

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 16. júní 2017 í máli nr. E-3940/2015:

A

(Sigurður Örn Hilmarsson hrl.)

gegn

íslenska ríkinu

(Guðrún Sesselja Arnardóttir hrl.)

I

Mál þetta, sem var dómtekið 10. maí sl., var höfðað 23. nóvember 2015 af A, ..., gegn Útlendingastofnun, Skógarhlíð 6 í Reykjavík, og íslenska ríkinu.

Stefnandi krefst þess að ógiltur verði með dómi úrskurður innanríkisráðuneytisins 21. september 2015 sem staðfesti ákvörðun Útlendingastofnunar 16. október 2013, um brottvísun og endurkomubann stefnanda til Íslands í tíu ár. Þá krefst stefnandi málskostnaðar að teknu tilliti til virðisaukaskatts.

Stefndu krefjast sýknu auk málskostnaðar úr hendi stefnda, en til vara að hann verði látinn niður falla.

II

Stefnandi er litháískur ríkisborgari. Hann hefur búið hér á landi frá 17. júlí 2007 og starfað sem [...]. Stefnandi er kvæntur B, en þau kynntust fyrir fjórtán árum í Litháen. Þau eiga eina dóttur, C, sem er fædd [...] 2005 í Litháen. Eftir að stefnandi og B giftu sig fluttu þau til Íslands, fyrst stefnandi árið 2007 og síðar eiginkona hans og dóttir þeirra í apríl 2008. Stefnandi hefur því búið í hartnær áratug hér á landi, og fjölskyldan öll í rúm níu ár. Þau eru búsett í fasteign að [...] í Reykjavík, sem þau festu kaup á fyrir þó nokkrum árum síðan en þurftu að selja sökum fjárhagserfiðleika. Þau leigja núna íbúðina.

B er [...] að mennt og hefur unnið hér á landi m.a. á [...], en er núna atvinnulaus og í leit að atvinnu. Dóttir stefnanda og B, C, gekk fyrstu árin hér á landi í leikskóla en hóf síðan nám í X. Í júní sl. lauk hún námi í 5. bekk í skólanum og heldur áfram námi í 6. bekk í sama skóla næsta haust. Samkvæmt framlögðum gögnum var hún í mars 2015 greind með „dyslexiu“ eða lesblindu.

Með ákæru ríkissaksóknara 18. apríl 2013 var stefnandi borinn sökum um tvö aðgreind brot gegn 173. gr. a í almennum hegningarlögum ásamt sex öðrum mönnum. Í fyrri hluta ákærunnar var stefnandi ákærður fyrir hlutdeild í innflutningi á samtals 19.435,62 g af amfetamíni frá Danmörku til Íslands. Síðari hluti

ákærunnar laut að innflutningi á 1.710 ml af amfetamínbasavökva frá Danmörku til Íslands, en fram kemur í ákærunni að úr því megi framleiða 1.350 g af hreinu amfetamínsúlfati og allt að 17.069 g af sama efni í styrkleika til neyslu. [...].

Með dómi Héraðsdóms Reykjavíkur [...] 2013 var stefnandi sýknaður af fyrri lið ákærunnar. Hann var aftur á móti sakfelldur fyrir brot samkvæmt síðari lið ákærunnar, en þó þannig að hann var sýknaður af því að hafa lagt á ráðin um innflutning fíkniefnanna 19. janúar 2013. Gegn neitun stefnanda var talið sannað að hann hafi vitað eða mátt vita frá upphafi hvert innihald þakkans væri en látið sér það í léttu rúmi liggja. Stefnandi var dæmdur til að sæta fangelsi í þrjú og hálf ár, en frá refsivistinni var dregið óslitið gæsluvarðhald frá 29. janúar 2013.

Stefnandi hóf afplánun refsivistarinnar þegar í stað. Ágreiningslaust er að afplánun hans hafi verið án agabrota. Hann afplánaði fangelsisrefsinguna síðast í fangelsinu á Kvíabryggju uns honum var veitt reynslulausn 18. maí 2015. Eftir að hann var leystur úr haldi hóf hann að nýju að starfa í byggingariðnaði hér á landi, fyrst hjá fyrirtæki vinar síns, Y ehf., en síðar mun hann hafa stofnað sitt eigið fyrirtæki sem veitir þjónustu við [...].

Með bréfi Útlendingastofnunar 31. júlí 2013 var stefnanda tilkynnt að stofnunin hefði til skoðunar hvort vísa skyldi honum brott frá Íslandi og banna honum að koma aftur til landsins í tiltekinn tíma. Um lagaheimild fyrir þessari aðgerð var vísað til 42. gr. laga nr. 96/2002, um útlendinga. Í bréfinu var einnig vikið að takmörkunum á þeirri heimild sem fram komu í 43. gr. sömu laga.

Stefnandi ritaði Útlendingastofnun bréf 8. ágúst 2013 þar sem hann rakti tengsl sín og fjölskyldu sinnar við Ísland og upplýsti stofnunina um vilja sinn til þess að búa áfram hér á landi. Gerði hann stofnuninni grein fyrir því að það yrði fjölskyldu sinni mjög þungbært og jafnvel ógerlegt að flytja til Litháens og byrja þar nýtt líf. Áréttaði hann að hann hefði ekki gerst brotlegur við hegningarlög fyrir utan þetta eina skipti, en hann kvaðst þá hafi dregist inn í atburðarás, sem hann hafi ekki haft stjórn á, að beiðni samlanda síns. Lýsti hann iðrun og kvaðst ekki mundu gera slík mistök aftur.

Útlendingastofnun tók ákvörðun í máli stefnanda 16. október 2013. Varð það niðurstaða stofnunarinnar að vísa honum brott frá Íslandi á grundvelli 1. og 2. mgr. 42. gr. laga nr. 96/2002, auk þess sem honum var bönnuð endurkoma í tíu ár, sbr. 4. mgr. sömu greinar. Upplýst var að ákvörðun þessi skyldi koma til framkvæmda um leið og afplánun stefnanda lyki eða reynslulausn væri veitt. Þess var getið að unnt væri að kæra ákvörðunina til innanríkisráðuneytisins og að kærufrestur væri 15 dagar frá birtingu ákvörðunarinnar. Ákvörðunin mun hafa verið birt stefnanda 10. desember 2013.

Í ákvörðuninni var vísað til viðeigandi lagaákvæða og niðurstaðan rökstudd með því að fíkniefnabrot beindust gegn almannahagsmunum og væru álitin alvarleg ógn við grundvallarþjóðfélagssjónarmið. Ætti þetta sérstaklega við um innflutning fíkniefna. Í ljósi þess að stefnandi hefði átt þátt í innflutningi á miklu magni hættulegra fíkniefna til landsins var talið að skilyrðum 1. og 2. mgr. 42. gr. laga nr. 96/2002 væri fullnægt. Enn fremur var talið að brot stefnanda hefði falið í sér „alvarlega ógn gegn allsherjarreglu og almannaoöryggi“ og því stæðu reglur 2. og 3. mgr. 43. gr. sömu laga ekki í vegi fyrir brottvísun. Þá var ekki talið að það væri ósanngjarnt gagnvart stefnanda að ætla honum að snúa til heimaríkis síns með skírskotun til 1. mgr. 43. gr. laganna. Því til stuðnings var áréttað að brot stefnanda hefði verið mjög alvarlegt og því ljóst að „miklir hagsmunir liggja að baki beitingu brottvísunar“. Var þar vísað til þess lögmæta markmiðs brottvísunar „að koma í veg fyrir áframhaldandi brotastarfsemi og ógn við allsherjarreglu“.

Sérstaklega var vikið að því í ákvörðuninni hvort brottvísun gæti reynst ósanngjörn í garð eiginkonu stefnanda og dóttur þeirra. Þar kemur fram að þrátt fyrir hagsmuni þeirra af áframhaldandi dvöl stefnanda hér á landi vegi hagsmunir að baki brottvísun þyngra. Í því sambandi var áfram vísað til eðlis brotsins og þyngdar refsingar. Enn fremur var á það bent að eiginkona stefnanda og dóttir þeirra séu litháískir ríkisborgarar og ættu „því hæglega að geta aðlagast breyttum aðstæðum sem fylgja því að flytja aftur til heimalands“. Kysu þær að vera áfram hér á landi yrði þeim áfram unnt að hafa samskipti við stefnanda gegnum síma eða veraldarvefinn auk þess að geta heimsótt hann. Bent var á að dóttir stefnanda væri ung að árum og að aðlögunarhæfni ungra barna væri jafnan meiri en þeirra sem hefðu náð hærri aldri. Þá var á það bent að brottvísun lyti einungis að Íslandi og því væri stefnanda unnt að dvelja með fjölskyldu sinni annars staðar á Evrópska efnahagssvæðinu.

Stefnandi kærði framangreinda ákvörðun til innanríkisráðuneytisins 18. desember 2013. Í kærunni er meðal annars á því byggt að órökstutt sé að „grundvallarþjóðfélagssjónarmiðum“ eða „allsherjarreglu eða almannaoöryggi“ sé ógnað nema að stefnanda verði vísað úr landi. Að mati stefnanda vegi réttindi hans og fjölskyldu hans til fjölskyldulífs þyngra. Vísað er til þess að ekkert bendi til áframhaldandi brotastarfsemi stefnanda, en hann sé með hreina sakaskrá og hafi hegðun hans í afplánun verið til mikillar fyrirmyndar. Því sé skilyrði í niðurlagi 2. mgr. 42. gr. laga nr. 96/2002 ekki uppfyllt. Þá eru færð rök fyrir því að fyrirmæli 1. mgr. 43. gr. sömu laga hindri brottvísun stefnanda. Tengsl hans og fjölskyldu hans við Ísland séu mikil og er því mótmælt að tengsl hans við Litháen séu sterk. Þá sé það fráleitt að eiginkona hans og dóttir muni hæglega getað aðlagast breyttum aðstæðum sem fylgi því að flytja til Litháens. Þvert á móti yrði fótunum kippt

undan fjölskyldunni ef ákvörðunin fengi að standa. Í kærinni er einnig vikið að því að ákvörðunin brjóti gegn meðalhófsreglu stjórnsluréttar sem og 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu og 71. gr. stjórnarskrárinnar.

Með bréfi 20. febrúar 2014 upplýsti ráðuneytið að gögn málsins hefðu borist frá Útlendingastofnun. Var lögmanni stefnanda gefið færi á því að gera athugasemdir við bréf stofnunarinnar. Ekki liggur fyrir að athugasemdir hafi borist ráðuneytinu.

Úrskurður ráðuneytisins í málinu var kveðinn upp 21. september 2015. Þar var ákvörðun Útlendingastofnunar staðfest. Í niðurstöðukafla úrskurðarins er vikið að þeim lagareglum og sjónarmiðum sem hafa verði í huga við mat á grundvelli 42. gr. laga nr. 96/2002. Því næst segir orðrétt í úrskurðinum:

Svo sem fram hefur komið þá hefur kærandi dvalist á Íslandi frá árinu 2007 eða í um 8 ár. Fjölskylda hans hefur dvalist ásamt honum um 7 ára skeið. Jafnframt þegar litið er til þess máls sem hér er til umfjöllunar er ljóst að kærandi hefur með þeim brotum sem hann var sakfelldur fyrir með dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 28. júní 2013 gerst sekur um alvarlegt brot með hlutdeild í stórfelldu fikniefnalagabroti. Er það mat ráðuneytisins að til staðar séu nægilega brýnar ástæður með skírskotun til almannaoýrggis til að fallast megi á brottvísun kæranda frá Íslandi.

Þá kemur fram í úrskurðinum að stefnandi og aðstandendur hans hafi myndað tengsl við Ísland. Hins vegar sé ljóst að hann og eiginkona hans hafi flust til landsins komin vel á fullorðinsaldur, en hann hafi verið 37 ára við flutninginn og eiginkona hans 31 árs. Síðan segir orðrétt í úrskurðinum:

Þrátt fyrir að þau hafi myndað einhver tengsl við landið þá verður ekki annað ráðið en að það feli ekki í sér ósanngjarna ráðstöfun gagnvart þeim að kæranda sé vísað úr landi. Tengsl dóttur þeirra við landið eru meiri en hún hefur búið stærstan hluta ævi sinnar hér á landi. Ráðuneytið telur þó að teknu tilliti til eðli brots kæranda og heildarhagsmuna aðstandenda hans að brottvísun hans og endurkomubann myndi ekki fela í sér ósanngjarna ráðstöfun gagnvart honum eða aðstandendum hans.

Fram kemur í stefnu að stefnandi hafi farið fram á frestun á réttaráhrifum úrskurðarins. Fyrir liggur að stefnanda hefur ekki enn þá verið vísað brott frá landinu. Stefnandi kom fyrir dóm við aðalmeðferð málsins og gaf skýrslu ásamt eiginkonu sinni, B.

III

1. Málsástæður og lagarök stefnanda

Stefnandi byggir ógildingarkröfu sína í fyrsta lagi á því að stjórnvöld hafi brotið gegn málsmeðferðarreglum stjórnisýsluréttar við meðferð málsins. Telur hann að meta verði þessi brot stjórnvalda heildstætt.

Byggt er á því að málsmeðferðartíminn hjá ráðuneytinu hafi farið gegn málshraðareglu 9. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993. Bent er á að á þeim 19 mánuðum sem liðu frá því gagnaöflun var lokið, 20. febrúar 2014, og þar til úrskurðurinn var kveðinn upp hafi stefnandi og fjölskylda hans öðlast enn ríkari tengsl við landið. Tafir á málinu verði engan veginn raktar til stefnanda sem hafi lagt sig allan fram við að veita umbeðnar upplýsingar og aðstoða stjórnvöld í hvívetna við að flýta meðferð málsins.

Þá byggir stefnandi á því að stjórnvöld hafi ekki uppfyllt rannsóknarskyldu sína áður en ákvörðunin var tekin. Ekki komi fram í úrskurðinum hvernig ráðuneytið hafi kannað hvort og þá hvers vegna stefnandi væri hættulegur almannaoýruggi og hversu mikil tengsl stefnanda og fjölskyldu hans væru við landið. Aðeins komi fram að stefnandi og eiginkona hans hafi myndað „einhver tengsl“ og að tengsl dóttur þeirra séu „meiri“. Hér sé um tvö skyldubundin sjónarmið að ræða sem stjórnvöld virðast ekki hafa litið til né rannsakað.

Í þessu sambandi bendir stefnandi einnig á að ekki hafi verið rannsakað hvort fjölskyldutengsl og líkur á frekari brotum hefðu breyst á þeim 22 mánuðum sem liðu frá ákvörðun Útlendingastofnunar til úrskurðar ráðuneytisins. Fyrir vikið hafi ráðuneytið ekki haft undir höndum nýjustu gögn um hegðun hans og aukin tengsl fjölskyldunnar við landið. Ákvörðunin sé því reist á úreltum forsendum.

Stefnandi kveður ný gögn frá skóla dóttur hans um lesblindugreiningu hennar sérstaklega mikilvæg í þessu samhengi. Hafi skólinn óskað eftir aðstoð foreldra við lesþjálfun hennar. Er á því byggt að staða dóttur hans hafi ekki verið nægilega rannsökuð, hvorki hjá Útlendingastofnun né ráðuneytinu. Í þessu sambandi telur stefnandi mikilvægt að líta til þess hversu tilfinnanleg og íþyngjandi ákvörðun um brottvísun stefnanda sé fyrir fjölskyldu hans og hann sjálfan.

Af hálfu stefnanda er enn fremur á því byggt að ráðuneytið hafi ekki gengið úr skugga um að þær upplýsingar væru réttar sem hafi legið að baki ákvörðun Útlendingastofnunar í ljósi þess að ákvörðunin var orðin svo gömul sem raunin er. Stefnandi bendir á að um afar íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun sé að ræða sem geti varðað bæði eigið líf, og líf eiginkonu sinnar og dóttur miklu. Því sé óforsvaranlegt að ekki hafi verið gengið úr skugga um að upplýsingar um tengsl fjölskyldunnar við landið væru óbreyttar þegar ákvörðun Útlendingastofnunar var endurskoðuð og

uppfylli það ekki skyldur stjórnvalda sbr. rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993.

Í ljósi alls ofangreinds telur stefnandi að ákvörðunin sem krafist er ógildingar á sé ekki efnislega rétt þar sem forsendur hennar séu rangar og að um verulegan ógildingaranmarka sé að ræða. Ástæða þess að forsendur séu rangar sé m.a. fyrrgreint brot á málshraðareglu þar sem ekki sé hægt að líta fram hjá því að á löngum tíma er líklegt að persónulegir hagir einstaklinga breytist.

Í öðru lagi er krafa stefnanda á því reist að efnislegir annmarkar séu á ákvörðuninni. Vísar stefnandi þar m.a. til þess að í 2. mgr. 42. gr. laga nr. 96/2002 sé áskilið að háttsemi viðkomandi verði að gefa til kynna að hann muni fremja refsivert brot á ný. Þá verði EES-borgara ekki vísað brott af landinu nema á grundvelli brýnna ástæðna er varði almannaöryggi.

Af hálfu stefnanda er tekið fram að í úrskurði ráðuneytisins sé þess hvergi getið að brottvísunin byggji á því að háttsemi stefnanda gefi til kynna að hann muni fremja refsivert brot á ný. Einungis sé tekið fram að fyrri refsilagabrot hans sé alvarlegt og stórfellt en með öllu órökstutt að framferði hans feli í sér yfirvofandi og alvarlega ógn gagnvart grundvallarhagsmunum samfélagsins og almannaöryggi. Einnig sé órökstutt að ekki sé aðeins um ákvörðun með almennar forvarnarforsendur sem grundvöll að ræða. Varðandi áskilnað 2. mgr. 42. gr. um að háttsemi verði að gefa til kynna að refsivert brot verði framið á ný sé ekki tekið tillit til þess að stefnandi hafi afplánaði refsingu sína með góðri hegðun, fengið reynslulausn, haldið skilorð og að hann hafi atvinnu hér á landi.

Stefnandi byggir á því að ekki hafi verið sýnt fram á eða að nokkuð bendi til þess að aðstæður og háttsemi stefnanda falli undir þá ógn sem lagaákvæðin krefji. Ekkert bendi til áframhaldandi brotastarfsemi stefnanda auk þess sem stjórnvaldsákvarðanirnar séu ekki reistar á þeirri forsendu. Telur stefnandi að ráðuneytið og Útlendingastofnun hafi því ekki gætt að lögbundnum skilyrðum laganna. Því sé ákvörðunin bæði í andstöðu við útlendingalög og hina óskráðu lögmætisreglu stjórnsýsluréttar sem felur í sér þá lagaáskilnaðarreglu að stjórnvöld megi ekki taka ákvarðanir sem séu íþyngjandi fyrir borgarana án þess að fyrir þeim sé skýr heimild í settum lögum frá Alþingi.

Stefnandi vísar einnig til þess að hafa verði í huga að ákvæði 1. mgr. 42. gr. útlendingalaga sé afar íþyngjandi og beri því samkvæmt almennum lögskýringarreglum að túlka brottvísunarheimild þess þröngt. Hins vegar sé ekki rétt að skýra heimildina rúmt eins og gert sé í úrskurðinum.

Þá vísar stefnandi til þess að úrskurður ráðuneytisins taki ekki tillit til breytinga á löggjöf um brottvísun EES-borgara sem samþykkt var á Alþingi í maí 2014, sbr. lög nr. 64/2014. Markmið lagabreytinganna hafi m.a. verið að innleiða tilskipun

Evrópusambandsins um réttarstöðu EES-borgara nr. 2004/38/EB, en Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) hafi gefið út rökstutt álit í desember 2012 þar sem komist hafi verið að þeirri niðurstöðu að Ísland hefði ekki innleitt tilskipunina með fullnægjandi hætti. Vitnar stefnandi til lögskýringargagna um þessa breytingu til stuðnings afstöðu sinni, eins og nánar er rakið í greinargerð. Telur stefnandi að úrskurðurinn beri með sér að lagabreytingin hafi engan veginn náð markmiði sínu, þar sem framkvæmd laganna, sem birtist í úrskurði ráðuneytisins, brjóti berlega gegn skilyrði laganna þess efnis að háttsemi stefnanda bendi til þess að hann muni brjóta af sér að nýju og að fyrri refsilagabrot nægi ekki ein og sér til að brottvísun verði beitt.

Að öllu framangreindu virtu telur stefnandi ljóst að stefndu hafi ekki gætt að lögbundnum skilyrðum laganna. Úrskurður ráðuneytisins sé því í andstöðu við nefnt lagaákvæði og meginreglu stjórnáskilgagna um lögmæti og réttmæti stjórnvaldsáskvarðana.

Stefnandi telur einnig að ákvörðun um að vísa honum brott fari gegn 2. mgr. 43. gr. laga nr. 96/2002 þar sem brottvísun feli í sér ósanngjarna ráðstöfun gagnvart sér og nánustu aðstandendum. Stefnandi bendir á að í úrskurðinum sé rakið að stefnandi og fjölskylda hans, eiginkona og dóttir, hafi myndað tengsl við Ísland, en tekið fram að hjónin hafi verið komin vel á fullorðinsaldur þegar þau hafi flust hingað. Ekki sé greint frá atriðum eins og því að dóttir stefnanda hafi aðlagast íslensku samfélagi vel þar sem hún hafi búið hér frá þriggja ára aldri og aðeins sótt íslenska skóla. Ekki sé tekið tillit til þess að dóttirin hafi átt við málþroskaörðugleika að stríða og hafi litla færni í litháísku. Stefnandi leggur áherslu á að hann og fjölskylda hans hafi fest rætur hér á landi. Þau séu bæði í góðri vinnu, hér eigi þau sitt íbúðarhúsnæði og dóttir þeirra eigi hér heimili sitt og vini.

Af hálfu stefnanda er því haldið fram að þar sem ekki sé ljóst að eiginkona og dóttir stefnanda geti yfirgefið landið hafi ráðuneytið ekki litið til tvíþætts réttar barnsins, annars vegar réttar þess til að halda áfram að lifa og þroskast í því umhverfi sem það þekki og velferð þess krefst, sbr. skyldur íslenska ríkisins m.a. á grunni 3. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar, og hins vegar réttar barns til að umgangast foreldra sína. Þessi síðarnefndi réttur komi skýrt fram í 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar, 1. mgr. 46. gr. barnalaga nr. 76/2003 (bl.) og 1. mgr. 7. gr. laga nr. 19/2013, um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins (barnasamningurinn). Þetta styðji 3. gr. sömu laga þar sem fram komi að það sem barni sé fyrir bestu skuli ávallt hafa forgang við ákvarðanir á vegum hins opinbera sem varða börn.

Stefnandi telur að hér skipti mestu meginreglan um að það sem barni sé fyrir bestu skuli ávallt hafa forgang þegar dómstólar og stjórnvöld grípa til ráðstafana

sem varði börn, sbr. 3. gr. barnasamningsins, 2. mgr. 34. gr. barnalaga nr. 76/2003 og 1. mgr. 4. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002. Einnig beri að líta til 21. gr. útlendingalaga sem fjalli um almennar takmarkanir við brottvísun. Í 3. mgr. greinarinnar komi fram að sérstaklega skuli „taka tillit til þess ef um barn eða nánasta aðstandanda barns er að ræða og skal það sem barni er fyrir bestu haft að leiðarljósi við ákvörðun“. Til stuðnings því að ákvæði þetta eigi við er í stefnu vísað til lögskýringargagna og tilskipunar ESB 2008/115/EB. Auk þess vísar stefnandi til 2. mgr. 2. gr. barnasamningsins, 5. gr. sama samnings, sem og 7., 9. 18. og 27. gr. samningsins. Bendir stefnandi sérstaklega á að í ljósi 3. gr. barnasamningsins hafi 7. og 9. gr. barnasáttmálans verið túlkaðar þannig að það sé barni fyrir bestu að fá að vera með foreldrum sínum ef það er mögulega hægt.

Stefnandi telur ljóst að brottvísun og endurkomubann hafi afar neikvæðar afleiðingar fyrir barn stefnanda. Þegar bornir séu saman hagsmunir barnsins vegna fjölskyldusamvista við stefnanda og rík tengsl hans og fjölskyldu hans við land og þjóð gegn óljósum hagsmunum íslenska ríkisins telur stefnandi skýrt að lögboðnir hagsmunir barnsins vegi þyngra. Telur stefnandi að ráðuneytið hafi ekki hlýtt lögboðinni skyldu sinni til að líta til þess hvort um ósanngjarna ráðstöfun sé að ræða og hvað sé barni fyrir bestu í málinu.

Af hálfu stefnanda er einnig bent á að við meðferð málsins hafi verið brotið gegn 2. mgr. 23. gr. útlendingalaga þar sem barni stefnanda hafi ekki verið tryggður réttur til þess að tjá skoðanir sínar í málinu og því ekki verið unnt að taka tillit til þeirra í samræmi við aldur þess og þroska. Til stuðnings þessari málsástæðu er í stefnu vísað til skýrslu Barnaréttarnefndar Sameinuðu þjóðanna frá 2011.

Stefnandi styður kröfu sína einnig við 8. gr. mannréttinasáttmála Evrópu, sbr. 71. gr. stjórnarskrárinnar, og dóma Mannréttindadómstóls Evrópu (MDE). Vísar stefnandi til þess að dómstóllinn hafi beitt hagsmunamati milli ríkis og einstaklings í brottvísunarmálum innflytjenda allt frá máli Abdulaziz, Cabales og Balkandali gegn Bretlandi (mál nr. 9474/81) árið 1985. Annars vegar skipti friðhelgi fjölskyldunnar þar máli á grundvelli 8. gr. mannréttinasáttmálans og hins vegar það sem dómstóllinn kallar almannahagsmuni eða öryggi ríkisins. Vísar stefnandi þar einkum til máls Boultif gegn Sviss (máls nr. 54273/00). Sé dómurinn talinn vera til marks um breytingu í dómaframkvæmd MDE og að nú sé lögð meiri áhersla á aðstæður aðstandanda þess brottrekna. Vísar stefnandi þar til þeirra sjónarmiða sem þýðingu hafa við matið í brottvísunarmálum innflytjenda, þ.e. eðlis og alvarleika brots útlendinga, lengd dvalar hans í aðildarríkinu, tímalengd frá afbroti og hegðun síðan þá, þjóðernis fjölskyldumeðlima, fjölskylduaðstæðna, eins og lengd sambúðar, það hvort maki hafi vitað af afbrotum áður en fjölskyldutengsl voru mynduð, hvort börn séu hluti af fjölskyldunni og aldurs þeirra ef svo er og

erfiðleika fjölskyldumeðlima við að flytja til upprunals þess brottrekna.

Stefnandi telur, í ljósi þess sem rakið hefur verið, að ekki hafi verið litið nægilega til sjónarmiðanna að ofan, en þessum atriðum svipi um margt til hinna skyldubundnu matsatriða útlendingalaga. Kveður hann slíkt hvorki samræmast íslenskum lögum né dómaframkvæmd MDE. Þá bendir stefnandi á þá stefnu sem Boultif-málið hafi markað, að ekki væri nóg að meta aðeins hvort áframhaldandi búseta í aðildarríki sé eina leiðin fyrir fjölskyldu að búa saman, heldur beri aðildarríki að meta hversu íþyngjandi það sé fyrir fjölskyldu að þurfa að flytjast úr landi. Stefnandi telur að það hafi ekki verið gert nægilega í sínu máli.

Stefnandi bendir á að í síðari dómaframkvæmd hafi dómstóllinn litið sérstaklega til þessara erfiðleika ef börn eru hluti af fjölskyldu þess sem vísað er brott og vandkvæða þeirra við að flytja aftur til upprunals síns. Stefnandi telur að það eigi við um dóttur sína sem hafi alla tíð sótt skóla á Íslandi og hafi litla kunnáttu í móðurmáli stefnanda. Því hvíli sönnunarbyrðin á íslenska ríkinu um að ráðstöfunin sé ekki ósanngjörn gagnvart dóttur stefnanda.

Um lagarök vísar stefnandi til fyrrgreindra lagareglna. Kröfu sína um málskostnað styður stefnandi við XXI. kafla laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála.

2. Málsástæður og lagarök stefnda

Stefndi mótmælir því að málshraðaregla 9. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 hafi verið brotin í máli þessu. Leggur hann áherslu á að reglan sé afstæð að efni til. Meta verði málsmeðferðina heildstætt í hverju máli fyrir sig, það er hvað geti talist eðlilegur málsmeðferðartími. Ljóst sé að viðfangsefni stjórnarsýslunnar eru mörg og því taki úrlausn þeirra óhjákvæmilega mislangan tíma. Oft sé fyrirsjáanlegt að ekki verði hjá því komist að afgreiðsla umfangsmikils máls geti tekið langan tíma. Af þeim sökum sé ekki til neitt ákveðið tímaviðmið.

Stefndi vísar til þess að málsmeðferðartími Útlendingastofnunar hafi verið um tveir og hálfur mánuður. Í máli þessu hafi heildarmálsmeðferðartími hjá Útlendingastofnun og ráðuneytinu verið langur. Málsmeðferð í útlendingamálum hjá innanríkisráðuneytinu hafi almennt verið löng vegna mikils málafjölda. Hafi sá tími sem þetta mál hafi tekið verið í samræmi við það sem almennt gerist í útlendingamálum. Reynt sé að gæta fyllsta jafnræðis við afgreiðslu mála og séu kærur afgreiddar í þeirri röð sem þær berast.

Stefndi byggir á því að sá tími sem þetta mál hafi tekið verði ekki talinn óeðlilegur í ljósi eðlis málsins sem og málsmeðferðar almennt í útlendingamálum. Komist dómur að þeirri niðurstöðu að málsmeðferðartíminn hafi ekki samrýmst 9. gr. stjórnarsýslulaga leggur stefndi áherslu á að brot gegn málshraðareglu varði ekki

ógildingu stjórnvaldsákvörðunar.

Stefndi hafnar málsástæðu stefnanda um að stefndi hafi ekki rannsakað mál hans nægilega. Virðist stefnandi byggja á því að úrskurður stefnda innanríkisráðuneytisins byggi á röngum eða úreltum forsendum. Stefndi mótmælir því sem röngu. Telur hann að stjórnvöld hafi hagað rannsókn málsins þannig að unnt væri að varpa upp hlutlægni mynd af aðstæðum stefnanda og fjölskyldu hans. Á báðum stjórnarsýslustigum hafi stefnanda verið gefið færi á því að taka þátt í að upplýsa málið og koma að sjónarmiðum sínum. Stefndi hafi lagt fram greinargerð á báðum stjórnarsýslustigum. Stefndi hafi einnig notið aðstoðar lögmanns og hafi hann lagt fram greinargerð fyrir innanríkisráðuneytið. Kæran og greinargerðin hafi verið kannaðar gaumgæfilega við úrlausn málsins og hafi málatilbúnaður stefnanda verið rakinn í úrskurði stefnda innanríkisráðuneytisins. Af hálfu stefnanda er í stefnu lögð áhersla á mikilvægi nýrra gagna frá skóla dóttur hans í þessu sambandi, sbr. lesblindugreiningu hennar. Af hálfu stefnda er bent á að lesblindugreiningin hafi legið fyrir í mars 2015, en úrskurður innanríkisráðuneytisins hafi verið kveðinn upp 21. september 2015, um hálfu ári síðar. Stefndi hafi gefist fullt færi á að koma þessum gögnum til ráðuneytisins fyrir uppkvaðningu úrskurðarins, en kosið að gera það ekki. Hins vegar hafi niðurstöður málþroskamats dóttur stefnanda legið fyrir á báðum stjórnarsýslustigum. Að mati stefnda hafi legið þar fyrir nægar upplýsingar um hagi dóttur hans hvað varðar málþroska.

Stefndi byggir á því að lagt hafi verið fullnægjandi mat á hvort heimilt væri að vísa stefnanda brott og ákvarða honum endurkomubann á grundvelli ákvæða í 42. gr., 42. gr. a og 43. gr. laga um útlendinga nr. 96/2002. Stefndi mótmælir því sérstaklega að innanríkisráðuneytið hafi ekki kannað hvort og þá hvers vegna stefndi væri hættulegur almannaöryggi. Í málinu hafi legið fyrir að stefndi hafi verið dæmdur í fangelsi fyrir brot gegn 173. gr. a almennra hegningarlaga nr. 19/1940, fyrir að taka þátt í innflutningi á fíkniefnum til landsins í sölu og dreifingarskygni. Var stefndi dæmdur fyrir brotið í félagi við fimm aðra menn. Innanríkisráðuneytið hafi verið sammála því mati Útlendingastofnunar að það sýndi einbeittan brotavilja stefnanda. Innanríkisráðuneytið hafi á grundvelli endurskoðunarheimilda sinna farið yfir úrlausn Útlendingastofnunar og komist að þeirri niðurstöðu að stefndi ógnaði almannaöryggi.

Stefndi mótmælir því einnig að tengsl stefnanda við landið hafi ekki verið könnuð. Í ákvörðun Útlendingastofnunar sé ítarlega fjallað um og lagt mat á tengsl stefnanda og fjölskyldu hans við landið. Stefndi ráðuneytið hafi farið yfir forsendur ákvörðunar stefnda Útlendingastofnunar og hafi verið sammála því sem þar hafi komið fram og því talið ástæðu til að fara færri orðum um framangreind atriði, en

vísað til forsendna ákvörðunar stefnda Útlendingastofnunar, sem séu tekin orðrétt upp í úrskurð ráðuneytisins. Við afgreiðslu máls hjá stefnda innanríkisráðuneytinu hafi einnig legið fyrir að stefnandi hafi verið hnepptur í gæsluvarðhald 29. janúar 2013 til 16. júlí 2013, þegar stefnandi hóf afplánun dóms í máli nr. S-268/2013. Stefnanda hafi verið veitt reynslulausn af eftirstöðvum dóms þann 18. maí 2015. Úrskurður stefnda innanríkisráðuneytisins um brottvísun og endurkomubann lá fyrir þann 21. september 2015. Stefnandi hafði þannig verið frjáls ferða sinna í tæplega fjóra mánuði þegar úrskurður stefnda innanríkisráðuneytisins hafi legið fyrir. Endurskoðun og mat innanríkisráðuneytisins hafi að mati stefnda hvílt á málefnalegum forsendum.

Stefndi telur að réttindi og hagsmunir stefnanda undir meðferð málsins hafi á engan hátt verið fyrir borð borin að lögum og að málið hafi verið nægilega rannsakað áður en úrskurður hafi verið kveðinn upp. Stefndi innanríkisráðuneytið bendir auk þess á að stjórnvöld hafi enga hagsmuni af því að leiða mál til lykta án þess að vera fyllilega örugg um að kröfum 10. gr. stjórnsýslulaga sé fullnægt.

Stefndi mótmælir því sem fram kemur í stefnu að á það hafi skort að mat hafi verið lagt á hvort háttsemi stefnanda gæfi til kynna að hann myndi fremja refsivert brot á ný. Það hafi legið fyrir að stefnandi hafi verið dæmdur í fangelsi fyrir brot gegn 173. gr. a almennra hegningarlaga nr. 19/1940, fyrir að taka þátt í innflutningi á samtals 1.710 ml af amfetamínbasavökva til landsins í sölu og dreifingarskygni. Tekið sé fram í ákæru að unnt hefði verið að framleiða allt að 1.350 g af hreinu amfetamínsúlfati úr vökvanum og allt að 17.096 g af amfetamínsúlfati miðað við almennan lægri styrkleika til neyslu. Hafi stefnandi verið dæmdur fyrir brotið ásamt fimm öðrum ákærðum.

Í úrskurði innanríkisráðuneytisins komi sérstaklega fram að þegar litið sé til framangreinds dómsmáls sé ljóst að stefnandi hafi, með því broti sem hann hafi verið sakfelldur fyrir, gerst sekur um alvarlegt brot með þátttöku í stórfelldu fíkniefnalagabroti. Hafi það verið mat innanríkisráðuneytisins að til staðar væru nægilega brýnar ástæður með skírskotun til almannaöryggis til þess að fallast mætti á brottvísun stefnanda frá Íslandi. Hafi ráðuneytið verið sammála því mati Útlendingastofnunar að með fíkniefnainnflutningi í félagi með fleiri mönnum hafi stefnandi sýnt einbeittan brotavilja. Innanríkisráðuneytið hafi á grundvelli endurskoðunarheimilda sinna farið yfir hina kærðu úrlausn Útlendingastofnunar og verið sammála þeirri niðurstöðu að hlutdeild stefnanda í stórfelldum fíkniefnainnflutningi ógnaði almannaöryggi og að um væri að ræða háttsemi sem gæti gefið til kynna að stefnandi myndi fremja refsivert brot á ný. Að mati stefnda hafi skilyrði 2. mgr. 42. gr. og c-liðar 1. mgr. 43. gr. útlendingalaga verið uppfyllt og þar með hafi lögætisreglu stjórnsýslulaga verið fullnægt.

Stefndi bendir á að í ákvörðun Útlendingastofnunar sé tekið fram að fíkniefnabrot beinist gegn almannahagsmunum og að fíkniefnaneysla og vandamál henni tengd hafi skaðleg áhrif á samfélagið, einkum ungt fólk. Barátta gegn fíkniefnum sé álitin mikilvægt þjóðfélagsmarkmið og að fíkniefni séu alvarleg ógn við grundvallarþjóðfélagssjónarmið. Eigi þetta sérstaklega við þegar um sé að ræða innflutning á fíkniefnum í miklum magni og séu refsingar almennt þungar fyrir stórfelld fíkniefnabrot samkvæmt almennum hegningarlögum. Með sama hætti hafi löggjafinn mælt fyrir um að unnt sé að beita brottvísun og endurkomubanni þegar einstaklingar brjóti gegn ákvæðum hegningarlaga. Í ákvörðun Útlendingastofnunar hafi verið lagt mat á málsatvik með tilliti til eðlis brotsins og metið hvort samfélaginu stafaði ógn af stefnanda. Innanríkisráðuneytið hafi farið yfir úrlausn Útlendingastofnunar og verið sammála sjónarmiðum og mati sem komið hafi fram í forsendum ákvörðunar stofnunarinnar.

Stefndi mótmælir staðhæfingum um að í úrskurði ráðuneytisins hafi ekki verið tekið tillit til breytinga á löggjöf um brottvísun EES-borgara frá maí 2014.

Stefndi mótmælir því að ekki hafi verið metið hvort brottvísun stefnanda myndi fela í sér ósanngjarna ráðstöfun gagnvart stefnanda eða nánustu aðstandendum hans, sbr. 2. mgr. 43. gr. útlendingalaga og 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Í forsendum ákvörðunar Útlendingastofnunar sé ítarlega fjallað um og lagt mat á sjónarmið sem hafi þýðingu í því samhengi. Þar komi fram að stofnuninni séu ákveðin takmörk sett þegar komi að brottvísun ríkisborgara EES- eða EFTA-ríkis, en þær takmarkanir komi fram í 43. gr. útlendingalaga. Í 2. mgr. 43. gr. laganna segi að brottvísun skuli ekki ákveða ef hún, með hliðsjón af málsatvikum og tengslum útlendings við landið, myndi fela í sér ósanngjarna ráðstöfun gagnvart honum eða nánustu ættingjum hans. Eins og rakið hafi verið hér að framan, þá liggi fyrir að brottvísun stefnanda hafi verið alvarlegt og að slík háttsemi feli að mati stefnda í sér alvarlega ógn gegn allsherjarreglu og almannaoýruggi, sbr. a-lið 1. mgr. 43. gr. útlendingalaga. Stefndi innanríkisráðuneytið hafi farið yfir forsendur ákvörðunar Útlendingastofnunar og verið sammála því sem þar hafi komið fram.

Stefndi viðurkennir að brottvísun og endurkomubann hafi töluverð áhrif á fjölskyldu stefnanda. Samkvæmt 1. mgr. 46. gr. barnalaga nr. 76/2003 eigi barn rétt á að umgangast með reglubundnum hætti það foreldra sinna sem það búi ekki hjá, enda sé það ekki andstætt hagsmunum þess. Þá komi fram í samningi Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, að það sem barni sé fyrir bestu skuli ávallt hafa forgang þegar stjórnvöld geri ráðstafanir sem varða börn, sbr. 1. mgr. 3. gr. samningsins. Að mati stefnda komi framangreind ákvæði þó ekki í veg fyrir að heimilt sé að vísa stefnanda brott með vísan til almannahagsmuna eða öryggis

ríkisins. Þá sé ljóst að vegna afbrots stefnanda hafi hann setið í fangelsi, fyrst í gæsluvarðhaldi en síðan við afplánun dómsins frá janúar 2013 þar til hann hafi losnað á reynslulausn 18. maí 2015. Barn stefnanda og eiginkona hans hafi því verið án samvista við hann í tvö ár og fjóra mánuði vegna brota stefnanda sem hann hafi sjálfur ákveðið að fremja. Þó að ljóst sé að samvistir stefnanda við barn hans yrðu minni í kjölfar brottvísunar yrði stefnanda engu að síður kleift að halda uppi samskiptum við fjölskyldu sína í gegnum síma og veraldarvefinn, kysi fjölskylda hans að vera áfram á Íslandi um lengri eða skemmri tíma.

Stefndi hafnar því að tilgreining og afgreiðsla á grundvelli 3. mgr. 21. gr. laga um útlendinga hafi sjálfstæða þýðingu við afgreiðslu málsins. Ákvæðið eigi við úrlausn mála þar sem til umfjöllunar er hvort vísa skuli brott svonefndum þriðja ríkis borgurum, þ.e. ekki borgurum EES- eða EFTA-ríkis. Um takmörkun á brottvísun hinna síðarnefndu gildi 43. gr. laganna og hafi ítarlega verið fjallað um það ákvæði í ákvörðun Útlendingastofnunar og úrskurði ráðuneytisins. Sama gildi um 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, en sömu sjónarmið eigi við um skýringu þess ákvæðis og hafi verið fjallað um það á báðum stjórnsýslustigum.

Stefndi mótmælir sem rangri og órökstuddri þeirri málsástæðu stefnanda að borið hafi að tryggja dóttur stefnanda rétt til þess að tjá skoðanir sínar í málinu. Stjórnvaldsákvörðun stefnda kveði ekki á um að aðstandendum (maka og barni) stefnanda skuli vísað brott og/eða gert að sæta endurkomubanni, heldur einungis stefnanda. Í málinu hafi sem fyrr greinir verið metið af hálfu stefndu sérstaklega hvort brottvísun myndi fela í sér ósanngjarna ráðstöfun gagnvart stefnanda eða nánustu aðstandendum hans í samræmi við kröfur, sbr. 2. mgr. 43. gr. laga um útlendinga og 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Í ljósi þess að barnið hafi ekki verið aðili að málinu telur stefndi að rannsókn og úrvinnsla þess á grundvelli framangreindra lagaákvæða hafi tæmt úrlausnarefni þess.

Stefndi tekur fram að í brottvísunarmálum séu fjölskylduhagir þeirra sem til standi að vísa brott ávallt teknir til skoðunar og metið hvort ósanngjarnt yrði gagnavart fjölskyldumeðlimum, sérstaklega börnum, að ákvarða brottvísun, sbr. 2. mgr. 43. gr. útlendingalaga. Metið sé hvort hagsmunir aðilans og fjölskyldu hans skuli vega þyngra en almannahagsmunir. Þegar mál stefnanda hafi verið til meðferðar hjá Útlendingastofnun hafi stefnanda og fjölskyldu hans í heild verið veitt tækifæri til þess að tjá sig um fyrirhugaða brottvísun með framlagningu greinargerðar. Dóttir stefnanda hafi verið 8 ára gömul á þeim tíma og því hafi ekki verið talið nauðsynlegt að óska sérstaklega eftir afstöðu hennar einnar við meðferð málsins. Upplýsingar um dóttur stefnanda hafi komið fram í greinargerð hans, sem og í kæru til ráðuneytisins og telur stefndi að lagalegri skyldu hafi verið sinnt í hvívetna.

Varðandi það álítaefni, að tryggja barni rétt til að tjá skoðanir sínar í máli skv. 2. mgr. 23. gr. útlendingalaga, bendir stefndi á að Flóttamannastofnun Sameinuðu þjóðanna hafi nýlega haldið ráðstefnu um vernd barna í hælismeðferð. Ráðstefnan hafi farið fram dagana 20. og 21. október 2015 í Kaupmannahöfn og Malmö og einn fyrirlesaranna, Julia Korkman, hafi fjallað um að það gæti reynst barni þung byrði að koma fram í viðtali hjá stjórnvöldum. Barn sem mætti til viðtals vegna slíks máls, þar sem niðurstaðan yrði að brottvísa foreldrinu, gæti talið sig bera ábyrgð á því að foreldrinu yrði vísað úr landi. Jafnframt hafi komið fram í máli Korkman að það geti verið barni fyrir bestu að hlífa því við viðtali í málum sem séu þess eðlis, sé ljóst að viðtal við barn muni ekki fela í sér aðrar upplýsingar en þær sem komið hafi fram í gögnum málsins, ekki sé ástæða til að ætla að barnið muni bæta einhverju við þær málsástæður sem þegar séu fyrir í málinu og að fyrirséð sé að brottvísun verði mjög líklega beitt vegna alvarleika brots.

Verði fallist á með stefnanda að ákvæðið hafi sjálfstæða þýðingu fyrir úrlausn máls og misbrestur hafi verið á að framfylgja því, benda stefndu á að barn stefnanda hafi verið 8 ára þegar ákvörðun stefnda Útlendingastofnunar lá fyrir og 10 ára þegar úrskurður stefnda innanríkisráðuneytisins lá fyrir. Sjónarmið barns hefðu einungis haft óverulega þýðingu við ákvörðun um hvort föður þess yrði vísað brott. Stefndu hafna því að misbrestur á því að beita framangreindu ákvæði gagnvart dóttur stefnanda eigi að leiða til ógildinga úrskurðarins.

Stefndi hafnar þeirri málsástæðu stefnanda sem rangri og órökstuddri, að takmarkanir á 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu séu túlkaðar þröngt í brottvísunarmálum. Þá mótmælir stefndi því að við málsmeðferð og úrlausn málsins hafi ekki farið fram fullnægjandi mat á sjónarmiðum sem leidd verði af 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. 71. gr. stjórnarskrárinnar. Í forsendum ákvörðunar stefndu sé ítarlega fjallað um og lagt mat á framangreind sjónarmið.

Við mat á því hvort sú ráðstöfun að vísa stefnanda brott og banna honum endurkomu feli í sér ósanngjarna niðurstöðu gagnvart honum eða ættingjum hans kveður stefndi að taka verði mið af 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sem kveði á um friðhelgi einkalífs og fjölskyldu, sbr. 3. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar. Í dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu hafi þrjú viðmið verið sett fram við túlkun og beitingu 2. mgr. 8. gr. sáttmálans og vísar stefndi þar sérstaklega til dóms dómstólsins frá 11. október 2002 í máli nr. 56811/00, Amrollahi gegn Danmörku. Í fyrsta lagi þurfi sú ráðstöfun sem gripið er til að hafa verið í samræmi við lög, í öðru lagi þarf að hafa verið stefnt að lögmætu markmiði og í þriðja lagi þarf ráðstöfunin að vera nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi.

Stefndi telur ljóst að lög mæli með skýrum hætti fyrir um beitingu brottvísunar, sbr. ákvæði 42. gr. útlendingalaga. Markmiðið með brottvísun stefnanda sé

lögmætt, enda séu fíkniefnabrot lýst brotleg með lögum og Héraðsdómur Reykjavíkur hafi dæmt stefnanda til refsingar fyrir slíkt brot. Þá sé einnig ljóst að brottvísun stefnanda stefni að því lögmæta markmiði að koma í veg fyrir áframhaldandi brotastarfsemi og ógn við allsherjarreglu.

Stefndi vísar um það álitaefni, hvort ráðstöfunin sé nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi, til þess að Mannréttindadómstóll Evrópu hafi ítrekað komist að þeirri niðurstöðu að beita þurfi hagsmunamati þar sem hagsmunir einstaklings, með vísan til réttinda hans samkvæmt 8. gr. mannréttinasáttmálans, séu vegnir gegn þeim hagsmunum sem liggja að baki ákvörðun um brottvísun, þ.e. því lögmæta markmiði sem stefnt sé að. Líkt og rakið hafi verið hér að framan, þá telur stefndi að hagsmunir stefnda af beitingu þessa úrræðis séu ríkari en hagsmunir stefnanda og í samræmi við ákvæði 2. mgr. 8. gr. sáttmálans.

Stefndi vísar til þess að eftir nákvæma skoðun á málsgögnum öllum þurfi að rökstyðja niðurstöður stjórnvalda með tilvísun til lagaákvæða sem ákvörðun er reist á og þeirra sjónarmiða sem séu ráðandi við niðurstöðuna, sem og á mati á sjónarmiðum viðkomandi málsaðila. Stefndi telur að það hafi verið gert á báðum stjórnsýslustigum. Mótmælir stefndi því alfarið að brotið hafi verið gegn málsmeðferðarreglum stjórnsýslulaga eða laga um útlendinga við meðferð málsins. Ekki hafi verið sýnt fram á nokkuð er leitt geti til ógildingar á úrskurði innanríkisráðuneytisins 21. september 2014. Því beri að sýkna stefnda af kröfum stefnanda. Til stuðnings kröfum stefndu um málskostnað vísar stefndi til XXI. kafla laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

IV

Í þinghaldi 18. mars 2016 óskaði stefnandi eftir því að dómkvaddur yrði matsmaður til þess að láta í té rökstutt álit sitt á eftirfarandi matsspurningum:

- 1) Hvaða áhrif myndi það hafa á fjölskyldu A, og þá sérstaklega dóttur hans C, ef A yrði sendur úr landi með 10 ára endurkomubanni, en fjölskyldan væri eftir á Íslandi?
- 2) Gæti A sinnt uppeldisskyldum sínum sem best hentar hag og þörfum dóttur hans C með því að halda uppi samskiptum við hana í gegnum síma eða veraldarvefinn á meðan hann byggir í Litháen en fjölskylda hans á Íslandi?
- 3) Hvaða áhrif myndi það hafa á fjölskyldu A, og þá sérstaklega dóttur hans C í ljósi dvalartíma hennar í Litháen og á Íslandi, ef A yrði sendur úr landi með 10 ára endurkomubanni og fjölskyldan fylgdi honum til Litháens?
- 4) Hvaða áhrif myndi það hafa á C, í ljósi skerts málþroska og greiningar hennar um lesblindu, ef A yrði sendur úr landi með 10 ára endurkomubanni og fjölskyldan fylgdi honum til Litháens?

Fram kom að ekki væri óskað eftir skriflegri matsgerð heldur að matsmaður kæmi fyrir dóm áður en aðalmeðferð færi fram og legði þar fram skrifleg svör við matsspurningum og gæfi skýrslu um niðurstöðu matsins, sbr. 2. mgr. 63. gr. lag anr. 91/1991.

Í þinghaldi 7. apríl 2016 var Oddi Erlingsson sálfræðingur dómkvaddur til þess að framkvæma umbeðið mat. Skrifleg svör matsmannsins voru lögð fram í þinghaldi 2. febrúar 2017 og hann gaf skýrslu fyrir dómi 13. sama mánaðar, þar sem hann rökstuddi svör sín nánar.

Í svari matsmanns við fyrstu spurningu kemur fram að A sé mikilvægur hluti fjölskyldunnar sem faðir C og eiginmaður B. Augljóst væri að ef A yrði sendur úr landi með endurkomubann í 10 ár þýddi það „verulegar breyttar aðstæður fyrir fjölskylduna“. Þær aðstæður ýttu óhjákvæmilega undir tilfinningalega fjarlægð og gerði beinan stuðning föður við uppeldi dótturinnar erfiðari. Í svarinu kemur þó jafnframt fram að móðir C hafi sinnt daglegu uppeldi og þörfum barnsins fremur en faðir stúlkunnar. Þá væru tengsl móður við C sterkari en við föður. Ábyrgð föður fælist í því „að sjá um fjármál fjölskyldunnar“. Fram kemur að B hafi áhyggjur af fjárhagslegri afkomu fjölskyldunnar ef stefnandi þyrfti að flytja burt. Þá hafi komið fram í samskiptum matsmanns við B að hjónin séu ekki tilfinningalega nán og að áhugamál séu ólík, þau eigi ekki sameiginlega vini og B viti lítið um atvinnu A. Í samtali matsmanns við C hafi einnig komið fram að stúlkan eigi tvær góðar vinkonur og að hún hafi greint frá því að henni liði vel. Hún ætti auðvelt með að vera ein. Í sjö ár hafi hún átt hund sem hún sé mjög hænd að. Í niðurlagi svarsins við þessari spurningu segir orðrétt eftirfarandi:

Augljóst er að það verður áfall fyrir fjölskylduna alla ef [A] verður til lengri tíma búsettur í öðru landi aðskilinn frá konu sinni og barni. Þó ljóst sé að hann gegni ekki stóru hlutverki í daglegu uppeldi og umönnun barnsins, þá gegnir hann nú því hlutverki að vera eina fyrirvinna fjölskyldunnar. [A] sem er lærður [...] hefur á undanförunum árum verið sjálfstæður byggingaverktaki og er nú með 14 manns í vinnu. Hann er svartsýnn á að fá vinnu í Litháen eða öðrum löndum. [A] óttast að fjölskyldan flosni upp ef til þess kemur að hann hverfi svo lengi frá fjölskyldunni, en [B] segist vera tilfinningalega undirbúin fyrir slíka fjarveru, en hún óttast fjárhagslega afkomu sína.

Þó [A] komi ekki að daglegu uppeldi dóttur sinnar er augljóst að tengsl föður og dóttur eru góð og að kært er á milli þeirra og því ljóst að það verður álag fyrir barnið yrði hann sendur úr landi með 10 ára endurkomubanni og fjölskyldan væri eftir á Íslandi. Því er mikilvægt barnsins vegna að sambandi þeirra verði viðhaldið með samskiptum í gegnum síma, á netmiðlum og að

þau hittist reglulega. Ef tengslum þeirra er viðhaldið með þessum eða öðrum hætti þann tíma sem þau eru aðskilin ættu það að draga úr álagi sem fráskilnaðurinn mun hafa á barnið. Erfiðara er að fyrirbyggja alvarlegri óbein áhrif mögulegs aðskilnaðar á [C] sem hlotist gæti af versnandi fjárhag fjölskyldunnar eða ef fjölskyldan sundrist eins og [A] óttast.

Í svari við annarri spurningu í matsbeiðni er áréttað að stefnandi hafi ekki komið beint að daglegu uppeldi dóttur sinnar. Eftir sem áður væru góð tengsl milli þeirra og að búast megi við að þau yrðu ekki „söm og að gæði þeirra versni verði samskiptin fyrst og fremst í gegnum síma eða á veraldarvefnum“.

Þriðju spurningu í matsbeiðni svarar matsmaður á þann veg að vilji [C] standi til þess að búa á Ísland þó að henni finnist hún vera meira litháísk en íslensk og tali móðurmál sitt jafn vel og íslensku. Matsmaður bendir á að foreldrar og kennari [C] gefi nokkuð ólíka mynd af félagslegum styrkleikum hennar. Telur matsmaður að vísbendingar séu um að hún sé undirgefin í samskiptum sem bendi til skorts á ákveðni og að hún sé leiðitöm gagnvart jafnöldrum. Þá séu táningsárin framundan, sem oft fylgi tilfinningalegt ójafnvægi, og að félagsleg samskipti geti þá verið erfið. Telur matsmaður að áhætta yrði tekin, með tilliti til aldurs hennar, ef hún yrði tekin úr þeim stöðugu félagslegu aðstæðum sem hún búi við í dag. Óvissa ríkti um hvernig til tækist að stofna til nýrra tengsla og aðlagast nýjum aðstæðum. Í niðurlagi svarsins segir orðrétt: „Í ljósi dvalartíma [C] í Litháen og á Íslandi og aldurs hennar gæti það orðið verulega íþyngjandi fyrir barnið ef svo færi að fjölskyldan fylgdi [A] til Litháen yrði hann sendur úr landi með 10 ára endurkomubanni.“

Í svari við fjórðu spurningu segir eftirfarandi:

[C] er greind með málþroska við neðri mörk meðaltals, lesferðleika og dyslexíu og mælt er með að hún fái m.a. sérkennslu í lestri. Ljóst er að [C] talar hvorki litháísku né íslensku reipirennandi og að því leyti er hún í sömu stöðu í báðum löndunum. Aftur á móti eru báðir foreldrar hennar áhyggjufullir um að skólakerfið í Litháen verði henni erfitt og muni ekki koma til móts við sérþarfir hennar. Faðir segir álag í grunnskólum í Litháen mun meira en í íslenskum skólum og vegna sérþarfa [C] myndi hún ráða illa við þær miklu kröfur sem þar eru gerðar og móðir óttast að þá sérþjónustu sem barnið fær í íslenska skólakerfinu sé ekki að fá í Litháen.

Í ljósi skerts málþroska og greiningar [C] um lesblindu gæti það orðið verulega íþyngjandi fyrir barnið ef faðir hennar yrði sendur úr landi með 10 ára endurkomubanni og fjölskyldan fylgdi honum til Litháens.

IV

Eins og rakið hefur verið krefst stefnandi þess að úrskurður innanríkisráðuneytisins 21. september 2015, þar sem ákvörðun Útlendingastofnunar 16. desember 2013 var staðfest, verði felldur úr gildi. Með fyrrgreindri ákvörðun Útlendingastofnunar varð niðurstaðan sú að vísa bæri stefnanda brott frá Íslandi á grundvelli 1. og 2. mgr. 42. gr. laga nr. 96/2002, auk þess sem honum var bannað að koma aftur til landsins í tíu ár, sbr. 4. mgr. sömu greinar.

Með því að ákvörðun Útlendingastofnunar, sem er ríkisstofnun, var kærð til innanríkisráðuneytisins færðist ákvörðunarvald í málinu til ráðherra, sem fór með yfirstjórn málefna samkvæmt þágildandi lögum nr. 96/2002, sbr. 1. mgr. 3. gr. laganna, og bar stjórnskipunarlega ábyrgð á úrlausn málsins samkvæmt 14. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944. Í þessu ljósi fær dómurinn ekki séð að nauðsynlegt sé að stefna Útlendingastofnun samhliða íslenska ríkinu í máli þessu og verður litið svo á að íslenska ríkinu sé stefnt til ógildingar á úrskurði ráðuneytisins.

Á þeim tíma sem Útlendingastofnun tók ákvörðun í málinu í desember 2013 var fjallað um brottvísun útlendinga í 20. og 21. gr. laga nr. 96/2002, um útlendinga, sem voru í IV. kafla laganna um frávísun og brottvísun. Sérákvæði voru í VI. kafla laganna um útlendinga sem féllu undir samninginn um Evrópska efnahagssvæðið (EES) og stofnsamning Fríverslunarsamtaka Evrópu (EFTA). Í þeim kafla voru ýmis ákvæði um rétt viðkomandi og aðstandenda hans til komu og dvalar hér á landi. Þar var sérstaklega kveðið á um heimild til brottvísunar EES- og EFTA-útlendinga eða aðstandenda þeirra í 42. gr. laganna. Í ákvörðun Útlendingastofnunar, sem staðfest var af ráðuneytinu, var byggt á þessu ákvæði laganna.

Í framangreindu ákvæði laga nr. 96/2002 kom fram að heimilt væri að vísa EES- eða EFTA-útlendingi, eða aðstandanda hans, úr landi ef það væri nauðsynlegt með skírskotun til allsherjarreglu eða almannaöryggis. Þessi heimild var útskýrð nánar í 2. mgr. sömu greinar á þann veg að brottvísun samkvæmt 1. mgr. mætti „framkvæma ef útlendingurinn sýnir af sér eða ætla má að um sé að ræða persónubundna háttsemi sem felur í sér raunverulega og nægilega alvarlega ógn gagnvart grundvallarþjóðfélagssjónarmiðum“. Þar sagði einnig að hefði útlendingurinn „verið dæmdur til refsingar eða sérstakar ráðstafanir ákvarðaðar“ mætti brottvísun „því aðeins fara fram að um sé að ræða háttsemi sem getur gefið til kynna að útlendingurinn muni fremja refsivert brot á ný“. Í 4. mgr. greinarinnar kemur fram að brottvísun á grundvelli 1. mgr. fæli í sér bann við komu til landsins síðar og að slíkt endurkomubann gildi að jafnaði ekki skemur en í tvö ár.

Ákveðnar takmarkanir giltu samkvæmt 43. gr. laganna á heimild til brottvísunar samkvæmt 42. gr. laganna. Í grundvallaratriðum var þar kveðið á um

að ekki skyldi ákveða brottvísun viðkomandi ef það „mundi fela í sér ósanngjarna ráðstöfun gagnvart honum eða nánustu ættingjum hans“, eins og segir í 1. mgr. greinarinnar. Í síðari málslið sömu málsgreinar sagði að við þetta mat skyldi m.a. taka mið af lengd dvalar á Íslandi, aldri, heilsufari, félagslegri og menningarlegri aðlögun, fjölskyldu- og fjárhagsaðstæðum og tengslum viðkomandi við heimalandið. Þá var í 3. mgr. sömu greinar kveðið á um að ekki væri heimilt að vísa úr landi EES- eða EFTA-útlendingi, eða aðstandanda hans, sem hefur varanlega búsetu hér á landi, sbr. 39. gr. laganna, nema alvarlegar ástæður er varða allsherjarreglu eða almannaöryggi krefjist þess.

Eins og rakið hefur varð það niðurstaða Útlendingastofnunar að háttsemi sú sem stefnandi hafði gerst sekur um hefði falið í sér afar alvarlega ógn gegn allsherjarreglu og almannaöryggi. Væru ástæður brottvísunar því brýnar og taldi stofnunin að 2. og 3. mgr. 43. gr. útlendingalaga stæðu ekki í vegi fyrir brottvísun hans. Í ákvörðuninni er fjallað um það hvort brottvísun fæli í sér ósanngjarna ráðstöfun gagnvart stefnanda, eiginkonu hans eða dóttur. Varð það niðurstaða stofnunarinnar að svo væri ekki. Var þá einkum skírskotað til þeirrar alvarlegu ógnar sem falist hefði í broti stefnanda. Í því efni var einnig litið til þess að eiginkona og dóttir stefnanda væru litháískir ríkisborgarar sem ætti að auðvelda þeim að aðlagast breyttum aðstæðum. Þá útilokaði aðskilnaður ekki samskipti þeirra við stefnanda. Jafnframt var litið til ungs aldurs dóttur stefnanda sem talið var að auðveldaði henni aðlögun að litháísku samfélagi.

Í ákvörðun Útlendingastofnunar 16. október 2013 var tekið fram að brottflutningur kæmi ekki til framkvæmda fyrr en afplánun stefnanda lyki eða reynslulausn yrði veitt. Eins og rakið hefur verið var stefnanda veitt reynslulausn 18. maí 2015.

Ákvörðunin var kærð til innanríkisráðuneytisins 18. desember 2013. Meðan málið var til meðferðar í ráðuneytinu, og áður en brottvísun gat komið til framkvæmda, var ákvæðum laga nr. 96/2002 breytt með lögum nr. 64/2014. Lutu breytingarnar meðal annars að fyrirmælum um brottvísun útlendinga. Eins og rakið er í athugasemdum við frumvarpið sem varð að lögum miðuðu þessar breytingar m.a. að því að innleiða með fullnægjandi hætti tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/38/EB, um rétt borgara sambandsins og aðstandenda þeirra til frjálsrar farar og dvalar á yfirráðasvæði aðildarríkjanna.

Meðal þeirra breytinga sem gerðar voru með lögum nr. 64/2014 var að í 21. gr. laganna, sem bar yfirskriftina „Vernd gegn frávísun og brottvísun. Takmarkanir við ákvörðun um brottvísun“ var nú kveðið sérstaklega á um að við mat á því hvort brottvísun fæli í sér ósanngjarna ráðstöfun bæri sérstaklega að taka tillit til þess, ef um barn eða nánasta aðstandanda barns var að ræða, að það sem barni væri fyrir

bestu skyldi haft að leiðarljósi. Fyrrgreindum ákvæðum 42. og 43. gr. laganna var einnig breytt og varð ákvæði 2. mgr. 42. gr. þá svohljóðandi:

Brottvísun skv. 1. mgr. er heimilt að ákveða ef framferði viðkomandi felur í sér raunverulega, yfirvofandi og nægilega alvarlega ógn gagnvart grundvallarhagsmunum samfélagsins. Ákvörðun um brottvísun skal ekki eingöngu byggjast á almennum forvarnarforsendum. Ef viðkomandi hefur verið dæmdur til refsingar eða sérstakar ráðstafanir ákvarðaðar er brottvísun af þessari ástæðu því aðeins heimil að um sé að ræða háttsemi sem getur gefið til kynna að viðkomandi muni fremja refsivert brot á ný. Fyrri refsilagabrot nægja ekki ein og sér til þess að brottvísun sé beitt.

Í athugasemdum við frumvarpið sem varð að lögum nr. 64/2014 kemur fram að lagt sé til að orðalagi ákvæðisins verði breytt til þess að það samræmist betur efni tilskipunar 2004/38/EB „en áréttað er m.a. að fyrri refsilagabrot nægi ekki ein og sér til þess að brottvísun sé beitt, sbr. 2. mgr. 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB“.

Með lögum nr. 64/2014 var 43. gr. laga nr. 96/2002 einnig breytt. Þar sagði í 1. mgr. að þrátt fyrir ákvæði 42. gr. skyldi ekki ákveða brottvísun ef viðkomandi hefði haft „rétt til ótímabundinnar dvalar skv. 38. gr. eða 38. gr. a nema alvarlegar ástæður liggi til þess á grundvelli allsherjarreglu eða almannaöryggis“, sbr. a-lið 1. mgr. 43. gr. laganna. Þó að efni þessa ákvæðis svipi til 3. mgr. 43. gr. laganna eins og það hljóðaði fyrir gildistöku laga nr. 64/2014 kemur fram í athugasemdum við frumvarpið að breytingin hafi miðað að því að veita EES- eða EFTA-borgurum eða aðstandendum þeirra, sem hafa rétt til ótímabundinnar dvalar hér á landi, aukna vernd gegn brottvísun, þannig að þeim verði ekki vísað úr landi nema alvarlegar ástæður er varða allsherjarreglu eða almannaöryggi krefjist þess. Enn fremur skyldi brottvísun ekki ákveðin ef viðkomandi er „EES- eða EFTA-borgari eða aðstandandi hans undir lögaldri nema ákvörðun um brottvísun sé tekin á grundvelli brýnna ástæðna er varða almannaöryggi“. Ákvæði 2. mgr. 43. gr. laga nr. 96/2002, eins og það hljóðaði eftir gildistöku laga nr. 64/2014, var hliðstætt 1. mgr. 43. gr. sömu laga fyrir breytinguna.

Eins og rakið hefur verið tóku þessar lagabreytingar gildi áður en innanríkisráðuneytið hafði tekið afstöðu til kæru stefnanda. Breytingarnar miðuðu að því að auk vernd EES- og EFTA-borgara sem hér dveljast löglega gegn brottvísun íslenskra yfirvalda. Breytingarnar áttu, eins og rakið hefur verið, rætur að rekja til tilskipana ESB sem höfðu verið teknar upp í EES-samninginn áður en ákveðið var að vísa stefnanda brott frá landinu. Í þessu ljósi er engum vafa undirorpið að innanríkisráðuneytinu, sem fór með endanlegt ákvörðunarvald um brottvísun stefnanda, hafi borið að leggja lögina, með þeim breytingum sem fólust í

lögum nr. 64/2014, til grundvallar við úrlausn kærunnar.

Stefnandi styður ógildingarkröfu sína ýmsum rökum er lúta í senn að málsmeðferð ráðuneytisins og efnislegu mati þess. Málsástæður stefnanda lúta í fyrsta lagi að því að ráðuneytið hafi brotið gegn málshraðareglu 9. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993. Ákvæði þetta felur það í sér að stjórnvöldum beri að taka ákvarðanir í málum svo fljótt sem verða má. Ber stjórnvöldum á grundvelli ákvæðisins að gæta að því að ekki verði ónauðsynlegur dráttur á afgreiðslu máls.

Eins og mál þetta liggur fyrir verður að ganga út frá því að öll fyrirbyggjandi gögn og sjónarmið hafi legið fyrir í lok febrúar 2014 þegar ráðuneytið gaf lögmanni stefnanda færi á athugasemdum við gögn og afstöðu Útlendingastofnunar. Úrskurður var ekki kveðinn upp fyrr en um 19 mánuðum síðar eða 20. september 2015. Ekki hafa komið fram aðrar skýringar á þessum töfum en að mikill fjöldi mála hafi verið til úrlausnar ráðuneytisins og að kærur hafi verið afgreiddar í þeirri röð sem þær bærust. Hafi málsmeðferðartími í þessu máli ekki verið lengri en venja hafi staðið til í málum af þessum toga.

Þegar mikill fjöldi mála er tímabundið til afgreiðslu hjá stjórnvöldum getur það réttlætt nokkrar tafir á afgreiðslu þeirra. Þessi ástæða getur hins vegar ekki réttlætt svo langan afgreiðslutíma sem raun ber vitni í þessu máli og enn síður ef um venjulegan afgreiðslutíma var að ræða. Tafir við afgreiðslu á kæru stefnanda voru því óréttlætanlegar og stangaðist meðferð málsins hjá ráðuneytinu því á við málshraðareglu 9. gr. stjórnslulaga. Þessar óréttmætu tafir á afgreiðslu kærunnar valda þó ekki einar og sér ógildingu úrskurðarins.

Stefnandi telur enn fremur að rannsókn Útlendingastofnunar og innanríkisráðuneytisins á máli stefnanda hafi verið ábótavant og að málsmeðferðin hafi farið gegn 10. gr. stjórnslulaga. Í því ákvæði segir að stjórnvöld skuli sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Felur reglan í sér að stjórnvöld verða að tryggja að nauðsynlegar upplýsingar um málsatvik liggi fyrir áður en komist er að niðurstöðu.

Af lagagrundvelli málsins, sem lýst hefur verið, er ljóst að stefnda bar, með vísan til 10. gr. stjórnslulaga, að sjá til þess að fyrir lægju upplýsingar um háttsemi og hegðun stefnanda, sem gat gefið tilefni til ályktana um hversu rík ógn stafaði af stefnanda með tilliti til allsherjarreglu og almannaöryggis. Enn fremur varð að afla upplýsinga um hversu rík tengsl stefnandi og nánustu aðstandendur hans hefðu við Ísland, sem og um aldur, heilsufar þeirra og fleira sem máli skiptir við úrlausn á því hvort brottvísun kunni að fela í sér ósanngjarna ráðstöfun gagnvart stefnanda, eiginkonu hans eða dóttur þeirra, sbr. 2. mgr. 43. gr. laga nr. 96/2002, sbr. áður 1. mgr. sömu greinar.

Málið hófst að frumkvæði Útlendingastofnunar. Í lögum nr. 96/2002 voru engin ákvæði sem lögðu skyldu á stefnanda að upplýsa um framangreind atriði, sbr. til hliðsjónar 29. gr. laganna. Það var því á ábyrgð stefnda að afla nauðsynlegra upplýsinga um framangreind atvik og aðstæður stefnanda og fjölskyldu hans. Þeirra upplýsinga var eftir atvikum unnt að afla hjá stefnanda.

Þegar Útlendingastofnun tók afstöðu til málsins lá dómur í máli S-[...] fyrir sem og greinargerð stefnanda þar sem hann lýsti m.a. fjölskylduaðstæðum sínum og tengslum sínum og fjölskyldu sinnar við Ísland. Þar var einnig bent á að eiginkona stefnanda, B, og dóttir þeirra, C, hefðu einungis tvívegis farið í heimsókn til Litháen síðan þau fluttu til Íslands. Af ákvörðun stofnunarinnar má einnig draga þá ályktun að aflað hafi verið upplýsinga í þjóðskrá um að eiginkona stefnanda og dóttir hafi komið til landsins í apríl 2008, en stefnandi í júlí 2007. Upplýsingar lágu líka fyrir um aldur þeirra. Aftur á móti verður ekki séð að leitað hafi verið eftir frekari upplýsingum sem varpað gátu ljósi á heilsufar þeirra, félagslega og menningarlega aðlögun, fjárhagsaðstæður þeirra og tengsl við Litháen.

Eins og áður segir var málið kært til innanríkisráðuneytisins í desember 2013. Í kæru stefnanda voru veittar nánari upplýsingar um tengsl stefnanda og eiginkonu hans við Litháen. Kom þar m.a. fram að stefnandi ætti aldraða foreldra þar, auk bróður og systur, en samskipti hans við systkini sín væru lítil. Þá ætti hann ekki vini í Litháen og hvorki hann né eiginkona hans ættu þar eignir. Þá var áréttað að dóttir stefnanda væri meiri Íslendingur en Lithái, enda hafi hún átt heima hér á landi frá því að hún var þriggja ára.

Frá því að málinu var skotið til ráðuneytisins þar til niðurstaða þess lá fyrir leið meira en 21 mánuður. Þá liðu um 19 mánuðir frá því að ráðuneytið gaf stefnanda færi á að koma að athugasemdum við bréf Útlendingastofnunar og gögn sem bárust frá stofnuninni uns úrskurður var kveðinn upp. Á þessum langa tíma mátti reikna með að aðstæður nánustu aðstandenda stefnanda gætu hafa breyst. Eftir sem áður verður ekki séð að ráðuneytið hafi undir rekstri málsins leitað frekari upplýsinga, hvorki hjá stefnanda né öðrum, um þau atriði sem skylt var að taka mið af við úrlausn á því hvort brottvísun teldist ósanngjörn ráðstöfun, þ. á m. um heilsufar, félagslega- og menningarlega aðlögun og fjárhagsaðstæður stefnanda og fjölskyldu hans. Ekki verður heldur séð að leitað hafi verið upplýsinga um hegðun stefnanda við afplánun fangelsisrefsingarinnar eða hvort hann hefði komist í kast við lögin eftir að hann fékk reynslulausn. Þegar úrskurðurinn var kveðinn upp lágu því ekki fyrir nýjustu upplýsingar um þau atriði sem að lögum eiga að hafa þýðingu við töku ákvörðunar um brottvísun.

Í málinu liggur fyrir að dóttir stefnanda greindist með lesblindu (dyslexiu) í mars 2015. Þá var hún á tíunda aldursári. Fram að því hafði hún stundað

skólagöngu í íslensku málumhverfi og lært að skrifa og lesa á íslensku. Ætla verður að hömlur af þessum toga geti valdið henni erfiðleikum við að hefja nám í Litháen þó að hún tali og skilji litháísku. Í skýrslu eiginkonu stefnanda fyrir dómi kom fram að hér á landi fái dóttir þeirra aðstoð í námi sem hún telur að hún fengi ekki í Litháen. Kvaðst hún ekki vera reiðubúin að leggja það á barnið að flytja til Litháens þó að stefnanda yrði vísað brott frá Íslandi. Upplýsingar um þessar aðstæður hlutu að skipta máli við mat á því hvort ráðstöfunin teldist ósanngjörn í garð stefnanda og nánustu aðstandenda hans, sbr. 2. mgr. 43. gr. laga nr. 96/2002.

Með vísan til þess sem hér hefur verið rakið verður á það fallist að ráðuneytinu hafi borið, áður en málið var tekið til úrskurðar, að afla nýrra upplýsinga um aðstæður stefnanda og fjölskyldu hans með tilliti til þeirra atriða sem fram koma í 2. mgr. 43. gr. laga nr. 96/2002, sem og um hegðun stefnanda við afplánun og eftir að hann fékk reynslulausn. Að teknu tilliti til skyldu ráðuneytisins samkvæmt 10. gr. stjórnarsýslulaga, og þeirrar ábyrgðar sem hvíldi á því við að afla nauðsynlegra upplýsinga um þau atriði sem þýðingu gátu haft samkvæmt 2. mgr. 42. gr. og 2. mgr. 43. gr. laga nr. 96/2002, gat ráðuneytið ekki reiknað með því að stefnandi hefði frumkvæði að því að leggja fram nýjar upplýsingar um þessi atriði. Málsmeðferð ráðuneytisins var því í andstöðu við skyldur þess samkvæmt rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga.

Af rökstuðningi í ákvörðun Útlendingastofnunar frá október 2013 verður ráðið að það hafi verið mat stjórnvalda að sú háttsemi, sem stefnandi hafði verið fundinn sekur um, fæli í sér „afar alvarlega ógn gegn allsherjarreglu og almannaoýruggi“. Var talið að rúmlega sex ára dvöl stefnanda hér á landi kæmi ein og sér ekki í veg fyrir brottvísun í ljósi alvarleika brotsins og eðli þess. Þá vó afbrot stefnanda og hagsmunir ríkisins af því að stemma stigu við fikniefnabrotum þyngra að mati stofnunarinnar en hagsmunir stefnanda og fjölskyldu hans af áframhaldandi dvöl hans hér á landi. Við það hagsmunamat skipti uppruni allra fjölskyldumeðlima og tengsl stefnanda og eiginkonu hans við Litháen þó einnig máli sem og ungur aldur dóttur stefnanda sem talið var að auðveldaði henni aðlögun að breyttu umhverfi.

Eins og rakið hefur verið var lögum nr. 96/2002 breytt meðan kæra stefnanda á framangreindri ákvörðun var til meðferðar hjá ráðuneytinu. Með þeirri lagabreytingu var, eins og fram hefur komið, lögð aukin áhersla á að í málum þar sem til álita kæmi að vísa EES- og EFTA-borgurum úr landi yrði að meta hvort háttsemi viðkomandi gæti gefið til kynna að hann myndi fremja refsivert brot að nýju, sbr. 2. mgr. 42. gr. laganna. Þó að á það verði að fallast að brot stefnanda feli út af fyrir sig í sér ógn við allsherjarreglu og almannaoýruggi varð ráðuneytið af þessum sökum að horfa sérstaklega til þess hvort í máli stefnanda væru einhverjar aðstæður sem drægju úr þeirri ógn. Þar hlaut hegðun stefnanda fram að sakfellingu

og í afplánun sem og háttsemi hans eftir að reynslulausn var veitt að skipta máli. Af úrskurði ráðuneytisins verður ekki séð að þessi atriði hafi verið metin heildstætt eins og vera bar, heldur verður helst ráðið af rökstuðningi í honum að ályktanir um þá ógn sem stafaði af stefnanda væru dregnar af einu refsilagabroti. Telur dómurinn að mat ráðuneytisins að þessu leyti hafi ekki samrýmst kröfum 2. mgr. 42. gr. þágildandi laga nr. 96/2002.

Af orðum 2. mgr. 43. gr. þágildandi laga nr. 96/2002, áður 1. mgr. sömu greinar, verður dregin sú ályktun að óheimilt hafi verið að ákveða brottvísun stefnanda ef sú ráðstöfun var ósanngjörn gagnvart honum, eiginkonu hans eða dóttur. Regla þessi er vísiregla sem var háð mati þar sem líta bar til þeirra atriða sem kveðið er á um í síðari málslið málgreinarinnar. Af niðurstöðu bæði Útlendingastofnunar og ráðuneytisins verður ráðið að stjórnvöld hafi túlkað ákvæði þetta á þá leið að við aðstæður eins og í þessu máli skuli vega þau atriði sem geta bent til ósanngirnis á móti þeirri ógn sem stafar af viðkomandi fyrir samfélagið. Eftir því sem hegðun viðkomandi felur í sér meiri ógn gagnvart grundvallarhagsmunum samfélagsins þurfi ósanngirnin því að vera ríkari til að afstýra brottvísun.

Dómurinn telur ekki efni til athugasemda við að ákvæði 2. mgr. 43. gr. laga nr. 96/2002 kalli á hagsmunamat þar sem þessi atriði eru vegin. Eins og reglan er úr garði gerð verður hins vegar að álykta að dómurinn eigi fullt endurskoðunarvald um niðurstöðu slíks mats. Helgast sú ályktun einnig af því að ákvörðun um brottvísun stefnanda fól í sér íhlutun í friðhelgi fjölskyldu stefnanda, sem nýtur verndar 71. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944 og 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Slík íhlutun er óheimil nema á grundvelli sérstakrar lagaheimildar þegar brýn nauðsyn ber til vegna réttinda annarra, sbr. 3. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar. Áskilnað stjórnarskrárinnar um brýna nauðsyn verður að skýra til samræmis við 2. mgr. 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Þar segir að stjórnvöld skuli ekki ganga á rétt manna til friðhelgi einkalífs, fjölskyldu, heimils og bréfaskipta nema samkvæmt því sem lög mæli fyrir um og nauðsyn beri til í lýðræðislegu þjóðfélagi, m.a. til þess að firra glundroða og glæpum eða til verndar siðgæði, réttindum og frelsi annarra. Við mat á því hvort takmörkun á friðhelgi fjölskyldu sé nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi er litið til hliðstæðra atriða og þegar metið er hvort brottvísun sé ósanngjörn samkvæmt fyrrgreindu ákvæði útlendingalaga. Um það má vísa til ýmissa dóma Mannréttindadómstóls Evrópu, m.a. í máli Boultif gegn Sviss (mál nr. 54273/00), Amrollahi gegn Danmörku (mál nr. 56811/00) og Keles gegn Þýskalandi (mál nr. 32231/02).

Við endurskoðun dómstóla á hagsmunamati stjórnvalda er ekki við aðrar upplýsingar að styðjast en þær sem fram hafa komið fyrir dómi. Koma upplýsingar

um aðstæður stefnanda og fjölskyldu hans sem lagðar voru fyrir dóminn, m.a. í matsgerð dómkvadds matsmanns og skýrslum sem gefnar voru fyrir dómi, til fyllingar því sem á skorti við rannsókn stjórnvalda.

Þegar ráðuneytið tók afstöðu til máls stefnanda hafði hann og fjölskylda hans dvalið hér á landi í þó nokkur ár. Hafa þau bæði tekið virkan þátt í atvinnulífi hér á landi mestan þann tíma og átt hér eignir. Því verður að ætla að tengsl þeirra við Ísland hafi þá verið orðin mikil og hafi farið vaxandi síðan þá.

Þetta á þó sérstaklega við um dóttur stefnanda sem var einungis þriggja ára þegar hún flutti til landsins. Hún var 10 ára þegar ráðuneytið kvað upp úrskurð sinn og er nú 12 ára gömul. Hún hefur því búið hér á landi nær öll uppvaxtarár sín sem hana rekur minni til. Alla menntun sína hefur hún fengið í íslensku málumhverfi, við íslenskar aðstæður og hér á hún vinkonur. Þó að hún tali og skilji litháisku hefur hún takmörkuð tengsl við Litháen. Almennt verður að ætla að barn á þessum aldri geti átt í töluverðum erfðleikum með að laga sig að ólíkum áherslum í skólakerfi sem er því ókunnugt sem og því að kennsla fari fram á annari tungu en fram til þessa. Eykur það enn meira á þennan vanda að dóttir stefnanda glímur við lesblindu. Að sögn foreldra hennar fær hún viðeigandi stuðning í íslensku skólakerfi en þau telja að sú þjónusta sé ekki í boði í Litháen. Að sögn foreldranna hafa tengsl þeirra við Litháen enn fremur verið að dvína og hafa heimsóknir stúlkunnar og móður hennar þangað verið fáar.

Eins og móðir hennar greindi frá fyrir dómi telur hún ekki raunhæft að dóttir stefnanda flytji með foreldrum sínum til Litháen. Sú afstaða er skiljanleg að mati dómsins og tekur mið af því sem er barninu fyrir bestu. Á það sama við um flutning í enn annað málumhverfi. Helgast það einnig af því að stúlkan var á viðkvæmum aldri þegar ráðuneytið úrskurðaði í málinu og siglir nú inn í unglingsárin. Brottvísun stefnanda og endurkomubann í 10 ár myndi samkvæmt öllu framansögðu leiða til aðskilnaðar foreldranna sem og stefnanda og dóttur hans. Engin ástæða er til að draga í efa að slíkur aðskilnaður myndi hafa verulega röskun í för með sér fyrir fjölskylduna og fjárhagsaðstæður hennar.

Á móti kemur að brot það sem stefnandi var sakfelldur fyrir var mjög alvarlegt. Innflutningur á miklu magni fíkniefna beinist að almannahagsmunum, enda eru skaðleg áhrif fíkniefna, á borð við þau sem stefnandi stóð að innflutningi á, alvarleg ógn við heilsu einstaklinga og velferð samfélagsins. Brot stefnanda getur gefið tilefni til að álykta að hann kunni að halda áfram að raska allsherjarreglu og almannaoýruggi. Á hinn bóginn virðist sakaferill stefnanda ekki gefa annað til kynna en að brot stefnanda hafi verið einstakt. Hann hefur ekki áður gerst sekur um fíkniefnabrot og virðist ekki hafa komist í kast við lögin eftir að hann var leystur úr haldi. Eins og atvikum er háttað liggja því fyrir aðstæður sem draga úr þeirri ógn

sem sem af honum stafar.

Með vísan til þess sem hér hefur verið rakið telur dómurinn að ákvörðun um brottvísun stefnanda feli í sér ósanngjarna ráðstöfun í garð stefnanda og nánustu aðstandenda hans, sbr. 2. mgr. 43. gr. laga nr. 96/2002. Því var óheimilt að ákveða brottvísun stefnanda úr landi og banna honum að koma til landsins í tíu ár.

Í ljósi alls þess sem að framan greinir verður fallist á kröfu stefnanda um að fella úrskurð innanríkisráðuneytisins úr gildi vegna ágalla á málsmeðferð stjórnvalda og með vísan til þess að hagsmunamat samkvæmt 2. mgr. 43. gr. laga nr. 96/2002 gefur tilefni til að álykta að brottvísun stefnanda sé ósanngjörn.

Samkvæmt 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála, ber stefnda að greiða stefnanda málskostnað. Að teknu tilliti til meðferðar málsins, umfangs þess og útlagðs kostnaðar þykir hann hæfilega ákveðinn 1.500.000 krónur.

Uppkvaðning dóms þessa hefur dregist fram yfir frest samkvæmt 1. mgr. 115. gr. laga nr. 91/1991. Dómari og aðilar töldu ekki efni til þess að málið yrði flutt að nýju.

Ásmundur Helgason héraðsdómari kveður upp dóm þennan.

D Ó M S O R Ð:

Úrskurður innanríkisráðuneytisins 21. september 2015, sem staðfesti ákvörðun Útlendingastofnunar 16. október 2013, um brottvísun og endurkomubann stefnanda, A, til Íslands í tíu ár, er felldur úr gildi.

Stefndi, íslenska ríkið, greiði stefnanda 1.500.000 krónur í málskostnað.

Ásmundur Helgason (sign.)