



DET KONGELEGE
JUSTIS- OG BEREDSKAPSDEPARTEMENT

Prop. 60 L

(2020–2021)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

Endringar i utlendingslova
(strafferamme for ulovleg opphald m.m.)

Innhald

1	Hovudinnhaldet i proposisjonen	5	7	Departementet sine vurderingar	18
2	Bakgrunnen for lovforslaget	7	7.1	Heva strafferamme for ulovleg opphald etter utvising grunna straff	18
2.1	Heva strafferamme for ulovleg opphald etter utvising grunna straff	7	7.1.1	Grunngjeving for forslaget	18
2.2	Val av straffereaksjon ved brot på innreiseforbod	7	7.1.2	Strafferamma	19
3	Høringa	8	7.1.3	Gjentakingstilfelle m.m.	19
4	Gjeldande rett	10	7.1.4	Kven skal vere omfatta av den heva strafferamma?	20
4.1	Kort om utvising	10	7.1.5	Utmåling av straff	21
4.2	Straff for ulovleg opphald	10	7.1.6	Lovteknisk løysing	22
4.3	Straff for brot på innreiseforbod ...	12	7.1.7	Tidspunkt for ikraftsetjing	22
4.4	Internasjonal rett	12	7.2	Val av straffereaksjon ved brot på innreiseforbod	23
4.4.1	Menneskerettskonvensjonar	12	8	Økonomiske og administrative konsekvensar	26
4.4.2	Returdirektivet	13	9	Merknader til reglane i lovforslaget	28
5	Forslaget i høringsnotatet	15			
6	Synet til høringsinstansane	16		Forslag til lov om endringar i utlendingslova (strafferamme for ulovleg opphald m.m.)	29



DET KONGELEGE
JUSTIS- OG BEREDSKAPSDEPARTEMENT

Prop. 60 L

(2020–2021)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

Endringer i utlendingslova (strafferamme for ulovleg opphald m.m.)

*Tilråding frå Justis- og beredskapsdepartementet 11. desember 2020,
godkjend i statsråd same dagen.
(Regjeringa Solberg)*

1 Hovudinnhaldet i proposisjonen

Justis- og beredskapsdepartementet foreslår i denne proposisjonen endringar i lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphald her.

Departementet foreslår å heve strafferamma for ulovleg opphald som finn stad etter at ein utlending har blitt utvist på grunnlag av ilagt fengselsstraff, forvaring eller særreaksjon. Etter gjeldande rett er strafferamma bot eller fengsel inntil seks månader eller begge delar. Forslaget er å heve strafferamma til bot eller fengsel i inntil to år.

Ulovleg opphald undergrev den regulerte innvandringa og svekkjer styremaktene sin kontroll med kven som oppheld seg i landet. At fleire av dei som oppheld seg her ulovleg etter å ha blitt utvist på grunn av straffbare handlingar, òg kan utgjere ein særleg kriminalitetstrugsel, er ei alvorleg tilleggsutfordring. Føremålet med lovforslaget er å heve strafferamma, og dermed straffenivået, til eit nivå som har større preventiv verknad og vil føre til at fleire etterlever vedtak om utvising.

Den heva strafferamma vil ikkje gjelde utlendingar som er utviste på grunn av ulovleg opphald

eller andre brot på utlendingslova, men berre dei som er utviste på grunn av ilagt straff. Bakgrunnen for dette er for det første at EU sitt returdirektiv, som Noreg pliktar å etterleve, i mange tilfelle er til hinder for bruk av fengselsstraff for ulovleg opphald. Direktivet regulerer derimot ikkje tilfelle der utlendingar er utviste på grunn av straff, då Noreg har nytta seg av høvet til å reservere seg mot dette etter artikkel 2 nr. 2 b. For det andre har departementet, etter ei nærare vurdering, kome til at den heva strafferamma for ulovleg opphald berre bør gjelde tilfelle der vedkomande vart utvist på grunn av ilagt *fengselsstraff*, forvaring eller særreaksjon.

Departementet foreslår i proposisjonen også ei lovendring som inneber at det i visse tilfelle av brot på innreiseforbod – det vil seie at ein utlending ulovleg returnerer til Noreg i strid med eit utvisingsvedtak – berre skal nyttast fengselsstraff dersom returdirektivet sine prosedyrar for uttransportering frå Schengen-området har vore tekne i bruk, utan at retur har lete seg gjennomføre. Føremålet er å sikre at bruk av fengselsstraff

ikkje vanskeleggjer eller forseinkar uttransportering frå Schengen i strid med det Schengen-politiske føremålet med returdirektivet om effektiv

utsending av tredjelandsborgarar frå heile Schengen-området.

2 Bakgrunnen for lovforslaget

2.1 Heva strafferamme for ulovleg opphald etter utvising grunna straff

Arbeidet med å returnere utlendingar utan opphaldsløyve er ressurskrevjande og i somme tilfelle fånyttas. Tvungen iverksetting av eit vedtak om utvising krev forsetnadene 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.

Utlendingar som det av ulike årsaker ikkje har vore mogleg å uttransportere blir ofte verande i Noreg, utan moglegheit til å livnære seg legalt. Særleg blant dei som er utvist på grunn av straff, er det stor sannsynlegheit for vidare kriminell verksemd. At denne gruppa er ei stor kriminalitetsutfordring vert også støtta av talet pågripne som Oslo Politidistrikt opererer med, der det inngår mange «gjengangarar».

Oslo Politidistrikt, Politiets utlendingsenhet (PU) og Politidirektoratet har gjeve uttrykk for at vanskar med å setje i verk utvisingsvedtak og effektivt sanksjonere manglande etterleving av utvisingsvedtak, svekkjer den preventive effekten av utvisingsinstituttet og gjer det vanskelegare å førebyggje og forfølge kriminalitet. Erfaringar frå Oslo politidistrikt viser at om lag 40 % av alle innbringingar og pågripingar (inkvireringar) i 2019 gjaldt utanlandske statsborgarar. 143 pågripne utlendingar hadde eit utvisingsvedtak, 93 av dei med grunnlag i ilagt straff. I 2018 vart 269 utviste utlendingar pågripne i Oslo, av desse var 182 utviste med grunnlag i straff.

Både Oslo politidistrikt og PU teiknar eit bilete av at kriminelle utlendingar som ikkje forlet landet og i tillegg motarbeider tvangsretur, er ei stor utfordring. Dersom utlendingar som kjem til Noreg opplever at ein kan trasse eit utvisingsvedtak utan å bli tvangsreturnert og utan å bli møtt med særleg avskrekkande straffereaksjonar, er det grunn til å tru at gruppa med utviste kriminelle utlendingar i alle fall ikkje vert mindre.

At utviste utlendingar etterlever utreiseplikta og returnerer til heimlandet er sær sressursparande og kriminalitetsførebyggjande. Departementet meiner at ei heva strafferamme vil gjere at fleire vel å returnere til heimlandet framfor å opphalde seg ulovleg i Noreg.

2.2 Val av straffereaksjon ved brot på innreiseforbod

Praksis frå EU-domstolen viser at det ved tolkinga av returdirektivet skal leggjast stor vekt på at bruk av fengselsstraff ikkje må forseinke eller vanskeliggjere utsending av ein tredjelandsborgar frå Schengen-området i strid med direktivet sitt føremål om ein effektiv returprosess. Departementet meiner det er naudsynt med visse endringar i den norske regelen om straff for brot på innreiseforbod, for å sikre at bruk av fengselsstraff ikkje motverkar effektive returprosessar. Konkret gjeld dette overfor tredjelandsborgarar som ikkje er straffa for andre forhold enn ulovleg opphald, ikkje har opphaldsløyve i eit anna Schengen-land, og som ikkje har vore ute av Schengen-området før dei ulovleg vender tilbake til Noreg. I slike tilfelle bør norsk rett fastsetje at det ikkje skal nyttast fengselsstraff med mindre prosedyrane i returdirektivet har vore forsøkt «anvendt».

3 Høringa

Justis- og beredskapsdepartementet sendte 29. juni 2018 på høring eit forslag om å heve strafferamma for ulovleg opphald som finn stad etter at ein utlending har blitt utvist på grunnlag av ilagt straff eller særreaksjon. Høyringsfristen var sett til 15. oktober 2018.

Høyringnotatet vart sendt til følgjande instansar:

Departementa

Arbeids- og velferdsdirektoratet (NAV)
 Barneombudet
 Datatilsynet
 Domstolsadministrasjonen
 Integrerings- og mangfoldsdirektoratet (IMDi)
 Likestillings- og diskrimineringsombudet
 Luftfartstilsynet
 Nasjonalt identitets- og dokumentasjonssenter (NID)
 Norad
 Politidirektoratet (POD)
 Politiets Sikkerhetstjeneste (PST)
 Regjeringsadvokaten
 Riksadvokaten
 Språkrådet
 Statens sivilrettsforvaltning
 Utlendingsdirektoratet (UDI)
 Utlendingsnemnda (UNE)

Nasjonalt institusjon for menneskerettigheter
 Stortingets ombudsmann for forvaltningen

Fylkesmennene

Advokatforeningen
 Akademikerne
 Amnesty International Norge
 Antirasistisk Senter
 Arbeidsgiverforeningen Spekter
 Bispedømmene (11 stykker)
 Den norske dommerforening
 Den norske kirke – Kirkerådet
 Fagforbundet
 Faglig forum for kommunalt flyktningarbeid
 Flyktninghjelpen

Helsingforskomiteen
 Hovedorganisasjonen Virke
 Human Rights Service (HRS)
 Innvandrernes Landsorganisasjon (INLO)
 Islamsk Råd
 Juridisk Rådgivning for Kvinner (JURK)
 JussBuss
 Jussformidlingen
 Kontaktutvalget mellom innvandrerbefolkningen og myndighetene (KIM)
 Kontoret for fri rettshjelp
 Kristent Interkulturelt Arbeid (KIA)
 Kommunesektorens interesse- og arbeidsgiverorganisasjon (KS)
 Landsorganisasjonen i Norge (LO)
 Landsrådet for Norges barne- og ungdomsorganisasjoner (LNU)
 MiRA Ressurssenter for innvandrer- og flyktningkvinner
 Norges Juristforbund
 Norges politilederlag
 Norsk Folkehjelp
 Norsk Innvandrerforum
 Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS)
 Norsk senter for menneskerettigheter (SMR)
 Norsk Tjenestemannslag (NTL)
 Næringslivets hovedorganisasjon (NHO)
 NHO Luftfart
 Organisasjonen mot offentlig diskriminering (OMOD)
 Peoplepeace
 Politiets Fellesforbund
 Politijuristene
 PRESS – Redd Barna Ungdom
 Redd Barna
 Rettspolitisk forening
 Røde Kors
 Samarbeidsrådet for tros- og livssynssamfunn
 Selvhjelp for innvandrere og flyktninger (SEIF)
 Seniorsaken
 SOS Rasisme
 UNHCR Stockholm
 Unio – Hovedorganisasjonen for universitets- og høyskoleutdannede
 Vergeforeningen
 Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS)

Arbeiderpartiet
Demokratene
Det liberale folkepartiet
Fremskrittspartiet
Høyre
Kristelig Folkeparti
Kystpartiet
Miljøpartiet De grønne
Norges Kommunistiske Parti
Pensjonistpartiet
Rødt
Senterpartiet
Sosialistisk Venstreparti
Venstre

Følgjande instansar hadde merknader:

Domstolsadministrasjonen
Kriminalomsorgsdirektoratet
Utlendingsdirektoratet
Politidirektoratet
Amnesty International
Den norske dommerforening
Jussbuss
Rettspolitisk forening

Den norske advokatforening
Politiets sikkerhetstjeneste
Riksadvokaten

Følgjande instansar svarte utan å ha merknader:

Klima- og miljødepartementet
Landbruks- og matdepartementet
Samferdselsdepartementet
Helse- og omsorgsdepartementet
Utenriksdepartementet
Forsvarsdepartementet
Regjeringsadvokaten
Utlendingsnemda
Datatilsynet
Fagforbundet

Forslaget om lovendringar knytt til val av straffe-reaksjon for brot på innreiseforbod er teke inn etter høyringa. Ettersom lovforslaget gjeld å lempe reaksjonsfastsettinga i snevre typetilfelle som har nær tematisk samanheng med forslaga i høyringa, med det føremål å sikre samsvar med rettsutviklinga i Schengen-regelverket, har departementet ikkje funne det naudsynt å sende forslaget på separat høyring.

4 Gjeldande rett

4.1 Kort om utvising

Utvising av tredjelandsborgarar er regulert i utlendingslova kapittel 8. Kva for forhold som kan gje grunnlag for utvising av utlendingar som høvesvis ikkje har opphaldsløyve, har mellombels opphaldsløyve eller har permanent opphaldsløyve, er regulert i §§ 66 til 68. Ilagt straff eller særreaksjon kan danne grunnlag for utvising for alle dei tre kategoriane, jf. § 66 første ledd bokstav b og c, § 67 første ledd bokstav a til c og § 68 første ledd bokstav a til c.

Utvisingsgrunnlaget «straff» omfattar dei alminnelege straffeformene, jf. straffelova § 29. Med «særreaksjon» meinast tvungent psykisk helsevern eller tvungen omsorg, jf. straffelova § 30 bokstav c og d. Lovforslaget om heva strafferamme gjeld utlendingar som er utviste som følgje av fengselsstraff, forvaring eller særreaksjon, det vil seie reaksjonsformene nemnde i straffelova § 29 første ledd bokstav a og b, og § 30 bokstav b og c. Omgrepet «særreaksjon» vert i den vidare framstillinga nytta slik at det også omfattar forvaring, jf. § 29 første ledd bokstav b. Vilåret «ilagt straff» inneber at førelegg må vere vedtekne og at dommar i utgangspunktet må vere rettskraftige, jf. utlendingsforskrifta § 14-3. For at eit førelegg skal danne grunnlag for utvising, må utlendingen vere gjort kjent med at vedtaking av førelegget kan medføre utvising. Dette går fram av utlendingsforskrifta § 14-3 sjuande ledd.

Dei ovannemnde reglane i utlendingslova §§ 66 til 68 presiserer kva for straffbare forhold som danner grunnlag for utvising. Til dømes er terskelen for utvising etter § 66 første ledd bokstav c, dvs. utvising på grunn av ilagt straff i Noreg, at straffa gjeld eit forhold med strafferamme som omfattar fengselsstraff (samt eit utval straffbare forhold som berre kan straffast med bøter). Det er altså ikkje slik at ein kvar strafferettsleg reaksjon kan føre til utvising, og terskelen er høgare for utlendingar som har mellombels eller permanent opphaldsløyve. I tillegg følgjer det av lova § 70 at utvising berre skal skje når det er eit forholdsmessig tiltak.

Utvising av EØS-borgarar og andre som er omfatta av EØS-reglane, er regulert i utlendings-

lova §§ 122 til 124. Etter § 122 kan utvising berre skje «når hensynet til offentlig orden og sikkerhet tilsier det», med tilleggsvilkår om at «det hos utlendingen foreligger, eller må antas å foreligge, personlige forhold som innebærer en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn». EØS-borgarar blir berre utviste dersom dei er ilagt straff eller utgjer ein trussel mot grunnleggjande nasjonale interesser. Også her er det krav om forholdsmessigheit, jf. § 122 fjerde ledd.

Eit utvisingsvedtak inneber at eit eventuelt eksisterande opphaldsløyve ikkje lenger gjeld, at utlendingen må forlate Noreg og at det vert gjeve eit permanent eller tidsavgrensa forbod mot ny innreise (jf. § 71 første og andre ledd og § 124). Vedtaket setjast i verk i tråd med reglane i lova § 90, om naudsynt i form av tvangsretur. Opphald etter utvising er ulovleg uavhengig av om politiet har freista å gjennomføre tvangsretur.

I tråd med returdirektivet og utlendingsforskrifta § 17-14 a vil innreiseforbod overfor tredjelandsborgarar få verknad for heile Schengen-området, med mindre vedkomande har opphaldsgrunnlag i eit anna medlemsland, og bli registrert i Schengen informasjonssystem (SIS).

4.2 Straff for ulovleg opphald

Ulovleg opphald er straffbart etter utlendingslova § 108 andre ledd bokstav a, jf. § 55 andre ledd. Strafferamma er bot eller fengsel i inntil seks månader eller begge delar. Skuldkravet er forsett eller aktløyse.

Utlendingslova § 55 andre ledd første punktum slår fast at «[e]n utlending som akter å ta opphold i riket utover tre månader uten å ta arbeid, må ha oppholdstillatelse.» Brot på denne regelen, det vil seie ulovleg opphald, er straffbart etter § 108 andre ledd uavhengig av grunnlaget for det ulovlege opphaldet. Regelen skil ikkje mellom utlendingar som berre manglar opphaldsgrunnlag, til dømes etter avslag på ein asylsøknad eller søknad om familieinnvandring, og utlendingar som er utvist og dermed har innreiseforbod. Like-

eins er det ulovlege opphaldet straffbart uavhengig av om ei eventuell utvisning har skjedd på grunn av ilagt straff eller på grunn av brot på utlendingslova.

I utlendingsforskrifta § 18-14 er det likevel ein særregel som avgrensar bruken av *fengselsstraff* for ulovleg opphald. Denne slår fast at «[d]et kan ikke idømmes fengselsstraff utelukkende for brudd på lovens § 55 annet ledd, jf. § 108 annet ledd, dersom dette vil motvirke tiltak for en effektiv returprosess, jf. direktiv 2008/115/EF (returdirektivet).» Som det går fram av ordlyden har regelen sin bakgrunn i returdirektivet, nærare omtalt i punkt 5. Direktivet er langt på veg til hinder for fengsling for ulovleg opphald åleine, av di det vil motverke direktivet sitt føremål om rask retur, jf. nærare omtale i avsnitt 4.4.2 og 7.2.

Det kan nemnast at ulovleg opphald også kan definerast som brot på utlendingslova § 90 sjetle ledd, som slår fast at vedtak som inneber at utlendingen må forlate landet, setjast i verk ved eit pålegg om utreise. Brot på § 90 sjetle ledd er, til liks med brot på § 55 andre ledd, straffbart i medhald av § 108 andre ledd bokstav a. I praksis frå politiet og retten er det likevel brot på § 55 som har blitt brukt til å definere ulovleg opphald, jf. også utlendingsforskrifta § 18-14. Lovforslaget er difor knytt til § 55 og ikkje § 90.

Riksadvokaten sine retningslinjer frå 2008 gjev nokre føringar for påtale i saker om ulovleg opphald:

«Straffverdigheten vil bl.a. variere med lengden av det ulovlige oppholdet og om utlendingene har forsøkt å skjule seg for myndighetene (under hele oppholdet eller for å unndra seg effektueringen av et negativt vedtak), eller om han har meldt seg for utlendingsmyndighetene og lever på skjult adresse (utlendingsloven § 14). Ikke sjelden kombineres det ulovlige oppholdet med andre brudd på utlendingsloven, for eksempel manglende arbeidstilslatelse og bruk av falske dokumenter, og det gjør selvsagt forholdet mer alvorlig.

Flere omstendigheter kan påvirke hvor alvorlig det ulovlige oppholdet er og lovbruddet kombineres ofte med andre overtredelser av utlendingsloven. Det er derfor neppe hensiktsmessig å angi noen nedre grense for hvor lenge ulovlig opphold bør vare før det reageres med straffefølgning. Det må i alle fall reageres strafferettslig hvor det kan dokumenteres at en utlending har oppholdt seg ulovlig i landet over tid og har holdt seg skjult for myndig-

hetene. Ved mindre alvorlige overtredelser kan det vere aktuelt å utstede forelegg. Lengre tids ulovlig opphold bør gi grunnlag for ubetinget fengselsstraff, særleg når det er kombinert med ulovlig arbeid.»

Rettspraksis viser at dei fleste dommar om ulovleg opphald også omfattar andre straffbare forhold. Oslo politidistrikt har imidlertid sidan 2016 ført ein del straffesaker som berre gjaldt ulovleg opphald (vel å merke kan utlendingen *tidlegare* ha blitt straffa for andre forhold og utvist på grunn av dette). Desse sakene gjev noko innsikt i kvar straffenivået ligg i dag:

- I ein dom frå Oslo tingrett av 23. desember 2016, der det ulovlege opphaldet var på om lag tre år, vart straffa sett til fengsel i 75 dagar (16-202005MED-OTIR/02). I denne saka var det også ein tiltalepost om sal av hasj, som isolert sett var eit bøteforhold og vart rekna som skjerpande.
- I dom av 4. januar 2017 vart straffa for ulovleg opphald i 2 år og 5 månader sett til fengsel i 60 dagar (16-204242MED-OTIR/03).
- I dom av 20. januar 2017 vart straffa for ulovleg opphald i 7 år sett til fengsel i 120 dagar (17-007647MED-OTIR/04). I denne saka var det også somme andre forhold, som isolert sett var bøteforhold og vart rekna som skjerpande.
- I dom av 8. mars 2017 vart straffa for ulovleg opphald i om lag 8 år sett til fengsel i 120 dagar (17-037545MED-OTIR/05).
- I dom av 19. mai 2017 vart straffa for ulovleg opphald i 6 år sett til fengsel i 70 dagar (17-077708MED-OTIR/02). Straffa vart redusert fordi tiltalte hadde tilstått.

Borgarting lagmannsrett uttalte følgjande i dom av 5. mai 2017 i ei sak der utlendingen hadde vore ulovleg i landet i noko under 2 år (LB-2017-62046):

«Lagmannsretten har ikke funnet noe rettspersaksis som gir særleg 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. Lagmannsretten en enig med påtalemyndigheten i at straffen for ulovlig opphold isolert bør ligge opp mot fengsel i 75 dager.»

Borgarting lagmannsrett omtalte også straffeutmåling for ulovleg opphald i dom av 12. juni 2017 i ei sak der utlendingen vart straffa for ulovleg opphald i om lag 13 månader i tillegg til heleri (LB-2017-60901). Lagmannsretten gjentok i stor grad dei same vurderingane som i dommen det er vist til over når det gjeld det ulovlege opphaldet:

«I Rt-1993-563 ble straffen for ca. ett års ulovlig opphold satt til betinget fengsel i 40 dager. Dommen er imidlertid gammel, og det er skjedd store endringer på utlendingsfeltet. Et stort antall personer oppholder seg ulovlig i Norge. Det er reflektert i det strenge straffenivået for brudd på innreiseforbud, jf. utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav e, jf. § 71 annet ledd, at det bør skje en skjerpelse av straffen også for ulovlig opphold. Så vel allmennpreventive som individualpreventive hensyn taler for dette. Samlet finner derfor lagmannsretten at den straff som ble fastsatt i tingrettens dom er passende selv om varigheten av det ulovlige oppholdet må anses kortere. Lagmannsretten har ved vurderingen funnet en viss veiledning i LB-2017-62046, hvor retten fremholdt at straffen for ulovlig opphold i ca. to år bør ligge opp mot fengsel i 75 dager.»

I LB-2017-153291 vart straffa sett til fengsel i 5 månader, men i tillegg til i overkant av 7 års ulovleg opphald, omfatta domfellinga narkotikabrottsverk som isolert sett tilsa noko over 30 dagars fengsel. I LB-2020-101120 (førebels ikkje rettskraftig) var det tale om vel ni års ulovleg opphald, men også nokre månader med ulovleg arbeid og eit brot på legemiddellova. Lagmannsretten sitt fleirtal uttalte at rettspraksis «gir støtte for et straffenivå i denne saken opp mot fem måneders fengsel», i tråd med dommen i tingretten. Etter ei heilskapleg vurdering av omstenda i saka, vart straffa likevel sett til 120 dagars fengsel utan vilkår.

Rettspraksis er ikkje eintydig, men straffenivået synest i dag å liggje på fengsel i rundt 75 dagar for ulovleg opphald i om lag to–tre år. Sjølv når det ulovlege opphaldet har vart i seks til ni år, har straffa ikkje blitt meir enn fengsel i 120 dagar. Departementet er ikkje kjent med saker der resultatet har blitt meir enn 120 dagar fengsel for ulovleg opphald åleine.

4.3 Straff for brot på innreiseforbud

Etter utlendingslova § 108 tredje ledd bokstav e er det straffbart å overtre eit innreiseforbud som nemnt i § 71 andre ledd eller § 124 første ledd. Skuldkravet er forsett eller aktløyse og strafferamma er bot eller fengsel inntil to år. Strafferamma vart heva frå inntil seks månaders fengsel i 2014, jf. Prop. 181 L (2012–2013).

Innreiseforbud etter utlendingslova § 124 gjeld personar som er omfatta av EØS-regelverket og utvist etter § 122, medan innreiseforbudet i § 71 gjeld øvrige utlendingar som er utvist etter §§ 66 til 68. Det følger av § 71 andre ledd første setning at utvising er «til hinder for senere innreise i riket».

Det ligg føre ein omfattande rettspraksis om brot på innreiseforbud, særleg knytt til straffutmåling. Domstolane har mellom anna stadfesta fråsegnene i Prop. 181 L (2012–2013) om at grunnlaget for utvisingsvedtaket er av underordna tyding for straffutmålinga og at rommet for å vektleggje formildande omstende er snevert, jf. til dømes HR-2019-2044-A.

4.4 Internasjonal rett

4.4.1 Menneskerettskonvensjonar

Menneskerettskonvensjonane har størst tyding for korleis statane kan utforme straffeprosessen, men nokre reglar legg også føringar for utforminga av materiell straffelovgjeving. Dette gjeld særleg Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettar (SP), som er inkorporert i norsk rett ved menneskerettslova. Vidare er sivile og politiske rettar nedfelt i mellom anna barnekonvensjonen og andre FN-konvensjonar om tortur, kvinne-diskriminering og rasediskriminering.

EMK artikkel 5 har særskilde reglar som opnar for administrativ internering på utlendingsrettsleg grunnlag. Etter artikkel 5 nr. 1 bokstav f er det lovleg med reglar om pågriping og internering av ein utlending

«for å hindre at han kommer inn i landet uten tillatelse, eller av en person som det treffes tiltak mot med sikte på utsendelse eller utlevering.»

Vidare opnar artikkel 5 nr. 1 bokstav b for pågriping og internering av ein person

«som ikke har etterkommet et lovlig pålegg av en domstol eller for å sikre at en forpliktelse foreskrevet ved lov, blir oppfylt.»

Denne siste regelen er særleg aktuell for pågriping og internering i tilfelle der utlendingen ikkje medverkar til å avklare eigen idenitet. I den norske utlendingslova er det reglar om pågriping og internering på utlendingsrettsleg grunnlag i §§ 106 til 106 d.

Lovforslaget i denne proposisjonen gjeld ikkje *administrativ internering* på utlendingsrettsleg grunnlag, men *straff* for brot på plikta etter eit lovleg fatta vedtak om å forlate Noreg. Adgangen til fridomsrøving som straff er nedfelt i EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav a, som opnar for å fengse «en person som er domfelt av en kompetent domstol».

Denne regelen set ikkje grenser for kor *lange* fengselsstraffer statane kan operere med, så lenge straffesanksjonen er fastsett i lov (jf. art. 7). Slike grenser må eventuelt utleiast av EMK art. 3, som forbyr «umenneskelig eller nedverdige» straff. Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har slått fast at berre ei «grovt uforholdsmessig» (grossly disproportionate) fengselsstraff vil vere i strid med EMK art. 3, og at dette berre vil kunne gjelde «sjeldne og unike tilfelle» (rare and unique occasions), jf. *Vinter m.fl. mot Storbritannia* (9. juli 2013). Denne saka gjaldt tre personar som alle hadde fått livsvarig fengselsstraff for drap, og gjev føringar om på kva for vilkår livstidsstraff er foreinleg med EMK.

EMK er ikkje til hinder for at ein person vert straffa gjentekne gongar etter same strafferegel for nye eller framhaldne lovbro, sjølv om det samla sett kan bli tale om svært lang tid i fengsel. Departementet legg til grunn at gjenteken strafforfølgning berre i eksepsjonelle omstende, der det vert påført lidning som klart overstig det ibuande ved strafforfølgning og fengselsstraff, kan utgjere «umenneskelig eller nedverdige» straff etter art. 3. I *Ülke mot Tyrkia* (24. april 2006) konkluderte EMD med at det var konvensjonsstridig at ein person som av samvitsgrunnar nekta å gjennomføre militærtjeneste, ei rekkje gongar vart straffa med fengsel og måtte leve med ein permanent trugsel om ny strafforfølgning. I den heilskaplege vurderinga la EMD også vekt på at det ikkje fanst eit tilstrekkeleg rettsleg rammeverk for å handtere situasjonar med militærnekting av samvitsgrunnar (ei heller noko sivilt alternativ til militærtjeneste), og at stadig strafforfølgning syntest å ha som føremål å undertrykkje og nedverdige militærnekteren snarare enn å få han til å gjennomføre militærtjenesta. I avsnitt 62 uttalte domstolen at inngrepa

«(...) are aimed more at repressing the applicant's intellectual personality, inspiring in him

feelings of fear, anguish and vulnerability capable of humiliating and debasing him and breaking his resistance and will. The clandestine life, amounting almost to 'civil death', which the applicant has been compelled to adopt is incompatible with the punishment regime of a democratic society.»

Tyrkia si handsaming av militærnektarar har vore gjenstand for fleire saker i EMD, jf. mellom anna *Savda mot Tyrkia* (2012) og *Feti Demirtas mot Tyrkia* (2012).

Departementet legg til grunn at dagens strafferegel for ulovleg opphald både materielt og prosessuelt er i tråd med Noreg sine menneskerettslege plikter. Etter departementet sitt syn er det ingen folkerettslege reglar som er til hinder for ei slik heving av strafferamma som vert forelått.

4.4.2 Returdirektivet

EU sitt returdirektiv (direktiv 2008/115/EC om felles standardar og prosedyrar i medlemsstatane for retur av tredjelandsborgarar med ulovleg opphald) vart implementert i norsk rett 24. desember 2010 ved reglar i utlendingslova og utlendingsforskrifta, jf. Prop. 3 L (2010–2011). Direktivet gjev reglar for gjennomføring av retur, til dømes om sakshandsaming av returvedtak, utreisefrist, administrativ internering og tvangsretur.

Returdirektivet har ingen særskilde reglar som skal regulere eller harmonisere medlemsstatane sin bruk av straff. Gjennom praksis frå EU-domstolen er direktivet likevel tolka slik at ein i utgangspunktet ikkje skal bruke fengselsstraff for ulovleg opphald før det først er forsøkt å få til retur gjennom bruk av verkemidla i direktivet (sjå nærare under departementets vurderingar nedanfor og utlendingsforskrifta § 18-14).

Direktivet sitt verkeområde følgjer av art. 2. Noreg har nytta seg av høvet til å reservere seg mot at direktivet skal gjelde for tilfelle der tredjelandsborgaren er utvist på grunn av straff, jf. artikkel 2 nr. 2 bokstav b. Direktivet er følgjeleg ikkje avgjerande for spørsmålet om å heve strafferamma for denne gruppa. I avsnitt 7.1.4 nedanfor drøftar departementet moglegheitene for ytterlegare å tydeliggjere utlendingsforskrifta § 18-14 om når ein skal kunne bruke fengselsstraff i saker som berre gjeld ulovleg opphald.

Returdirektivet inneheld ingen reglar som regulerer medlemsstatane sine moglegheiter til å ilegge fengselsstraff for brot på innreiseforbod. Det ligg derimot føre avgjerder frå EU-domstolen

som er relevante for problemstillinga. I avsnitt 7.2 nedanfor kjem departementet tilbake til behovet for å fastsetje at det i særskilde typetilfelle av ulov-

leg gjeninnreise ikkje skal brukast fengselsstraff, fordi det kan motverke føremålet om effektiv retur frå Schengen-området.

5 Forslaget i høyringsnotatet

Departementet foreslo i høyringsnotatet å heve strafferamma for ulovleg opphald som finn stad etter at ein utlending har blitt utvist på grunnlag av ilagt straff eller særreaksjon, til bot eller fengsel i inntil to år. Det vart lagt til grunn at Noreg folkerettsleg står fritt til å fastsetje ei høgare strafferamme for denne gruppa. Departementet foreslo ikkje ei heving av strafferamma for utlendingar som er utvist på grunn av brot på utlendingslova, dvs. tilfelle som er omfatta av returdirektivet. Ein utlending som er utvist *både* på grunn av straff og for brot på utlendingslova, vil derimot vere omfatta av den heva strafferamma.

Departementet presiserte vidare at ein utlending som er utvist på grunn av brot på utlendingslova, men seinare vert straffa medan han oppheld seg ulovleg i Noreg, i utgangspunktet ikkje vil vere omfatta av den heva strafferamma. I slike tilfelle vil imidlertid utlendingsstyremaktene kunne fatte eit nytt vedtak om utvising, med straffedommen som grunnlag. Ulovleg opphald etter det nye utvisingsvedtaket vil då vere omfatta av den heva strafferamma.

I høyringsnotatet vart det understreka at intensjonen med forslaget om høgere strafferamme er at også det faktiske straffenivået skal bli vesentleg heva. Dette er ein føresetnad for at den preventive effekten skal bli realisert. Departementet peika i høyringsnotatet på kva for omstende som kan tale for redusert eller skjerpa straff. Skjerpande omstende kan til dømes vere at utlendingen vert dømt for ulovleg opphald fleire gongar eller at utlendingen aktivt har motarbeidd retur. Departementet understreka at det ikkje skal leggast vekt på kva for straffbare handlingar som ligg til grunn for utvisingsvedtaket. Utlendingen har allereie blitt straffa for desse handlingane, og det er det ulovlege opphaldet som ligg til grunn for straff etter utlendingslova § 108. Departementet nemnte at også graden av skuld for det ulovlege opphaldet kan vere eit relevant straffutmålingsmoment. I praksis vil det imidlertid sjeldan forekomme at ulovleg opphald, i alle fall ut over det heilt kortvarige, ikkje vil vere forsettleg eller i det minste grovt aktlaust.

6 Synet til høyringsinstansane

Politiets sikkerhetstjeneste og Riksadvokaten støttar lovforslaget til departementet.

Advokatforeningen støttar i hovudsak departementet sitt forslag, men meiner at strafferamma berre bør hevast til bot eller fengsel i inntil 1 år, då 2 år ikkje er i samsvar med strafferamma for andre og meir alvorlege handlingar. Advokatforeningen meiner Noreg bør leggje seg på same straffnivå som Sverige, der strafferamma er 1 år.

Den norske dommerforening viser til at departementet foreslår same strafferamme for den som er utvist på grunn av straffbare handlingar som for den som bryt eit innreiseforbod, og støttar dette:

«Dommerforeningen er enig med departementet [...] i at det er naturlig at strafferammen er lik for disse overtredelsene.»

Dommerforeningen har ikkje innvendingar mot at forarbeida peikar på kva som bør være normalstraffa, men understrekar samstundes at lovgjevar bør vere atterhalden med å gå så detaljert inn i straffutmålinga at domstolene tvingast til skjematisk straffutmåling:

«Etter Dommerforeningens syn bør man ta vare på og videreføre den tradisjonen som vi har hatt i Norge i lang tid, der det overlates til domstolene med Høyesterett i førersetet å fastlegge straffnivå og å utmåle straff innenfor nokså vide strafferammer. Domstolene har vært meget lydhøre for de signaler om straffnivå og straffutmåling som lovgiver har gitt i forarbeider, se for eksempel Rt. 2015 side 51 avsnitt 16 og 17 om betydningen for domstolene av lovgiverens detaljerte anvisninger ved hevingen av strafferammen for ulovlig innreise.

Tross den generelle uttalelsen på side 14 i høyringsnotatet, som sitert ovenfor, går departementet i høyringsnotatet på side 15–16 nokså langt både i å angi kva normalstraffnivået bør være og hvilken vekt ulike straffutmålingsmomentar bør tillegges.

I lys av at formålet med lovendringen er å heve straffnivået for å oppnå en preventiv effekt og derved stimulere til frivillig utreise

etter utvisning, har Dommerforeningen ikkje innvendingar mot at forarbeidene gir anvisning på hva normalstraffnivået er ment å være, men vil oppfordre til tilbakeholdenhet med å gi detaljerte retningslinjer ut over dette. Den konkrete utmåling av straff foretas best i domstolene som får belyst alle sider av saken. Domstolene bør ikkje tvinges til skjematisk straffutmåling.»

Rettspolitisk forening støttar ikkje høyringsforslaget, fordi ei heving av strafferamma har mange og alvorlege konsekvensar for dei det gjeld. Forslaget gjenspeglar etter foreninga si mening ikkje straffverdigheita av handlinga samanlikna med straffebrot som har langt større samfunnsmessige utfordringar, slik som heleri, skattesvik og bedrageri. Rettspolitisk forening meiner at det ved straffutmålinga må leggjast vekt på skuldgraden, slik at det mellom anna blir mildare straff om utlendingen ikkje aktivt unndrar seg utreise. Foreninga meiner at det ikkje er riktig at alle utlendingar kan returnere om dei berre ønskjer det, og at det er uheldig om skuldgraden i dei fleste tilfelle ikkje skal ha tyding for straffutmålinga. Å skilje mellom forsett og aktløyse vil vere i tråd med alminnelege prinsipp for utmåling av straff. Rettspolitisk forening ønskjer også at departementet vurderer nærare om forslaget kan vere i strid med føremålet bak returdirektivet.

Amnesty International tykkjer også den foreslåtte strafferamma er uforholdsmessig sett hen til lovbroten sin karakter, og viser i den samanheng til den svenske ordninga med å vektleggje alvoret av det opphavlege lovbroten i tillegg til lengda av det ulovlege opphaldet. Amnesty International er også tvilande til at forslaget kjem til å få stor preventiv effekt, og meiner det ikkje er lagt fram tilstrekkeleg forskning eller empirisk statistikk som viser at lengre fengselsstraffer gjev reduksjon av personar med ulovleg opphald. Amnesty International meiner at sjølv om forslaget etter deira oppfatning ikkje er i direkte strid med returdirektivet, vil det overordna målet med direktivet om ein effektiv returpolicy framleis vere forplikande.

JussBuss meiner at departementet sitt forslag inneber eit brot på prinsippet om likehandsaming i strafferetten, ved at ei utvald gruppe utlendingar med ulovleg opphald (utviste pga. straff) i Noreg kan illeggast ei vesentleg strengare straff enn andre. *JussBuss* meiner også at forslaget er i strid med føremålet bak returdirektivet.

Politidirektoratet (POD) har fått innspel til høyringsnotatet frå *Politiets utlendingsenhet* og politidistrikta *Agder, Møre og Romsdal, Innlandet, Nordland, Vest, Øst og Oslo*. *POD* støttar forslaget om heva strafferamme, som etter deira meining vil gje betre samanheng mellom dei to sidene av eit vedtak om utvising: utreiseplikt og innreiseforbod. *Agder* politidistrikt meiner forslaget vil harmonisere reglane på feltet og motivere til å ta tak i sakene. *Vest* politidistrikt uttaler at dei i liten grad har straffefølgd ulovleg opphald, noko som mellom anna kan skuldast at dette i praksis har blitt vurdert å få liten innverknad på straffutmålinga i tilfelle kor utlendingen uansett straffast for andre lovbrott.

POD peiker på at den nye regelen om heva strafferamme berre vil gjelde for dei som blir utvist på grunn av straff. I eit tilfelle kor politiet pågrip ein utlending som har hatt langvarig ulovleg opphald og mistenker utlendingen for andre straffbare forhold, vil det kunne ta tid før utlendingen blir straffa og kan utvisast på grunn av ilagd straff. I mellomtida er det berre mogleg å utvise for ulovleg opphald, og brot på utreiseplikta i denne mellomperioden vil som utgangspunkt berre kunne straffast med bøter, jf. utlendingsforskrifta § 18-14.

Fleire av instansane i politiet, til dømes *Oslo* politidistrikt og *PU*, kjem også med innspel til ordlyden i lovforslaget, og ønskjer blant anna at samanhengen mellom den nye regelen og § 108 andre ledd bokstav a skal kome klarare fram.

POD legg til grunn at berre ulovleg opphald etter ikrafttreninga av ny strafferamme vil bli råka av ei heva strafferamme, og etterlyser ei presisering i forarbeida.

Utlendingsdirektoratet (UDI) deler departementet si vurdering av at heving av strafferamma kan motverke ulovleg opphald og førebyggje kriminalitet. *UDI* meiner det bør gå tydelegare fram av ordlyden kva for grunnlag utlendingen

kan vere straffa og utvist på. *UDI* ønskjer også at departementet presiserer om forslaget omfattar vedtatt forelegg.

Domstolsadministrasjonen peikar på at dei nye reglane kan føre til ein auke i talet på straffesaker i alle fall på kortare sikt, og at dette kan føre til lengre sakshandsamingstid for straffesakene sett under eitt. Samtidig seiast følgjande:

«Det fremgår vidare i høyringsnotatet at soning for ulovlig opphald etter utvisning muligens kan medføre færre interneringer på utlendingsinternatet i medhold av utlendingsloven § 106, og at dette vil frigjøre kapasitet for blant annet *PU*. En annen effekt av færre interneringer er at det må avholdes færre rettsmøter for forlengelse i domstolen. Det bemerkes at det er domstoler i tilknytning til utlendingsinternat som behandler disse begjæringene i dag, slik at det eventuelt vil bli et fåtall domstoler som får en mindre belastning, mens en antatt økning i antallet straffesaker må antas å bli landsdekkende.»

Fleire høyringsinstansar hadde kommentarar knytt til dei økonomiske og administrative konsekvensane av heva strafferamme. Advokatforeninga nemner at ei heva strafferamme vil vere ressurskrevande og auke kostnadene for kriminalomsorga. Rettspolitisk forening viser også til at midla som brukast på fengselsplassar i staden kunne vore brukt på å effektivere utvisingsvedtak. Forslaget vil etter Rettspolitisk forening si oppfatting vere kostbart og medføre lengre soningskøar. *Domstolsadministrasjonen* viser til at fleire straffesaker vil medføre lengre sakshandsamingstid, med mindre domstolane sine budsjett aukar. *POD* peikar på både ein auke i talet på straffesaker og at utlendingsforvaltninga kan få ein auke i saker om utvising, då det kan bli behov for vedtak om utvising på nytt grunnlag. *POD* reknar med at forslaget vil få positive samfunnsøkonomiske konsekvensar viss fleire kriminelle reiser tilbake til heimlandet. *Kriminalomsorgen* gjev i sitt høyringsinnspel ei oversikt over det dei meiner er dei potensielle kostnadene ved forslaget, nærare omtalt i punkt 8.

7 Departementet sine vurderingar

7.1 Heva strafferamme for ulovleg opphald etter utvising grunna straff

7.1.1 Grunngeving for forslaget

Departementet foreslår å heve strafferamma for ulovleg opphald etter utvising på grunnlag av fengselsstraff eller særreaksjon til to års fengsel. I dag er strafferamma inntil seks månaders fengsel. Forslaget skil seg frå høyringsnotatet ved at den heva strafferamma vil gjelde personar som er utvist på grunn av ilagt *fengselsstraff*, forvaring eller særreaksjon, ikkje ei kvar straff, jf. nærare drøfting i avsnitt 7.1.4 nedanfor. Lovteknisk gjenomførast endringa ved å flytte strafferegelen – når det gjeld denne gruppa – frå § 108 andre ledd til tredje ledd, og ved presiseringar i lovteksten.

Departementet legg til grunn at eit vedtak om utvising 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.

Fleire av høyringsinstansane støttar forslaget, til dømes politiet og Utlendingsdirektoratet. Dommerforeningen finn det naturleg at strafferamma for ulovleg opphald gjerast lik strafferamma for brot på innreiseforbod, som er to års fengsel. Advokatforeningen støttar forslaget om å heve strafferamma, men meiner at eitt års fengsel vil vere tilstrekkeleg.

Andre høyringsinstansar stiller seg tvilande til at den foreslåtte endringa vil ha den preventive effekten som departementet la til grunn i høyringsnotatet. Departementet finn det framleis sannsynleg at ei heving av strafferamma vil ha ein preventiv effekt som inneber at færre vil opphalde seg ulovleg i Noreg, sjølv om det er vanskeleg å estimere denne effekten på førehand. Det er nær-

liggende å vise til erfaringane med at strafferamma for brot på innreiseforbodet, jf. utlendingslova § 108 tredje ledd bokstav e, vart heva i 2014. Ramma for fengselsstraff vart då endra frå seks månader til to år, tilsvarende kva departementet no foreslår for aktuelle tilfelle av ulovleg opphald, samstundes som det vart gjeve føringar om eit vesentleg heva faktisk straffenivå, jf. Prop. 181 L (2012–2013). I etterfølgjande rettspraksis har domstolane følgt opp med å utmåle vesentleg strengare straffer enn kva som tidlegare var vanleg, jf. mellom anna Rt. 2015 s. 51. Det nasjonale systemet for kriminalitetsstatistikk viser at talet på registrerte brot på innreiseforbod steig årleg fram mot ein topp i 2014, for så synke i åra etter. I 2019 var det 170 registrerte brot på innreiseforbod, ned frå 474 i 2014. Det kan vere fleire årsaker til nedgangen, men det er sannsynleg at den heva strafferamma har hatt effekt.

Effekten av høgare strafferamme for ulovleg opphald etter utvising på grunnlag av fengselsstraff vil ikkje nødvendigvis vere den same som ved heving av strafferamma for brot på innreiseforbod. Det kan tenkjast at terskelen er høgare for å *forlate* Noreg enn for å *late vere å vende tilbake* når ein først er ute, slik at trugselen om høgare straff har noko mindre å seie i desse tilfella. Det er likevel ingen openberre grunnar til at den preventive effekten av høgare straff skulle vere vesentleg mindre for utreiseplikta enn for innreiseforbodet. I begge tilfelle dreier det seg om å respektere eit utvisingsvedtak og i begge tilfelle vil ein risikere ei vesentleg fengselsstraff med sannsynleg retur i etterkant. Etter departementet sitt syn er det gode grunnar til å tru at fleire utviste vil velje å etterleve utreiseplikta dersom dei elles risikerer ei relativt streng fengselsstraff.

Mange utlendingar som oppheld seg i riket ulovleg etter å ha blitt utvist på grunn av fengselsstraff, utgjer også eit kriminalitets- og tryggleiksproblem. Heva strafferamme vil difor også ha kriminalitetsførebyggjande effekt, ved at færre kriminelle vert verande i Noreg og at fleire kriminelle får lengre fengselsdommar.

Det kan også nemnast at politiet i mange tilfelle vil kunne arbeide med identitetsfastsetjing og

andre prosessar i løpet av soningstida, med sikte på å effektivt returne ved endt soning. Lengre fengselsstraffer kan såleis indirekte bidra til at politiet effektiviserer fleire returar og til at tvangsretur i større grad vert den påreknlege konsekvensen av ulovleg opphald.

7.1.2 Strafferamma

Lovforslaget inneber ei vesentleg heving frå dagens strafferamme på bot eller fengsel inntil seks månader eller begge delar. Fleire av høyringsinstansane meiner at ei strafferamme på to års fengsel er for streng, og somme tek til orde for å ha same strafferamme som Sverige, det vil seie inntil eitt års fengsel.

Etter departementet sitt syn taler dei sterke preventive omsyna, jf. grunngjevinga ovanfor, for at strafferamma må setjast så høgt som 2 års fengsel. Intensjonen er at det faktiske straffenivået skal hevast vesentleg, både for kortvarig og langvarig ulovleg opphald etter utvising grunna straff. Den øvre grensa må difor setjast høgt. Departementet finn ikkje at 2 års strafferamme står i misshøve til lovbroten. Det ulovlege opphaldet som rammast av den heva strafferamma er ei alvorleg handling som inneber at ein utlending som er utvist som følgje av alvorlege lovbroten, likevel ikkje forlet Noreg. Til illustrasjon kan det nemnast at forholdet får same strafferamme som mellom anna følgjande straffbare handlingar:

- forsettleg eller grovt aktaust gjere bruk av ein utlending si arbeidskraft når utlendingen ikkje har naudsynt løyve etter lova, jf. utlendingslova § 108 tredje ledd bokstav a
- forsettleg eller grovt aktaust formidle arbeid eller bustad for ein utlending når forholdet inneber utilbørleg utnytting av utlendingen sin situasjon, jf. § 108 tredje ledd bokstav b
- tenestefeil ved utøving av offentleg myndighet, jf. straffelova § 171
- uriktig forklaring til bl.a. offentleg myndighet, jf. straffelova § 221

Departementet kan ikkje sjå at ei strafferamme på to år for særskilte tilfelle av ulovleg opphald vil stå i misshøve til desse straffeboda, herunder dei som allereie står i utlendingslova § 108 tredje ledd. Særskilt relevant er det at strafferamma departementet foreslår er den same som gjeld for broten på innreiseforbod, jf. utlendingslova § 108 tredje ledd bokstav e. Som nemnt ovanfor er det etter departementet sitt syn naturleg at desse lovbrota straffast likt.

Departementet har ved val av strafferamme også lagt stor vekt på at regelen skal ta høgde for

dei mest alvorlege tilfella, slik som når utlendingen har opphalde seg ulovleg i lang tid og aktivt motarbeidd retur. Døme på dette er at utlendingen har halde seg skjult, unndrege seg tvangsretur, gjeve urette opplysingar eller ikkje etterkome konkrete krav frå politiet om samarbeid. I dei mindre alvorlege tilfella, typisk kortvarig ulovleg opphald utan aktiv motarbeiding av retur, bør utmålt straff bli vesentleg lågare enn den maksimale.

7.1.3 Gjentakingsstilfelle m.m.

Det følgjer av straffelova § 79 første ledd bokstav b at strafferamma vert dobla ved gjentakning. Dette vil også gjelde straff for ulovleg opphald. Det kan hevdast at fortsatt ulovleg opphald etter straff ikkje vil vere eit gjenteke lovbroten, men ei samanhengande handling, og at strafferamma difor ikkje kan doblast. Etter departementet sitt syn kan ikkje ei slik forståing leggjast til grunn. Den første dommen vil gjelde eit ulovleg opphald i eit spesifikt tidsrom, medan det vidare ulovlege opphaldet vil vere i eit nytt tidsrom. Det er heller ikkje rimeleg at ein person som aldri har slutta med ei lovstridig handling, får mildare straff enn ein person som har avslutta handlinga for så å repetere henne. Departementet meiner følgjeleg at ein kan bli straffa fleire gongar for ulovleg opphald og at regelen om dobla strafferamme då vil gjelde.

Gjentakingstilfelle reiser imidlertid spørsmål om kor lang tid utlendingen – gitt at han ikkje vert uttransportert rett etter soning – bør få til å forlate landet før det er aktuelt med ny tiltale og straff. Dersom utlendingen ikkje reiser og ikkje bidrar til identitetsavklaring mv., meiner departementet at ny tiltale må kunne skje relativt raskt, i prinsippet etter to–tre veker. Det sentrale er at utlendingen må ha hatt moglegheit til å forlate landet. Ein utlending som ikkje har hatt ein reell moglegheit til å forlate landet, kan vanskeleg straffast for rettsstridig å ha opphalde seg i landet utan opphaldsløyve. I ein slik situasjon må gjerningsinnhaldet i utlendingslova § 55 formeinleg tolkast innskrenkande.

I samband med eit fortsatt ulovleg opphald må det også vurderast om retten i ei ny straffesak om ulovleg opphald skal leggje saman det ulovlege opphaldet frå tidlegare straffesak og det ulovlege opphaldet etter soning. Etter departementet si meining har utlendingen allereie sona for det første ulovlege opphaldet, som difor ikkje skal reknast med ved utmåling av straff for det seinare opphaldet. I straffutmålinga bør derimot domstolen leggje stor vekt på at det er tale om gjentekne

lovbrot, slik at straffa av den grunn vert høgare enn ved første dom for ulovleg opphald. Det er nedfelt i straffelova § 77 bokstav k at gjentekne lovbroten reknast som skjerpande omstende.

Som nemnt ovanfor, er det eit vilkår for straffbarheit at utlendingen har reell moglegheit til å forlate landet. Også utanfor gjentakingsstilfella (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 bevisskrav enn ved den reint utlendingsrettslege vurderinga.

Utlendingen vil vidare kunne gjere gjeldande at retur er umogleg av tryggleiksmessige årsaker, jf. særleg utlendingslova § 28 om asyl og § 73 om det absolutte vernet mot retur. I dei fleste tilfelle vil dette vere vurdert i underliggende forvaltningsvedtak, jf. neste avsnitt. Det kan likevel tenkjast at vern mot retur vert gjort gjeldande i straffesaka uavhengig av tidlegare vedtak. I slike tilfelle meiner departementet at ein må leggje til grunn bevis- og risikokrava i rettsreglane som regulerer vernet mot retur, som for øvrig er strengare enn det alminnelege sivilrettslege kravet om sannsynsovervekt, jf. til dømes særmerknaden til utlendingslova § 28 i Ot.prp. nr. 75 (2006–2007).

Ei relatert og til dels overlappende problemstilling, som er aktualisert av Høgsterett sine avgjerder i HR-2019-2400-A og HR-2019-2282-U, er at utlendingen vil kunne gjere gjeldande at underliggende vedtak om utvising eller avslag på opphaldssøknad er ugyldige. Høgsterett har slått fast at domstolane pliktar å foreta prejudisiell prøving i slike tilfelle, men også presisert at prøvinga må skje i tråd med dei bevisskrava og føringane som ville gjelde i ei sivil sak om vedtaket, jf. HR-2019-2400-A premiss 42:

«Etter mitt syn må de samme bevisskravene gjelde når gyldigheten av et forvaltningsvedtak prøves i en straffesak, som i en sivil sak. En annen løsning kunne medføre forskjellig utfall

i straffesaken og den sivile saken, slik at et gyldig forvaltningsvedtak straffritt kunne neglisjeres. Et slikt utfall fremstår systemfremmed og har ikke støtte i rettskildene. Generelt bør derfor domstolenes prejudisielle prøving av forvaltningsvedtaks gyldighet i straffesaker skje på samme måte og følge de samme prinsippene som ved et sivil søksmål om gyldigheten.»

7.1.4 Kven skal vere omfatta av den heva strafferamma?

I høyringsnotatet la departementet til grunn at den nye, strengare strafferegelen skulle omfatte utlendingar som er utvist på grunn av ilagt straff.

Denne avgrensinga hadde dels samanheng med at returdirektivet ikkje gjeld ved utvising på grunn av ilagt straff, og dels at det er i desse tilfelle det er eit særskilt behov for strengare strafferamme for brot på utreiseplikta enn kva som alle-reie følgjer av utlendingslova § 108 andre ledd bokstav a.

Det kan imidlertid oppstå tolkingsspørsmål knytt til tilfelle der det dominerande forholdet i utvisingsvedtaket er at utlendingen har hatt ulovleg opphald, og andre straffbare forhold framstår som tilleggsmoment.

Departementet har kome til at den heva strafferamma for ulovleg opphald berre bør gjelde tilfelle der utlendingen *faktisk vart dømt til fengselsstraff* eller særreaksjon i straffesaka som låg til grunn for utvisingsvedtaket. Departementet ser behov for å samle erfaring med verknadene av ei skjerpa strafferamme i desse tilfelle, før ein eventuelt vurderer ei innskjerping også for tilfelle der det underliggende utvisingsgrunnlaget er av mindre alvorleg karakter. Både frå eit innvandringspolitisk og eit kriminalpolitisk perspektiv, er det viktigaste i første rekkje å fange opp dei sakene der utlendingen er utvist etter å ha blitt straffa for eit lovbroten av eit visst alvor.

I høyringsrunden stilte fleire instansar spørsmål om situasjonen når nokon oppheld seg ulovleg etter å ha blitt straffa for brot på utlendingslova og deretter utvist. Som påpeikt tidlegare, følgjer det av returdirektivet at det som utgangspunkt ikkje kan idømmast fengsesstraff for ulovleg opphald eller innreise åleine, jf. utlendingsforskrifta § 18-14. Også i unntakstilfelle der direktivet ikkje er til hinder for fengselsstraff, kan det framstå noko vilkårlig å ha ulik strafferamme for personar som er utvist *på grunn av ulovleg opphald* og personar som er utvist på grunn av *(fengsels)straff for ulovleg opphald*. Departementet foreslår difor at den nye strafferegelen med skjerpa strafferamme

ikkje skal gjelde for utlendingar som er utvist på grunn av straff for brot på utlendingslova etter § 108 andre ledd. Denne unntaksregelen vil vere vidare enn strengt naudsynt, ettersom § 108 andre ledd ikkje berre ramar ulovleg opphald og innreise, men til dømes også brot på opplysningsplikta i utlendings saker. Departementet legg imidlertid til grunn at det svært sjeldan vil bli ilagt *fengselsstraff* for dei generelt sett mindre alvorlege lovbrota det er tale om i § 108 andre ledd, slik at desse sakene uansett ikkje ville falle inn under den heva strafferamma.

Departementet understrekar at den som er utvist som følgje av fengselsstraff for brot på øvrige ledd i § 108, til dømes for bruk av ulovleg arbeidskraft eller menneskesmugling, vil vere omfatta av den heva strafferamma for etterfølgjande ulovleg opphald.

Eit særskilt spørsmål oppstår når ein utlending er utvist for brot på utlendingslova, men under det ulovlege opphaldet vert straffa med fengsel for annan kriminalitet. Det kan vere nærliggande å sjå denne situasjonen slik at utlendingen framleis er underlagt returdirektivet sitt verkeområde, då det gjeldande utvisingsvedtaket ikkje har grunnlag i straff. Dersom utlendingsstyremaktene treff eit nytt vedtak om utvising, på grunnlag av straffedom med fengselsstraff, vil etterfølgjande ulovleg opphald klart nok vere omfatta av den heva strafferamma. Ulovleg opphald som har funne stad *før* det nye utvisingsvedtaket vil i alle høve kunne bli straffa etter utlendingslova § 108 andre ledd bokstav a, jf. § 55 andre ledd, med dei avgrensingane som følgjer av utlendingsforskrifta § 18-14.

Departementet vil i denne samanheng nemne at Rådet for Den europeiske union etter siste Schengen-evaluering har tilrådd å endre utlendingsforskrifta § 18-14 for å tydeleggjere avgrensingane i bruk av fengselsstraff. Departementet har kome til at det er ønskjeleg å endre forskrifta § 18-14 slik at ordlyden ligg tettare opp til formuleringane frå EU-domstolen sin praksis, om at prosedyrane etter direktivet må ha vore «anvendt» utan at retur har lete seg gjennomføre. Samstundes ser departementet at det i praksis kan framstå uklart både for styremaktene og for utlendingen når det reint konkret kan seiast at prosedyrane i direktivet har vore «anvendt». Departementet vil difor også vurdere ei ordning som mellom anna inneber at utlendingsstyresmaktene varslar at dei meiner verkemidla etter direktivet er uttømt på ein slik måte at det er aktuelt å reagere med fengselsstraff om ikkje utlendingen etterlever utreiseplikta. Departementet antar at ein slik praksis må ha eit forholdsvis avgrensa og målretta omfang. Det vil

ikkje vere eit mål i seg sjølv å sende varsel i mange saker. Det synest nærliggande å vurdere om det i overskueleg framtid er sannsynleg og tenleg med ei straffesak om ulovleg opphald. Departementet vil vurdere ei tilsvarande varslingsordning for brot på innreiseforbod, jf. avsnitt 7.2 nedanfor.

Tilfelle der ein utlending som er utvist på grunnlag av fengselsstraff *i utlandet* bryt utreiseplikta, vil falle utanfor området for returdirektivet fordi det er tale om utvising på grunn av straff. Departementet legg til grunn at slike tilfelle vil vere omfatta av den heva strafferamma i § 108 andre ledd bokstav f.

I eitt av høyringssvara vart det stilt spørsmål ved om ei heva strafferamme kun for dei som er utvist på grunnlag av straff, vil vere i strid med det generelle prinsippet i norsk lovgjeving om at like saker skal handsamast likt. Departementet understrekar i denne samanheng at det er «usakleg eller mishøveleg» forskjellsbehandling som vert ramma av Grunnlova § 98, og finn det klart at forslaget ikkje inneber slik forskjellsbehandling. Det er verken usakleg eller mishøveleg at det vil gjelde ei strengare strafferamme for utlendingar som er utvist på grunn av ein alvorleg straffereaksjon, enn for andre. Det er for øvrig heller ikkje usakleg at det gjeld andre reglar for utlendingar som *ikkje* er omfatta av eit felleseuropeisk regelverk, i denne samanheng returdirektivet, enn for dei som *er* det. Dette er eit gjennomgåande trekk ved fellesuropeisk regelverk.

7.1.5 Utmåling av straff

Når departementet foreslår å endre ramma for fengselsstraff frå seks månader til to år, er intensjonen at også det faktiske straffenivået skal bli vesentleg heva. Dette er ein føresetnad for at den preventive effekten skal bli realisert. Departementet finn det difor tenleg å gje nokre merknader om straffenivået. Dommerforeningen uttaler i sitt høyringssvar at domstolane ikkje bør tvingast til skjematisk straffutmåling, og at «den konkrete utmåling av straff foretas best i domstolen som får belyst alle sider av saken». Departementet er samd i dette og vil understreke at domstolane fritt skal kunne fastsetje den straffa som ein finn riktig ut frå tilgjengelege og relevante straffutmålingsmoment. Eit tungtvegande moment vil likevel vere klart uttrykte og grunngevevne fråsegner frå lovgjevar. Det er også viktig å understreke at det vil kunne vere riktig å justere straffenivået over tid, i lys av kriminalitetsutvikling og andre samfunnsforhold.

Varigheita av det ulovlege opphaldet er openbert sentralt for straffutmålinga og eit naturleg

utgangspunkt for å definere eit tentativt normalstraffenivå. Etter departementet sitt syn er dagens straffenivå for lågt. Rettspraksis viser at det er vanleg med 75 dagars fengsel for to til tre års ulovleg opphald. Sjølv når det ulovlege opphaldet har vart i vel ni år, har straffa likevel ikkje blitt meir enn fengsel i 120 dagar. Til samanlikning er i dag normalstraffenivået for første gongs brot på innreiseforbod om lag eitt års fengsel, med eit påslag på seks månader ved andre gongs brot. Departementet meiner på bakgrunn av dette at hovudregelen bør vere fengselsstraff utan vilkår allereie etter relativt kortvarig ulovleg opphald, til dømes to–tre månader. Straffa for ulovleg opphald i rundt eitt år bør normalt – når det ikkje ligg føre verken skjerpande eller formildande omstende – ikkje vere mindre enn eit halvt års fengsel. Det bør deretter vere eit markant påslag for ytterlegare varigheit.

Etter departementet sitt syn er det ei rekkje moment som kan vere relevante for straffutmålinga i saker om ulovleg opphald etter utvising på grunnlag av fengselsstraff. Typiske døme på skjerpande omstende er at utlendingen har motarbeidd retur ved til dømes å ha halde seg skjult, unndrege seg tvangsretur, gjeve urette opplysingar eller ikkje etterkome konkrete krav frå politiet om samarbeid. At utlendingen ikkje aktivt har *motverka* retur, men passivt lete vere å etterleve utvisingsvedtaket, bør ikkje vere formildande.

Departementet meiner det ikkje bør leggast vekt – i formildande eller skjerpande retning – på kva for straffbare handlingar som ligg til grunn for utvisingsvedtaket. Utlendingen har allereie blitt straffa for desse handlingane, og det er det etterfølgjande ulovlege opphaldet som ligg til grunn for straff etter utlendingslova § 108. Den heva strafferamma vil berre gjelde personar som er dømt for handlingar av ein slik alvorsgrad at det vart ilagt fengselsstraff eller særreaksjon.

Det bør heller ikkje leggast vekt på kva som er (den påståtte) grunnen til at utlendingen ikkje har etterlevd utvisingsvedtaket. Det er, som nemnt, ein føresetnad for domfelling at utlendingen har hatt moglegheit til å reise. Så lenge det er klart at utlendingen *kunne* ha reist, som nesten alltid vil vere tilfellet, bør det sjeldan vere relevant kvifor han let vere. Eit vedtak om utvising skal etterlevast, sjølv om utlendingen meiner å ha aktverdige – og for så vidt forståelege – grunnar til det motsette. Omstende knytt til tryggleik i heimlandet og til familieliv, helse og livssituasjon ved retur, vert vurdert i samband med utvisingsvedtaket.

Graden av skuld kan vere eit relevant straffutmålingsmoment, men er neppe aktuelt i mange

saker. Ulovleg opphald, i alle fall ut over det heilt kortvarige, kan vanskeleg vere noko anna enn forsettleg eller i det minste grovt aktaust. Departementet ser ikkje grunn til at skiljet mellom forsett og grov aktløyse bør ha stor vekt. Tilfelle av simpel aktløyse kan likevel tenkjast, og bør i så fall straffast noko mildare.

7.1.6 Lovteknisk løysing

Departementet foreslår at den skjerpa strafferegelen i utlendingslova § 108 tredje ledd skal vise til utlendingslova § 55 andre ledd for å definere kva som utgjer ulovleg opphald. Regelen i § 55 andre ledd lyder:

«En utlending som akter å ta opphold i riket utover tre måneder uten å ta arbeid, må ha oppholdstillatelse. Opphold i et annet land som deltar i Schengensamarbeidet, likestilles med opphold i riket. Kongen kan gi nærmere regler i forskrift om beregning av oppholdstiden».

I dag er ulovleg opphald straffbart etter § 108 andre ledd. Her er det vist til § 55, men også til § 90 sjette ledd. Det følgjer av sistnemnde at eit vedtak som inneber at utlendingen må forlate landet, setjast i verk ved eit pålegg om utreise. Også brot på § 90 sjette ledd – det å ikkje etterleve eit slikt utreisepålegg – vil kunne fungere som ein definisjon av ulovleg opphald. I rettspraksis er det imidlertid brot på § 55 som konsekvent blir brukt til å definere ulovleg opphald, jf. også utlendingsforskrifta § 18-14.

Departementet kommenterte problemstillinga i høyringsnotatet, og landa på at den skjerpa strafferegelen bør vise til § 55. Ingen høyringsinstansar hadde merknader til dette. Departementet vidarefører forslaget, og understrekar at lovendinga ikkje inneber noko realitetsending med tanke på kva for handlingar som utgjer ulovleg opphald og er straffbare.

7.1.7 Tidspunkt for ikraftsetjing

I høyringsrunden vart det stilt spørsmål om kva for tyding tidspunktet for ikraftsetjinga av den foreslegne lovendinga vil kunne ha for straffesaker der det ulovlege opphaldet heilt eller delvis har funne stad før ikraftsetjinga.

Det følgjer av Grunnlova § 97 at inga lov skal gjevast tilbakeverkande kraft. Regelen er eit vern mot lovgjeving som inneber nye byrder til handlingar eller hendingar som fann stad før lovendinga. Spørsmålet om tilbakeverkande kraft er

mest relevant der til dømes ei handling som ikkje tidlegare medførte straff, blir straffbar ved ei lovending.

Der det ulovlege opphaldet i sin heilskap har skjedd før straffeskjerpinga, vert dette opphaldet underlagt gamal strafferamme. Typetilfelle der eit ulovleg opphald har funne stad delvis før, delvis etter ikraftsetjinga av den straffskjerpande regelen, vil vere regulert i straffelova § 3 andre ledd:

«Når et sammenhengende straffbart forhold fortsetter etter at en lovending i skjerpande retning har trådt i kraft, anvendes handlings-tidspunktets lov på de deler av forholdet som faller på hver sin side av tidspunktet for ikraft-tredelsen.»

Regelen er utdjupa i forarbeida (Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) Om lov om straff, Del 4, pkt. 30.1):

«Hovedregelen anvendes også når loven endres i skjerpande retning mens et fortsatt straffbart forhold pågår. Det følger da av *annet ledd* at handlingstidens lovgivning anvendes på de respektive deler av handlingsrekken: Den gamle loven gjelder for den delen av forholdet som ble begått før den nye loven trådte i kraft. Resten av forholdet reguleres av den nye loven, selv om den er strengere enn den gamle. Dette er i samsvar med gjeldende rett. At det anvendes to straffbare normer innebærer likevel ikke at det blir to straffbare forhold, og reglene om konkurrens i utkastets § 79 bokstav a kommer ikke til anvendelse. Etter departementets oppfatning er det ikke nødvendig å presisere dette uttrykkelig i lovteksten.»

Når ulovleg opphald har funne stad delvis før og delvis etter ikraftsetjinga av den straffskjerpande regelen, må altså domstolane utmåle straff etter høvesvis gamal og ny strafferamme for dei respektive periodane, for så å slå straffa saman.

Departementet ser ikkje på noverande tidspunkt behov for å gje konkrete overgangsreglar. Lovforslaget tek likevel høgde for at departementet skal ha moglegheit til det.

7.2 Val av straffereaksjon ved brot på innreiseforbod

Etter utlendingslova § 108 tredje ledd bokstav e er det straffbart å overtre eit innreiseforbod som nemnt i § 71 andre ledd eller § 124 første ledd, og strafferamma er bot eller fengsel inntil to år.

Når det gjeld EUs returdirektiv, har Noreg nytta adgangen til å fastslå at direktivet ikkje gjeld for personar som er utvist som følge av straff. For Noregs del er direktivet difor berre relevant i saker om tredjelandborgarar som har ulovleg opphald av andre grunnar, herunder utlendingar som er utviste for ulovleg opphald eller innreise.

Returdirektivet har ingen særskilde reglar om statane sin adgang til å bruke straff. Slik regulering er i utgangspunktet overletten til medlemsstatane. EU-domstolen har uttrykkeleg godteke bruk av fengselsstraff overfor tredjelandborgarar som har gjeninnreist ulovleg etter å ha blitt uttransportert frå Schengen-området.

Ut frå ei vurdering av direktivet sitt føremål om at personar med ulovleg opphald på Schengen-området skal sendast ut på ein rask og effektiv måte – og at fengselsstraff kan motverke dette – har EU-domstolen innfortolka at statane ikkje må nytte fengselsstraff overfor tredjelandborgarar som ikkje har forlete utvisingsstaten sitt territorium, med mindre prosedyrane etter direktivet har vore «anvendt» utan å oppnå retur.

Domstolen har ikkje handsama ei sak der ein tredjelandborgar med innreiseforbod har reist ulovleg inn i utvisingsstaten *etter å ha opphalde seg ulovleg i ein annan Schengen-stat* (dvs. at vedkomande aldri har overhalde plikta til å forlate Schengen-territoriet før den ulovlege gjeninnreise). Domstolen har imidlertid handsama saker som kan bidra til å vurdere korleis direktivet bør tolkast i ei slik sak.

Saka *Achughbaban* (C-329/11) gjaldt ein tredjelandborgar som oppheldt seg ulovleg i Frankrike. Spørsmålet i saka var om returdirektivet utelukkar fengselsstraff overfor ein tredjelandborgar på grunnlag av ulovleg opphald i riket. Innleiingsvis understreka domstolen følgjande (avsnitt 28):

«It should be noted at the outset that Directive 2008/115 concerns only the return of illegally staying third-country nationals in a Member State and is thus not designed to harmonize in their entirety the national rules on the stay of foreign nationals.

Therefore, that directive does not preclude the law of a Member State from classifying an illegal stay as an offence and laying down penal sanctions to deter and prevent such an infringement of the national rules on residence.»

Domstolen slo likevel fast at medlemsstatane ikkje har høve til å ha ei straffelovgjeving som kan

setje i fare realiseringa av returdirektivet sine føremål, jf. avsnitt 33. Domstolen kom i tråd med dette til at det å ileggje fengselsstraff under utsendingsprosedyren ville vere i strid med direktivet sitt føremål av den grunn at ein ville risikere å forsinke returen, jf. avsnitt 37–39. Domstolen la imidlertid til grunn at returdirektivet ikkje utelukkar fengselsstraff i ein situasjon der direktivet sin returprosedyre er brukt («has been applied»), men tredjelandborgaren likevel oppheld seg ulovleg i medlemsstaten:

«In particular, Directive 2008/115 does not preclude penal sanctions being imposed, following national rules of criminal procedure, on third-country nationals to whom the return procedure established by that directive has been applied and who are illegally staying in the territory of a Member State without there being any justified ground for non-return.»

Denne saka, saman med *El Dridi* (C-61/11) og *Sagor* (C-430/11), er bakgrunnen for § 18-14 i utlendingsforskrifta, som er til hinder for fengselsstraff for ulovleg opphald dersom det vil «motvirke tiltak for en effektiv returprosess» etter returdirektivet. I *Sagor* slo EU-domstolen fast at returdirektivet ikkje er til hinder for bøtestraff for ulovleg opphald.

Celaj (C-290/14) gjaldt ein tredjelandborgar som i strid med eit innreiseforbod reiste inn i Italia etter å ha blitt returnert til opphavslandet i tråd med prosedyrane i returdirektivet. Saka er den einaste saka om straff der tredjelandborgaren hadde returnert til medlemsstaten i strid med eit ilagt innreiseforbod. Domstolen konkluderte med at direktivet ikkje var til hinder for fengselsstraff når tredjelandborgeren først hadde vore uttransportert til heimlandet. I grunngjevinga heiter det følgjande (avsnitt 30):

«[...] the criminal proceedings at issue in the main proceedings involve the situation of an illegally staying third-country national to whom the common standards and procedures established by Directive 2008/115 were applied in order to put an end to his first illegal stay in the territory of a Member State and who then re-enters the territory of that State in breach of an entry ban. Thus, the circumstances of the case in the main proceedings are clearly distinct from those in the cases that led to the judgments in *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268) and *Achughbabian* (C-329/11, EU:C:2011:807) in which illegally staying third-

country nationals of the third countries concerned were subject to a first return procedure in the Member State in question.

Furthermore, the Court has already held that Directive 2008/115 does not preclude penal sanctions being imposed, following national rules of criminal procedure, on third-country nationals to whom the return procedure established by that directive has been applied and who are illegally staying in the territory of a Member State without there being any justified ground for non-return (judgment in *Achughbabian*, C-329/11, EU:C:2011:807, paragraph 48).

There is thus all the more reason to consider that Directive 2008/115 does not exclude the possibility for Member States to lay down criminal law sanctions against illegally staying third country nationals for whom the application of the procedure established by that directive resulted in their being returned and who then re-enter the territory of a Member State in breach of an entry ban.»

Affum (C-47/15) gjaldt ein tredjelandborgar som reiste over grensa frå Belgia til Frankrike utan lovleg adgang til landet, men utan først å ha vore utvist med innreiseforbod. Om adgangen til å ileggje fengselsstraff utelukkande for den ulovlege innreisa, uttalte domstolen i avsnitt 63 at

«the Member States cannot permit third country nationals in respect of whom the return procedure established by Directive 2008/115 has not yet been completed to be imprisoned merely on account of illegal entry, resulting in an illegal stay, as such imprisonment is liable to thwart the application of that procedure and delay return, thereby undermining the directive's effectiveness.»

Ouhrami (C-225/16) gjaldt tolkinga av returdirektivet artikkel 11 nr. 2, som gjev reglar om lengda på ilagte innreiseforbod. Saka gjaldt ein tredjelandborgar som oppheldt seg ulovleg i Nederland etter å ha blitt ilagt eit innreiseforbod. Det rettslege spørsmålet EU-domstolen tok stilling til, var om varigheita av eit innreiseforbod («entry ban») etter direktivet skal reknast frå tidspunktet for utreise frå Schengen-området eller eit anna tidspunkt. Domstolen uttalte at innreiseforbodet vil «come into effect» og «produce its effects» først når tredjelandborgaren forlet Schengen-området (avsnitt 45 og 49). Norsk praksis er, i tråd med denne forståinga, at varigheita av eit innreisefor-

bod vert rekna frå utreise frå Schengen-området. Sjølve rettsverknaden, forbodet mot innreise til riket, inntreder derimot når det ligg føre eit gyldig vedtak om utvising og innreiseforbod.

Ein nyleg avsagt dom, *JZ* (C-806/18, avsagt 17. september 2020), gjaldt ein tredjelandsborgar som ikkje hadde forlete Nederland etter å ha blitt ilagt eit innreiseforbod. Problemstillinga var hovudsakeleg om det var i tråd med returdirektivet og føringane i *Ouhrami* å ha ein strafferegel «hvor-etter det er straffbart for en statsborger fra et tredjeland at opholde sig på nederlandsk område, efter at der er blevet udstedt et indrejseforbud over for ham (...) og det på grundlag af national ret ligger fast, at denne udlænding ikke har lovligt ophold i Nederlandene» (avsnitt 22). Det var strid om forståinga av den aktuelle strafferegel: Klagaren meinte at den gjaldt *brot på innreiseforbod* og dermed ikkje kunne kome til bruk når han aldri hadde forlete Nederland. Staten meinte derimot at strafferegel gjaldt ei form for *kvalifisert ulovleg opphald*, nærare bestemt ulovleg opphald etter at ein er gjort kjent med eit ilagt innreiseforbod. EU-domstolen overlot til nasjonale domstolar å tolke den nasjonale strafferegel, men uttalte på prinsipielt grunnlag at det er foreinleg med returdirektivet å ha ein (tilstrekkeleg klar) strafferegel

«som fastsætter, at der kan idømmes fængselsstraf over for en tredjelandsstatsborger med ulovligt ophold, med hensyn til hvilken den tilbagesendelsesprocedure, der er fastsat i direktivet, er blevet afsluttet, men uden at den pågældende faktisk har forladt medlemsstaternes område, når den påtalte adfærd defineres som omhandlende ulovligt ophold med kendskab til et indrejseforbud, der navnlig er udstedt på grund af, at den pågældende er tidligere straffet, eller den risiko, som vedkommende udgør for den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed, under forudsætning af, at den påtalte adfærd ikke defineres i forhold til en overtrædelse af dette indrejseforbud». (avsnitt 44)

EU-domstolen har som nemnt ikkje handsama saker som direkte gjeld tredjelandsborgarar som er utvist og har opphalde seg ulovleg i ein annan Schengen-stat før vedkomande reiser ulovleg attende til det utvisande landet. I samband med at det pågår eit arbeid med å revidere returdirektivet (med utgangspunkt i eit framlegg frå EU-kommisjonen 12. september 2018), har Noreg teke til orde for å tydeleggjere den einskilde staten sin rett til å opererere med reglar om straff. I dei tekstforslaga som til no har blitt lagt fram (jf. ovan-

nemnde framlegg frå EU-kommisjonen og «Partial general approach» frå Rådet 23. mai 2019), er det ikkje lagt opp til slike endringar.

For å harmonisere norsk rett med ei rettsutvikling i retning av å leggje avgjerande vekt på at bruk av fengselsstraff ikkje skal forvanske eller forseinke utsending av tredjelandsborgarar frå Schengen, foreslår departementet å lovfeste at fengselsstraff i utgangspunktet ikkje skal nyttast overfor ein tredjelandsborgar som berre er utvist på grunn av ulovleg innreise eller opphald, og som reiser ulovleg inn i Noreg utan først å ha vore ute av Schengen-området, med mindre returdirektivet sine prosedyrar har blitt «anvendt» utan at retur er oppnådd.

Ein slik regel reiser særleg to avgrensings-spørsmål. For det første må det klarleggjast korleis ein skal skilje mellom dei som «berre» er utvist på grunn av ulovleg innreise eller opphald og dei som er utvist på grunn av ilagt straff og som dermed fell utanfor verkeområdet for returdirektivet, jf. artikkel 2 nr. 1 bokstav b.

Departementet meiner i utgangspunktet det må vere forsvarleg å leggje til grunn at all utvising grunna ilagd straff for anna enn brot på utlendingslova vil vere omfatta av unntaksregelen i artikkel 2 nr. 1 bokstav b, sjølv om også brot på utlendingslova er ein del – herunder også når det er *ein sentral del* – av grunngevinga for utvisingsvedtaket.

For det andre må det klargjerast kva som ligg i vilkåret om at prosedyrane i returdirektivet har vore «anvendt» utan å ha resultert i retur. Dette blir i første rekkje eit konkret og praktisk tolkingsspørsmål for påtalemakta og domstolane. Det er berre i dei tilfella det er klart at det ikkje er praktisk mogleg å få til retur gjennom bruk av verkemidla i direktivet, at det vil vere aktuelt å leggje fengselsstraff. På same måte som når det gjeld moglegheita for å bruke fengselsstraff ved ulovleg opphald, meiner departementet det kan vere aktuelt å etablere ei ordning der utlendingsforvaltninga *varslar* utlendingen om at ein reknar returprosedyreren som anvendt og at vidare ulovleg opphald eller gjeninnreise vil kunne medføre fengselsstraff. Departementet vil vurdere nærare regulering i forskrift eller retningslinjer.

Departementet legg til grunn at returdirektivet uansett ikkje avgrensar adgangen til å operere med fengselsstraff overfor ulovleg gjeninnreise over intern Schengen-grense i dei tilfella der utlendingen har fått lovleg opphald i ein annan Schengen-stat. I eit slikt tilfelle strid ikkje bruk av fengselsstraff mot direktivet sitt føremål, då utlendingen ikkje har eit innreiseforbod som gjeld heile Schengen-området.

8 Økonomiske og administrative konsekvensar

Ein direkte konsekvens av heva strafferamme og høgare straffenivå for ulovleg opphald vil naturleg nok vere auka tid som skal sonast i fengsel, og dermed auka ressursbruk i kriminalomsorga med moglegheit for soningskø. Innsette som sonar for brot på utlendingslova vert som oftast plassert i einingar med høgt tryggleiksnivå. Ein heil-års plass på dette tryggleiksnivået kostar i gjennomsnitt rundt ein million kroner i året. Lovforslaget kan difor potensielt ha vesentlege kostnader for kriminalomsorga.

Kriminalomsorga uttaler i sitt høyringsinnspel at dei mest sannsynleg vil sjå ei «opphopning» som følgje av lengre straffer. Dei jamfører dette med situasjonen etter at strafferamme på brot på innreiseforbod vart heva. Når det gjeld nærare berekning av kor mange som kan bli omfatta av endringa viser Kriminalomsorga til at dette er vanskeleg å føreseie, og viser blant anna til at FAFO, Statistisk sentralbyrå (SSB) og Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) oppgjev svært ulike tal – alt mellom 5000 og 20 000 – på kor mange utlendingar som truleg oppheld seg ulovleg i Noreg. Departementet påpeiker for ordens skuld at langt frå alle som er i Noreg ulovleg, vil bli omfatta av straffeskjerpinga. Eit mindretal er utvist på grunn av fengselsstraff, og det vil heller ikkje vere aktuelt for påtalemakta å strafforfølgje alle tilfelle ein måtte bli kjend med.

I 2018 og 2019 vart høvesvis 55 og 25 personar ilagt straff for ulovleg opphald. Det er ikkje klart kor mange av desse sakene som ville vore omfatta av den foreslegne strafferamma. I lys av at eit ukjent antal personar oppheld seg ulovleg i Noreg, må det leggjast til grunn at det er eit visst potensiale for vesentleg fleire straffesaker enn kva som har vore vanleg, dersom slike saker i større grad vert prioritert. I så fall vil dette, isolert sett, medføre auka ressursbruk i heile straffesaks-kjeden, også for påtalemakta og domstolane.

Utlendingsforvaltninga kan også bli påverka ved at det i somme saker – for at utlendingen skal vere omfatta av den nye strafferamma – vil vere aktuelt å fatte nytt vedtak om utvising som følgje av fengselsstraff etter eit tidlegare vedtak om utvising på grunn av brot på utlendingslova.

Samla sett er det vanskeleg å berekne kva for konsekvensar forslaget vil få. Erfaringane frå straffeskjerpinga i 2014 for brot på innreiseforbod, tyder på at det på kort sikt vert fleire straffesaker og fleire soningsdøgn. Samstundes har det, etter straffeskjerpinga, vore ein vesentleg reduksjon i talet på registrerte brot på innreiseforbod. I seinare tid har også talet på innsette som sonar for brot på innreiseforbod, gått klart ned. Dette støttar hypotesen om at ressursbruken over tid vil gå ned, sjølv om det vil ta noko tid før effekten når kriminalomsorga. Kriminalomsorga viser også i sitt høyringsinnspel til nedgangen i antalet brot på innreiseforbod dei siste åra, og meiner på bakgrunn av dette at det vil ta om lag fire år før ein effekt av skjerpinga resulterer i færre innsette.

Dersom fleire straffedømte etterlever utreiseplikta, vil ein unngå kriminaliteten ein del av desse elles ville utført. Det vil redusere ressursbruken i straffesaks-kjeden og, ikkje minst, spare samfunnet for dei store ulempene og kostnadene med kriminalitet. At utreiseplikta vert etterlevd i større grad vil også medføre redusert ressursbruk for blant andre politiet, til ID-arbeid, tvangsreturar, interneringssaker m.m. Denne vinsten er svært vanskeleg å estimere, men det er gjort analysar som viser at rask retur av straffa utlendingar er svært lønsamt for samfunnet (jf. *Evaluering av returarbeidet i politiet, Delrapport II – effekten av retur*, Politidirektoratet 2014 og *Returarbeidet i politiet – en analyse av utvikling fra 2011/2012 til 2015, fordeling og kostnadsprofil*, A-2 Norge/Politidirektoratet 2017).

Politi og påtalemakt må også vurdere i den ein-skilde saka om det er meir tenleg å iverksetje retur – dersom tilhøva ligg til rette for det – enn å ta ut påtale for ulovleg opphald. Dette gjer også at konsekvensane er vanskelege å føreseie.

Trass utgiftene til fleire soningsdøgn og fleire straffesaker m.m., finn departementet det sannsynleg at lovendringa på sikt vil ha konsekvensar som i sum inneber ein økonomisk og administrativ vinst for samfunnet. Departementet legg til grunn at strengare straffer vil ha ein preventiv verknad. Det er grunn til å tru at det på sikt vil

vere færre tilfelle av ulovleg opphald og dermed færre straffesaker knytt til dette.

Lovforslaget knytt til val av straffereaksjon ved brot på innreiseforbod gjeld ei snever gruppe typetilfelle og vil ha positive eller marginale økonomiske og administrative konsekvensar.

Eventuelle meirutgifter dekkjast innanfor Justis- og beredskapsdepartementet sine gjeldande budsjettrammer.

9 Merknader til reglane i lovforslaget

Til § 108 andre ledd bokstav a

Endringa i *bokstav a* har eit pedagogisk føremål. Tilføyinga i referansen til § 55 informerer om at det finst ein særregel i tredje ledd bokstav f – jf. omtalen av denne nedanfor – som ein må vere merksam på når det gjeld straff for ulovleg opphald.

Til § 108 tredje ledd bokstav e

Sjå nærare omtale i avsnitt 7.2. *Ny andre setning* avgrensar adgangen til bruk av fengselsstraff for brot på innreiseforbod i visse tilfelle. Endringa inneber at det i utgangspunktet ikkje skal brukast fengselsstraff overfor tredjelandsborgarar som

- er utvist på anna grunnlag enn straff og dermed omfatta av EUs returdirektiv,
- ikkje har opphaldsløyve i eit anna Schengenland, og
- ikkje har forlete eller blitt uttransportert frå Schengen-området før den ulovlege gjeninnreisa til Noreg.

Dersom returdirektivet sine prosedyrar er «anvendt» utan å ha resultert i utreise frå Schengen-området, vil det likevel vere høve til å bruke fengselsstraff. Kva som ligg i dette kravet, som er utleia frå EU-domstolen si fortolking av direktivet sitt føremål, er nærare drøfta i avsnitt 7.2.

Til § 108 tredje ledd ny bokstav f

Ny bokstav f inneber at regelen om straff for ulovleg opphald *etter utvising som følgje av ilagt fengselsstraff, forvaring eller særreaksjon*, vert plassert i tredje ledd og dermed omfatta av den høgare strafferamma på bot eller fengsel inntil to år. Det gjeld likevel ikkje personar som er idømt slik straff etter utlendingslova § 108 andre ledd. For desse vil den alminnelege strafferegelen og strafferamma for ulovleg opphald, jf. henvisinga til § 55 i § 108 andre ledd bokstav a, gjelde. Departementet viser til omtalen i avsnitt 7.1 av spørsmål knytt til mellom anna gjentakingsstilfelle og regelen sitt verkeområde. I avsnitt 7.1.5 er det gjeve nokre kommentarar om straffutmålinga.

Justis- og beredskapsdepartementet

t i l r å r :

At Dykkar Majestet godkjenner og skriv under eit framlagt forslag til proposisjon til Stortinget om endringar i utlendingslova (strafferamme for ulovleg opphald m.m.).

Vi **HARALD**, Noregs Konge,

s t a d f e s t e r :

Stortinget blir bedt om å gjere vedtak til lov om endringar i utlendingslova (strafferamme for ulovleg opphald m.m.) i samsvar med eit vedlagt forslag.

Forslag

til lov om endringer i utlendingslova (strafferamme for ulovleg opphald m.m.)

I

I lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her gjerast følgjande endringer:

§ 108 andre ledd bokstav a skal lyde:

- a) Forsettlig eller uaktsomt overtrer de bestemmelsene som er angitt i det følgjende, eller forbud, påbud eller vilkår gitt i medhold av disse bestemmelsene:
- § 8 første ledd
 - § 9 første og fjerde ledd
 - § 14 første og annet ledd
 - § 16 første og tredje ledd
 - § 19 første og annet ledd
 - § 20 tredje ledd
 - § 21 første ledd
 - § 27 første ledd, jf. fjerde ledd
 - § 55 første og annet ledd, *med mindre overtredelsen rammes av tredje ledd bokstav f*
 - § 83 første og annet ledd
 - § 90 sjettede ledd
 - § 93 første ledd annet punktum
 - § 100 b første ledd annet punktum
 - § 105 første ledd
 - § 126 første ledd
 - § 130 første ledd, jf. § 105

§ 108 tredje ledd bokstav e og ny bokstav f skal lyde:

- e) forsettlig eller uaktsomt overtrer innreiseforbudet i § 71 annet ledd eller § 124 første ledd. *Dersom utlendingen ikke har lovlig opphold i et Schengenland, straffes overtredelsen bare med bot, med mindre vedkommende er utvist på grunn av straff, utreise fra Schengenområdet har funnet sted eller returprosedyrer er anvendt uten at slik utreise har funnet sted,*
- 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.*

II

1. Lova gjeld frå den tida Kongen avgjer. Kongen kan setje i kraft dei ulike føresegnene til ulik tid.
2. Departementet kan gje nærare overgangsreglar.

