



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 15. april 2021 av Høyesterett i avdeling med

dommer Magnus Matningsdal
dommer Per Erik Bergsjø
dommer Arne Ringnes
dommer Espen Bergh
dommer Kine Steinsvik

HR-2021-798-A, (sak nr. 20-182431STR-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 19. november 2020

A (advokat Steinar Jacob Thomassen)

mot

Påtalemyndigheten (statsadvokat Andreas Magne Alfoni Strand)

S T E M M E G I V N I N G

(1) Dommer **Bergh:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder straffutmåling, i første rekke for langvarig ulovlig opphold i Norge.
- (3) Tiltale mot A ble tatt ut 1. april 2020. Etter endringer gjort av aktor under behandlingen i tingretten lyder tiltalebeslutningen slik:

«**I** **Utlendingsloven § 108 annet ledd bokstav a, jf. § 55 første ledd**
for å ha tatt arbeid mot eller uten vederlag eller drevet ervervsvirksomhet i riket uten å ha oppholdstillatelse som gir rett til å ta arbeid eller drive ervervsvirksomhet

Grunnlag:

I perioden 22. mai til 22. desember 2018 arbeidet han ved X uten at han hadde oppholdstillatelse.

II **Utlendingsloven § 108 annet ledd bokstav a, jf. § 55 annet ledd**
for å ha tatt opphold i riket utover tre måneder uten å ta arbeid, uten å ha oppholdstillatelse

Grunnlag:

I perioden fra 22. desember 2009 til 30. juli 2010 og fra 24. februar 2011 til 10. mars 2020 har han oppholdt seg i riket uten oppholdstillatelse.

III **Legemiddeloven § 31 annet ledd, jf. § 24 første ledd**
for uten lovlig atkomst å ha vært i besittelse av narkotika

Grunnlag:

Lørdag 10. august 2019 ca. kl. 00.15 i ---veien i Oslo var han i besittelse av 6,44 gram råopium.»

- (4) Ved Oslo tingretts dom 25. juni 2020 ble A domfelt i samsvar med tiltalen. Dommen har følgende domsslutning:

«A, født 00.00.1979, dømmes for overtredelse av

- Utlendingsloven § 108 annet ledd bokstav a, jf. § 55 første ledd
- Utlendingsloven § 108 annet ledd bokstav a, jf. § 55 annet ledd
- Legemiddeloven § 31 annet ledd, jf. § 24 første ledd

til fengsel i 5 – fem – måneder, jf. straffeloven § 79 bokstav a.»

- (5) Tingretten har skrevet domfeltes navn noe annerledes enn det som er registrert i Folkeregisteret. Høyesterett benytter skrivemåten i Folkeregisteret.

- (6) A anket straffutmålingen til Borgarting lagmannsrett, som 19. november 2020 avsa dom med slik domsslutning:
- «I tingrettens dom gjøres den endring at straffen settes til fengsel i 120 – etthundreogtjue – dager.»
- (7) Dommen ble avsagt under dissens. Én dommer stemte for å gjøre hele fengselsstraffen betinget.
- (8) A har anket straffutmålingen videre til Høyesterett. Han gjør gjeldende at fengselsstraffen bør gjøres betinget, subsidiært at den bør gjøres kortere.
- (9) Saken er for Høyesterett behandlet ved fjernmøte, jf. midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 om tilpasninger i prosessregelverket som følge av utbruddet av covid-19 mv. § 3.

Mitt syn på saken

De faktiske forholdene

- (10) A kom til Norge i 2007 sammen med sin ektefelle og søkte da asyl. Utlendingsdirektoratet (UDI) avsto søknaden 1. april 2009. I vedtak 26. november 2009 tok Utlendingsnemnda (UNE) ikke klage over avslaget til følge. Utreisefristen ble satt til 22. desember 2009. A reiste likevel ikke.
- (11) Vedtaket ble brakt inn for rettslig prøving. UNE ble frifunnet ved Oslo tingretts dom 30. juli 2010. Tingretten avsa likevel kjennelse for rett til opphold inntil saken var rettskraftig avgjort. A hadde deretter lovlig opphold inntil Borgarting lagmannsrett 24. februar 2011 forkastet anken over tingrettens dom og samtidig besluttet at kravet om midlertidig forføyning ikke skulle tas til følge. Saken ble endelig avgjort ved Høyesteretts dom 16. november 2011, Rt-2011-1481, der anke fra A ble forkastet.
- (12) A begjærte senere omgjøring flere ganger uten at dette førte frem. I 2016 besluttet UDI som følge av bruddene på utlendingsloven å utvise ham fra landet med fem års innreiseforbud. Klage fra A over dette vedtaket ble ikke tatt til følge. Heller ikke da reiste han fra Norge.
- (13) A og ektefellen fikk en datter i 00.2012.
- (14) I august 2019 fremsatte A en ny anmodning om omgjøring. UNE besluttet 27. november 2019 å gi utsatt iverksetting frem til avgjørelsen av saken. Det medfører at perioden med ulovlig opphold opphørte denne dagen, og ikke 10. mars 2020, slik det angis i tiltalen.
- (15) UNE innvilget i vedtak 10. mars 2020 begrenset oppholdstillatelse på humanitært grunnlag til A, ektefellen og datteren. Det ble lagt avgjørende vekt på den tilknytning datteren, som da var syv år, hadde fått til landet gjennom lang oppholdstid i Norge. Ut fra dette kom nemnda til at det forelå sterke menneskelige hensyn. Oppholdstillatelsen er senere forlenget.

- (16) Periodene med ulovlig opphold i Norge fremkommer av det jeg har gjennomgått. Med unntak av opphørsdatoen er angivelsen i tiltalebeslutningen korrekt. Den samlede tiden med ulovlig opphold er ni år og fire måneder.
- (17) Tiltalen post I gjelder ulovlig arbeid i et tidsrom på syv måneder. Ut fra timelister la lagmannsretten til grunn at A i denne perioden arbeidet i full stilling. Domfellelsen gjelder uaktsom overtredelse, som bygget på at A var blitt fortalt at arbeidet var lovlig.
- (18) Tiltalen post III gjelder besittelse av et begrenset kvantum råopium.

Straff for ulovlig opphold – tiltalen post II

- (19) Det mest alvorlige forholdet i tiltalen, som er bærende for straffutmålingen, er post II om ulovlig opphold.
- (20) Utlendingsloven § 55 andre ledd setter forbud mot å oppholde seg i Norge mer enn tre måneder uten oppholdstillatelse. Overtredelse av denne bestemmelsen straffes etter loven § 108 andre ledd bokstav a med bot eller fengsel inntil seks måneder. Strafferammen var den samme etter den tidligere utlendingsloven fra 1988.
- (21) Den eneste tidligere saken fra Høyesterett i avdeling om straffutmåling for ulovlig opphold er Rt-1993-563. Saken gjaldt – i likhet med saken her – et tilfelle der tiltalte på domstidspunktet hadde fått lovlig opphold i Norge. Perioden med ulovlig opphold var omkring ett år, altså vesentlig kortere enn her. Høyesterett kom til at fengselsstraffen på 40 dager i sin helhet kunne gjøres betinget.
- (22) Fra de senere årene foreligger en relativt omfattende praksis fra Borgarting lagmannsrett som fremstår som konsistent og etter mitt syn er egnet som grunnlag ved vurdering av straffenivået.
- (23) I dom 5. mai 2017, LB-2017-62046, fant lagmannsretten at et ulovlig opphold som etter rettens vurdering i hvert fall ikke varte mindre enn to år, isolert sett ga grunnlag for en ubetinget fengselsstraff opp mot 75 dager. Om de generelle utgangspunktene uttaler lagmannsretten i dommen:
- «Lagmannsretten har ikke funnet noe rettspraksis som gir særlig veiledning om straffenivået for ulovlig opphold i riket. Noe veiledning gir dommen i Rt-1993-563, men dommen er gammel og samfunnsforholdene på utlendingsfeltet har endret seg. Brudd på utlendingsloven har med årene blitt et økende problem, og allmennpreventive hensyn tilsier en streng reaksjon. Ulovlig opphold foranlediger kostbare kontrolltiltak, og det kan skape et sikkerhets- og kriminalitetsproblem.»
- (24) Dom 20. november 2017, LB-2017-153291, gjaldt ulovlig opphold i en periode på syv år og tre måneder og en narkotikaovertrødelse. Straffen ble samlet satt til fengsel i fem måneder. Narkotikaovertrødelsen ble isolert vurdert å gi grunnlag for en fengselsstraff på noe over tretti dager. Lagmannsretten viste til tidligere lagmannsrettspraksis, herunder det jeg har sitert fra LB-2017-62046.
- (25) Borgarting lagmannsrett har altså i sin praksis lagt vekt på at det er skjedd en utvikling der brudd på utlendingsloven er blitt et økende problem, og på at allmennpreventive hensyn

tilsier en streng reaksjon. Det er ved den konkrete utmålingen lagt vekt på lengden av det ulovlige oppholdet. Jeg er enig i disse utgangspunktene.

(26) Utviklingen illustreres også ved den endringen som ble gjort i 2014 når det gjelder straff for brudd på innreiseforbud, jf. utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav e. Strafferammen ble da hevet til bot eller fengsel i to år, samtidig som det i forarbeidene ble gitt anvisning på et normalstraffenivå for første gangs overtredelse på fengsel ikke under ett år, og for andre gangs overtredelse på fengsel ikke under ett år og seks måneder.

(27) I Prop. 181 L (2012–2013) side 7 begrunner departementet straffskjerpelsene blant annet slik:

«Det er ikke mulig for myndighetene å ha en fullt ut effektiv og sikker kontroll med alle utlendingers innreise og opphold i Norge. Systemet må derfor også baseres på tillit til at utlendingsregelverket følges av dem det gjelder for. Ulovlig innreise generelt og brudd på innreiseforbudet spesielt bryter med dette tillitsforholdet og vanskeliggjør myndighetenes håndheving av norsk innvandringspolitikk. Brudd på innreiseforbudet undergraver respekten for regelverket og medfører betydelig ressursbruk for blant annet politi og utlendingsmyndigheter. Det er derfor nødvendig med straff for brudd på innreiseforbudet. Straffen antas å ha en allmennpreventiv og individualpreventiv virkning.»

(28) Utvidelsen av strafferammen og etableringen av normalstraffenivåer var begrenset til brudd på innreiseforbud og gjelder ikke ved ulovlig opphold. De hensynene som departementet fremhever, gjør seg likevel i stor grad gjeldende også i de tilfellene der en utlending blir værende ulovlig i Norge.

(29) Jeg nevner videre at Justis- og beredskapsdepartementet nylig, i Prop. 60 L (2020–2021), har foreslått å heve strafferammen for ulovlig opphold som finner sted etter at en utlending er utvist på grunnlag av ilagt fengselsstraff, forvaring eller særreaksjon. Blant annet som følge av Norges forpliktelser etter EUs returdirektiv omfatter forslaget ikke utvisning på grunn av ulovlig opphold eller andre brudd på utlendingsloven, se proposisjonen side 5. De hensynene som fremheves til støtte for endringen, har likevel generell interesse. Departementet uttaler i proposisjonen på side 18:

«Departementet legg til grunn at eit vedtak om utvisning har både allmennpreventiv og individualpreventiv effekt. For å oppnå desse verknadene er det likevel viktig at styremaktene har effektive sanksjonsmiddel for brot på regelverket. Det er ikkje mogleg for styremaktene å ha ein fullt ut effektiv og sikker kontroll med alle utlendingar sine innreiser og opphald i Noreg. Systemet er difor i stor grad basert på tillit til at utlendingsregelverket vert etterlevd. Ulovleg opphald bryt med dette tillitsforholdet og svekkjer styremaktene si handheving av norsk innvandringspolitikk.»

(30) De hensynene som her er omtalt, må etter mitt syn stå sentralt ved utmåling av straff for ulovlig opphold også i tilfeller der det ikke er tale om utvisning på grunn av strafforfølgning for kriminalitet.

(31) Forsvarer har fremhevet at det i dette tilfellet foreligger en særlig situasjon ved at A nå har fått lovlig opphold i Norge. Det er videre gjort gjeldende at når omsorgen for datteren har gitt grunnlag for opphold, må omsorgssituasjonen også være et tungtveiende moment ved den konkrete straffutmålingen.

- (32) Jeg er ikke enig i dette. I dette tilfellet har A oppholdt seg ulovlig i Norge gjennom svært lang tid. På et tidspunkt er det kommet så langt at hensynet til barnet og hennes tilknytning til Norge har vært avgjørende for å gi hele familien lovlig opphold. Utlendingsmyndighetene konkluderte i vedtaket med at de innvandringsregulerende hensynene som foreligger, ved avgjørelsen av spørsmålet om opphold er mindre tungtveiende enn datterens situasjon og tilknytning til landet. Dette kan ikke endre at innvandringsregulerende hensyn, i samsvar med de generelle utgangspunktene jeg har beskrevet, må tillegges betydelig vekt ved utmålingen av straff for en så lang periode med ulovlig opphold som det er tale om her.
- (33) Heller ikke datterens behov for daglig omsorg mens A soner en fengselsstraff, kan få betydning for den konkrete straffutmålingen. Det må legges til grunn at barnets mor vil kunne ivareta nødvendig omsorg i en slik periode.
- (34) Det er opplyst at utlendingsmyndighetene sjelden anmelder tilfeller av ulovlig opphold til politiet. Strafforfølgning skjer dermed i første rekke der en utlending kommer i kontakt med politiet i forbindelse med etterforskning av andre straffbare forhold, slik situasjonen også er i denne saken. Dette kan likevel ikke innebære at likhetshensyn får betydning ved straffutmålingen i saker som faktisk bringes inn for retten, se blant annet Rt-2004-745 avsnitt 28, med videre henvisning til Rt-1976-652, og Rt-2003-418 avsnitt 13.
- (35) Etter mitt syn vil riktig straff for forholdet i post II, ulovlig opphold, i utgangspunktet være fengsel i 120 dager.

Straff for handlingene i tiltalen post I og III

- (36) Tiltalen post I gjelder som nevnt ulovlig arbeid gjennom en periode på noe over et halvt år med et omfang tilsvarende full stilling. Lagmannsretten har bygget på at dette isolert ville gitt en bøtestraff. Etter mitt syn er forholdet så vidt alvorlig at det ville vært grunnlag for en kortere betinget fengselsstraff med tillegg av en bot. Jeg nevner at i Agder lagmannsretts dom i RG-2011-1601 ble straffen for arbeid gjennom ett år, men med et begrenset omfang, satt til betinget fengsel i 15 dager med tillegg av en bot på 15 000 kroner.
- (37) Jeg er enig med lagmannsretten i at forholdet i tiltalen post III isolert ville gitt grunnlag for en bot.

Samlet vurdering

- (38) Av det jeg har fremhevet, følger at det samlet som utgangspunkt er grunnlag for en fengselsstraff på noe over 120 dager. Det er ikke grunn til å gjøre noen del av straffen betinget.
- (39) I formildende retning må det legges noe vekt på As tilståelse. Tilståelsen har hatt begrenset betydning for omfanget av etterforskningen, men har samlet hatt en viss prosessøkonomisk betydning. Fradraget for tilståelse bør da være omkring ti prosent, se for eksempel HR-2019-721-A avsnitt 71.

- (40) Jeg kan ikke se at As arbeidssituasjon eller andre forhold kan gi grunnlag for noen ytterligere reduksjon av straffen.

Konklusjon

- (41) Etter dette er jeg, som lagmannsrettens flertall, kommet til at straffen passende kan settes til fengsel i 120 dager. Dette medfører at anken forkastes.
- (42) Jeg stemmer for denne

D O M :

Anken forkastes.

- (43) Dommer **Bergsjø:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (44) Dommer **Ringnes:** Likeså.
- (45) Dommer **Steinsvik:** Likeså.
- (46) Dommer **Matningsdal:** Likeså.
- (47) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Anken forkastes.