

Avslag på familieinnvandring til ektefelle i Norge, og etterfølgende utvisning på grunn av tilbakeholdte opplysninger om ekteskapsmotivene

31.1.2020 (2019/617)

Saken gjelder Utlendingsnemndas (UNEs) avslag på søknad om oppholdstillatelse for familieinnvandring på grunnlag av ekteskap, og etterfølgende utvisning med fem års innreiseforbud på grunn av tilbakeholdte opplysninger i familieinnvandringssaken.

Oppholdstillatelsen ble avslått etter bestemmelsen om omgåelsesekteskap i utlendingsloven § 40 fjerde ledd, fordi UNE, etter en vurdering av objektive omstendigheter ved ekteskapet, kom til at søkers hovedsakelige formål med ekteskapsinngåelsen var å få oppholdsgrunnlag i Norge. At søkeren under oppholdssaken ikke opplyste om dette hovedmotivet for ekteskapet ble ansett som en tilbakeholdelse av opplysninger, som ga grunnlag for utvisning i medhold av utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a andre alternativ om å gi villedende opplysninger.

Føringene i forarbeidene til omgåelsesbestemmelsen i utl. § 40 fjerde ledd legger til grunn at utlendingsmyndighetene «som hovedregel» ikke skal avslå søknader fra «søkere fra den fattigere del av verden som vurderer ekteskap med en vestlig person som en mulighet for en bedre tilværelse for seg og sine barn», forutsatt at ekteskapet skal ha en realitet.

Ombudsmannen er kommet til at det er begrunnet tvil om UNE vurderte betydningen av føringene i forarbeidene ved den skjønnsmessige avgjørelsen av om søknaden om familieinnvandring skulle avslås. UNEs begrunnelse for skjønnnet oppfylte heller ikke kravene i forvaltningsloven § 25 tredje ledd.

UNE har heller ikke vurdert alle sentrale hensyn ved den skjønnsmessige avgjørelsen av om adgangen til å utvise skulle benyttes. Blant de hensyn UNE skulle ha vurdert er betydningen av usikkerheten knyttet til fastsettelsen av motivet for ekteskapsinngåelsen i oppholdssaken, og om utvisningspraksisen utgjør en skranke for reelle ektefellers muligheter til å søke om familieinnvandring, og for kontradiksjonen i slike familieinnvandringssaker. Videre burde UNE vurdert betydningen av forarbeidenes

forutsetning om at det skal være mulig med en fornyet prøving etter avslag på opphold.

Ombudsmannen kom til at skjønnnet i utvisningssaken ikke er tilfredsstillende begrunnet, jf. forvaltningsloven § 25 tredje ledd, og til at det er begrunnet tvil om UNE har vurdert alle sentrale hensyn ved den skjønnsmessige fastsettelsen av innreiseforbudets lengde.

På bakgrunn av dette ber ombudsmannen UNE om å behandle både oppholdssaken og utvisningssaken på nytt i samsvar med ombudsmannens merknader. Det bes om at dette gjøres innen 27. mars 2020 og at ombudsmannen orienteres om den fornyede behandlingen.

Sakens bakgrunn

Sommeren 2013 hadde A (referansepersonen), som er norsk statsborger, og marokkanske B (klageren) profiler på en ekteskapsside for muslimer. Referansepersonen kontaktet henne via nettsiden, noe som etterhvert medførte at de hadde nesten daglig kontakt via Skype eller telefon. Han fridde til henne via Skype i oktober 2013. Den 25. januar 2014 reiste han til Marokko og de giftet seg der 6. februar 2014. Siden da har han regelmessig besøkt henne, og ektefellene har hatt løpende kontakt via Skype. Han har ved flere anledninger sendt henne penger. I 2018 fikk ektefellene et barn som bor med klageren i Marokko.

Klageren søkte om oppholdstillatelse for familieinnvandring 17. mars 2014, og ble samme dag intervjuet på ambassaden i Rabat. I intervjuet ble hun spurt om formålet med å opprette profil på ekteskapssiden. Hun svarte at hun ikke fant seg noen jobb i Marokko og at hun istedet bestemte seg for å lete etter en ekteskapskandidat. På spørsmål om

hvorfor de giftet seg så raskt, har intervjuer referert at hennes svar var at «de begge har lyst til å leve et godt liv sammen og at referansen er en bra mann».

Utlendingsdirektoratet (UDI) avslo søknaden 21. oktober 2015 med hjemmel i bestemmelsen om omgåelsesekteskap i utlendingsloven (utl.) § 40 fjerde ledd. Avslaget ble begrunnet med at ekteskapet ble ansett å være «proforma», ut fra en vurdering av momenter nevnt i lovforarbeidene. UDI viste blant annet til at utvandringspotensialet var stort fra Marokko, partenes aldersforskjell, at ekteskapet ble inngått etter relativt kort tids bekjentskap, at klageren ikke behersket engelsk særlig godt og at klageren hadde noe mangelfulle kunnskaper om referansepersonen.

På vegne av klageren klaget referansepersonen over UDIs vedtak og argumenterte med at ekteskapet var reelt i brev 9. november 2015. UDI oversendte klagen til Utlendingsnemnda (UNE) 12. mai 2016.

På bakgrunn av avgjørelsen i oppholdssaken, vedtok UDI 13. mai 2016 utvisning av søkeren med fem års innreiseforbud i medhold av utlendingsloven (utl.) § 66. UDI begrunnet utvisningen med at de i oppholdssaken hadde funnet det sannsynlig at ekteskapet var «proforma; a marriage of convenience», og at klageren forsettlig hadde gitt uriktig eller villedende informasjon i søknaden. UDI mente lovbruddet var «significant» og at utvisning ikke var uforholdsmessig etter utl. § 70. Innreiseforbudet på fem år var ifølge UDI i tråd med etablert og langvarig praksis i lys av lovbruddets alvor og klagerens tilknytning til Norge.

På vegne av klageren påklaget advokatfirmaet Suleiman 20. juni 2016 UDIs vedtak i utvisningssaken til UNE.

I vedtak 27. mai 2017 tiltrådte UNE UDIs vedtak og begrunnelse i oppholdssaken, men omtalte ikke ekteskapet som proforma. I tillegg til UDIs begrunnelse pekte UNE på at ekteskapet ble inngått mindre enn to uker etter at de møtte hverandre fysisk, og at søknaden ble fremmet under to måneder etter ekteskapsinngåelsen. Videre viste UNE blant annet til at klagerens mangelfulle opplysninger om referansepersonen i intervjuet kunne indikere at de ikke hadde kommunisert særlig med hverandre. UNE mente at det fremsto som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med ekteskapet var å etablere et grunnlag for opphold i riket for klageren, jf. utl. § 40 fjerde ledd.

I vedtak 10. november 2017 opprettholdt UNE UDIs vedtak i utvisningssaken. UNE viste til at det i oppholdssaken var ansett mest sannsynlig at ekteskapet hadde blitt inngått med det hovedformål å skaffe klageren lovlig opphold i Norge, et såkalt omgåelsesekteskap. Da klageren i forbindelse med søknaden unnlot å opplyse om «at hovedhensikten med å

gifte seg var å skaffe seg lovlig opphold i Norge», hadde hun ifølge UNE forsettlig eller grovt uaktsomt tilbakeholdt opplysninger av vesentlig betydning. UNE mente at adgangen til å utvise burde benyttes, og viste til at «å utvise klageren gir en viktig signaleffekt og kan bidra til at andre ikke forsøker å omgå regelverket på denne måten».

Referansepersonen klaget til ombudsmannen på vegne av klageren 18. mars 2018.

Våre undersøkelser

Vi fant grunn til å undersøke nærmere UNEs avslag på søknaden om familieinnvandring på grunn av omgåelsesekteskap, vurderingen av vilkårene for utvisning, vurderingen av «kan»-skjønnet i utvisningsbestemmelsen og utmålingen av innreiseforbudets lengde.

I brev 15. november 2018 opplyste UNE at begrunnelsen i avslaget på søknad om familieinnvandring «kan være mangelfull», og at de derfor ønsket å se på saken på nytt. Som følge av opplysningen om en fornyet vurdering ble ombudsmannssaken avsluttet inntil videre.

UNE orienterte ombudsmannen i brev 7. februar 2019 om at «tidligere vedtak var gyldige og at det derfor ikke var grunnlag for omgjøring», og vedla beslutninger 6. februar 2019 om ikke å omgjøre vedtakene i oppholdssaken og utvisningssaken.

I avgjørelsen i oppholdssaken opplyste UNE at det i det tidligere vedtaket ikke var gitt noen begrunnelse for hvorfor adgangen til å avslå søknaden i medhold av § 40 fjerde ledd ble benyttet, og at det heller ikke fremkommer at det er foretatt noen slik vurdering. UNE fastholdt den tidligere vurderingen av at det fremstår som sannsynlig at det hovedsakelige formålet med ekteskapsinngåelsen var å etablere oppholdsgrunnlag for klageren. Videre opplyser de at de mener adgangen til å avslå oppholdstillatelse bør benyttes i denne saken.

I saken om utvisning viste UNE igjen til at det i oppholdssaken var sannsynliggjort at klageren giftet seg hovedsakelig for å få opphold i Norge, og at hun burde opplyst om dette. Det pekes også blant annet på at det i klagen på avslaget på opphold ble opplyst at ektefellene giftet seg «av kun kjærlighetsgrunner», noe UNE mener styrker konklusjonen om at søkeren har gitt vesentlig uriktige opplysninger om hovedformålet med ekteskapet. UNE peker videre på at vurderingene i den første avgjørelsen, av klagerens grad av skyld, og av forholdsmessighetsvurderingen, var momenter som talte for at utvisningsadgangen burde benyttes. Hensynet til likebehandling i tilsvarende saker tilsa også utvisning. UNE opplyste videre at de nye omstendighetene i saken, særlig at ektefellene hadde fått et barn

sammen, ikke innebar noen plikt til omgjøring ut fra den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 8 om respekt for familieliv.

På vegne av sin ektefelle klaget referansepersonen til ombudsmannen på nytt 12. februar 2019. I brev 23. mai 2019 undersøkte vi UNEs skjønnsutøvelse i sakene. Vi ba UNE om å redegjøre for hvilken betydning forarbeidene til utl. § 40 fjerde ledd hadde for avgjørelsene i familieinnvandringssaken og utvisningssaken, herunder for innreiseforbudets varighet. Vi pekte på føringene i Ot.prp. nr. 75 (2006-2009) om at enkelte grupper «som hovedregel» skal innvilges opphold selv om vilkårene for avslag er oppfylt, og redegjørelsen for betydningen av forarbeidene i ombudsmannens uttalelse 18. mai 2017 (SOM-2016-413). Det ble spurt om hvordan UNE generelt forholdt seg til disse føringene i forarbeidene, og om de var vurdert i de aktuelle avgjørelsene, eventuelt hvorfor ikke. Vi ba også om UNEs syn på om vedtakene og avgjørelsene var tilstrekkelig begrunnet ut fra kravene i fvl. § 25.

UNEs svarte blant annet at de følger forutsetningene i forarbeidene ved vurderingen av om adgangen til å avslå opphold etter utl. § 40 fjerde ledd skal benyttes. Praksis viser at det «i få saker» er gitt tillatelse hvis det er sannsynlighetsovervekt for at ekteskapet er et omgåelsesekteskap.

Om praksis i utvisningssaker opplyser UNE at det ikke synes å være saker hvor det er tillagt avgjørende vekt at søker var i den kategorien forarbeidene fortsetter at som hovedregel skal få opphold. UNE påpeker at formålet med ekteskapet vil være en vesentlig opplysning for oppholdssaken, selv om søker er i den kategorien forarbeidene uttaler at som hovedregel skulle skal få opphold.

UNE påpekte videre at innreiseforbudets lengde på fem år var satt ut fra fast praksis, og at det etter praksis ikke hadde betydning om det dreide seg om et proformaekteskap eller om det kun var gitt uriktige opplysninger om hovedformålet.

Videre opplyste UNE at de anså de siste avgjørelsene i begge sakene som tilstrekkelig begrunnet ut fra kravene i fvl. § 25.

For enkelte spørsmål gjengis en noe nærmere redegjørelse for UNEs svar nedenfor under ombudsmannens syn på saken.

UNEs redegjørelse ble oversendt til referansepersonen, som hadde enkelte merknader.

Ombudsmannens syn på saken

1. Avslaget på oppholdstillatelse

1.1 Rettslig grunnlag

En utlending har på nærmere vilkår rett til oppholdstillatelse i Norge når vedkommende er ektefellen til, blant annet, en norsk statsborger bosatt i riket, jf. utl. § 40 første ledd bokstav a. Etter § 40 fjerde ledd «kan» imidlertid slik oppholdstillatelse nektes:

«dersom det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for søkeren.»

Ut fra ordlyden er det noe uklart om det er utlendingens reelle subjektive formål med ekteskapsinngåelsen som er avgjørende, eller om vurderingstemaet er hva som utad «fremstår» som formålet. Det fremgår av forarbeidene og rettspraksis at formålet med ekteskapet uansett skal vurderes med utgangspunkt i nærmere angitte objektive momenter, jf. Ot.prp.nr.75 (2006-2007) side 190 og HR-2013-1358-A avsnitt 37.

Tidligere utlendingslov ga ikke grunnlag for å avslå opphold i omgåelsessituasjoner med mindre ekteskapet var uten realitet, og avslaget kunne baseres på ulovfestet proformaekteskap, se Ot.prp.nr.46 (1986-1987), punkt 2.6.1.1, på side 61. Et proformaekteskap kan defineres som ekteskap helt uten faktisk realitet, inngått kun med det formål å omgå lovregler om innvandring, jf. NOU 2004:20, punkt 8.5.4.2.

Hensikten med innføringen av bestemmelsen i § 40 fjerde ledd var å forhindre at det gis oppholdstillatelse på grunnlag av proformaekteskap, jf. Ot.prp.nr.75 (2006-2007) punkt 9.6.2.5. og Innst.O.nr.42 (2007-2008). Utvidelsen av virkeområdet og av «bevistemaet» til å favne videre enn proformatilfellene ble ifølge proposisjonen gjort for «å redusere de kontrolltekniske og bevismessige problemene knyttet til praktiseringen av gjeldende rett».

I tillegg til proformaekteskap rammer ordlyden i § 40 fjerde ledd ekteskapsinngåelser hvor partene planlegger å leve sammen i et reelt ekteskap, men hvor den ene hadde utsiktene til oppholdsgrunnlag i Norge som hovedmotiv for ekteskapet (oppholdsformål). Det er derfor ikke grunnlag for å omtale ekteskap som rammes av bestemmelsen som proformaekteskap, med mindre det faktisk er tatt stilling til ekteskapets realitet. Et bedre begrep er omgåelsesekteskap, jf. HR-2013-1358-A, avsnitt 29.

Der utlendingsmyndighetene har kommet til at vilkåret om oppholdsformål er oppfylt, må de ta stilling til om adgangen til å avslå oppholdstillatelse skal benyttes, jf. begrepet

«kan». Denne vurderingen omtales som et «kan-skjønn» av Høyesterett i HR-2013-1358-A, avsnitt 39, og faller i utgangspunktet innenfor forvaltningens frie skjønn, se også LB-2013-196411.

I likhet med domstolene har ombudsmannen en begrenset adgang til å kontrollere forvaltningens skjønnsmessige avveininger. Foruten saksbehandlingen kan ombudsmannen i slike saker prøve om det foreligger myndighetsmisbruk. I tillegg kan ombudsmannen prøve om skjønnnet er klart urimelig, jf. sivilombudsmannsloven § 10 annet ledd. Etter omstendighetene kan ombudsmannens merknader også bestå i å påpeke begrunnet tvil om forhold av betydning i saken.

Forarbeidene gir føringer for dette «kan skjønnnet», jf. følgende utdrag fra NOU 2004:20, side 229.

«For eksempel vurderer både kvinner og menn fra den fattigere del av verden i enkelte tilfeller ekteskap med en person bosatt i et vestlig land som en mulighet for en bedre tilværelse for seg og eventuelt sine barn. I noen tilfeller inngås ekteskap med denne motivasjonen fra søkerens side uten at partene har hatt noen videre forutgående kontakt. Referansepersonen kan imidlertid ha som hovedformål å etablere et reelt ekteskapelig forhold til søkeren. Isolert sett kan det ikke anses som noe formål å motvirke opphold i Norge gjennom slike ekteskap så lenge det ikke er grunn til å betvile at ekteskapet samtidig er ment å skulle ha en realitet. I enkelte tilfeller kan imidlertid søkerens formål om å oppnå oppholdstillatelse fremstå som så dominerende at det likevel kan være grunn til å nekte tillatelse. Her må de nærmere vurderinger overlates til praksis.» I Ot.prp.nr.75 (2006-2007), punkt 9.6.2.5, slutter departementet seg til utvalgets synspunkter, og uttaler blant annet:

«Det vises til at søkere fra den fattigere del av verden i enkelte tilfeller vurderer ekteskap med en vestlig person som en mulighet for en bedre tilværelse for seg og sine barn. Departementet slutter seg til utvalgets vurdering om at det isolert sett ikke kan anses som noe formål å nekte oppholdstillatelse i slike tilfeller så lenge ekteskapet samtidig skal ha en realitet. Selv om ordlyden i bestemmelsen kan omfatte disse tilfellene, legger departementet derfor til grunn at slike saker som hovedregel ikke skal avslås. I visse tilfeller kan imidlertid søkerens formål om å oppnå oppholdstillatelse være så fremtredende at spørsmålet bør bedømmes annerledes.»

Ifølge forarbeidene skal altså oppholdstillatelse «som hovedregel» innvilges i nærmere bestemte tilfeller. Disse føringene må regnes som sentrale hensyn ved skjønnsutøvelsen, som utlendingsmyndighetene vil ha en plikt til å vurdere.

Som ombudsmannen uttalte i SOM-2016-413 innebærer føringene blant annet at utlendingsmyndighetene ikke kan etablere en praksis hvor det alltid gis avslag på opphold dersom vilkårene for avslag er oppfylt etter ordlyden i § 40 fjerde ledd. Det må foretas en konkret skjønnsmessig vurdering i det enkelte tilfelle. Ombudsmannen vil her også presisere at det i den enkelte sak må tas stilling til om saken omfattes av føringene, og til hvilken betydning dette eventuelt vil ha.

Overfor ombudsmannen har UNE opplyst at de generelt følger forarbeidenes forutsetninger for skjønnsutøvelsen. De opplyser imidlertid også at det «i få saker er gitt tillatelse hvis det er sannsynlighetsovervekt for at ekteskapet er et omgåelsesekteskap». Det er uklart hva som menes med «få» saker, og om dette også gjelder de sakene forarbeidene forutsetter at «som hovedregel» skal innvilges. I så fall er det jo likevel usikkert om føringene følges opp i praksis.

1.2 UNEs skjønnsutøvelse og begrunnelse i familieinnvandringssaken

Begrunnelsen i UNEs avslag på oppholdstillatelse 27. mai 2017 var begrenset til en redegjørelse for hvorfor UNE anså inngangsvilkårene for avslag etter § 40 fjerde ledd som oppfylt. Det var ikke gitt noen form for redegjørelse for hvorfor adgangen til å avslå ble benyttet, og det fremgikk heller ikke at dette var noe UNE hadde vurdert.

I beslutningen 16. februar 2019 om ikke å omgjøre avslaget omtaler UNE kan-skjønnnet i saken slik:

«Da det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for klageren, kan oppholdstillatelse nektes, jf. utlendingsloven § 40 fjerde ledd. UNE mener at tillatelse bør nektes i dette tilfellet. UNE har merket seg opplysningene som er innsendt i forbindelse med klagen til Sivilombudsmannen. Det er innsendt dokumentasjon på at referansepersonen de siste årene regelmessig har besøkt klageren i Marokko. Videre er det sett hen til at partene nå har vært gift i snart fem år og de fikk i juni 2018 et felles barn. Ut fra disse opplysningene kan det ikke utelukkes at forholdet kan ha endret seg etter tidspunktet for UNEs vedtak. Dette kan likevel ikke føre til en annen vurdering av forholdene på vedtakstidspunktet for klagerens del.»

I sin redegjørelse hit erkjenner UNE at det heller ikke fremgår av denne siste avgjørelsen at det er vurdert om klageren faller inn under den kategorien søkere som i forarbeidene er forutsatt å få opphold «som hovedregel». UNE mener likevel at det har «formodningen for seg at det er vurdert når det er vist til kan-bestemmelsen i vedtaket og resultatet er at det

ikke blir gitt tillatelse». UNE la til at «[d]ersom søkeren ikke faller innenfor denne kategorien er det fordi UNE (ved ansvarlig beslutningstaker) ikke legger til grunn at det er tilstrekkelig klart at forholdet skal ha en realitet for både klageren og referansepersonen».

UNEs formodninger i ettertid om hvilke vurderinger nemndleder har foretatt kan imidlertid ikke uten videre legges til grunn, når det ikke fremgår av avgjørelsene i saken at det er tatt stilling til føringene i forarbeidene. Ombudsmannen mener derfor det er begrunnet tvil om føringene i forarbeidene ble vurdert av UNE, slik de skulle ha gjort.

Dersom det er riktig at UNE likevel tok hensyn til disse føringene som ledd i forvaltningsskjønnet, oppstår spørsmålet om dette skulle fremgått av begrunnelsen for skjønnet, jf. fvl. § 25 tredje ledd, som lyder slik:

«De hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsmessig skjønn, bør nevnes. Er det gitt retningslinjer for skjønnsutøvingen, vil i alminnelighet en henvisning til retningslinjene være tilstrekkelig.».

Som hovedregel foreligger det en plikt til å redegjøre for hovedhensynene ved skjønnet, selv om ordlyden sier «bør nevnes» jf. Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer (5. utg. 2011), side 464. Bestemmelsen gir uttrykk for ett minimumskrav, og omfanget av begrunnelsesplikten varierer ut fra sakens karakter og betydning for parten. Generelt gjelder at jo mer inngripende vedtaket er, desto strengere krav stilles til begrunnelsen, jf. blant annet Rt-1981-745 og Rt-2000-1056. Avslag på søknad om familieinnvandring må i utgangspunktet anses som inngripende vedtak.

UNE mener at begrunnelsen tilfredsstiller kravene til begrunnelse i fvl. § 25, og skriver følgende:

«Videre følger det av rettspraksis at begrunnelsesplikten er relativ og at begrunnelsen må tilpasses sakens art og de konkrete omstendighetene. Begrunnelsen i vedtaket kan gjøres enklere når det etter praksis er klart at tillatelse ikke vil bli gitt, jf. Rt. 2015 s. 1388. Ved vurdering av «kan-skjønnet» er det ikke påkrevd å gjøre en forholdsmessighetsvurdering dersom det ikke foreligger særskilte omstendigheter. Videre var det i denne saken et spørsmål om familieetablering og førstegangs oppholdstillatelse. De momentene som det er relevant å se hen til i vurderingen av «kan-skjønnet» er i hovedsak de samme som er sett hen til i vurderingen av om det foreligger et omgåelsesekteskap.»

Ombudsmannen er ikke enig i at forarbeidenes føring er vurdert som ledd i vurderingen av vilkårene, slik UNE synes å antyde. Føringer gjelder jo nettopp for tilfeller hvor det foreligger oppholdshensikt, og vilkårene ellers er oppfylt. Ombudsmannen kan heller ikke

se at det er så klart at dette er en sak som faller utenfor føringenes rekkevidde at det derfor ikke var nødvendig å nevne dem i begrunnelsen.

Ombudsmannen mener på denne bakgrunn at forarbeidenes føringer er sentrale hensyn ved skjønnsutøvelsen, og at betydningen av dem skulle vært omtalt i begrunnelsen for vedtaket. Omtalen oppfyller ikke kravene i fvl. § 25 tredje ledd.

2. Utvisning på grunn av uriktige eller villedende opplysninger i familieinnvandringsaken

2.1 Rettslig grunnlag

En utvisning er en administrativ reaksjon mot straffbare forhold eller grove brudd på utlendingsloven, som innebærer at den utviste plikter å forlate landet. I utvisningsvedtaket fastsettes det også forbud mot ny innreise i en viss periode, jf. utl. § 71 annet ledd, som begrenser muligheten for å søke opphold. Normalt vil utreiseplikten og innreiseforbudet registreres i Schengen informasjonssystemer (SIS) i medhold av SIS-loven § 7 og ha virkning for hele Schengen-området.

I denne saken ble utvisningen med innreiseforbud på fem år og registrering i SIS hjemlet i følgende alternativ i utl. § 66 første ledd bokstav a:

«En utlending uten oppholdstillatelse kan utvises

a) når utlendingen [...] forsettlig eller grovt uaktsomt har gitt vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger i en sak etter loven»

I tillegg til disse vilkårene er det krav om forholdsmessighet, jf. utl. § 70. Etter denne bestemmelsen kan en utlending «ikke utvises dersom det i betraktning av forholdets alvor/grovhet og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene».

Der vilkårene er oppfylt og utvisning ikke er uforholdsmessig, vil avgjørelsen av om adgangen til å treffe vedtak om utvisning skal benyttes i utgangspunktet være overlatt til utlendingsmyndighetenes forvaltningsskjønn, jf. begrepet «kan» i utl. § 66 første ledd bokstav a. Ombudsmannens adgang til å kontrollere forvaltningsskjønnet er begrenset, som beskrevet ovenfor under punkt 1.1.

2.2 UNEs vurdering og begrunnelse av adgangen til å utvise

Grunnlaget for utvisningsvedtaket var vedtaket om avslaget på familieinnvandring, hvor UNE kom til at hovedmotivet for søkers ekteskapsinngåelse var å få opphold i Norge. I

utvisningsvedtaket peker UNE på at søkers oppholdsformål var en avgjørende opplysning, som søker skulle opplyst om under oppholdssaken. UNE mente at dette var en tilbakeholdelse av opplysninger som innebar at søker forsettlig eller grovt uaktsomt hadde gitt vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger, jf. utl. § 66 første ledd bokstav a.

I forbindelse med ombudsmannens undersøkelser av sak SOM-2016-413 opplyste UNE at de etter fast praksis anså avgjørelser om avslag på opphold i medhold av § 40 fjerde ledd for å i seg selv være tilstrekkelig grunnlag for å konstatere brudd på opplysningsplikten og begrunne utvisning. Ombudsmannen kom derimot til at det alltid må foretas en konkret vurdering av om vilkårene for utvisning var oppfylt. Videre må det foretas et hensiktsmessighetsskjønn av om den eventuelle adgangen til å utvise skal benyttes.

Ombudsmannen har i denne saken undersøkt om UNE har vurderte de relevante hensynene ved avgjørelsen av om adgangen til å utvise skulle benyttes (kan-skjønn), og hvordan UNE vurderer disse hensynene i tilsvarende saker. Undersøkelsen, og redegjørelsen nedenfor, gjelder i hovedsak skjønnsutøvelsen i saker hvor det er sannsynlig at ekteskapet er ment å ha en realitet. Forarbeidene til § 40 fjerde ledd nevnt ovenfor setter disse sakene i en særstilling, ved at de forutsetter at det ikke er formålet med bestemmelsen å ramme ekteskap der det kun er søkeren som hadde oppholdsformål, og ekteskapet samtidig er ment å ha en realitet. En søknad på bakgrunn av et ekteskap som ikke er ment å ha noen realitet vil normalt gi klart grunnlag for utvisning. I denne saken kan ikke ombudsmannen se at det er tatt stilling til ekteskapets realitet, selv om UDI har omtalt det som proforma.

UNE har i sin redegjørelse til ombudsmannen pekt på at «de momentene som det er relevant å ta i betraktning i en «kan»-vurdering som oftest allerede vil være vurdert i forholdsmessighetsvurderingen, samt i vurderingene av vesentlighet og skyld når utvisningsgrunnlaget er vesentlig uriktige opplysninger». Ombudsmannen er enig i at kan-skjønn etter omstendighetene vil ha liten betydning ut over forholdsmessighetsvurderingen. Dette forutsetter imidlertid at alle momenter av nevneverdig betydning er tatt i betraktning i forholdsmessighetsvurderingen. Manglende vurdering og omtale av relevante momenter under kan-skjønn kan ikke avhjelpes ved å vise til forholdsmessighetsvurderingen, dersom disse momentene heller ikke er vurdert der.

Etter ombudsmannens syn er det flere spesielle omstendigheter ved utvisning i denne type saker, som UNE i liten grad synes å ha vurdert og vektlagt. Omstendighetene vil være

relevante i forholdsmessighetsvurderingen, men siden undersøkelsen har rettet seg mot kan-skjønn vil ombudsmannen konsentrere seg om det her.

En av omstendighetene er usikkerheten knyttet til fastsettelsen av søkers hovedmotiv for ekteskapsinngåelsen. For andre enn søkeren er det vanskelig med sikkerhet å fastslå hva hovedmotivet var, da dette er et spørsmål om søkerens indre tanker og følelser. Vanligvis vil nok utvisning på grunnlag av tilbakeholdte eller feilaktige opplysninger basere seg på mer objektivt konstaterbare feil.

Vanskelighetene med å fastslå en persons indre motiver er nok bakgrunnen for at forarbeidene og ordlyden til § 40 fjerde ledd åpner for at ekteskapsmotivene kan vurderes med utgangspunkt i nærmere angitte objektive momenter, jf. punkt 1. I den aktuelle oppholdssaken ser det ut til at utlendingsmyndighetene la helt avgjørende vekt på slike objektive momenter. Verken i søknadsskjemaer eller under intervjuet med søkeren ble det spurt direkte om hennes hovedmotiv for ekteskapet. Spørsmålene til søker rettet seg i hovedsak mot de nevnte objektive momentene.

Ombudsmannen er enig i at en vurdering av de ytre omstendighetene ved et ekteskap vil kunne gi grunnlag for å fastslå sannsynlighetsovervekt for oppholdsformål – eventuelt også i strid med søkerens egen forklaring. Noen særlig høy grad av sikkerhet for en slik konklusjon vil imidlertid være vanskelig å oppnå, med mindre det klart dreier seg om et proformaekteskap, eller søker selv opplyser om et oppholdsformål.

I forarbeidene til § 40 fjerde ledd er det gitt uttrykk for en denne usikkerheten, når det uttales at bestemmelsen åpner for «en betydelig grad av skjønn», jf. Ot. prp. nr. 75 (2006-2007), side 190. Selv om departementet uttaler at det likevel ikke vil være noen større fare for tilfeldige avveininger, fordi vurderingene blir foretatt på bakgrunn av objektive momenter, så illustrerer utsagnet vurderingstemaets vanskelige karakter, og at forvaltningen regelmessig vil kunne ta feil om hva som var søkers egentlige subjektive hovedmotivet.

Omfanget av usikkerhet knyttet til fastsetting av hovedmotivet for ekteskapet med grunnlag i objektive momenter har betydning i utvisningssaken, fordi man der uansett må basere seg på hva som er klagers indre subjektive motiv. Det er dette søker eventuelt plikter å opplyse om – ikke resultatet av en vurdering av objektivt konstaterbare omstendigheter.

Etter ombudsmannens syn bør dette ha betydning for vurderingen av om en eventuell adgang til å utvise skal benyttes. Hvis ikke vil utvisningspraksisen i disse sakene kunne

utgjøre en skranke for reelle ektefellers muligheter til å søke om familieinnvandring, og for kontradiksjonen i disse familieinnvandringssakene.

Også for søkere med andre hovedmotiv enn oppholdsgrunnlag vil det jo kunne være usikkert hva som blir utfallet av utlendingsmyndighetenes vurdering av ekteskapsmotivet ut fra objektive omstendigheter. Selv om søkeren er helt trygg på egne motiver er det jo vanskelig å dokumentere dem. Dersom utlendingsmyndighetene kommer til at oppholdsgrunnlag var hovedmotivet for ekteskapet tilsier dagens praksis at det ikke bare er stor risiko for et avslag på opphold, men også for utvisning.

At avgjørelsen av hovedmotivet i praksis baseres på en skjønnsmessig vurdering av objektive momenter tilsier videre at søker bør ha anledning til å argumentere for hvordan disse objektive momentene bør tolkes. Også søkere med noe utradisjonelle ekteskap – som utgjør grensetilfeller i forhold til avveiningen av de objektive momenter– bør kunne søke om familieinnvandring og argumentere for sin sak, uten risiko for en etterfølgende reaksjon i form av utvisning. Noe annet vil etter omstendighetene kunne være rettssikkerhetsmessig betenkelig.

Mye kan derfor tale for at utvisning bør forbeholdes situasjoner med rene proformaekteskap, eventuelt tilfeller der det er klar sannsynlighetsovervekt for at hovedmotivet var oppholdsgrunnlag. Uansett er usikkerheten knyttet til fastsettelsen av motivet for ekteskapet, og de nevnte rettsikkerhetsbetraktningene, momenter som etter omstendighetene må hensyntas ved vurderingen om en eventuell adgang til å utvise skal benyttes.

Forarbeidene forutsetter dessuten at et avslag etter § 40 fjerde ledd skal kunne prøves på nytt gjennom en ny søknad om familieinnvandring. Utlendingslovutvalget synes å legge til grunn at et avslag på opphold ikke i seg selv vil innebære noen varig hindring for innvilgelse på et senere tidspunkt. De uttaler at «[d]ersom partene etter avslaget viderefører eller etablerer en kontakt som etter en viss tid må anses å sannsynliggjøre et reelt tilknytningsforhold, vil opphold kunne søkes på ny». Som ombudsmannen uttalte i SOM-2016-413 vil en slik fornyet prøving ikke være mulig dersom et avslag også medfører utvisning, da en utvisning i seg selv vil være grunnlag for å avslå nye søknader.

Ombudsmannen har også tatt opp spørsmålet om betydningen av at det for søkere som planlegger et varig og reelt ekteskap, kan være ødeleggende for relasjonen til ektefellen å gå ut med opplysninger om at hovedmotivet for ekteskapet var å komme til Norge. UNE opplyser at dette er et hensyn de ikke vektlegger i sin praksis, fordi formålet er en vesentlig omstendighet «som søkeren har en sterk oppfordring til å opplyse om». Ombudsmannen er enig i at opplysningsplikten gjelder uavhengig av om en opplysning er

ubehagelig. Etter omstendighetene kan betydningen av relasjonen til ektefellen likevel ha en viss relevans ved vurderingen av hvor grovt et brudd på opplysningsplikten vil være. Særlig vil dette kunne være tilfelle dersom søkeren er i den gruppen som forarbeidene forutsetter at som hovedregel skal få opphold uavhengig av oppholdsformålet. Da vil jo søker kunne ha hatt en «berettiget» grunn til å forvente å få innvilget opphold, selv om hovedmotivet for ekteskapet var oppholdsgrunnlag.

For å oppsummere er ombudsmannen syn at usikkerheten knyttet til fastsettelsen av motivet for ekteskapet i oppholdssaken, og forarbeidenes forutsetning om at det skal være mulig med en fornyet prøving etter avslag på opphold, vil være sentrale hensyn ved skjønnsutøvelsen i en etterfølgende utvisningssak. Etter omstendighetene vil også betydningen av opplysningene om ekteskapsmotivet for relasjonen mellom ektefellene kunne ha en viss betydning. Etter ombudsmannens syn var de to førstnevnte hensynene så sentrale at UNE skulle vurdert betydningen av dem ved skjønnsutøvelsen i utvisningssaken.

At usikkerheten knyttet til fastsettelsen av motivet for ekteskapet i oppholdssaken, og forarbeidenes forutsetning om at det skal være mulig med en fornyet prøving etter avslag på opphold, er sentrale hensyn ved skjønnsutøvelsen, innebærer også at de etter ombudsmannen syn skulle vært omtalt i begrunnelsen for skjønnet i utvisningssaken, jf. fvl. § 25 tredje ledd.

3. UNEs vurdering av innreiseforbudets varighet

Det rettslige grunnlaget for fastsetting av innreiseforbud er utl. § 71 andre ledd, som lyder slik:

«Utvisningen er til hinder for senere innreise i riket. Innreiseforbudet kan gjøres varig eller tidsbegrenset, men ikke for kortere tidsrom enn ett år. Innreiseforbudet kan etter søknad oppheves dersom nye omstendigheter tilsier det.»

Utlendingsforskriften § 14-2 gir nærmere regler om varigheten av innreiseforbud. De aktuelle bestemmelsene i første og andre ledd lyder slik:

«Etter en konkret helhetsvurdering, jf. lovens § 70, kan innreiseforbudet settes til

- a) to år
- b) fem år
- c) ti år, eller
- d) varig

Innreiseforbud gitt i medhold av lovens § 66 første ledd bokstav a, d, f og annet ledd, kan gis for ett år, to år eller fem år. Innreiseforbudet kan likevel gis for mer enn fem år når offentlig orden gjør det nødvendig, eller av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser.»

Bestemmelsens andre ledd innebærer at den strengeste administrative reaksjonen som i utgangspunktet kan gis for brudd på opplysningsplikten i en utlendingssak er utvisning med fem års innreiseforbud.

I UDIs retningslinjer om utvisning, UDIRS-2010-24, er det gitt typeeksempel for vurdering av overtredelsens grovhet, basert på UDIs praksis. Etter retningslinjenes punkt 5.4.3.2, skal det for utlending som har gitt «uriktige opplysninger om realiteten av ekteskap (proforma)», «vurderes utvisning med fem års innreiseforbud.

Slik retningslinjene er formulert gjelder de rene proformatilfeller. UNE opplyser imidlertid til ombudsmannen at det generelle utgangspunktet etter UDIs og UNEs praksis også er fem års innreiseforbud ved reelle ekteskap hvor det er gitt uriktige opplysninger om hovedmotivet for ekteskapet.

At utlendingsmyndigheten ikke har praktisert noe skille mellom sakene med proformaekteskap og andre typer saker med avslag etter § 40 fjerde ledd er kanskje ikke så overraskende. Praksisen synes jo å være etablert i en periode hvor alle avslag på opphold etter § 40 fjerde ledd ble omtalt som «proformaekteskap», og hvor et slikt avslag i seg selv ble ansett for å gi tilstrekkelig grunnlag og begrunnelse for utvisning, se beskrivelsen av praksis i SOM-2016-413.

Denne praksisen ble antakelig også lagt til grunn i vedtaket i denne saken, hvor UNE ikke gir noen nærmere begrunnelse for innreiseforbudets varighet ut over å fastslå at «en utvisning med fem års innreiseforbud ikke vil være et uforholdsmessig tiltak». Det fremgår ikke av vedtaket hvorfor UNE mente at det var riktig å fastsette innreiseforbudet til fem år, og ikke for eksempel ett eller to år.

De momentene som er sentrale ved fastsettelsen av innreiseforbudets varighet, er langt på vei de samme som ved vurderingen av om det er forholdsmessig å utvise, jf. retningslinjene punkt 4.1.1, og ved vurderingen av om adgangen til å utvise skal benyttes. I tilfeller hvor det er redegjort tilstrekkelig for det sanksjonerte forholdets alvorlighet og hensynet til enkeltindividet ved vurderingen av utvisningens forholdsmessighet, vil det i begrenset grad være krav om noen utfyllende begrunnelse for innreiseforbudets varighet ut over dette. Det gjelder særlig der fastsettingen av innreiseforbudets lengde følger av fast praksis.

I denne saken viser imidlertid gjennomgangen under punkt 2 at det ikke er redegjort for sentrale hensyn knyttet til det sanksjonerte forholdets alvorlighet. Dette er hensyn som tilsier at det kan være vesentlig forskjell i forholdets alvorlighetsgrad mellom et tilfelle hvor søker ikke har oppgitt hovedmotivet for et reelt ekteskap og tilfeller med rene proformaekteskap.

Ombudsmannen er derfor kommet til at det er «begrunnet tvil», jf. sivilombudsmannsloven § 10 andre ledd, til om UNE har vurdert alle hensyn som er sentrale for den skjønnsmessige fastsettelsen av innreiseforbudets lengde.

Konklusjon

Ombudsmannen er kommet til at det er begrunnet tvil om UNE har vurdert betydningen av føringen i forarbeidene til omgåelsesbestemmelsen i utl. § 40 fjerde ledd ved den skjønnsmessige vurderingen av om søknaden om familieinnvandring skulle avslås. UNEs begrunnelse for skjønnnet oppfylte heller ikke kravene i forvaltningsloven § 25 tredje ledd.

UNE har heller ikke vurdert alle sentrale hensyn ved avgjørelsen av om adgangen til å utvise skulle benyttes. Blant de hensyn UNE skulle ha vurdert er betydningen av usikkerheten knyttet til fastsettelsen av motivet for ekteskapsinngåelsen i oppholdssaken, og om utvisningspraksisen utgjør en skranke for reelle ektefellers muligheter til å søke om familieinnvandring og for kontradiksjonen i disse familieinnvandringssakene. Videre burde UNE vurdert betydningen av forarbeidenes forutsetning om at det skal være mulig med en fornyet prøving etter avslag på opphold.

Ombudsmannen kom videre til at skjønnnet i utvisningssaken ikke er tilfredsstillende begrunnet, jf. forvaltningsloven § 25 tredje ledd, og til at det er begrunnet tvil om UNE har vurdert alle sentrale hensyn ved den skjønnsmessige fastsettelsen av innreiseforbudets lengde.

På bakgrunn av dette ber ombudsmannen UNE om å behandle både oppholdssaken og utvisningssaken på nytt i samsvar med merknadene ovenfor. Det bes om at dette gjøres innen 27. mars 2020 og at ombudsmannen orienteres om den fornyede behandlingen.

31.1.2020 (2019/617)