integrationsministeren og Justitsministeren – hvis Folketinget efter vedtagelsen af en sådan lov da måtte ønske at gøre et ansvar gældende.