



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 31. mars 2025 av Høyesterett i avdeling med

dommer Wilhelm Matheson
dommer Henrik Bull
dommer Wenche Elizabeth Arntzen
dommer Ingvald Falch
dommer Are Stenvik

HR-2025-604-A, (sak nr. 24-167325STR-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 17. september 2024

Påtalemyndigheten

(statsadvokat Erik Førde)

mot

A

(advokat Marius Oscar Dietrichson)

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

(1) Dommer **Arntzen:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder vilkårene for å straffe en utlending som ikke har forlatt riket etter vedtak om utvisning som følge av ilagt fengselsstraff. Spørsmålet er særlig hvilken aktivitet som kan kreves av utlendingen selv for å reise ut.
- (3) A, født i 1994, er marokkansk statsborger. Han kom til Norge i desember 2012 og søkte asyl. Utlendingsdirektoratet (UDI) avslo søknaden i januar 2013 og påla ham å forlate landet innen tre uker. Klagen over vedtaket førte ikke frem. I april 2014 traff UDI nytt utvisningsvedtak med innreiseforbud på fem år. Begrunnelsen var at A ikke hadde reist fra Norge etter det første utvisningsvedtaket.
- (4) Ved UDIs vedtak 16. desember 2015 ble A utvist på ny, denne gangen med varig innreiseforbud og plikt til å forlate landet umiddelbart, jf. utlendingsloven § 90 dagjeldende femte ledd bokstav f. Begrunnelsen var at han i tillegg til to forelegg i 2014, i 2015 ble idømt fengsel i 18 dager for flere narkotikalovbrudd. UDI viste også til hans ulovlige opphold i Norge på ett år og åtte måneder. Det er enighet om at utvisningsvedtaket er gyldig.
- (5) A ble i 2017, 2019 og 2021/2022 idømt fengselsstraffer fra 75 dager til sju måneder for narkotikalovbrudd og brudd på utlendingsloven § 108 for ikke å forlate riket etter vedtak om utvisning. Straffutmålingen i den siste saken ble avgjort av Høyesterett 12. oktober 2022, se HR-2022-1963-A.
- (6) Politimesteren i Oslo tok 3. oktober 2023 ut tiltale mot A for overtredelse av utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav f, jf. § 55 andre ledd (post I) og to overtredelser av straffeloven § 231 første ledd (post II). I gjerningsbeskrivelsen for overtredelsen av utlendingsloven heter det:
- «I perioden fra 1. april 2022 og frem til 15. august 2023, har han unnlatt å forlate riket til tross for at han ble varig utvist ved UDI sitt vedtak av 16. desember 2015 som følge av ilagt fengselsstraff.»
- (7) Oslo tingrett avsa 16. november 2023 dom med slik domsslutning for så vidt gjelder straffekravet:
- «1. A, født 00.00.1994, frifinnes for tiltalens post I og II b).
2. A, født 00.00.1994, dømmes for overtredelse av straffeloven § 231 første ledd til en straff av fengsel i 18 – atten – dager. Fullbyrding av straffen utsettes med en prøvetid på to år jf. straffeloven § 34.»
- (8) Påtalemyndigheten anket over bevisbedømmelsen og lovanvendelsen under skyldspørsmålet for tiltalebeslutningens post I. Ved Borgarting lagmannsretts dom 17. september 2024 ble tiltalte på ny frifunnet for denne tiltaleposten. Den ene meddommeren stemte for domfellelse.

- (9) Lagmannsrettens flertall mente det ikke var godtgjort at tiltalte hadde en reell mulighet til å forlate riket. Tiltaltes mulighet til å skaffe seg reisedokumenter var vanskeliggjort av de diplomatiske problemene som i tiltaleperioden besto mellom marokkanske og norske myndigheter. Noen bistand fra den marokkanske ambassaden kunne derfor ikke påregnes.
- (10) Påtalemyndigheten har anket over lovanvendelsen under skyldspørsmålet.
- (11) I brev 10. februar 2025 til Høyesterett med kopi til forsvarer informerte aktor om at det ville bli bedt om fellende dom med påstand om fengsel i ett år. A ble på denne bakgrunn innkalt til ankeforhandlingen i Høyesterett. Han var tilstede under siste del av forhandlingen, som ble tolket simultant til hans morsmål. Han ba ikke om å få avgi forklaring.
- (12) Ellers står saken i samme stilling for Høyesterett som for de tidligere instanser.

Partenes anførsler

Påtalemyndigheten har i korte trekk gjort gjeldende:

- (13) Straffebestemmelsen kommer til anvendelse med mindre tiltalte godtgjør at utreisen fra riket hindres av forhold utenfor hans kontroll. Tiltalte må godtgjøre at han har gjort alle rimelige tiltak for å forlate Norge frivillig. Forhold mellom stater som vanskeliggjør *tvangsretur*, er uten betydning for tiltaltes rett til konsulær bistand fra egen ambassade.
- (14) Høyesterett har tilstrekkelig grunnlag i lagmannsrettens bevisvurdering til å avsi fellende dom. Selve faktum er ikke bestridt. Ved straffutmålingen kan det gjøres fradrag for ventetiden etter at tiltalte ble innkalt til soning av Høyesteretts dom 12. oktober 2022.
- (15) Aktor har nedlagt slik påstand:

«A født 00.00.1994 dømmes for overtredelse av utlendingsloven § 108 tredje ledd, bokstav f og straffeloven § 231 første ledd, sammenholdt med straffeloven § 79 a og b, til en straff av fengsel i 1 – ett – år.»

- (16) *Forsvarer* har i korte trekk gjort gjeldende:
- (17) Det er et straffbarhetsvilkår at tiltalte hadde en reell mulighet til å forlate riket. Det har lagmannsretten ikke funnet bevist. Det er bare rimelige tiltak som kan kreves av tiltalte. Så lenge han ikke kunne påregne bistand fra den marokkanske ambassaden, ville det vært fånyttet å henvende seg dit. Påtalemyndigheten har følgelig ikke bevist at tiltalte hadde en reell mulighet for å forlate riket.
- (18) Det er uklart om det kan avsies ny dom da lagmannsrettens faktumbeskrivelse ikke uten videre kan benyttes for domfellelse. Ved en eventuell straffutmåling bør det gjøres fradrag for perioden da domfelte ventet på rettssak og soning, i hvert fall for tiden etter innkalling til soning.
- (19) Forsvarer har nedlagt slik påstand:

«Prinsipalt:
Anken forkastes.

Subsidiært:
Borgarting lagmannsretts dom oppheves.

Atter subsidiært:
Tiltalte anses på mildest mulig måte.»

Mitt syn på saken

Rettslige utgangspunkter – § 108 tredje ledd bokstav f

- (20) Det følger av utlendingslovens system at utlendinger som ikke har rett til å oppholde seg i Norge, plikter å forlate landet frivillig. Dersom denne plikten ikke overholdes, kan Politiets utlendingsenhet (PU) iverksette tvangsretur, se utlendingsloven § 90 sjette og sjuende ledd.
- (21) Straffebestemmelsen i utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav f retter seg mot utviste utlendinger og lyder slik:

«Med bot eller fengsel inntil to år straffes den som:

...

f. er utvist som følge av ilagt fengselsstraff, forvaring eller særreaksjon etter andre bestemmelser enn annet ledd, og forsettlig eller uaktsomt overtrer kravet om oppholdstillatelse i utlendingsloven § 55 annet ledd ved ikke å forlate riket.»
- (22) Det objektive straffbarhetsvilkåret er altså ulovlig opphold ved ikke å forlate riket etter utvisning som følge av ilagt fengselsstraff.
- (23) Bestemmelsen fikk sin någjeldende ordlyd ved en lovendring i april 2021 og innebar en heving av strafferammen fra fengsel i seks måneder til fengsel i to år.
- (24) Bakgrunnen for lovendringen er omtalt i Prop. 60 L (2020–2021) punkt 2.1, der det blant annet heter:

«Arbeidet med å returnere utlendingar utan opphaldsløyve er ressurskrevjande og i somme tilfelle fånyttas. Tvungen iverksetting av eit vedtak om utvisning krev at føresetnadene for retur er til stades. I mange tilfelle bidrar ikkje utlendingen til iverksetting, til dømes ved ikkje å opplyse om eller avklare identitet og ikkje leggje fram ID-dokument. Ein del utlendingar går også i skjul for å unndra seg uttransportering. I slike tilfelle vil det kunne ta lang tid før ein oppnår sikker identifikasjon og kan gjennomføre uttransport. Somme returland vil heller ikkje ta imot personar som ikkje reiser frivillig.»
- (25) Som det fremgår av HR-2022-1963-A avsnitt 19, var begrunnelsen for å heve strafferammen for ulovlig opphold etter utvisning på grunn av fengselsstraff, et ønske om en større preventiv effekt for å få flere til å etterleve vedtak om utvisning.
- (26) Det er på det rene at det i straffebudet må innfortolkes en rettsstridsreservasjon. Om slike rettsstridsreservasjoner generelt uttaler Andenæs mfl., Alminnelig strafferett, 6. utgave 2016, side 157:

«Å si at en handling ikke er rettsstridig, gir aldri noen begrunnelse for straffrihet, men uttrykker resultatet av en tolkningsprosess som leder til at gjerningen ikke rammes av straffebudet til tross for at det går inn under ordlyden. Ved denne tolking vil en vurdering av handlingens samfunnsmessige forsvarlighet ofte spille en sentral rolle.»

- (27) Rettsstridsreservasjonen innebærer at utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav f skal tolkes innskrenkende slik at utlendingen må ha hatt en *reell mulighet til* å forlate riket for å kunne straffes. Reservasjonen må ikke anvendes på en måte som undergraver utlendingens incitament til å reise frivillig.

- (28) Hvilke hindringer som kan gi grunnlag for straffritak, er omtalt i Prop. 60 L (2020–2021) på side 19–20. Det kan for eksempel dreie seg om fysiske hindringer for fengslede utlendinger eller sikkerhetsmessige hindringer grunnet situasjonen i hjemlandet. Om praktiske hindringer, som er det aktuelle alternativet i vår sak, heter det:

«Som nemnt ovanfor, er det eit vilkår for straffbarheit at utlendingen har reell moglegheit til å forlate landet. Også utanfor gjentakingstilfella (og etter gjeldande rett) vil utlendingen kunne hevde at retur er praktisk umogleg. Departementet vil i denne samanheng understreke at så godt som alle utlendingar vil vere stand til å forlate Noreg, eventuelt med bistand frå norske styremakter, dersom dei samarbeider om det. Det vert svært sjeldan gjeve opphaldsløyve etter utlendingsforskrifta § 8-7 grunna ‘praktiske hindringer for retur som utlendingen ikke selv rår over’. Etter departementet sitt syn kan det sjeldan vere tvil om at retur er ein reell moglegheit, med mindre det kan underbyggast at utlendingen har gjort alle rimelege tiltak for å etterleve utreiseplikta, utan å lukkast. Departementet nemner likevel at moglegheitene for å medverke til utreise vil vere ein del av faktumvurderinga i ei straffesak, og såleis følgje strengare beviskrav enn ved den reint utlendingsrettslege vurderinga.»

- (29) Den innskrenkende tolkningen av loven som forarbeidene her gir anvisning på, viser at det dreier seg om et snevert unntak. Henvisningen til utlendingsforskriften § 8-7 underbygger at hindringen må ligge utenfor utlendingens kontroll. Departementet opererer med en faktisk presumsjon for at alle utlendinger vil kunne forlate landet frivillig. Forutsetningen for å fravike denne presumsjonen er at utlendingen underbygger at *alle rimelige tiltak* for å etterleve utreiseplikten er forsøkt. Hva som anses som «rimelege tiltak» må vurderes konkret. Det strengere beviskravet omtalt i siste setning, knytter seg til utlendingens mulighet for å oppfylle sin aktivitetsplikt, ikke til det sannsynlige utfallet av en slik aktivitet.

Lagmannsrettens konkrete vurdering

- (30) Lagmannsrettens flertall tar ved bevisvurderingen utgangspunkt i at A i tiltaleperioden ikke hadde ID-dokumenter ut over fødselsattest, og følgelig ikke nødvendige reisedokumenter. Han er heller ikke registrert i den nasjonale fingeravtryksbasen i Marokko. Dersom pass, eventuelt bekreftet kopi, familiebok eller nasjonalt ID-kort, ikke kan fremskaffes, vil marokkanske myndigheter ifølge flertallet verifisere egne borgeres identitet på grunnlag av følgende dokumenter:

- «- Egenerklæring (signert av foreldrene der de erklærer at vedkommende er deres barn med riktig identitet og fødselsdato)
- Bostedsbevis av mor/far med bilde

- Nasjonalt ID-kort for far/mor
- Fødselsattest for far/mor»

- (31) Flertallet uttaler i påfølgende avsnitt at det «må ... legges til grunn at tiltalte faktisk ikke har gjort bestrebelser på å forsøke å komme i kontakt med sine foreldre, og flertallet kan i utgangspunktet ikke se at tiltalte har gjort alle rimelige tiltak for å fremskaffe nødvendige dokumenter for å kunne forlate Norge». Det vises også til at han ved fremstilling for den marokkanske ambassaden i 2013 og 2017 nektet å samarbeide om å fremskaffe nødvendig dokumentasjon fra marokkanske myndigheter. Deretter konstaterer flertallet at det «ikke [er] holdepunkter i bevisførselen for at tiltaltes innstilling til slikt samarbeid er endret i tiden etterpå».
- (32) Etter mitt syn er dette tilstrekkelig til å konstatere at A ikke kan nyte godt av rettsstridsreservasjonen. Som jeg nettopp har redegjort for, vil frifinnelse ved slike praktiske hindringer først være aktuelt når utlendingen kan underbygge å ha gjort alle rimelige tiltak for å etterleve utreiseplikten. De forbehold som ved første øyekast kan synes å ligge i lagmannsrettens formuleringer «legges til grunn» og «i utgangspunktet» må sees i sammenheng med de påfølgende avsnittene der flertallet begrunner hvorfor det likevel ikke er grunnlag for domfellelse.
- (33) I det første av disse avsnittene redegjør flertallet for at det «i april 2022 oppsto en krevende diplomatisk situasjon mellom Norge og Marokko, som medførte at det ikke var mulig for PU å avholde møter med marokkanske myndigheter eller for øvrig få bistand i arbeidet med å verifisere en utlendings identitet». Dette er etter mitt syn ikke avgjørende. Tvangsretur er et subsidært virkemiddel som ikke påvirker utlendingens straffesanksjonerte plikt til å forlate landet frivillig.
- (34) Videre er det ikke treffende når flertallet i neste avsnitt legger vekt på at det «hefter ... stor usikkerhet ved om tiltalte ville ha fått bistand fra den marokkanske ambassaden dersom han hadde oppsøkt denne». Som jeg tidligere har vært inne på, er det ikke *utfallet* av utlendingens pliktige forsøk på å etterleve utreiseplikten som er bevisetema, men at vedkommende kan underbygge at alle rimelige tiltak *er forsøkt*. Det er da heller ikke avgjørende at det hersket «stor usikkerhet» om tiltaltes foreldre ville ha sendt ham de nødvendige dokumentene dersom han hadde bedt dem om det, eventuelt om han deretter ville ha fått den nødvendige bistanden fra ambassaden.
- (35) Jeg er etter dette kommet til at lagmannsrettens flertall bygger frifinnelsen på uriktig lovanvendelse. Det avgjørende for domfellelse er at A ikke har forsøkt alle rimelige tiltak for å forlate landet frivillig.
- (36) Lagmannsrettens bevisvurdering gir etter mitt syn grunnlag for å avsi fellende dom, jf. straffeprosessloven § 345. Jeg viser til lagmannsrettens uttalelser om at A verken har kontaktet ambassaden eller gjort forsøk på å komme i kontakt med sine foreldre, og følgelig ikke har gjort alle rimelige tiltak for å fremskaffe nødvendige dokumenter for å kunne forlate Norge. Både de objektive og subjektive vilkår for straff er til stede.

Straffutmålingen

- (37) Tiltalen omfatter perioden mellom 1. april 2022 og 15. august 2023. Plikten til å forlate landet gjelder ikke der utlendingen er fysisk forhindret. Dette er ivaretatt ved at tiltaleperioden ligger innenfor løslatelsen fra varetekt 16. mars 2022 og påbegynt soning 16. august 2023 av straffen fastsatt i HR-2022-1963-A.
- (38) Partene synes å være enige om at det ved beregningen av det ulovlige oppholdets lengde skal gjøres fradrag for tiden etter at A 26. juli 2023 ble innkalt til soning. Det følger av straffegjennomføringsloven § 40, jf. straffeprosessloven § 461 første ledd, at det er straffbart å ikke etterkomme pålegg om å møte til soning. Spørsmålet ble ikke nærmere belyst i partenes prosedyrer, men jeg legger enigheten uprøvd til grunn da den er i tiltaltes favør og uansett ikke har nevneverdig betydning for straffutmålingen.
- (39) Utgangspunktet må ellers være at utlendingen kan forlate riket med mindre han eller hun er ilagt særskilte restriksjoner som går ut på det motsatte. Innreise for eventuell senere soning vil kunne avtales og organiseres i samarbeid med norske myndigheter.
- (40) Jeg legger etter dette til grunn at det skal utmåles straff for et ulovlig opphold på rundt 15 måneder.
- (41) I HR-2022-1963-A tok Høyesterett utgangspunkt i at As ulovlige opphold i rundt 5 og en halv måned etter at straffskjerpelsen i april 2021 trådte i kraft, tilsa fengsel i 90 dager. I skjerpende retning ble det lagt «monaleg» vekt på at tiltalte tidligere var dømt to ganger for ulovlig opphold, jf. straffeloven § 79 bokstav b, jf. § 77 bokstav k. Straffen for den aktuelle perioden ble satt til fengsel i 5 måneder.
- (42) I vår sak dreier det seg om et nesten tre ganger så langt ulovlig opphold. Jeg er enig med aktor i at lengden på det ulovlige oppholdet tilsier et utgangspunkt på fengsel i 7 måneder. Det skal i skjerpende retning gjøres et merkbart gjentakelsespåslag for to tidligere domfellelser som faller inn under straffeloven § 79 bokstav b, se HR-2022-1963-A avsnitt 23. Høyesteretts dom i den saken er også skjerpende etter straffeloven § 77 bokstav k, selv om vilkårene for å doble strafferammen etter § 79 bokstav b ikke er oppfylt.
- (43) Jeg finner etter dette at straffen bør settes til fengsel i ett år. Tingrettens endelige domfellelse for overtredelse av straffeloven § 231 første ledd til betinget fengsel i 18 dager inngår i dette.
- (44) Jeg stemmer for denne

D O M :

A, født 00.00.1994, dømmes for overtredelse av utlendingsloven §108 tredje ledd bokstav f og straffeloven § 231 første ledd, sammenholdt med straffeloven § 79 bokstav a og b, til en straff av fengsel i 1 – ett – år.

- (45) Dommer **Stenvik:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (46) Dommer **Falch:** Likeså.
- (47) Dommer **Bull:** Likeså.
- (48) Dommer **Matheson:** Likeså.
- (49) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

A, født 00.00.1994, dømmes for overtredelse av utlendingsloven §108 tredje ledd bokstav f og straffeloven § 231 første ledd, sammenholdt med straffeloven § 79 bokstav a og b, til en straff av fengsel i 1 – ett – år.