



# NORGES HØYESTERETT

EFTA Court  
Rue du Fort Thungen  
1499 Luxembourg  
Luxembourg

Dok 50

**Sak nr. 23-052214STR-HRET, straffesak, anke over dom: Anmodning om rådgivende uttalelse:**

## 1. INNLEDNING OG BAKGRUNNEN FOR ANMODNINGEN

- (1) Norges Høyesterett anmoder med dette om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i sak nr. 23-052214 MH (den ankende parten for Høyesterett) mot påtalemyndigheten (ankemotpart for Høyesterett). Anmodningen fremsettes i medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelsen av et overvåkingsorgan og en domstol, jf. også den norske domstoloven § 51 a.
- (2) Saken gjelder straff for brudd på norske utlendingsmyndigheters vedtak om innreiseforbud til Norge, jf. utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav e, jf. § 71 andre ledd. MH (heretter omtalt som «MH») er tiltalt for brudd på et innreiseforbud og ble av lagmannsretten idømt fengsel i ett år for å ha brutt forbudet. MH har i anke til Høyesterett påberopt Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF (**Unionsborgerdirektivet**) artikkel 6 nr. 2, som gir rett til opphold inntil 3 måneder for EØS-borgere og nærmere angitte familiemedlemmer
- (3) Anmodningen om tolkningsuttalelse retter seg mot forståelsen av Unionsborgerdirektivet artiklene 5 og 6, samt artiklene 27 til 32. Spørsmålet er om MH, en tredjelandsborger, har slike avledede rettigheter som ektefelle til en EØS-borger at han ikke kan straffes for brudd på vedtaket om innreiseforbud.

## 2. OVERSIKT OVER SAKENS PARTER

- (4) De involverte parter i saken for Høyesterett er:

Ankende part: MH

Forsvarer: Advokat Maral Houshmand  
Advokatfirmaet Staff AS  
Akersgaten 32  
0180 Oslo

Ankemotpart: Påtalemyndigheten

Aktor: Riksadvokatfullmektig Mads Fredrik Baardseth/  
Førstestatsadvokat Thomas Frøberg  
Riksadvokaten  
Postboks 2102 Vika  
0125 Oslo

### 3. SAKENS FAKTISKE BAKGRUNN

- (5) MH er iransk statsborger og kom til Norge som asylsøker i 2008. Han fikk endelig avslag på asylsøknaden i Utlendingsnemnda (UNE) ved vedtak 4. april 2011. I vedtaket ble det satt frist til 28. februar 2012 for utreise fra Norge og Schengen-området.
- (6) MH forlot imidlertid ikke Norge innen utløpet av fristen. Utlendingsdirektoratet (UDI) fattet vedtak 19. mai 2016 om utvisning og innreiseforbud til Norge i 5 år. Vedtaket var begrunnet i at MH ikke hadde overholdt utreisefristen.
- (7) Ved Hålogaland lagmannsretts dom 23. februar 2017 ble MH idømt 9 måneder fengselsstraff for oppbevaring og transport av hasj og marihuana, samt falsk forklaring og bruk av falske identifikasjonspapirer under politikontroll. Midtre Hålogaland politidistrikt utferdiget 21. april 2017 forhåndsvarsel om utvisning under henvisning til domfellelsen.
- (8) UDI fattet vedtak 22. juni 2017, under henvisning til straffedommen, om utvisning av MH fra Norge med *varig* innreiseforbud til Norge og innmelding i Schengen Information System (SIS). Det ble ikke satt utreisefrist. MH pliktet derfor å forlate Norge og Schengen-området umiddelbart.
- (9) Etter at MH 27. november 2018 var verifisert som iransk statsborger av iranske myndigheter, ble han 6. februar 2019 pågrepet av politiet og begjært internert i medhold av utlendingsloven for å effektivere utvisningsvedtakene og å gjennomføre uttransport til Iran. MH ble uttransportert til Iran 11. mars 2019.
- (10) I 2020 fikk MH innvilget oppholdstillatelse med flyktningsstatus i Hellas og tildelt greske identifikasjonspapirer. Han reiste senere til Sverige, hvor han bosatte seg med sin ektefelle og hennes datter født i 2006, som begge er norske statsborgere. De giftet seg i 2019. Ekteskapet ble registrert i det svenske folkeregisteret i 2021. Ektefellen meldte flytting fra Norge til Sverige i november 2021, hvor hun fortsatt er bosatt sammen med MH. MH har arbeid i Sverige. Ekteparet har en felles datter som ble født i Norge i mars 2022.
- (11) Den 24. mai 2022 ble MH pågrepet av norsk politi i Moss, sør for Oslo. Han ble opprinnelig pågrepet for kjøring i ruspåvirket tilstand. Med i bilen var ektefellen til MH og to barn, deriblant deres felles datter.
- (12) Ved Øst politidistrikts tiltalebeslutning 31. mai 2022 ble MH satt under tiltale for overtredelse av utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav e jf. § 71 andre ledd, for å ha oppholdt seg i riket til tross for at han var utvist fra Norge med varig innreiseforbud.

- (13) Søndre Østfold tingrett avsa dom 6. juli 2022, der MH ble dømt for overtredelse av de nevnte reglene i utlendingsloven til fengsel i ett år. Han anket dommen.
- (14) Borgarting lagmannsrett avsa dom 7. februar 2023, med samme resultat som tingretten. MH har anket dommen til Høyesterett.
- (15) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 21. april 2023 å tillate anken fremmet. Under saksforberedelsen for ankeforhandlingen har forberedende dommer Ingvald Falch besluttet å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse knyttet til de EØS-rettslige spørsmålene som saken reiser.

## 4. SAKENS RETTSLIGE BAKGRUNN

### 4.1. Relevant nasjonal rett

#### 4.1.1. Innledning

- (16) Utlendingers rett til innreise til og opphold i Norge reguleres av lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven). Lovens formål er å regulere innreise og opphold i samsvar med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser. Loven skal også legge til rette for lovlig bevegelse over landegrensene og ivareta rettssikkerheten til utlendinger som reiser inn i eller ut av riket, som oppholder seg her eller som søker en tillatelse etter loven, jf. § 1. Det er gitt utfyllende regler om rett til innreise og opphold i forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften).
- (17) Reglene om utvisning fra Norge og innreiseforbud har til formål blant annet å beskytte samfunnet mot personer som kan utgjøre en samfunnsfare og å bidra til respekt for norske lover og regler.

#### 4.1.2. Utvisning og innreiseforbud for tredjelandborgere

- (18) Utlendingsloven kapittel 8 regulerer utvisning av utlendinger som ikke kan påberope seg EØS-avtalen (tredjelandborgere). Fordi vedtak om utvisning og innreiseforbud utgjør et inngrep i privat- og familielivet, suppleres loven av Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8, som gjelder som norsk lov.
- (19) Et vedtak om utvisning har som konsekvens at utlendingen har plikt til å forlate landet, og enhver gyldig tillatelse til opphold i Norge opphører, jf. utlendingsloven § 71 første ledd. Et utvisningsvedtak medfører også et innreiseforbud til Norge, som gjøres midlertidig eller varig, jf. utlendingsloven § 71 andre ledd, jf. utlendingsforskriften § 14-2. Utvisningsvedtak fattes av UDI i første instans og kan påklages til UNE. Deretter kan det reises søksmål for domstolene.
- (20) Det er uttømmende angitt i utlendingsloven §§ 66–68 hvilke lovbrudd som kan føre til utvisning av tredjelandborgere. Det er ulike vilkår for utvisning ettersom utlendingen ikke

har oppholdstillatelse (§ 66), har midlertidig oppholdstillatelse (§ 67) eller har varig oppholdstillatelse i landet (§ 68).

- (21) UDIs vedtak om utvisning av MH 22. juni 2017, hvor det ble gitt varig innreiseforbud, var hjemlet i § 66 første ledd bokstav c. Etter denne bestemmelsen kan en utlending uten oppholdstillatelse utvises dersom han er ilagt straff eller særreaksjon i Norge for et forhold som kan medføre fengselsstraff.
- (22) Selv om vilkårene for utvisning etter § 66 er oppfylt, følger det et generelt krav om forholdsmessighet av § 70 første ledd. Bestemmelsen lyder som følgende:

**«En utlending kan ikke utvises dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»**

#### *4.1.3. Innreise, opphold og utvisning av personer omfattet av EØS-avtalen*

- (23) Utlendingsloven kapittel 13 regulerer utlendingers rett til innreise til og opphold i riket for personer som omfattes av EØS-avtalen. Kapitlet gjennomfører Unionsborgerdirektivet. Utlendingsloven § 110 angir hvem kapitlet gjelder for, og relevant for denne saken hitsettes følgende fra første til tredje ledd:

**«Borgere av land som omfattes av EØS-avtalen, heretter omtalt som EØS-borgere, omfattes av bestemmelsene i dette kapitlet. (...)**

**Familiemedlemmer til en EØS-borger omfattes av bestemmelsene i dette kapitlet så lenge de følger eller slutter seg til en EØS-borger. Familiemedlemmer til en norsk borger omfattes av bestemmelsene i dette kapitlet dersom de følger eller slutter seg til en norsk borger som returnerer til riket etter å ha utøvet retten til fri bevegelighet etter EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen i et annet EØS-land eller EFTA-land.**

**Med familiemedlem menes**

**a. ektefelle. (...)**

- (24) Utlendingsloven § 111 første og andre ledd første punktum gjelder EØS-borgere og deres familiemedlemmers rett til opphold i inntil tre måneder, og lyder slik:

**«En EØS-borger som har gyldig identitetskort eller pass, har oppholdsrett i inntil tre måneder, forutsatt at vedkommende ikke blir en urimelig byrde for offentlige velferdsordninger.**

**Første ledd gjelder tilsvarende for et familiemedlem som ikke er EØS-borger, så lenge familiemedlemmet følger eller gjenforenes med EØS-borgeren og har gyldig pass.»**

- (25) Reglene for å utvise EØS-borgere og deres familiemedlemmer er gitt i utlendingsloven § 122, hvor det fastsettes i første ledd:

**«EØS-borgere og deres familiemedlemmer (...) kan utvises når hensynet til offentlig orden eller sikkerhet tilsier det. Det er et vilkår for utvisning at det hos utlendingen foreligger, eller må antas å foreligge, personlige forhold som innebærer en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn.»**

- (26) Det følger videre av § 122 fjerde ledd at:

«Utvisning etter bestemmelsene i denne paragrafen besluttes ikke dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket, vil utgjøre et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller familiemedlemmene. Ved vurderingen av om utvisning utgjør et uforholdsmessig tiltak, skal det blant annet legges vekt på varigheten av vedkommendes opphold i riket, alder, helsetilstand, familiesituasjon, økonomisk situasjon, sosial og kulturell integrering i riket og tilknytning til hjemlandet. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»

- (27) Et utvisningsvedtak etter § 122 medfører også et forbud mot innreise. Innreiseforbud reguleres av § 124 første ledd, som lyder:

«Utvisning er til hinder for senere innreise. Innreiseforbudet kan gjøres varig eller tidsbegrenset, men ikke for kortere tidsrom enn to år. Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på forhold som nevnt i § 122 første ledd.»

- (28) Sak om utvisning etter § 122 forberedes av politiet, mens vedtak fattes av UDI, jf. § 124 tredje ledd.

#### 4.1.4. Oppheving innreiseforbud

- (29) For å få opphevet et innreiseforbud kreves, både for tredjelandsborgere (etter § 71 i kapittel 8) og EØS-borgere (etter § 124 i kapittel 13), at de må søke utlendingsmyndighetene om opphevelse. I utlendingsloven § 124 andre ledd er kravet angitt slik:

«Innreiseforbudet kan etter søknad oppheves dersom nye omstendigheter tilsier det. Dersom særskilte omstendigheter foreligger, kan den som er utvist, etter søknad få adgang til riket for kortvarig besøk selv om innreiseforbudet ikke oppheves, men som regel ikke før ett år er gått fra utreisen.»

- (30) Det følger av både utlendingsloven § 71 og § 124 at innreiseforbudet kan oppheves dersom «nye omstendigheter» tilsier det. Det er gitt retningslinjer for denne vurderingen i RUDI-2010-69<sup>1</sup> og RUDI-2010-22<sup>2</sup>. Av RUDI-2010-69 punkt 7.4, med overskriften «Vilkår for opphevelse av innreiseforbudet», følger:

«I henhold til unionsborgerdirektivet artikkel 32 skal en EØS-borger i ettertid kunne søke om å få opphevet innreiseforbudet ved å påberope seg endringer i de forhold som lå til grunn for vedtaket om utvisning.

Ved vurderingen av hvorvidt det foreligger nye omstendigheter som tilsier at innreiseforbudet skal oppheves, må det for EØS-borgere foretas en vurdering av om utvisning fortsatt er nødvendig av hensynet til offentlig orden eller sikkerhet. For nærmere veiledning til denne vurderingen vises det til UDI 2010-22. Dersom hensynet til offentlig orden eller sikkerhet ikke lenger nødvendiggjør utvisning skal innreiseforbudet oppheves.»

- (31) Det er gitt relativt omfattende retningslinjer for bortvisning og utvisning av EØS-borgere i RUDI-2010-22, som også er retningsgivende for vurderingen av om innreiseforbud skal oppheves.

<sup>1</sup> Retningslinje fra Utlendingsdirektoratet, *Opphevelse av innreiseforbud eller adgang til Norge for kortvarig besøk*, 5. juli 2010, sist endret 28. november 2019.

<sup>2</sup> Retningslinje fra Utlendingsdirektoratet, *Bortvisning og utvisning av EØS-borgere*, 1. januar 2010, sist endret 5. oktober 2022.

- (32) I følge en instruks gitt i GI-2016-5<sup>3</sup> gjelder det gjennomgående at utlendingen *må søke* for å få et innreiseforbud opphevet. Det er imidlertid angitt ett unntak fra dette i instruksens punkt 2.2:

**«Når Utlendingsdirektoratet i forbindelse med anmodning om sletting av SIS-innmelding blir kjent med at en utlending er gitt opphold i annet medlemsland etter EØS-regelverket, skal UDI av eget initiativ vurdere om utvisningen til Norge [sic] kan opprettholdes av hensyn til offentlig orden eller sikkerhet, jf. utlendingsloven § 122 første ledd eller om innreiseforbudet må oppheves.»**

- (33) Instruksens ble gitt etter at ESA hadde åpnet sak mot Norge angående gjennomføringen av Unionsborgerdirektivet.

#### 4.1.5. *Straff*

- (34) Utlendingsloven § 108 regulerer straff for overtredelser av loven og vedtak i medhold av loven. Utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav e, som er den relevante hjemmel i den foreliggende saken, lyder slik:

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

(...)

- 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»**

- (35) Straff for brudd på innreiseforbud forutsetter at det er truffet et *gyldig* vedtak. Det innebærer at domstolen i straffesaken må gjøre en prejudisiell prøving av forvaltningsvedtaket som fastsatte innreiseforbudet. Etter Høyesteretts avgjørelse i HR-2019-2400-A skal domstolene ved denne prøvingen som hovedregel legge forholdene på *vedtakstidspunktet* til grunn. Det er imidlertid ikke utelukket at etterfølgende omstendigheter kan inngå i vurderingen.
- (36) Strafferammen for brudd på innreiseforbud ble skjerpet ved lov 10. januar 2014 nr. 1. Bakgrunnen for endringen er i lovforarbeidene begrunnet med at brudd på innreiseforbud anses som et «økende samfunnsproblem», se Prop. 181 L (2012-2013) side 5. Ved endringen ble det også gitt føringer for straffenivået. I den samme proposisjonen er det på side 17 uttalt at:

**«Normalstraffenivået ved et ordinært førstegangsbrudd på innreiseforbudet bør ikke være under ett års fengsel. Med ordinært menes et forhold uten skjerpende eller formildende omstendigheter.»**

## 4.2. Unionsborgerdirektivet

- (37) Ved EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 av 7. desember 2012 ble Unionsborgerdirektivet innlemmet i EØS-avtalen vedlegg V (Fri bevegelighet for arbeidstakere) og vedlegg VIII (Etableringsrett). Det ble i forbindelse med innlemmelsen avgitt følgende felleserklæring fra partene:

<sup>3</sup> Rundskriv fra Justis- og beredskapsdepartementet, 18. mars 2016.

«Begrepet unionsborgerskap som innført ved Maastricht-traktaten (nå EF-traktatens artikkel 17ff) har ingen parallell i EØS-avtalen. Innlemmingen av direktiv 2004/38/EF i EØS-avtalen skal ikke berøre vurderingen av EØS-relevansen av framtidige EU-rettsakter eller framtidig rettspraksis i EF-domstolen basert på begrepet unionsborgerskap. EØS-avtalen medfører ikke et rettslig grunnlag for EØS-borgernes politiske rettigheter. Avtalepartene er enige om at innvandringspolitikk ikke er omfattet av EØS-avtalen. Bosettingsrettigheter for tredjelandsborgere faller utenfor avtalens anvendelsesområde, med unntak av rettigheter som gis gjennom direktivet til tredjelandsborgere som er familiemedlemmer av en EØS-statsborger som utøver sin rett til fri bevegelighet i henhold til EØS-avtalen, da disse rettighetene er knyttet til retten til fri bevegelighet for for EØS-statsborgere. EFTA-statene anerkjenner at det er av betydning for EØS-statsborgere som utøver sin rett til fri bevegelighet for personer, at deres familiemedlemmer i direktivets betydning som er tredjelandsborgere også kan nyte godt av visse avledede rettigheter som fastsatt i artikkel 12 nr. 2, artikkel 13 nr. 2 og artikkel 18. Dette berører ikke EØS-avtalens artikkel 118 og den framtidige utvikling av uavhengige rettigheter for tredjelandsborgere, som ikke faller innenfor EØS-avtalens anvendelsesområde.»

(38) I tillegg ble det blant annet gjort følgende tilpasninger, jf. beslutning nr. 158/2007 artikkel 1 nr. 1:

- «a) Direktivet får anvendelse der det er aktuelt på de områder som omfattes av dette vedlegg.
- b) Direktivet får anvendelse for avtalepartenes statsborgere. Deres familiemedlemmer i direktivets betydning som er tredjelandsborgere, tilkommer imidlertid visse rettigheter i medhold av direktivet.
- c) Betegnelsen 'unionsborger(e)' erstattes med betegnelsen 'statsborger(e) i EF-medlemsstatene og EFTA-statene'.»

(39) Unionsborgerdirektivet gir regler om innreise og opphold i artiklene 5 til 7. Bestemmelsene gir langt på vei de samme rettighetene for EØS-borgerne og nærmere angitte familiemedlemmer, slik som ektefeller. Vilkårene for avledede rettigheter for familiemedlemmer til EØS-borgere etter artiklene 5 til 7 er behandlet av EFTA-domstolen og EU-domstolen i flere saker, slik som sak E-28/15 (Jabbi), sak E-4/19 (Campbell), sak C-33/07 (Jipa), sak C-127/08 (Metock mfl.) og C-94/18 (Chenchooliah), med videre henvisninger. Domstolens praksis tilsier at rettighetene som gis i Unionsborgerdirektivet skal tolkes vidt, mens begrensningene skal tolkes snevert, for å ivareta det overordnede formålet om fri bevegelighet for personer.

(40) Rettighetene etter artiklene 5 til 7 kan begrenses i tråd med artiklene 27 til 35. Det følger av Unionsborgerdirektivet artikkel 32 nr. 1 at personer som er ilagt innreiseforbud etter artikkel 27, kan søke om å få innreiseforbudet opphevet etter et rimelig tidsrom og uansett etter tre år fra gjennomføringen av innreiseforbudet. Etter artikkel 32 nr. 2 har EØS-borgeren ikke rett til innreise mens søknad behandles.

(41) Det synes imidlertid ikke å være gitt eksplisitte regler i Unionsborgerdirektivet for et tilfelle som i saken her, hvor tredjelandsborgeren er utvist og ilagt innreiseforbud etter nasjonale regler, for så først senere å oppnå rettigheter etter direktivet som familiemedlem til en EØS-borger.

(42) Unionsborgerdirektivet artikkel 36 omhandler statenes rett og plikt til å sanksjonere brudd på nasjonale regler som gjennomfører direktivet. EU-domstolen har i flere saker, blant annet C-127/08 (Metock mfl.) og C-35/20 uttalelser om bruken av sanksjoner. Dette foranlediger

spørsmål 3 nedenfor knyttet til om det er noen begrensninger i EØS-statenes bruk av straff i et tilfelle som dette, både med tanke på straffart og -utmåling.

## 5. PARTENES ANFØRSLER OM EØS-RETTE

### 5.1. Ankende part

(43) Nedenfor gjengis de bemerkninger som den ankende parten har inngitt:

«MH gjør gjeldende at han har rett til innreise jf. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF artikkel 5 nr. 1 og/eller artikkel 6 nr. 2. Innreiseforbudet fattet etter nasjonale regler opphørte *ipso facto* fra det tidspunktet han var omfattet av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF.

Restriksjoner i bevegelsesfriheten er uttømmende regulert i direktivets artikkel 27-29 og det må i så fall foreligge et vedtak på restriksjonen jf. direktivets artikkel 30. Saksbehandlingsgarantiene i artikkel 31 må dessuten være oppfylt.

Hans rett til innreise fordrer ikke en forutgående søknad om opphevelse av et innreiseforbud når dette er fattet etter nasjonal rett. En slik formalitet blir i realiteten en oppkonstruksjon av et tilleggsvilkår i strid med bestemmelsenes ordlyd.

Artikkel 32 kan ikke få anvendelse ved analogi da bestemmelsen regulerer tilfeller der det er tale om å oppheve restriksjoner som er hjemlet i *direktivets* bestemmelser. Til støtte for dette syn viser MH til ESAs vurderinger i brev av 14.10.2015 i sak 76560 side 9 følgende.

Strafferettslige sanksjoner kan kun anvendes dersom MH ikke har overholdt kravene til formaliteter som er fastsatt i direktivet.

For det tilfellet artikkel 32 får analogisk anvendelse *og* det er adgang til strafferettslig sanksjon anfører MH at det i høyden kan være tale om en bot. Sanksjonen kan ikke være av strengere straffart da det vil innebære en uforholdsmessig restriksjon på retten til fri bevegelse.»

### 5.2. Den offentlige påtalemyndigheten

(44) Nedenfor gjengis de bemerkninger som ankemotparten har inngitt:

«Det er påtalemyndighetens syn at MH kan straffes for sitt brudd på innreiseforbudet til Norge, og at EØS-rettslige regler ikke stenger for at det ilegges straffansvar i vår sak.

Norske myndigheter kan stille krav om at tredjelandsborere som er utvist med innreiseforbud i egenskap av å være tredjelandsborger – og som siden blir omfattet av EØS-regelverket – må søke om opphevelse av innreiseforbudet forut for innreise til Norge. Manglende etterlevelse av en slik regel kan sanksjoneres, herunder ved bruk av straff.

*Til spørsmål 1*, og som påtalemyndighetens prinsipale rettslige anførsel, vil en hevde at Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF artikkel 5 nr. 1 og/eller artikkel 6 nr. 2 ikke kan fortolkes slik at ervervelse av rettigheter etter nevnte regler gjør et nasjonalt innreiseforbud til en nullitet, og heller ikke medfører at innreise kan gjennomføres rettmessig (uavhengig av innreiseforbudet). Rett til innreise vil derimot kunne utøves i alle andre medlemsland enn det man er utvist fra. Som det heter i *Return Handbook* på side 63, "[o]nly the Member State issuing the entry ban ... can lift the entry ban",<sup>4</sup> og en annen løsning hadde krevd et positivt uttrykk i autoritativt kildemateriale.

<sup>4</sup> [https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2020-09/return\\_handbook\\_en.pdf](https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2020-09/return_handbook_en.pdf)



*Til spørsmål 2, og som påtalemyndighetens subsidiære anførsel, må Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF artikkel 32 nr. 2 gis analogisk anvendelse på et tilfelle som vårt. Situasjonene som faller utenfor bestemmelsens direkte anvendelsesområde har betydelige likhetstrekk med de tilfellene som omfattes, og regelverket vil derfor bli inkonsekvent dersom ikke bestemmelsen anvendes analogisk. En slik løsning ville åpne for at utviste borgere med innreiseforbud, herunder dem som utgjør en alvorlig sikkerhetsrisiko, fritt og uavhengig av søknad skal kunne reise inn i landet de er utvist fra. Medlemsstatene må gis anledning til å vurdere om et innreiseforbud skal opprettholdes, nå etter EØS-rettslige regler, for borgeren forut for innreise.*

*Til spørsmål 3 vil påtalemyndigheten anføre at urettmessig innreise i strid med et innreiseforbud og/eller prosedyren for å få dette opphevet, etter omstendighetene må kunne sanksjoneres med straff. Det kan ikke hevdes at straff generelt vil være uforholdsmessig, og myndighetene har dermed anledning til å velge passende sanksjoner – herunder straff – i den enkelte sak, se C-35/20 avsnitt 57–58. Til sammenligning vises det også til at overtredelser av innreiseforbud etter returdirektivet kan sanksjoneres med straff, se C-290/14 *Skerdjan Celaj*. Det kan imidlertid stilles spørsmål om det norske straffenivået for brudd på innreiseforbud – i et tilfelle som vårt – må nedjusteres noe av hensyn til forholdsmessighetsprinsippet, sammenliknet med hva MH ble idømt i ting- og lagmannsretten.»*

## 6. Spørsmål til EFTA-domstolen

1. Skal Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF artikkel 5 nr. 1 og/eller artikkel 6 nr. 2 tolkes slik at en tredjelandsborger, som er gift med en EØS-borger som har utøvd sin rett til fri bevegelighet ved å flytte sammen med tredjelandsborgeren til en annen EØS-stat enn den EØS-staten ektefellen er borger av, har rett til innreise til og opphold i ektefellens hjemstat i inntil 3 måneder, også der tredjelandsborgeren i tiden før ekteskapet ble inngått var varig utvist fra ektefellens hjemstat i samsvar med nasjonale regler som gjelder for tredjelandsborgere?
2. Hvis spørsmål 1 besvares bekreftende: Får Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF artikkel 32, eventuelt ved analogi, anvendelse i en situasjon som beskrevet i spørsmål 1, med den følge at de nasjonale myndighetene i innreisestaten kan kreve at tredjelandsborgeren søker om å få innreiseforbudet opphevet før vedkommende reiser inn i den staten?
3. Begrenser, og i tilfelle på hvilken måte, Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF artikkel 36 eller EØS-rettslige forpliktelser for øvrig EØS-statenes adgang til å straffe brudd på nasjonale vedtak om innreiseforbud i en situasjon som beskrevet i spørsmål 1?

Oslo, 22. juni 2023

Ingvald Falch  
Høyesterettsdommer