

# Héraðsdómur Reykjavíkur

Dómur 3. júní 2022

Mál nr. E-4160/2021:

**A**

(Magnús Jónsson lögmaður)

**gegn**

**Útlendingastofnun**

(Guðrún Sesselja Arnardóttir lögmaður)

## Dómur

### I

- Mál þetta, sem dómtekið var 12. maí 2022, er höfðað 7. september 2021 af A, [...], [...], gegn Útlendingastofnun.
- Stefnandi krefst þess að ákvörðun kærunefndar útlendingamála nr. 277/2021 verði felld úr gildi. Þá er krafist málskostnaðar, auk virðisaukaskatts, eins og málið væri eigi gjafsóknarmál.
- Stefndi krefst sýknu auk málskostnaðar úr hendi stefnda, en til vara að málskostnaður verði látinn niður falla.

### II

#### Málsatvik

- Stefnandi er fæddur árið 19[...] og er [...] ríkisborgari. Kom hann til starfa á Íslandi á árinu 2007 og hefur átt lögheimili hér frá [...]2008. Það ár hóf hann sambúð og eignaðist hann með sambyliskonu sinni, síðar eiginkonu, þrjú börn sem fædd eru [...]og [...].
- Stefnandi var dæmdur þrisvar sinnum á árunum [...]–[...]fyrir brot gegn almennum hegningarlögum nr. 19/1940 og lögum nr. 65/1974 um ávana- og fíkniefni. Fyrsti dómurinn féll [...] 2012 hjá Héraðsdómi Reykjaness og var stefnandi, sem játaði brot sín, dæmdur til fimm mánaða fangelsis, skilorðsbundið í tvö ár, fyrir þjófnað, tilraun til þjófnaðar, hylmingu og fíkniefnalagabrot. Með dómi Héraðsdóms Reykjavíkur [...] 2013 var stefnanda, sem aftur játaði brot sín, þjófnað og eignaspjöll, gerður hegningarauki og var refsing ákærða ákveðin í einu lagi fangelsi í 12 mánuði, skilorðsbundið í tvö ár. Stefnandi hlaut enn dóm Héraðsdóms Reykjaness [...] 2014 og rauf með því skilorð. Enn játaði hann brot sín, þjófnað, og var skilorð dómsins [...] 2013 dæmt upp og refsing stefnanda ákveðin 15 mánaða fangelsi, en þar af voru 12 mánuðir skilorðsbundnir til þriggja ára. Þá gekkst stefnandi á árunum [...], [...]og [...]fjórum sinnum undir sekt fyrir brot gegn lögum 65/1974 og þágildandi umferðarlögum nr. 50/1987, auk þess að vera í tvígang sviptur ökurétti með sáttum á árinu 2013, í seinna skiptið samtals í 36 mánuði frá [...]2013.

6. Með bréfi, dags. 15. september 2014, tilkynnti Útlendingastofnun stefnanda um hugsanlega brottvísun og endurkomubann og var vísað til framangreindra brota hans. Með bréfi stofnunarinnar til stefnanda, dags. 27. janúar 2016, var honum tilkynnt að hætt hefði verið við hugsanlega brottvísun og endurkomubann. Var það mat stofnunarinnar að brottvísun ætti ekki við að svo stöddu þegar litið væri til alvarleika brota sem stefnandi hefði verið dæmdur fyrir, tengsla hans við landið og fjölskylduaðstæðna. Vakin var athygli á því að yrði framhald á brotum stefnanda myndi stofnunin taka til skoðunar á ný hvort hugsanlega bæri að brottvísa honum og ákvarða endurkomubann.
7. Stefnandi hlaut enn á ný dóm hjá Héraðsdómi Reykjaness [...] 2016 fyrir brot sem hann játaði, þjófnað og umferðarlagabrot sem fólst í akstri undir áhrifum ávana- og fíkniefna. Var rakið í dóminum að hann hefði með fyrri dómum verið fundinn sekur um alls 10 þjófnaðarbrot og tvær tilraunir til þjófnaðar og að með sakfellingu væri skilorðshluti dómsins frá [...] 2014 tekinn upp og refsing ákveðin 22 mánaða fangelsi. Var vísað til þess að háttsemi stefnanda bæri vott um skýran og einbeittan brotavilja, svo og til sakaferils hans og verðmætis hins stolna. Þá var stefnandi sviptur ökurétti ævilangt.
8. Með dómi Héraðsdóms Reykjaness [...] 2018 var stefnandi enn sakfelldur fyrir brot sem hann játaði. Var þar um að ræða þjófnaðarbrot og líkamsárás sem varðaði 218. gr. b í almennum hegningarlögum og 98. gr. og 1. og 3. mgr. 99. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002. Var árásinni lýst þannig að hann hefði beitt stjúpðóttur sína ofbeldi, líkamlegum refsingum, ógnunum og sýnt henni yfirgang og ruddalegt athæfi með því að hafa slegið hana með belti í rass og hönd.
9. Samkvæmt staðfestingu Fangelsismálastofnunar ríkisins var stefnandi í samfelldri afplánun í fangelsum ríkisins frá [...] 2017 til [...] 2019 er honum var veitt reynslulausn skilorðsbundið í tvö ár á 222 daga eftirstöðvum.
10. Útlendingastofnun tilkynnti stefnanda með bréfi, dags. 28. janúar 2019, að hún hefði að nýju til skoðunar hvort skilyrði laga nr. 80/2016 um útlendinga væru uppfyllt til að vísa honum brott frá Íslandi. Var vísað til nýrri dóma, sem og eldri, sem hann hefði hlotið, auk sátta. Stefnanda var gefinn kostur á að koma að andmælum vegna þessa, sem hann og gerði með greinargerð dags. 23. mars s.á. Benti hann m.a. á að hann ætti börn á Íslandi og óskaði stofnunin í kjölfarið eftir frekari upplýsingum um hvernig forsjá og umgengni við börnin væri háttað, svo og um samskipti stefnanda við þau. Var stofnuninni sent endurrit úr sífjamálabók sýslumannsins á höfuðborgarsvæðinu og staðfesting embættisins á samningi um umgengni þar sem mælt er fyrir um reglulega umgengni stefnanda við börn sín aðra hverja helgi frá föstudegi til sunnudags.
11. Ákvörðun Útlendingastofnunar um brottvísun stefnanda og endurkomubann í fimm ár lá fyrir 13. janúar 2020. Stefnandi kærði hana til kærunefndar útlendingamála sem felldi hana úr gildi með úrskurði nr. 244/2020, upp kveðnum 16. júlí 2020. Var það mat nefndarinnar að frekara mat þyrfti að fara fram á tengslum stefnanda við börn sín svo unnt væri að leggja fullnægjandi mat á hvort brottvísun hans teldist ósanngjörn ráðstöfun gagnvart honum í skilningi 2. mgr. 97. gr. laga nr. 80/2016.

12. Í kjölfar úrskurðarins tók Útlendingastofnun mál stefnanda aftur til meðferðar og lá þá fyrir að stefnandi og eiginkona hans höfðu fengið leyfi til lögskilnaðar [...] 2020 og gert með sér samkomulag um sameiginlega forsjá barna sinna sem skyldu eiga lögheimili hjá móður sinni. Stofnunin óskaði við meðferð málsins eftir álit barnaverndar [...] um tengsl stefnanda við börn hans. Lá það álit fyrir 18. september 2020 og kom þar m.a. fram að börnin hefðu verið vistuð utan heimilis og að umgengni stefnanda hefði fallið niður í tvígang undir lok ársins 2019 vegna neyslu hans á áfengi og vímuefnum en að þegar hann hefði verið í meðferð vegna þessa hefði hann talað í tvígang við börnin á Skype. Eftir meðferð hefði skipulögð umgengni farið fram og einnig í gegnum Skype. Þá kom fram að þingfest hefði verið mál fyrir Héraðsdómi Reykjaness þar sem þess væri krafist að stefnandi yrði sviptur forsjá barnanna.
13. Ný ákvörðun Útlendingastofnunar þess efnis að stefnanda yrði brottvísað og honum bönnuð endurkoma til Íslands í fimm ár lá fyrir 26. október 2020 sætti kærú til kærunefndar útlendingamála. Áður en nefndin leysti úr kærúnni féll dómur Héraðsdóms Reykjaness [...] 2021 þar sem stefnandi var sviptur forsjá barna sinna. Með úrskurði nr. [...] kveðnum upp 22. júní 2021 staðfesti kærunefndin ákvörðun Útlendingastofnunar.
14. Niðurstaða kærunefndarinnar var á því reist að stefnandi hefði verið dæmdur fyrir brot gegn almennum hegningarlögum, lögum nr. 65/1974 og þágildandi umferðarlögum. Hann hefði verið í afplánun frá [...] 2017 til [...] 2019 er honum hafi verið veitt reynslulausn skilorðsbundið. Í umsögn lögreglunnar á höfuðborgarsvæðinu, dags. 27. ágúst 2020, komi fram að kærandi eigi tvö opin mál til meðferðar hjá lögreglu, annað varði hótanir en hitt þjófnað. Afskipti lögreglu hafi verið ítrekuð frá apríl 2008 til júlí 2020. Horfði kærunefndin til endurtekinnar og alvarlegra brota gegn 244. gr. almennra hegningarlaga, auk þess sem stefnandi hefði verið dæmdur fyrir ofbeldi í nánu sambandi fyrir brot gagnvart stjúpdóttur sinni. Þá leit nefndin til endurtekinnar og alvarlegra brota gegn umferðarlögum með akstri undir áhrifum sem í fælist mikil hætta gegn lífi og heilsu fólks í umferðinni þótt tjón hafi ekki hlotist af þeim. Væri stefnandi með ólokinn mál í refsivörslukerfinu sem veitti vísbendingar um að hann hefði ekki látið af háttsemi sinni. Að mati kærunefndar gat framangreind háttsemi gefið til kynna að stefnandi myndi fremja refsivert brot á ný, sbr. 2. másl. 2. mgr. 95. gr. laga nr. 80/2016, og leit hún og til þess að afbrot hans hefðu hafist skömmu eftir flutning hans til landsins. Vísaði hún til tíðni og alvarleika afbrota stefnanda og mat það sem svo að skilyrðum fyrir brottvísun skv. 1. mgr. greindrar 95. gr. væri fullnægt. Þegar litið væri til eðlis brotanna, þ.e. ítrekaðra innbrota, þjófnaðar og eignaspjalla, aksturs undir áhrifum áfengis- og fíkniefna, auk ofbeldis gegn stjúpbarni, fæli framferði stefnanda í sér raunverulega og yfirvofandi ógn gagnvart grundvallarhagsmunum samfélagsins í skilningi 2. mgr. fyrrnefndrar 95. gr. Þá hefði hann ekki látið af brotastarfsemi sinni þrátt fyrir að hafa verið tilkynnt um hugsanlega brottvísun árið 2014. Var það enn fremur mat nefndarinnar að alvarlegar ástæður lægju væru fyrir brottvísun stefnanda á grundvelli allsherjarreglu, sbr. a-lið 1. mgr. 97. gr. laga nr. 80/2016, þótt hann uppfyllti skilyrði 1. mgr. 87. gr. þeirra. Vísaði nefndin og til þess að afplánun stefnanda í

fangelsi hefði rofið samfellda dvöl kæranda hér á landi og teldist hann því ekki hafa fasta búsetu hér á landi síðustu 10 ár í skilningi b-liðar 1. mgr. 97. gr. sömu laga, sbr. og dóm Evrópudómstólsins í máli C-400/12.

15. Kærunefndin fjallaði einnig um takmarkanir 2. mgr. 97. gr. áðurgreindra laga á heimild til brottvísunar skv. 95. gr. laganna. Var tekið fram að við mat á því hvort brottvísun fæli í sér ósanngjarna ráðstöfun gagnvart kæranda eða nánustu aðstandendum hans yrði að hafa ákvæði 71. gr. stjórnarskrárinnar og 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu um friðhelgi einkalífs og fjölskyldu til hliðsjónar. Benti nefndin á að Mannréttindadómstóll Evrópu hefði lagt til grundvallar í málum af þessum toga eðli þess brots sem viðkomandi hefði gerst sekur um, lengd dvalar viðkomandi í því ríki sem tæki ákvörðun um brottvísun og félags-, menningar- og fjölskyldutengsl viðkomandi við dvalarríki og heimaríki, sbr. t.d. mál *Üner gegn Hollandi* nr. 46410/99 og *Balogun gegn Bretlandi* nr. 60286/09. Rakti kærunefndin álit barnaverndar [...] og taldi m.a. ráðið af því að stefnandi hefði ekki verið aðalummönnunaraðili barna sinna til margra ára, hann væri ófær um að gegna forsjár- og uppeldisskyldum sínum þannig að best hentaði hag þeirra og þörfum og að umgengni stefnanda við þau yrði takmörkuð, eða um tvisvar til fjórum sinnum á ári. Þá væri það mat barnaverndar að bein tengsl væru milli vanlíðanar barnanna og aukinnar umgengni stefnanda við þau. Stefnandi hefði verið sviptur forsjá barna sinna með dómi og í dómnum sé tekið undir mat barnaverndar. Að mati kærunefndar stóðu hagsmunir barna stefnanda eða fjölskyldutengsl ekki í vegi fyrir brottvísun hans og gæti hann átt þá umgengni við börn sín sem barnavernd ákvæði í gegnum fjarfundarbúnað í heimaríki sínu. Hvað önnur tengsl stefnanda við landið varðaði benti nefndin á að atvinnuþátttaka hans hefði verið takmörkuð frá upphafi dvalar, brotaferill hans bæri því vitni að hann hefði átt í verulegum erfiðleikum með að aðlagast íslensku samfélagi, auk þess sem hann hefði gerst sekur um alvarlegri brot eftir því sem liðið hefði á dvöl hans. Þegar tengsl hans við landið væru vegin heildstætt á móti alvarleika brota hans og tíðni væri það mat nefndarinnar að brottvísun stefnanda fæli ekki í sér ósanngjarna ráðstöfun gagnvart honum eða nánustu aðstandendum hans, sbr. 2. mgr. 97. gr. laga nr. 80/2016.
16. Kærunefndin staðfesti jafnframt ákvörðun Útlendingastofnunar um tímalengd endurkomubanns að málsatvikum virtum og með vísan til alvarleika og fjölda brota stefnanda, en nefndin benti jafnframt á úrræði 2. og 3. mgr. 96. gr. laga nr. 80/2016 um heimild til niðurfellingar endurkomubanns og heimild til stuttrar heimsóknar.
17. Stefnandi óskaði eftir frestun réttaráhrifa úrskurðar kærunefndar útlendingamála, en því var hafnað með úrskurði nefndarinnar 16. ágúst 2021.

### III

*Helstu málsástæður og lagarök stefnanda*

18. Stefnandi byggir á því að úrskurður kæruneftndar útlendingamála nr. 277/2021 standist ekki lög og að um ósanngjarna ráðstöfun sé að ræða gagnvart honum og fjölskyldu hans. Óumdeilt sé að stefnandi eigi rétt til ótímabundinnar dvalar og falli undir a-lið 1. mgr. 97. gr. laga nr. 80/2016 um útlendinga, en ágreiningur ríki um hvort hann uppfylli skilyrði b-liðar ákvæðisins sem takmarki heimild til brottvísunar á grundvelli 95. gr. laganna nema ákvörðun um brottvísun sé tekin á grundvelli brýnna ástæðna er varði almannaöryggi. Þrátt fyrir að stefnandi hafi verið sakfelldur fyrir brot séu þau ekki slík að framferði hans verði talið raunveruleg og nægjanlega alvarleg ógn gagnvart almannaöryggi og almannahagsmunum Íslands.
19. Útlendingastofnun og kæruneftnd útlendingamála vísi bæði til dóms Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *Balogun gegn Bretlandi* nr. 60286/09 sér til stuðnings. Það mál sé ólíkt að því leyti að það varði brottvísun manns sem hafi átt langan feril fíkniefnatengdra afbrota að baki, en ekki átt börn í dvalarríkinu og hann því ekki notið verndar friðhelgi fjölskyldulífs skv. 8. gr. sáttmálans, en það geri stefnandi.
20. Áfátt sé rökstuðningi kæruneftndar útlendingamála um brýnar ástæður fyrir brottvísun stefnanda á grundvelli almannahagsmuna eða almannaöryggis, enda hafi ekkert verið lagt fram sem styðji þá fullyrðingu. Það að hafa hlotið refsisdóm á Íslandi geti ekki eitt og sér verið ógn við almannahagsmuni eða almannaöryggi, sbr. 2. mgr. 95. gr. laga nr. 80/2016, þar sem sérstaklega sé kveðið á um að ef viðkomandi hafi verið dæmdur til refsingar eða sérstakar ráðstafanir ákvarðaðar sé brottvísun af þessari ástæðu aðeins heimil sé um að ræða háttsemi sem geti gefið til kynna að viðkomandi muni fremja refsivert brot á ný. Einnig að fyrri refsilagabrot nægi ekki ein og sér til þess að brottvísun sé beitt. Þótt mál aðila sé til rannsóknar hjá lögreglu sé það grundvallarregla réttarríkisins að allir séu saklausir uns sekt er sönnuð.
21. Þá byggir stefnandi á því að stjórnvöld hafi ekki framkvæmt lögbundið mat skv. 2. mgr. 97. gr. laga nr. 80/2016. Þar sé tekið fram að við mat á því hvort brottvísun feli í sér ósanngjarna ráðstöfun gagnvart viðkomandi eða nánustu aðstandendum hans skuli m.a. tekið mið af lengd dvalar á landinu, aldri, heilsufari, félagslegri og menningarlegri aðlögun, fjölskyldu- og fjárhagsaðstæðum og tengslum viðkomandi við heimaland sitt. Eftir þessu hafi stjórnvöld ekki farið við ákvörðun í máli stefnanda, enda hafi þau atriði sem upp séu talin í lagaákvæðinu ekki verið könnuð á nokkurn hátt. Tengsl stefnanda við heimaland sitt, sem séu engin, hafi ekki verið könnuð. Hann hafi einungis heimsótt landið þrisvar til fjórum sinnum frá árinu 2007 og þá eingöngu til að heimsækja aldraða móður sína, en faðir hans sé látinn. Bróðir stefnanda og mágkona séu íslenskur ríkisborgarar, börn stefnanda öll fæðst á Íslandi þar sem allir hans vinir séu. Öll hans tengsl og þekking sé tengd við Ísland. Skortur á mati á tengslum stefnanda við landið sem standi til að vísa honum til sé á ábyrgð stjórnvalda og ætti að verða til ógildingar ákvörðunar kæruneftndar útlendingamála. Hafi enda mannréttindadómstóllinn gert skýra kröfu um mat á tengslum þess sem vísa skal á brott við fjölskyldu í landinu þar sem hann búi og í landinu sem til standi að vísa honum til, sbr. dóma dómstólsins í máli *Makdoudi gegn Belgíu* nr. 12848/15, í máli *Saber og Boughassal gegn Spáni* nr. 76550/13 og 45938/14 og í máli *I.M.*

gegn Sviss nr. 23887/16. Þá sjáist engin merki þess að rannsókuð hafi verið félagsleg eða menningarleg aðlögun, né heldur fjárhagsaðstæður stefnanda, eins og stjórnvöldum beri lagaleg skylda til skv. 2. mgr. 97. laga nr. 80/2016 og fullnægi úrskurður kæruneftdarinnar ekki áskilnaði þess ákvæðis.

22. Ljóst sé að ekki hafi verið heimilt að brottvísa stefnanda á grundvelli þeirra málsástæðna og lagaraka sem kæruneftnd útlendingamála byggja á, sbr. 95. gr. og 97. gr. laga nr. 80/2016.
23. Röksemdafærsla kæruneftdar útlendingamála standist ekki kröfur stjórnarskrárinnar, mannréttindasáttmálans eða mannréttindadómstólsins í sambærilegum málum. Samkvæmt 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar skuli allir njóta friðhelgi fjölskyldu en heimilt sé þrátt fyrir 1. mgr. að takmarka friðhelgi fjölskyldu ef brýna nauðsyn ber til vegna réttinda annarra, sbr. 3. mgr. Samkvæmt 2. mgr. 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994, skuli ekki ganga á réttinn til friðhelgi fjölskyldu nema „samkvæmt því sem lög mæla fyrir um og nauðsyn ber til í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna þjóðaröryggis, almannaeilla eða efnalegrar farsældar þjóðarinnar, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu manna eða siðgæði eða réttindum og frelsi annarra“.
24. Óumdeilt sé að stefnandi eigi þrjú börn sem öll hafi fæðst á Íslandi. Hafi hann farið með forræði þeirra og þau búið hjá honum til [...] 2017 þegar hann hóf afplánun refsíðisins. Sonur hans hafi þá verið [...] ára og tvíburadætur hans á [...] aldursári. Stefnandi hafi átt gott og reglulegt samband við börnin sín og myndað við þau tilfinningatengsl þótt börnin hafi verið ung að árum þegar afplánun hófst. Móðir barnanna var eftir skilnað þeirra hlynnt sameiginlegu forræði og umgengni stefnanda við börnin sín. Þessi tengsl stefnanda við börnin njóti verndar 71. gr. stjórnarskrárinnar og 8. gr. mannréttindasáttmálans en af dómaframkvæmd mannréttindadómstólsins verði ráðið að vernd 8. gr. sáttmálans geti náð til sambands föður og barns óháð sambúð hans við móður, sbr. til hliðsjónar dóm 18. febrúar 2020 í máli Makdoudi gegn Belgíu. Slík vernd geti jafnvel náð til mögulegs sambands milli föður og barns sem enn hafi ekki stofnast, sbr. til hliðsjónar dóm í máli Nylund gegn Finnlandi og mál M.B. gegn Bretlandi.
25. Eitt af þeim skilyrðum sem þurfi að uppfylla samkvæmt 2. mgr. 8. gr. mannréttindasáttmálans sé að inngríp í friðhelgi heimilis geti talist nauðsynlegt í lýðræðislegu þjóðfélagi. Við mat á því hvort þessu skilyrði hafi verið fullnægt í málum sem varði brottvísun útlendinga hafi í dómaframkvæmd mannréttindadómstólsins verið horft til fjölmargra viðmiða eins og leika brots þess sem sætir brottvísun, hættu á endurteknum afbrotum, heilsu og félagslegra og menningarlegra tengsla við landið sem viðkomandi búi í og landið sem til standi að vísa honum til. Þá sé áréttað sem áður segir um dómaframkvæmd mannréttindadómstólsins hvað varði mat á fjölskyldutengsl þess sem vísa eigi úr landi og sé bent á að skortur á fullnægjandi mati á tengslum við fjölskyldu í samhengi við önnur viðmið sem horfa beri til geti eitt og sér falið í sér brot gegn 8. gr. mannréttindasáttmálans, sbr. fyrrgreindan dóm Makdoudi gegn Belgíu.

26. Skýra þurfi 95. gr. og 97. gr. laga nr. 80/2016 til samræmis við 71. gr. stjórnarskrárinnar og 8. gr. mannréttindasáttmálans. Fáí sú skýring stoð í lögskýringargögnum með 7. gr. laga nr. 64/2014, sem hafi orðið að 3. mgr. 21. gr. eldri laga nr. 96/2002 um útlendinga. Af ákvörðun Útlendingastofnunar og úrskurði kærunefndar útlendingamála megi ráða að þessa hafi alls ekki verið gætt í máli stefnanda. Dómaframkvæmd mannréttindadómstólsins sýni þrjú viðmið við túlkun og beitingu 2. mgr. 8. gr. mannréttindasáttmálans, sbr. dóm dómstólsins í máli *Amrollahi gegn Danmörku* nr. 56811/00. Þurfi sú ráðstöfun sem gripið er til að vera í samræmi við lög, í öðru lagi þurfi að hafa verið stefnt að lögmætu markmiði og í þriðja lagi þurfi ráðstöfunin að vera nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi. Varðandi þriðja og síðasta viðmiðið hafi dómstóllinn ítrekað komist að þeirri niðurstöðu að meta þurfi hagsmuni einstaklings, með vísan til réttinda hans samkvæmt nefndri 8. gr., gegn þeim hagsmunum sem liggi til grundvallar beitingu brottvísunar.
27. Stjórnvöld hafi ekki gætt að ákvæðum 3. gr., 4. gr., 10. gr., 12. gr. og 13. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 við ákvörðunartökuna, auk þess að virða lögmætisregluna að vettugi.
28. Við mat á því hvort skilyrði 95. og 97. gr. laga nr. 80/2016 um nauðsyn brottvísunar vegna „öryggis ríkisins“ eða „almannahagsmuna“ hafi verið fullnægt hefði, eins og fyrr hafi verið rakið, verið nauðsynlegt að afla upplýsinga um tengsl stefnanda við landið sem átti að vísa honum til. Það hafi ekki verið gert og rannsóknarregla 10. gr. stjórnsýslulaga því verið brotin. Rannsókn á félagslegri og menningarlegri aðlögun eða fjárhagsaðstæðum stefnanda hafi ekki heldur farið fram eða tengsl aðstandenda hans við landið eins og beri að lögum skv. 2. mgr. áðurnefndrar 97. gr. Þá hafi tengsl stefnanda við börn hans ekki verið rannsökuð, en ákvörðun um brottvísun hafi ekki eingöngu varðað hagsmuni hans heldur einnig barna hans sem eigi sjálfstæðan lögvarinn rétt til að njóta umgengni við föður sinn, sbr. 1. mgr. 46. gr. barnalaga nr. 76/2003. Sé einnig bent á að skv. 1. mgr. 3. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins skuli það sem sé barni fyrir bestu ávallt hafa forgang þegar stjórnvöld geri ráðstafanir sem varði börn, sbr. lög nr. 19/2013 um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, sbr. og 2. mgr. 1. gr. barnalaga. Eins komi fram í 2. mgr. 10. gr. laga nr. 80/2016 að ákvörðun sem varði barn skuli tekin með hagsmuni þess að leiðarljósi og skuli barni sem myndað geti eigin skoðanir tryggður réttur til að tjá sig í máli sem það varði og skuli þá tekið tillit til skoðana þess í samræmi við aldur og þroska, sbr. og 3. mgr. 1. gr. barnalaga.
29. Af 10. gr. stjórnsýslulaga leiði enn fremur að þegar niðurstaða máls velti á mati á atriði sem krefjist sérþekkingar beri stjórnvaldi að kalla eftir sérfræðilegri aðstoð, hafi það sjálft ekki yfir að ráða nauðsynlegri þekkingu á viðkomandi sviði. Í því máli sem hér um ræðir hafi verið nauðsynlegt að taka til sjálfstæðs mats tengsl áfrýjanda við börnin sín, en samkvæmt 5. mgr. 8. gr. laga nr. 80/2016 sé kærunefnd útlendingamála heimilt að kveðja til sérfróða aðila sér til ráðgjafar og aðstoðar við úrskurði í einstökum málum. Þessa hafi ekki verið gætt af hálfu Útlendingastofnunar eða kærunefndar sem ekki hafi tekið viðtal við börn stefnanda eða barnsmóður um tengsl þeirra við stefnanda, samskipti eða samband þeirra á milli eða neitt annað

sem þeim beri lagaleg skylda til að kanna skv. títtnefndri 2. mgr. 97. gr. laga nr. 80/2016. Þess í stað hafi stjórnvöld leitað til barnaverndar [...] til að fá álit á tengslum stefnanda við börn sín. Sú stofnun hafi verið vanhæf til að fara með málið og hafi þeirra aðkoma brotið í bága við 4. og 6. tl. 3. gr. stjórnsýslulaga, enda liggi fyrir löng áttakasaga milli barnaverndar [...] og stefnanda. Þegar álitid hafi verið veitt hafi barnavernd [...] þá þegar höfðað mál gagnvart stefnanda til að hann skyldi sviptur forsjá barna sinna. Hlutdrægni barnaverndar birtist í því að stefnandi hafi ítrekað óskað eftir svörum þeirra og farið fram á að fá að hitta og sjá börnin sín sem barnavernd hafi ekki enn svarað efnislega. Ólögmett sé af hálfu stjórnvalds að óska eftir hlutdrægu og fyrirfram þekktu álit barnaverndar [...] á stefnanda í stað þess að aðhafast eins og bar að lögum að gera, þ.e. að fá faglegt mat frá hlutlausum sérfræðingi varðandi samskipti og tengsl stefnanda og barnanna hans. Verði stjórnvöld að bera alla ábyrgð á að hafa byggt niðurstöðu sína á hlutdrægu, og í raun vanhæfu, álit barnaverndar.

30. Stefnandi hafi ekki fengið að að njóta lögbundins andmælaréttar síns eftir að álit barnaverndar [...] lá fyrir og Útlendingastofnun tekið ákvörðun án þess að álitid hefði verið kynnt stefnanda. Skýrlega hafi verið brotið gegn andmælareglu 13. gr. stjórnsýslulaga með þessu.
31. Ekki hafi verið gætt meðalhófs með ákvörðunum stjórnvalda, sbr. 12. gr. stjórnsýslulaga.
32. Með því að byggja á að takmarkanir 97. gr. laga nr. 80/2016 kæmu ekki í veg fyrir brottvísun á grundvelli 95. gr. laganna þrátt fyrir að lögbundið mat hefði ekki farið fram skv. 2. mgr. ákvæðisins hafi stjórnvöld brotið gegn lögætisreglunni.
33. Til vara krefst stefnandi þess að endurkomubann verði stýtt verulega þar sem það sé óhóflega íþyngjandi fyrir stefnanda og börnin hans þrjú, auk vina hans og fjölskyldu sem búi á Íslandi. Sömu rök eigi hér við og í aðalkröfu, en engin skilyrði séu fyrir hendi til að ákvarða svona langt endurkomubann.

#### IV

##### *Helstu málsástæður og lagarök stefnda*

34. Stefndi hafnar öllum málsástæðum stefnanda og krefst sýknu í málinu. Efnislega rétt ákvörðun hafi verið tekin í máli stefnanda og hafi málsmeðferð þess verið í samræmi við lög, einkum ákvæði laga nr. 80/2016 um útlendinga og stjórnsýslulaga nr. 37/1993.
35. Kærunefnd útlendingamála hafi í úrskurði sínum komist með rökstuddum hætti að þeirri niðurstöðu að skilyrði til brottvísunar skv. 95. gr. laga nr. 80/2016 væru uppfyllt með vísan til endurtekinna og alvarlegra brota stefnanda gegn bæði 244. gr. almennra hegningarlaga og umferðarlögum með akstri undir áhrifum áfengis og ávana- og fíkniefna, auk þess sem vísað hafi verið til dóms stefnanda fyrir ofbeldi í nánú sambandi fyrir brot gegn stjúpðóttur sinni. Gögn málsins sýni að brotaferill stefnanda á Íslandi hafi verið stöðugur og orðið alvarlegri eftir því sem liðið hafi á dvöl hans á landinu. Hafi kærunefndin og litið til þess að þótt ekki hafi hlotist tjón af akstri stefnanda undir áhrifum feli slík háttsemi í sér mikla hættu fyrir líf og heilsu fólks í umferðinni. Brottvísun stefnanda hafi vegna greindra brota verið nauðsynleg með tilliti til allsherjarreglu og almannaöryggis.

36. Kæruneftndin hafi einnig litið til þess að stefnandi hafi átt ólokin mál í refsivörslukerfinu, tvö vegna þjófnaðar og eitt vegna hótunar, og hafi það verið talin vísbending um að hann hefði ekki látið af háttsemi sinni. Nefndin hafi ekki vikið að því að stefnandi hafi gerst sekur um brot í þessum tilvikum, enda skuli sá sem borinn sé sökum um refsiverða háttsemi talinn saklaus þar til sekt hans hafi verið sönnuð, sbr. 2. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar og 2. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Litið hafi verið til ólokinna mála varðandi mat á því hvort háttsemi stefnanda hafi getað gefið til kynna að hann myndi fremja refsivert brot á ný, sbr. 2. málsl. 2. mgr. 95. gr. laga nr. 80/2016. Á þetta beri kæruneftndinni að leggja mat og sé fyllilega málefnalegt að líta til ólokinna mála í refsivörslukerfinu þegar lagt sé mat á hættu á endurteknum brotum. Þá sé rétt að benda á að ákæra hafi verið gefin út vegna greindra brota og sé hún samkvæmt lögreglu í fimm liðum og varði hótun og þjófnaðarmál frá árunum 2019, 2020 og 1. febrúar 2021.
37. Því sé hafnað að ekki hafi farið fram lögbundið mat skv. 2. mgr. 97. gr. laga nr. 80/2016 eða að röksemdafærsla kæruneftndarinnar standist ekki þær kröfur sem Mannréttindadómstóll Evrópu geri í sambærilegum málum. Vísað sé til þess að mál stefnanda hafi í tvígang verið til meðferðar hjá Útlendingastofnun og hafi við síðari málsmeðferðina verið aflað álits barnaverndar [...], en mat á tengslum stefnanda við börn sín verið í höndum Útlendingastofnunar. Umsögn barnaverndar hafi verið rakin með ítarlegum hætti í úrskurði kæruneftndar og hafi nefndin einnig litið til þess að stefnandi hefði með dómi verið sviptur forsjá barna sinna. Við meðferð þess dómsmáls hafi verið dómkvaddur matsmaður, sálfræðingur að mennt, sem hafi fjallað um þessi tengsl í matsgerð sinni og gefið skýrslu fyrir dóminum. Dómurinn hafi verið skipaður sérfróðum meðdómsmanni sem sé barnasálfræðingur. Hafi niðurstaða dómsins tekið undir allt sem komi fram í umsögn barnaverndar. Dómurinn, sem ekki hafi verið áfrýjað til Landsréttar, mæli ekki fyrir um umgengni en umsögn barnaverndar taki fram að verði fallist á forsjárviptingu stefnanda verði lagt til að umgengni hans við börn sín verði takmörkuð með hliðsjón af markmiðum varanlegs fósturs, eða um tvisvar til fjórum sinnum á ári, með þeim möguleika að umgengni fari fram í gegnum fjarfundarbúnað. Taki stefndi undir það mat kæruneftndarinnar að hagsmunir barna stefnanda hafi ekki staðið í vegi fyrir ákvörðun um brottvísun hans. Þá sé í úrskurði nefndarinnar vakin sérstök athygli á 3. mgr. 96. gr. laga nr. 80/2016 sem mæli fyrir um heimild til að sækja um stutta heimsókn til landsins þrátt fyrir endurkomubann þótt það sé að jafnaði ekki fyrr en ári frá brottvísun. Áréttað sé að umgengni geti farið fram í gegnum fjarfundarbúnað. Komi í úrskurði kæruneftndar fram ítarlegt mat á öllum gögnum og aðstæðum málsins, m.a. það hagsmunamat sem leiða megi af dómaframkvæmd mannréttindadómstólsins. Þá eigi stjórnvald samkvæmt reglum stjórnsýsluréttar að gera grein fyrir helstu niðurstöðum sínum og rökstyðja þær, en ekki sé þörf á að rekja öll þau smáatriði sem liggja þeim til grundvallar.
38. Málsmeðferð og niðurstaða kæruneftndar hafi ekki stangast á við ákvæði 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar og 8. gr. mannréttindasáttmálans um friðhelgi einkalífs og fjölskyldu, en í

ákvæðunum sé að finna undantekningar sem leitt geti til skerðingar þessa réttar, sbr. 3. mgr. nefndrar 71. gr. og 2. mgr. nefndrar 8. gr. Enginn ágreiningur ríki um að stefnandi hafi fjölskyldutengsl við Ísland og hafi verið lagt mat á hvort þau stæðu í vegi fyrir brottvísun stefnanda og endurkomubanni, eins og áður sé rakið.

39. Hvað varði málsmeðferðarreglur stjórnssýsluréttarins hafi þær ekki verið brotnar.
40. Stefnandi hafi dvalið á Íslandi frá júlí 2007 þegar hann var [...] ára en gögn málsins bendi ekki til annars en að fyrir þann tíma hafi hann alla tíð búið í heimaríki sínu, [...]. Ekki liggi fyrir hvaða tengsl stefnanda við heimaríkið hefði átt að rannsaka eða hvaða þýðingu þau tengsl gætu haft. Þá séu tengsl stefnanda við Ísland, sem áður séu rakin, ekki slík að ósanngjarnt sé að vísa honum til heimaríkis þar sem hann sé fæddur og uppallinn. Hafi stjórnvöld ekki brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnssýslulaga. Málsástæða stefnanda um að stjórnvöld hafi ekki rannsakað tengsl stefnanda við börn sín sé á skjön við gögn málsins.
41. Barnaverndarnefndir starfi á vegum sveitarfélaga samkvæmt barnaverndarlögum nr. 80/2002. Þær séu sjálfstæðar, sbr. 13. gr. þeirra laga, og ráði sérhæft starfslið eða tryggi sér aðgang að viðeigandi sérþekkingu með öðrum hætti skv. 14. gr. laganna. Bendi stefndi á að 4. tl. 3. gr. stjórnssýslulaga um vanhæfi geti ekki átt við enda hafi barnaverndaryfirvöld ekki sjálfstæða aðkomu að ákvörðunum sem teknar séu á grundvelli laga nr. 80/2016 þótt álit og upplýsingar frá þeim yfirvöldum kunni að hafa áhrif í einstökum málum. Vegna tilvísunar stefnanda til 6. tl. nefndrar 3. gr. sé vandséð að unnt hefði verið að afla betri upplýsinga og gagna um tengsl stefnanda við börn sín en gert hafi verið með álit barnaverndar [...] sem hafi haft mál stefnanda til meðferðar frá árinu 2012. Þá hafi héraðsdómur fallist á kröfu barnaverndar um forsjárviptingu og hafi kærunefnd ekki úrskurðað í máli stefnanda fyrr en dómur lá fyrir. Dómurinn hafi byggt á öllum sömu sjónarmiðum og birtust í álit barnaverndar. Álitð hafi ekki verið hlutdrægt og hafi verið rétt að afla þess, enda hafi barnavernd haft ítarlegustu upplýsingar um það sem átti að rannsaka. Hafi þannig ekki verið brotið gegn áðurgreindri rannsóknarreglu.
42. Þótt ekki sjáist af gögnum málsins að Útlendingastofnun hafi kynnt stefnanda álit barnaverndar [...] áður en ákvörðun hafi verið tekin hafi verið bætt úr þessu á æðra stjórnssýslustigi. Greinargerð stefnanda til kærunefndarinnar hafi ekki byggt á því að andmælaréttur hans hefði ekki verið virtur heldur hafi í greinargerðinni verið vísað til einhliða umsagnar barnaverndar [...] sem stefnandi hafi þá verið kunnug. Hafi hann því getað komið öllum vörnum að við meðferð málsins hjá kærunefndinni.
43. Ljóst sé að vægari úrræði en brottvísun og endurkomubann hafi ekki verið tiltæk. Stefnandi hafi fyrst verið tilkynnt um að slík ákvörðun væri fyrirhuguð með bréfi, dags. 15. september 2014. Fallið hafi verið frá því með bréfi, dags. 27. janúar 2016, en tekið hafi verið fram að yrði framhald á afbrotum stefnanda myndi Útlendingastofnun taka slíka ákvörðun aftur til skoðunar. Frá þeim tíma hafi afbrot stefnanda stigmagnast og orðið alvarlegri, auk þess sem tengsl hans við börn sín hafi minnkað, eins og áður sé rakið. Vísist vegna þessa til upplýsinga um afplánun stefnanda í fangelsi frá 27. september 2017 til 5. september 2019 þegar honum hafi

verið veitt skilorðsbundin reynslulausn. Veki sérstaka athygli að eftir þann tíma virðist sem stefnandi hafi haldið áfram afbrotum. Stjórnvöld hafi reynt að fara vægari leið og gefið stefnanda kost á að bæta ráð sitt, en hann hafi ekki kosið það þrátt fyrir að hafa verið upplýstur um mögulegar afleiðingar þess að halda áfram afbrotum. Fyllsta meðalhófs hafi því verið gætt í málinu.

44. Hvað varði varakröfu stefnanda um styttingu endurkomubanns hafni stefndi því að gengið hafi verið of langt eða brotið gegn meðalhófi. Við mat á tímalengd endurkomubanns, sem sé styst tvö ár, skuli sérstaklega litið til atriða sem talin séu upp í 1. og 2. mgr. 95. gr. laga nr. 80/2016. Kærunefnd útlendingamála hafi rökstutt niðurstöðu um lengd endurkomubannsins með vísan til alvarleika og fjölda brota stefnanda. Þá hljóti að hafa sérstaka þýðingu í þessu sambandi að stefnandi hafi um árabíl ekki verið umönnunaraðili barna sinna sem nú séu komin í varanlegt fóstur til 18 ára aldurs.

## V

### *Niðurstaða*

45. Stefnandi krefst þess að felldur verði úr gildi úrskurður kærunefndar útlendingamála frá 22. júní 2021 sem staðfesti ákvörðun Útlendingastofnunar um brottvísun hans úr landi og endurkomubann í fimm ár. Beinir hann dómkröfu sinni að Útlendingastofnun og er það í samræmi við þá almennu dómaframkvæmd þegar kærunefndir eiga í hlut að þeim verði ekki stefnt heldur lægra settu stjórnvaldi, sbr. hér t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 72/2011. Hefur ríkislögmaður tekið til varna án athugasemda við þetta og er krafist sýknu í málinu.
46. Stefnandi er [...] ríkisborgari en fjallað er um heimild til brottvísunar EES-borgara í 95. gr. laga nr. 80/2016 um útlendinga og kveðið á um takmarkanir á þeirri heimild í 97. gr. sömu laga. Þá er fjallað um endurkomubann EES-borgara í 96. gr. laganna. Ákvæðin eiga sér efnislega samsvörun í tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/38/EB um rétt borgara Sambandsins og aðstandenda þeirra til frjálstrar farar og dvalar á yfirráðasvæði aðildarríkjanna, eins og hún var tekin upp í samninginn um Evrópska efnahagssvæðið með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 158/2007 frá 7. desember 2007, en tilskipunin var innleidd í íslenskan rétt með lögum nr. 64/2014 um breytingu á lögum nr. 96/2002 um útlendinga, sem nú eru áður nefnd lög nr. 80/2016.
47. Samkvæmt 1. mgr. nefndrar 95. gr. laga nr. 80/2016 er heimilt að vísa EES-borgara úr landi ef það er nauðsynlegt með skírskotun til allsherjarreglu, almannaoöryggis eða almannahæilbrigðis. Kveður 2. mgr. lagagreinarinnar nánar á um að heimilt sé að ákveða brottvísun samkvæmt 1. mgr. feli framferði viðkomandi í sér raunverulega, yfirvofandi og nægilega alvarlega ógn gagnvart grundvallarhagsmunum samfélagsins. Segir jafnframt að ákvörðun um brottvísun skuli ekki eingöngu byggjast á almennum forvarnaforsendum og hafi viðkomandi verið dæmdur til refsingar eða sérstakar ráðstafanir ákvarðaðar sé brottvísun af þessari ástæðu því aðeins heimil að um sé að ræða háttsemi sem geti gefið til kynna að viðkomandi muni fremja refsivert brot á ný. Loks er tekið fram að fyrri refsilagabrot nægi ekki ein og sér til þess að brottvísun sé

beitt. Með áðurnefndri 97. gr. er mælt fyrir um frekari takmarkanir á heimild til brottvísunar EES-borgara samkvæmt 95. gr. laganna. Í 1. mgr. 97. gr. segir að brottvísun skuli ekki ákveða þrátt fyrir ákvæði 95. gr. ef svo er ástatt um viðkomandi sem lýst er í einhverjum staflíða ákvæðisins. Segir í a-lið 1. mgr. 97. gr. að brottvísun skuli ekki ákveða hafi viðkomandi rétt til ótímabundinnar dvalar samkvæmt 87. eða 88. gr. laganna nema alvarlegar ástæður liggi til þess á grundvelli allsherjarreglu eða almannaöryggis. Þurfa ástæður því að vera alvarlegar og nægir ekki að þær séu á grundvelli almannaheilbrigðis. Í b-lið 97. gr. eru skilyrði enn strangari og er mælt fyrir um að ekki skuli ákveða brottvísun EES-borgara sem hafi haft fasta búsetu hér á landi í 10 ár nema ákvörðun um brottvísun sé tekin á grundvelli brýnna ástæðna er varða almannaöryggi. Loks er í 2. mgr. nefndrar 97. gr. laga nr. 80/2016 tekið fram að brottvísun skuli ekki ákveða ef það, með hliðsjón af málsatvikum og tengslum EES-borgara eða aðstandanda hans við landið, feli í sér ósanngjarna ráðstöfun gagnvart viðkomandi eða nánustu aðstandendum hans og að við mat á því skuli skal m.a. tekið mið af lengd dvalar á landinu, aldri, heilsufari, félagslegri og menningarlegri aðlögun, fjölskyldu- og fjárhagsaðstæðum og tengslum viðkomandi við heimaland sitt.

48. Ekki er um það deilt að stefnandi hefur rétt til ótímabundinnar dvalar hér á landi og var á því byggt í úrskurði kærunefndar útlendingamála að hann félli af þeim sökum undir a-lið 1. mgr. 97. gr. laga nr. 80/2016. Stefnandi heldur því fram að hann hafi einnig átt tilkall til aukinnar verndar skv. b-lið ákvæðisins en á það féllst kærunefndin ekki. Vísaði kærunefndin til þess að ákvæðið væri til innleiðingar á a-lið 3. mgr. 28. gr. áðurgreindrar tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins. Byggði nefndin á því að í dómi Evrópudómstólsins í máli C-400/12 kæmi fram að tímabil 10 ára fastrar búsetu, sem mælt væri fyrir um í nefndri 28. gr., yrði að vera samfelld og talið aftur frá dagsetningu ákvörðunar um brottvísun og enn fremur að fangelsisvist gæti rofið samfellda búsetu einstaklings. Einnig að hafi einstaklingur haft fasta búsetu í 10 ár áður en til fangelsisvistar hafi komið megi hafa dvölinu til hliðsjónar við mat á því hvort þau tengsl sem viðkomandi hafi áður myndað við ríkið hafi verið rofin. Að mati kærunefndarinnar bar að skýra b-lið 1. mgr. 97. gr. laga nr. 80/2016 til samræmis við dóminn, sbr. 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið. Er sú grein þess efnis að skýra skuli lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja. Með þessu greindi kærunefndin réttilega frá þeim sjónarmiðum sem leggja verður til grundvallar þegar haft er í huga að skýra verður íslensk lög í samræmi við þjóðréttarlegar skuldbindingar Íslands, einkum og sér í lagi þegar litið er til greindrar 3. gr. laga nr. 2/1993. Þá fjallaði kærunefndin um þessi sjónarmið í tilviki stefnanda og taldi að samfelld afplánun hans frá 27. september 2017 til 5. september 2019 hefði rofið samfellda dvöl hans á landinu. Leit nefndin jafnframt til þess að hann hefði haft takmörkuð samskipti við börn sín á meðan á afplánun stóð og að hann hefði vanrækt forsjárhlutverk sitt. Var um það síðastnefnda vísað til síðari umfjöllunar. Fór þannig fram tilskilið mat á því hvort b-liður 1. mgr. 97. gr. ætti við í máli stefnanda, að teknu tilliti til viðeigandi sjónarmiða, og komist að því að svo væri ekki. Hefur

stefnanda ekki tekist að sýna fram á annað og gerist þá ekki þörf á að fjalla hvort brýnar ástæður er varði almannaöryggi, í skilningi nefnds b-liðar 97. gr., hafi legið að baki ákvörðun um brottvísun stefnanda.

49. Kærunefndin komst að þeirri niðurstöðu að brottvísa bæri stefnanda þar sem skilyrðum 1. mgr., sbr. 2. mgr., 95. gr. laga nr. 80/2016 væri fullnægt, auk þess sem uppfyllt væru skilyrði a-liðar 97. gr., en stefnandi byggir á því að rökstuðningur nefndarinnar að þessu leyti hafi verið ónógur. Til að heimilt væri samkvæmt tilvitnuðum ákvæðum að taka ákvörðun um brottvísun stefnanda, sem EES-borgara, þurftu alvarlegar ástæður á grundvelli allsherjarreglu eða almannaöryggis að liggja fyrir. Kærunefndin fjallaði ítarlega um brotaferil stefnanda í úrskurði sínum, sbr. það sem áður greinir í málavaxtalýsingu, vísaði til tíðni og alvarleika afbrota hans og að eðli þeirra væri með þeim hætti að framferði stefnanda fæli í sér raunverulega og yfirvofandi ógn gagnvart grundvallarhagsmunum samfélagsins og að alvarlegar ástæður lægju til að brottvísa honum á grundvelli allsherjarreglu, sbr. framangreind lagaákvæði.
50. Að mati dómsins er eðlilegt og málefnalegt að líta til tíðni, alvarleika og eðlis þeirra brota sem EES-borgari hefur verið dæmdur fyrir þegar ákvörðun er tekin um brottvísun. Sé um tíð og alvarleg brot að ræða verður að telja auknar líkur á að um ógn gagnvart grundvallarhagsmunum samfélags sé að ræða. Brotaferill stefnanda hefur verið nánast óslitinn um margra ára skeið. Hann hefur ítrekað verið dæmdur til fangelsisvistar, brotið af sér á skilorðstíma dóma, og í kjölfar reynslulausnar úr fangelsi haustið 2019 hefur hann sætt rannsókn vegna meints þjófnaðar og hótunar. Er það mál nú í meðförum dómstóla eftir því sem upplýst var við aðalmeðferð máls þessa. Þá hafa brot hans ekki verið bundin við þjófnaðarbrot, m.a. alvarleg, heldur hefur hann verið dæmdur fyrir eignaspjöll og ofbeldisbrot, auk þess sem hann hefur ítrekað orðið uppvís að fíkniefnabrotum og akstri undir áhrifum ávana- og fíkniefna, sem er til þess fallinn að skapa mikla hættu og teljast einna alvarlegust umferðarlagabrot. Verður að þessu virtu að telja viðhlítandi rökstuðning og mat kærunefndar á þeim atriðum sem áður nefnd lagaákvæði áskilja. Hefur þá sérstaklega verið litið til þess að ekki er um stakt brot að ræða heldur ítrekuð brot, m.a. á skilorði, sem benda ekki einungis til þess að hætta sé á að stefndi muni ekki láta af háttsemi sinni heldur ógna að auki grundvallarhagsmunum samfélagsins með nægilega alvarlegum hætti. Í því sambandi skal á það bent að í dómaframkvæmd bæði Evrópudómstólsins og Mannréttindadómstóls Evrópu er ríkjum eftirlátið ákveðið svigrúm til mats um hvað teljast hagsmunir samfélagsins og hvernig háttá skuli málum með tilliti til allsherjarreglu.
51. Í máli þessu er ekki síst deilt um hvort ósanngjarn hafi verið að taka ákvörðun um brottvísun í tilviki stefnanda þegar litið sé til 2. mgr. 97. gr. laga nr. 80/2016. Ákvæðið nefnir atriði sem líta skal til við mat á því hvort um ósanngjarna ráðstöfun sé að ræða og eiga þau sér samsvörun í aðfaraorðum tilskipunar 2004/38/EB, einkum lið 23 þar sem er tekið fram að brottvísun geti skaðað einstakling alvarlega sem hafi raunverulega aðlagast samfélagi gístiaðildarríkisins. Því beri að takmarka umfang slíkra ráðstafana í samræmi við meðalhófsregluna svo að tekið sé tillit til þess hversu vel viðkomandi einstaklingar hafa aðlagast samfélaginu, hve lengi þeir hafa

dvalið í gístaðildarríkinu, aldurs þeirra, heilsufars, fjölskyldu- og fjárhagsaðstæðna og tengsla þeirra við upprunalandið. Tilgangur þess að kanna þau atriði sem talin eru upp í nefndri 2. mgr. 97. gr. laga nr. 80/2016 er þannig að að kanna og leggja mat á hversu vel viðkomandi hafi aðlagast því landi sem brottvísa á frá og verður það skilið þannig að eftir því sem EES-borgarar hafi aðlagast samfélagi gístaðildarríkisins betur njóti þeir meiri verndar, sbr. 24. lið aðfaraorðanna. Það hlýtur þó alltaf að fara eftir aðstæðum hverju sinni hvaða atriði þarf að kanna betur en önnur. Er enda samspil milli nefnds ákvæðis 2. mgr. 97. gr. og rannsóknarreglu 10. gr. stjórn-sýslulaga sem kveður á um að stjórnvald skuli sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Hefur verið litið svo á að ákvörðun þurfi að vera tekin á traustum grundvelli en það er ekki þar með sagt að kanna þurfi öll atriði af kostgæfni þegar þau hafa litla eða takmarkaða þýðingu við úrlausn máls. Verður því ekki fallist á þá málsástæðu stefnanda að rannsókn hafi þurft að fara fram á öllum þeim atriðum sem nefnd eru í dæmaskyni í 2. mgr. 97. gr. laga nr. 80/2016, enda er ekkert komið fram um að þau séu með þeim hætti að úrslitum hafi getað valdið. Fyrir lá að stefnandi var búsettur í [...] til [...] ára aldurs þótt hann hafi heimsótt landið sjaldan síðan hann flutti þaðan, hann talar tungumálið, sbr. hér dóm mannréttindadómstólsins í máli *Z gegn Sviss* nr. 6325/15, og á þar aldraða móður sem hann getur eflt tengsl sín við, sbr. hér til hliðsjónar dóm sama dómstóls í máli *Balogun gegn Bretlandi* nr. 60286/09. Þá verður að telja rannsókn á heilsufari fyrst og fremst koma til greina séu einhverjar sérstakar ástæður fyrir hendi, svo sem á stóð í máli því sem dómur mannréttinda-dómstólsins í máli *I.M. gegn Sviss* nr. 23887/18 laut að, en ekkert bendir til þess hér.

52. Af úrskurði kærunefndar útlendingamála verður ráðið að við mat á því hvort um ósanngjarna ákvörðun væri að ræða hafi athygli einkum beinst að fjölskylduaðstæðum stefnanda, svo sem eðlilegt var þegar litið er til þess að hann á börn hér á landi. Óumdeilt er að stefnandi nýtur friðhelgi einkalífs og fjölskyldu sem tryggður er í 71. gr. stjórnarskrárinnar og 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994, og vísaði kærunefndin til þess í úrskurði sínum, sem og til þeirra sjónarmiða sem mannréttindadómstóllinn hefði lagt til grundvallar í málum sem þessum. Var vísað til sömu sjónarmiða í þeim úrskurði kærunefndarinnar sem felldi úr gildi ákvörðun Útlendingastofnunar í janúar 2020 um brottvísun og þá með vísan til þess að frekara mat þyrfti að fara fram á tengslum stefnanda við börn sín. Í kjölfarið leitaði Útlendingastofnun eftir álit barnaverndar [...] sem hafði haft afskipti af stefnanda og fjölskyldu hans um árabíl. Er ekkert í málinu sem styður þá staðhæfingu stefnanda að það embætti hafi verið vanhæft til að koma að málinu með álitgerð, enda getur ekki verið um vanhæfi að ræða við það eitt að stofnun og starfsmenn hennar sinni lögbundnum skyldum sínum heldur verður eitthvað annað og meira að koma til. Í úrskurði kærunefndar er ítarlega fjallað um álit og er einnig vísað til dóms Héraðsdóms Reykjaness um forsjárviptingu stefnanda. Verður ekki fram hjá því litið að í dóminum, sem hefur fullt sönnunargildi um þau málsatvik sem í honum greinir þar til það gagnstæða er sannað, sbr. 4. mgr. 116. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, er efnislegur samhljómur með álitgerð barnaverndar. Er þannig í dóminum vísað til þess

að gögn málsins sýni með ótvíræðum hætti að ástæður þess að stefndi, hér stefnandi, hafi ekki verið til staðar fyrir börn sín sé fyrst og fremst að rekja til atvika er varði hann sjálfan og háttsemi hans. Hafi hann sjálfur komið sér í þær aðstæður að eiga erfitt með umgengni við börnin og jafnvel misfarið með tækifæri sín í því efni, t.d. með því að vera undir áhrifum í umgengni. Komið hafi fram hjá dómkvöddum matsmanni að tengsl stefnanda við börn sín þurfi ekki endilega að vera af heilbrigðum toga og var að mati dómsins ekki hægt að draga þá ályktun að svo sterk tengsl hefðu myndast milli hans og barnanna að þau tengsl nytu sérstakrar verndar. Þá var áréttað að hann hefði verið meira og minna fjarverandi úr lífi barna sinna á liðnum árum. Að öllu þessu virtu verður að telja á rökum reista þá niðurstöðu kærunefndar að hvorki hagsmunir barna stefnanda né fjölskyldutengsl hans við landið komi í veg fyrir brottvísun hans. Loks skal um þetta tekið fram að andmælaréttur stefnanda var vissulega ekki virtur við meðferð málsins hjá Útlendingastofnun. Úr því var þó bætt fyrir kærunefnd útlendingamála, auk þess sem áðurgreindur dómur lá fyrir. Er því ekki um ógildingarástæðu að ræða og verður málsástæðu stefnanda þess efnis hafnað.

53. Um önnur tengsl stefnanda við landið benti kærunefndin á að atvinnuþátttaka stefnanda á landinu hefði verið afar takmörkuð, brotaferill hans bæri vitni um verulega erfiðleika við að aðlagast íslensku samfélagi, auk þess sem hann hefði gerst sekur um alvarlegri brot eftir því sem liðið hefði á dvöl hans. Var svo tekið fram að það væri mat nefndarinnar að þegar tengsl stefnanda við landið væru vegin heildstætt á móti alvarleika brota hans og tíðni, en dvöl hans hér á landi hefði að stórum hluta einkennst af afbrotum, að ákvörðun um brottvísun hans fæli ekki í sér ósanngjarna ráðstöfun gagnvart honum eða nánustu aðstandendum hans, sbr. 2. mgr. 97. gr. laga nr. 80/2016.
54. Að áliti dómsins fór þannig fram heildarmat á þeim atriðum sem mestu máli skiptu og voru hagsmunir stefnanda af því að hann fengi að dvelja hér áfram vegnir gegn þeim samfélagslegu hagsmunum sem eru ekki einungis tilgreindir í 2. mgr. 95. gr. laga nr. 80/2016, og áður er fjallað um, heldur liggja einnig að baki heimildum til að takmarka rétt manna til friðhelgi einkalífs og fjölskyldu. Verður úrskurður kærunefndar útlendingamála því ekki ógiltur á þeim forsendum að hann samræmist ekki 2. mgr. 97. gr. laga nr. 80/2016 eða rétti stefnanda til friðhelgi einkalífs og fjölskyldu, sbr. 71. gr. stjórnarskrárinnar og 8. gr. mannréttindasáttmálans.
55. Þær reglur sem eiga við um brottvísun og áður eru reifaðar gera ráð fyrir því að meðalhófi sé beitt. Skírskotun stefnanda til þess að á það hafi skort hefur ekki verið studd neinum sérstökum rökum umfram það sem þegar hefur verið fjallað um. Það þykir þó rétt vegna tilvísunar stefnanda til meðalhófsreglunnar að benda á að fyrstu áform um brottvísun voru kynnt stefnanda á árinu 2014, frá þeim var fallið en sérstaklega var tekið fram að brottvísun yrði tekin til skoðunar að nýju héldi stefnandi áfram afbrotum. Þá hefur stefnandi ítrekað brotið gegn skil-orði. Verður því ekki séð að hægt hafi verið að ganga fram með vægari hætti en með brottvísun og endurkomubanni og eru ekki forsendur til að leggja það til grundvallar að stefnanda takist

að snúa við blaðinu nú þegar hann hefur haft tækifæri til þess um margra ára skeið án þess að nýta sér þau.

56. Með hliðsjón af öllu því sem að framan er rakið eru ekki fyrir hendi neinar þær ástæður sem leitt gætu til ógildingar úrskurðar kærunefndar útlendingamála í máli stefnanda og verður stefndi því sýknaður af þeirri kröfu.
57. Stefnandi hefur gert varakröfu um að endurkomubann verði stytta, en það var ákvarðað fimm ár. Vísar stefnandi til sömu raka og um aðalkröfu. Í úrskurði sínum benti kærunefndin á að skv. 1. mgr. 96. gr. laga nr. 80/2016 sé endurkomubann varanlegt eða tímabundið, styst tvö ár, og að við mat á því skuli sérstaklega líta til atriða sem talin séu upp í 1. og 2. mgr. 95. gr., en um þau atriði var fjallað í úrskurðinum, sbr. það sem áður er rakið í dómi þessum. Staðfesti nefndin tímalengd endurkomubannsins með vísan til málsatvika, alvarleika brota kæranda og fjölda. Verður ekki gerð krafa um frekari rökstuðning, enda hafði þegar farið fram mat á þeim atriðum sem fram koma í nefndum ákvæðum 1. og 2. mgr. 95. gr., og var ákvörðun um lengd endurkomubannsins reist á sömu sjónarmiðum. Þá vakti kærunefndin athygli á úrræðum 2. og 3. mgr. 96. gr. sem heimila niðurfellingu endurkomubanns og stuttar heimsóknir til landsins að ákveðnum skilyrðum uppfylltum, auk þess sem áður hafði verið bent á að umgengni stefnanda við börn hans gæti farið fram í gegnum Skype, eins og áður hafði verið gert. Verður að framangreindu virtu því einnig hafnað varakröfu stefnanda.
58. Stefnandi nýtur gjafsóknar í málinu samkvæmt gjafsóknarleyfi, dags. 14. febrúar 2022. Að teknu tilliti til þess þykir ekki ástæða til annars en að fella málskostnað niður milli aðila. Allur gjafsóknarkostnaður stefnanda greiðist úr ríkissjóði, þ.m.t. þóknun lögmanns hans, Magnúsar Jónssonar, 1.500.000 krónur, sem samkvæmt dómvenju er ákveðin án virðisaukaskatts. Hefur þá verið höfð hliðsjón af umfangi málsins.
59. Af hálfu stefnanda flutti málið Magnús Jónsson lögmaður og af hálfu stefnda flutti málið Guðrún Sesselja Arnardóttir lögmaður.
60. Nanna Magnadóttir héraðsdómari kveður upp dóm þennan. Dómarinn tók við meðferð málsins 4. janúar 2022.

#### **Dómsorð:**

Stefndi, Útlendingastofnun, er sýkn af kröfum stefnanda, A.

Málskostnaður milli aðila fellur niður.

Allur gjafsóknarkostnaður stefnanda greiðist úr ríkissjóði, þ.m.t. málflutningsþóknun Magnúsar Jónssonar lögmanns, 1.500.000 krónur.