



NORGES HØYESTERETT

Den 6. desember 2019 ble det av Høyesteretts ankeutvalg med dommerne Matningsdal, Matheson og Bergh i

HR-2019-2282-U, (sak nr. 19-179702STR-HRET), straffesak, anke over kjennelse:

A (advokat Veysel Ince)

mot

Påtalemyndigheten (politiadvokat Audun Kjernli)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder anke over lagmannsrettens kjennelse om varetektsfengsling.
- (2) A, født 00.00.1981, er siktet for brudd på innreiseforbud til Norge, jf. utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav e, jf. § 71 andre ledd. Han ble første gang fengslet ved Nedre Romerike tingretts kjennelse 21. oktober 2019, på grunnlag av unndragelsesfare, som også siden har vært fengslingsgrunnlaget.
- (3) Nedre Romerike tingrett avsa 18. november 2019 kjennelse med slik slutning:

«A, født 00.00.1981, kan fortsatt holdes i varetektsfengsel inntil noe annet bestemmes av påtalemyndigheten eller retten, men ikke ut over 16. desember 2019.»
- (4) A anket kjennelsen.
- (5) Eidsivating lagmannsrett avsa 21. november 2019 under dissens kjennelse med slik slutning:

«Anken forkastes.»
- (6) A har anket til Høyesterett. Det gjøres gjeldende at vilkåret i straffeprosessloven § 171 om skjellig grunn til mistanke om straffbar handling ikke er oppfylt ettersom innreiseforbudet er ugyldig. For å avgjøre om innreisen er straffbar, må retten derfor prejudisielt ta stilling til vedtakets gyldighet. Dette har lagmannsretten under henvisning til Rt-2014-220 ikke gjort. Avgjørelsen gjelder imidlertid internering etter utlendingsloven § 99. Bestemmelsen hjemler bruk av tvangsmidler selv om det ikke foreligger et gyldig vedtak. Avgjørelsen har ingen overføringsverdi til fengsling etter straffeprosessloven § 171 som krever mistanke om handling som kan medføre straff. Dersom det ikke foreligger et gyldig forvaltningsvedtak om innreiseforbud, foreligger det heller ingen straffbar handling som kan begrunne fengsling. Dette må domstolene prøve.

- (7) I anken har siktede på dette punktet gjort gjeldende at «[u]tover at søknaden om familiegjennforening feilaktig ble ansett for å være basert på et proformaekteskap, foreligger ingen brudd på utlendingsloven som begrunner utvisningsvedtaket». Ankeutvalget forstår dette slik at det anføres at utvisningsvedtaket og dermed det korresponderende innreiseforbudet er ugyldig, idet det bygger på et uriktig faktum.
- (8) Siktede har også gjort gjeldende at UDI etter vedtakstidspunktet har endret praksis i medhold av utlendingsforskriften § 14-2. I anken heter det at ved avslag i familiegjennforeningssaker som vurderes som proformaekteskap, skal det nå fattes vedtak om maksimalt fem års innreiseforbud. Utvalget forstår anførselen slik at praksisendringen innebærer at det rutinemessige avslaget på søknaden om familiegjennforening grunnet proforma må bedømmes som ugyldig, og da slik at forbudet på grunn av femårsbegrensningen var opphørt på tidspunktet for innreisen i 2019.
- (9) *Påtalemyndigheten* har i tilsvaret sluttet seg til tingrettens og lagmannsrettens vurderinger.
- (10) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker at anken er en videre anke over kjennelse. Ankeutvalgets kompetanse er dermed begrenset til å prøve lagmannsrettens generelle lovtolkning og saksbehandling, jf. straffeprosessloven § 388 første ledd nr. 2 og 3. Anken retter seg mot lovtolkningen hva gjelder spørsmålet om domstolene i en straffesak må prøve gyldigheten av det underliggende forvaltningsvedtaket. Dette kan utvalget prøve.
- (11) Etter straffeprosessloven § 171 er pågripelse, og dermed også varetektsfengsling, jf. lovens § 184 andre ledd, betinget av at den pågrepne «med skjellig grunn mistenkes for en eller flere handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder». Om innholdet i dette kravet uttaler Høyesteretts ankeutvalg i Rt-2004-887 avsnitt 12:

«Kjæremålsutvalget viser til at det etter sikker praksis må være mer sannsynlig at vilkårene for straffansvar er oppfylt enn at de ikke er det, for at grunnvilkåret for fengsling – skjellig grunn til mistanke – skal være tilfredsstillt, jf. straffeprosessloven § 171, innledningen. Det gjelder samtlige straffbarhetsvilkår, derunder kravet om tilregnelighet.»

- (12) Dette er gjentatt i Rt-2012-134 avsnitt 10.
- (13) Den aktuelle saken gjelder brudd på det straffesanksjonerte forbudet i utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav e jf. § 71 andre ledd mot ulovlig innreise i riket. Siktetes anførsel er, som nevnt, at han ikke har overtrådt noe gyldig innreiseforbud. For overtredelse av forbud ilagt ved et ugyldig vedtak, har oppfatningen i norsk rett – med enkelte unntak som ikke er aktuelle i denne saken – vært at den som forbudet er rettet mot ikke plikter å respektere det, og dermed heller ikke kan straffes for å ha overtrådt det. Dette har også kommet til uttrykk i Rt-1978-1259 hvor Høyesterett forkastet påtalemyndighetens anke over byrettens frifinnende dom for kjøring uten førerkort i et tilfelle hvor byretten hadde lagt til grunn at politiet ikke hadde hjemmel for det aktuelle midlertidige tilbakekallet av føreretten som hadde skjedd like forut for kjøringen. Om den rettslige vurderingen av en slik situasjon uttaler førstvoterende (side 1259-1260):

«Etter forvaltningsrettens alminnelige prinsipper vil som hovedregel et uhjemlet og således ugyldig påbud eller forbud ikke være bindende for den det er rettet mot. Vedkommende handler ikke rettsstridig om han setter seg utover påbudet eller forbudet. Anvendt på det foreliggende tilfelle innebærer dette at tiltalte ikke kan straffes for overtredelse av vegtrafikkloven § 24 første ledd dersom politiets beslutning om å inndra hans førerkort må anses ugyldig.»

- (14) Tilsvarende synspunkter har kommet til uttrykk i den forvaltningsrettslige teori, jf. Frihagen: Forvaltningsrett. Bind III, fjerde utgave, 1992 side 182, Graver: Alminnelig forvaltningsrett, fjerde utgave, 2015 side 541 og Eckhoff/Smith: Forvaltningsrett, 11. utgave, 2018 side 481.
- (15) Etter ankeutvalgets vurdering er det dermed et straffbarhetsvilkår at den aktuelle innreisen har skjedd i strid med et gyldig forbud mot slik innreise. Som det fremgår av de to avgjørelsene fra 2004 og 2012 som er omtalt foran, må det dermed også foreligge skjellig grunn til mistanke om at siktede har brutt et slikt forbud.
- (16) Tingretten, med tilslutning fra lagmannsretten, har likevel under henvisning til Rt-2014-220 lagt til grunn at retten ikke plikter å prøve dette vedtaket prejudisielt. Den nevnte avgjørelsen gjaldt imidlertid internering med hjemmel i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b jf. § 99. Under henvisning til forarbeidene understreket ankeutvalget at «en asylsøker kan fengsles selv om asylsøknaden fortsatt er til behandling. Dette viser at gyldig vedtak ikke er et vilkår for fengsling. Karakteren av fengsling som et midlertidig sikringstiltak innebærer videre at det ikke skal skje noen prejudisiell prøving som anført av den ankende part.»
- (17) Den foreliggende saken gjelder derimot fengsling i en straffesak. I slike saker gjelder den rettsregelen som fremgår av sitatet fra Rt-2004-887. Da lagmannsretten dermed har unnlatt å ta stilling til ett av straffbarhetsvilkårene, må lagmannsrettens kjennelse oppheves, jf. straffeprosessloven § 385 tredje ledd jf. § 343.
- (18) Ankeutvalget finner det imidlertid riktig å omtale to forhold om lagmannsrettens nye behandling av saken:
- (19) Med adresse til spørsmålet om siktede har overtrådt et gyldig forbud, anføres det i anken at «[d]et lavere beviskravet ved anvendelse av tvangsmidler gjelder spørsmålet om det er skjellig grunn til mistanke, og ikke tvilen om forholdet er straffbart eller ikke, jf. Rt. 2015 s. 1341». Det er for så vidt riktig at beviskravet ikke gjelder for lovtolkingen. På samme måte som ved domfellelse må retten legge til grunn den lovtolkingen som den på ordinær måte finner riktig, jf. Rt-1996-1319. Dette innebærer at i den utstrekning det ved prøvingen av om det foreligger et gyldig forbud er spørsmål om lovtolking, gjelder den rettssetningen som fremgår av Rt-1996-1319. For eventuelle andre anførsler – eksempelvis at vedtaket bygger på uriktig faktum – gjelder derimot det ordinære beviskravet etter straffeprosessloven § 171.
- (20) Det andre spørsmålet er hvor omfattende prøvingen av forbudets gyldighet må være. I denne sammenheng understreker ankeutvalget den grunnleggende forskjellen i omfanget av bevisførselen i en hovedforhandling sammenlignet med en fengslingssak. Dette må også ha betydning for prøvingen av vedtakets gyldighet. Det kan derfor ikke kreves at retten i en fengslingssak går like grundig inn i gyldighetsspørsmålet som det som etter omstendighetene kan være nødvendig ved pådømmelse av saken. Til illustrasjon vises det til Rt-1998-155 hvor herredsrettens fellende dom i en drapssak mv. var anket til lagmannsretten. Ved fengsling etter straffeprosessloven § 172, hvor beviskravet er langt strengere enn i § 171, hadde lagmannsretten uttalt:

«Som forsvareren selv uttaler kan det likevel ikke her ligge et krav om at domstolen, i forbindelse med fengslingsspørsmålet, skal gjennomgå saken fullstendig: så å si avholde ‘ny hovedforhandling’. Det retten må gjøre er å gjennomgå den foreliggende, fellende dom, gjøre seg opp en mening om kvaliteten og bevisverdien av de vurderinger som der er gjort og

sammenholde dette med de konkrete bevisementer som hevdes å svekke den bevisvurderingen dommen bygger på.»

- (21) Dette var kjæremålsutvalget enig i (side 157).
- (22) Selv om den foreliggende saken gjelder en annen situasjon, må likevel de grunnleggende utgangspunktene dette sitatet bygger på være retningsgivende også i en sak som den foreliggende.
- (23) Kjennelsen er enstemmig.

S L U T N I N G:

Lagmannsrettens kjennelse oppheves.

Wilhelm Matheson
(sign.)

Magnus Matningsdal
(sign.)

Espen Bergh
(sign.)

Dokumentet er i samsvar med originalen:
Fredrik Lied Lilleby