

OMGÅELSESEKTESKAP

Utlendingsloven § 40 fjerde ledd

Utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a

Rapport om UNEs praksis

14.12.2020



UTLENDINGSNEMNDA

UNE

Innhold

Kapittel	Tittel	Side
1	Om rapporten og hovedkonklusjoner	2
2	UNE som klageorgan	3
3	Regelverk. Praksis fram til 2020	4
4	Krav til gyldige vedtak	11
5	To uttalelser fra Sivilombudsmannen i 2020	12
6	To lagmannsrettsdommer høsten 2020	18
7	UNEs vedtak fra vår/sommer 2020 til november 2020	25
8	Konklusjoner	35

1. Om rapporten og hovedkonklusjoner

En bakgrunn for rapporten er at Sivilombudsmannen 31.1.2020 ga en uttalelse til et vedtak fra Utlendingsnemnda (UNE) i en sak om omgåelsesekteskap, jf. omtalen i kapittel 5 nedenfor. Ombudsmannen kommenterte blant annet føringene i forarbeidene til den aktuelle lovbestemmelsen. Både internt i UNE og fra eksterne aktører ble det reist spørsmål om betydningen av ombudsmannens uttalelse for UNEs saksbehandling, praksis eller vedtaksskrivning.

Gjennom de senere måneder har UNE truffet flere nye vedtak i saker om omgåelsesekteskap, der våre beslutningstakere har sett hen til ombudsmannens uttalelse og andre rettskilder. Vi mener vi nå har et godt grunnlag for å gi en redegjørelse både om regelverket og UNEs saksbehandling og praksis i saker om omgåelsesekteskap, dvs. der utlendingsloven § 40 fjerde ledd er aktuell. Rapporten omhandler både bestemmelsen om omgåelsesekteskap og utvisning etter lovens § 66 første ledd bokstav a i slike tilfeller. Rapporten omhandler ikke vedtak etter EØS-regelverket eller utvisning av tredjelandborgere som er basert på et avslag etter EØS-regelverket om familieinnvandring. Rapporten er delvis basert på en manuell gjennomgang og manuell føring av saker, så vi tar forbehold for om alle vedtak er fanget opp.

I tillegg til den nevnte uttalelsen fra Sivilombudsmannen, tar rapporten også for seg en senere ombudsmannsuttalelse i en annen sak om omgåelsesekteskap. Vi redegjør også for to dommer fra lagmannsretten fra høsten 2020. Til slutt i notatet viser vi til funn og anbefalinger, utover de vurderinger vi tilkjenner underveis.

Rapporten er utarbeidet av juridisk fagdirektør Ketil Larsen, Anders Asheim i saksavdeling 3 og Camilla Wohl Sem i avdeling for generelle juridisk saker.

Hovedkonklusjoner, jf. utdypning i kapittel 8

- Bestemmelsen om omgåelsesekteskap blir anvendt i relativt få saker: Siden 2010 har rundt 7 promille av søknadene om familieinnvandring pga. ekteskap blitt avslått både av UDI og UNE etter denne bestemmelsen. Rundt 75 prosent av ektefellesøknadene er innvilget.

- UNE anvender, og har anvendt, lovens forarbeider som rettskilde.
- UNEs begrunnelse for å omgjøre UDIs avslag i saker om omgåelsesekteskap, er som oftest at UNE mener at ekteskapet ikke var et omgåelsesekteskap. Der UNE konkluderer med omgåelsesekteskap og nekter oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 40 fjerde ledd, er det som oftest i klare tilfeller. UNE har få saker hvor konklusjonen er at det er omgåelsesekteskap og hvor saken faller inn under føringer i forarbeidene om når oppholdstillatelse som hovedregel skal gis selv om søkeren har oppholdsgrunnlag som motiv for ekteskapsinngåelsen.
- Vi mener at det nå er stor grad av samsvar mellom UNEs lovanvendelse og vedtaksskrivning og Sivilombudsmannens uttalelse fra januar 2020 og to lagmannsrettsdommer fra høsten 2020. Vedtakenes begrunnelser har blitt tydeligere enn tidligere. Det ser ikke ut til at UNE har endret praksis for bruken av utlendingsloven § 40 fjerde ledd eller utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a om utvisning.
- Selv om UNEs begrunnelser har blitt tydeligere, har vi ikke gjort funn som tilsier at UNE i sin alminnelige praksis har anvendt uriktig lovtolkning eller generelt har hatt en uforsvarlig saksbehandling i denne type saker. Vi ser ikke grunnlag for at UNE på eget initiativ gjennomgår tidligere vedtak på nytt. Dersom UNE mottar omgjøringsanmodning om gyldigheten av et tidligere vedtak, vil ellers UNE vurdere om anmodningen gir grunnlag for å behandle den aktuelle saken på nytt.

2. UNE som klageorgan

UNE er klageorganet for dem som har fått et negativt vedtak av Utlendingsdirektoratet (UDI) i førsteinstans. UNE er i enkeltsakene uavhengig både av UDI og regjeringen. UNE anvender gjeldende lover og forskrifter med forarbeider, og andre rettskilder som dommer og forvaltningspraksis. UNEs oppgave er å treffe juridisk korrekte vedtak. Som klageorgan skal UNE ivareta klagernes rettsikkerhet, i tillegg til utlendingslovens kontrollformål.

UNE har i likhet med domstolene selvstendige beslutningstakere. UNEs direktør kan ikke instruere en nemndleder eller nemnd om hvilke vedtak de skal treffe. UNEs praksis blir fastsatt gjennom summen av flere vedtak, og ikke ved en administrativ beslutning. Vi trenger derfor flere vedtak fra nemndledere og nemnder før vi kan beskrive praksis eller si om noe i praksis er endret. Et unntak er avgjørelser fra stornemnda, som treffer vedtak med presedens for andre saker, jf. utlendingsforskriften § 16-4.

En sak som etter nemndleders vurdering har vesentlige tvilsspørsmål, dvs. tvilsspørsmål av betydning for utfallet, blir avgjort av en nemnd med en nemndleder og to nemndmedlemmer. Andre saker kan bli avgjort av en nemndleder, eller UNEs sekretariat etter delegasjon. Nemndmøter kan være med eller uten fremmøte av klageren.

Selv om UNE har noen likhetstrekk med domstolene, er UNE et forvaltningsorgan. Det betyr at UNE følger saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven.¹ Forvaltningsloven stiller blant annet krav til opplysning av saken og at parten skal få mulighet til å kommentere ny informasjon av betydning for vedtaket (kontradiksjon). Som forvaltningsorgan har vi dessuten taushetsplikt om personlige forhold.

Søknader om familieinnvandring blir avgjort av Utlendingsdirektoratet (UDI) i førsteinstans. I tillegg til opplysningene og den dokumentasjonen som søkeren legger ved søknaden, kan UDI innhente mer informasjon. Det kan skje både skriftlig og muntlig, blant annet ved å intervju søkeren eller referansepersonen. Det forekommer også at UDI innhenter opplysninger fra personer som kjenner ekteparet eller foretar undersøkelser via norsk utenriksstasjon. Dersom UDI avslår en søknad, kan vedtaket bli påklaget til UNE. UDI behandler først klagen selv, og kan omgjøre sitt vedtak om direktoratet ser grunn til det. Dersom UDI opprettholder sitt vedtak, blir klagen og alle saksdokumentene oversendt UNE.

UNE gjør en selvstendig saksutredning, og kan innhente ytterligere opplysninger. I tillegg kan klageren ettersende ny informasjon til UNE.

Se mer om saksbehandlingen i kapittel 3.1 om familieinnvandring nedenfor.

3. Regelverk. Praksis fram til 2020

3.1 Familieinnvandring

En ektefelle har rett til oppholdstillatelse på grunn av familierelasjonen når flere vilkår er oppfylt. Søknaden må bli levert på riktig måte, som regel fra hjemlandet. Videre må ekteskapet være gyldig inngått, og det er krav om at ekteparet skal bo sammen i Norge. Det er også et underholds krav: Som hovedregel må ektefellen i Norge ha en bestemt inntekt. Når alle vilkårene er oppfylt, har søkeren i utgangspunktet en rett til oppholdstillatelse.

Det gjelder et unntak fra denne retten «*dersom det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for søkeren*», jf. utlendingsloven § 40 fjerde ledd. Slike ekteskap blir kalt omgåelsesekteskap.

Det er kun når UDI/UNE mener at det hovedsakelige formålet med ekteskapsinngåelsen mest sannsynlig var å oppnå et oppholdsgrunnlag, at det er aktuelt å nekte tillatelse etter lovens § 40 fjerde ledd eller å bruke kan-skjønnets i bestemmelsen til å gi oppholdstillatelse. Dersom et slikt formål ikke var det mest sannsynlige motivet bak ekteskapsinngåelsen, faller saken utenfor bestemmelsen. Bestemmelsen er da ikke en del av vedtaksgrunnlaget.

¹ <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1967-02-10?q=forvaltningsloven>

Utlendingsloven § 40 fjerde ledd var ny da dagens utlendingslov trådte i kraft 1.1.2010. Tidligere gjaldt en ulovfestet praksis om at tillatelse kunne nektes når ekteskapet var proforma, dvs. uten realitet. I en dom fra 2013 mente Høyesterett at begrepet proforma ikke lenger gir en dekkende beskrivelse av disse sakene når lovens bevisstema er formålet med ekteskapet.² Høyesterett innførte isteden begrepet «*omgåelsesekteskap*».

Begrepet omgåelsesekteskap omfatter dermed både rene proformatilfeller, dvs. der ekteskapet ikke er ment å ha en realitet, og ekteskap med en realitet – men hvor hovedformålet med inngåelsen er å oppnå et oppholdsgrunnlag. Proformaekteskap kan sies å være en undergruppe av omgåelsesekteskap, men er ikke skilt ut som en egen kategori i UNEs tallmateriale. Selv om UNE i alminnelighet har brukt «*omgåelsesekteskap*» som benevnelse på ekteskap som faller inn under utlendingsloven § 40 fjerde ledd, ser vi at UDI fortsatt har brukt proformaekteskap som synonymt begrep i en del vedtak.

Lovens forarbeider, særlig Utlendingslovutvalgets utredning NOU 2004:20 og regjeringens lovproposisjon Ot.prp. nr. 75 (2006-2007),³ gir veiledning om lovbestemmelsen om omgåelsesekteskap. Forarbeidene uttaler blant annet:

- Bevisstemaet om formålet med ekteskapsinngåelsen var ment å redusere kontrolltekniske og bevismessige problemer med den tidligere ulovfestede proformaregelen.
- I proposisjonen side 17 står det: «*For å motvirke at ekteskapsinngåelse brukes som instrument for å skaffe seg oppholdstillatelse i Norge, foreslår departementet en regel som vil gi adgang til å nekte oppholdstillatelse dersom det fremstår som sannsynlig at det hovedsakelige formålet med ekteskapsinngåelsen har vært å skaffe grunnlag for opphold i riket. Dette gir adgang til å nekte oppholdstillatelse noe ut over de tilfellene som rammes av den tradisjonelle ulovfestede proformaregelen.*»
- Det framgår av proposisjonen at beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Departementet uttaler på side 190: «*Et skjerpet beviskrav ville gjøre bestemmelsen mindre effektiv og vanskeligere å praktisere.*»

² <https://lovdata.no/dokument/HRSIV/avgjorelse/hr-2013-1358-a?q=HR-2013-01358>: «*I saka har ekteskap som omhandla i § 40 fjerde ledd gjerne vore omtale som «proforma» eller som «ikkje reelle». Dette er etter mitt syn ikkje treffande nemningar. Ekteskapa er gyldige, men ekteskap med slike foremål gir ikkje rettskrav på opphaldsløyve. Det kan likevel vere praktisk med omgrep for slike tilfelle, og eg meiner det då kan vere meir treffande å tale om omgåing og omgåingsekteskap.*»

³

<https://www.regjeringen.no/contentassets/f0a671a54de9453a8409a3abc04ed4c8/no/pdfs/otp200620070075000dddpdfs.pdf>

Retningslinjer for skjønnet

Forarbeidene inneholder retningslinjer om hvordan forvaltningen bør praktisere bestemmelsen om omgåelsesekteskap:

- I proposisjonen side 190 står det: «*Departementet ser at den bestemmelsen utvalget har foreslått åpner for betydelig grad av skjønn, [...] Departementet slutter seg imidlertid til utvalgets vurdering av at det ikke vil innebære noen større fare for tilfeldige avveininger, fordi vurderingene vil bli foretatt på bakgrunn av objektive momenter [...]*». Disse «objektive momentene» er iht. proposisjonen:
 - ✓ Hvilken kontakt det har vært mellom partene før ekteskapsinngåelsen, både med hensyn til varighet, karakter og omfang
 - ✓ Hvilke kunnskaper partene har om hverandre
 - ✓ Hvorvidt partene kan gi samsvarende opplysninger om hvordan de har blitt kjent med hverandre og hvilken kontakt som har vært mellom dem mv.
 - ✓ Om partene kan kommunisere på et felles språk
 - ✓ Aldersforskjellen mellom partene
 - ✓ Om penger er betalt for ekteskapsinngåelsen uten at dette kan forklares med grunnlag i medgiftstradisjoner
 - ✓ Hvorvidt referansepersonen har en tidligere ekteskapeleg historie som kan gi grunnlag for mistanke om proforma eller tilsvarende
 - ✓ Om en av partene har en tidligere livsledsager som skal bo i samme husstand som partene
 - ✓ Om ekteskapet er klart atypisk i forhold til ekteskapstradisjoner i hjemlandet til utlendingene
 - ✓ Om det foreligger omstendigheter som taler for at ekteskapet er inngått ved bruk av tvang eller utnyttning, eksempelvis at partene er klart ujevne i mental utvikling
 - ✓ Om den som søker oppholdstillatelse på grunnlag av ekteskapet, tidligere har prøvd å få opphold på annet grunnlag, for eksempel på grunnlag av søknad om asyl, og om ekteskapet er inngått i nær tilknytning til et avslag på annen søknad

Departementet uttaler på side 190 i proposisjonen at momentlisten over «*[...] er ikke rangert og er heller ikke ment å være uttømmende. Vurderingen må også tilpasses hvert enkelt tilfelle, og partenes kultur- og ekteskapstradisjoner [...]*»

- I proposisjonen på side 187 fremgår det at lovutvalget erkjente at bestemmelsen i visse tilfeller kan være vanskelig å praktisere. I proposisjonen side 190 står det: «*Utvalget nevner spesielt at tilfeller hvor det kun er søkeren som har som formål at ekteskapet skal danne grunnlag for oppholdstillatelse, vil være vanskelige å avgjøre [...]* Det vises til at søkere fra den fattigere del av

verden i enkelte tilfeller vurderer ekteskap med en vestlig person som en mulighet for en bedre tilværelse for seg og sine barn. Departementet slutter seg til utvalgets vurdering om at det isolert sett ikke kan anses som noe formål å nekte oppholdstillatelse i slike tilfeller så lenge ekteskapet samtidig skal ha en realitet. Selv om ordlyden i bestemmelsen kan omfatte disse tilfellene, legger departementet derfor til grunn at slike saker som hovedregel ikke skal avslås. I visse tilfeller kan imidlertid søkerens formål om å oppnå oppholdstillatelse være så fremtredende at spørsmålet bør bedømmes annerledes.» Til denne siste setningen uttaler lovutvalget, gjengitt i proposisjonen på side 188: «Her må de nærmere vurderinger overlates til praksis.»

- I proposisjonen side 190 uttaler departementet videre: «Dersom det imidlertid er klart at forholdet er uten realitet, og oppholdstillatelse derfor også i dag vil bli nektet etter ulovfestet proformalære, er departementet enig med Regjeringsadvokaten i at tillatelse alltid skal avslås.»

I tillegg til veiledningen i lovens forarbeider, ga Justis- og politidepartementet 22.1.2010 en instruks til Utlendingsdirektoratet om proformaekteskap, GI-01/2010.⁴ Departementets instruks om lovtolkning og skjønnsutøvelse er ikke bindende for UNE, men er likevel en rettskilde også for UNE. Av instruksens framgår blant annet:

- «Departementet ber med dette UDI om å trygge praksis slik at det i tilstrekkeleg grad blir lagt vekt på proformaomsyn.»⁵
- «Departementet finn det naudsynt å understreke at dei proformaomsyna og -reglane som gjeld i dag er viktige, og at det bør skapast auka merksemd om desse omsyna i behandlinga av slike saker, både ved førstegangssøknad om familieinnvandring og ved søknad om fornying av slik løyve.»
- Departementet viser til momentlisten i forarbeidene, gjengitt ovenfor, og departementet «ber UDI trygge at dei nemnte momenta blir vurdert og tillagt vekt i vurderinga av søknader om familieetablering/-sameining.»

Av forarbeidenes omtale av når oppholdstillatelse «skal» nektes og når tillatelse som hovedregel ikke skal nektes – og departementets instruks til Utlendingsdirektoratet – kan vi trekke ut følgende: Lovgiver ønsker å hindre at ekteskap blir et middel for å oppnå oppholdstillatelse.⁶ Bevistemaet er nå om hovedformålet med ekteskapsinngåelsen var å oppnå oppholdstillatelse, ikke ekteskapets realitet. Lovgiver er på det rene med at flere dermed kan bli nektet oppholdstillatelse enn under en ren proformavurdering. Bestemmelsen krever ellers verken at oppholdsgrunnlag er eneste

⁴ <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/GI--012010--Instruks-om-proformaekteskap-jf-utlendingslova--40-fjerde-ledd/id592032/>

⁵ Instruksens ble gitt før begrepet «omgåelsesekteskap» var innført.

⁶ I forarbeidene til den tidligere utlendingsloven av 1990, var også andre hensyn enn innvandringskontroll fremhevet, jf. Ot.prp. nr. 46 (1986-87): «Departementet anser misbruk av ekteskapsinstitusjonen i den sammenheng det her gjelder som noe en må søke å motvirke. Dette skyldes ikke utelukkende hensynet til å unngå innvandring på uriktige premisser, men også at det av andre grunner er mange sider ved det som skjer i slike tilfeller som støter an mot god rettsorden.»

formål, eller at hovedformålet må være helt sikkert (det holder med sannsynlighetsovervekt).

Når det er sannsynlighetsovervekt for at hovedformålet med ekteskapsinngåelsen er oppholdstillatelse, kan det altså være grunnlag for å nekte tillatelse. Dersom ekteskapet er proforma, eller at søkerens formål om oppholdstillatelse gjennom ekteskapsinngåelsen er så fremtredende at oppholdstillatelse av den grunn bør nektes, tilsier formuleringer i forarbeidene at oppholdstillatelse i utgangspunktet ikke bør gis. Forarbeidene viser at bestemmelsen er ment å ramme slike tilfeller, og at utfallet da ikke bør bero på tilfeldige avveininger. UNEs alminnelige praksis er i samsvar med en slik forståelse.

For å unngå at bestemmelsen blir anvendt på tilfeller som den ikke er ment å ramme, gir forarbeidene så en føring om når forvaltningen bør gi oppholdstillatelse til tross for at søkerens formål med ekteskapsinngåelsen var å oppnå et oppholdsgrunnlag: Dersom kun søkeren har oppholdstillatelse som (hoved)formål og ekteskapet er ment å ha en realitet, skal tillatelse som hovedregel ikke nektes. Når vi her har satt «hoved» i parentes før «formål», er det fordi forarbeidene ikke uttrykkelig nevner hovedmotiv i forbindelse med unntaket, kun «*formål*». Det er klart at når oppholdsgrunnlag er et supplerende formål som ikke overgår andre formål, så kan ikke oppholdstillatelse nektes etter lovens § 40 fjerde ledd. Forarbeidene kan leses som en presisering i den retning, men er plassert slik at de gjelder skjønnsutøvelsen når hovedformålet er oppholdsgrunnlag. Forarbeidene anviser uansett at oppholdsformålet kan være så fremtredende at oppholdstillatelse likevel kan bli nektet selv om ekteskapet vil ha realitet. Ifølge forarbeidene må de nærmere vurderinger i enkeltsakene skje gjennom forvaltningspraksis, dvs. ved vedtak fra UDI og UNE.

Ekteskapets realitet er imidlertid – som nevnt – ikke et selvstendig bevisstema. Om det likevel er klart at ekteskapet vil ha en realitet, kan altså saken være omfattet av føringene i forarbeidene om når oppholdstillatelse som hovedregel skal gis (om ikke oppholdsformålet er så fremtredende at tillatelse av den grunn bør nektes). I saker om tilbakekall av oppholdstillatelse kan forvaltningen ha et grunnlag for å vurdere ekteskapets realitet i fortid og nåtid. Der partene ikke har flyttet sammen som ektefeller ennå, kan spørsmålet om ekteskapets realitet (fremover i tid) by på særlige bevisutfordringer.⁷ Forarbeidene definerer ikke begrepet «realitet» i denne sammenheng. Partene må bo sammen (som også er et selvstendig vilkår for ektefellestillatelse), og ha et familieliv. Utlendingsmyndighetene prøver imidlertid ikke partenes følelser for hverandre, og foretar ikke noen «dyneløfting». Som lagmannsretten kommenterer i august-dommen nevnt nedenfor, vil momentene fra forarbeidene knyttet til søkerens hovedformål med ekteskapsinngåelsen også være relevante for kan-skjønn og om ekteskapet vil ha realitet.

⁷ Som det framgår av omtalen av forarbeidene ovenfor, var det nye bevisstemaet om det hovedsakelige formålet med ekteskapsinngåelsen ment å redusere kontrolltekniske og bevismessige problemer med den tidligere ulovfestede proformaregelen.

Et aktuelt spørsmål kan dessuten være om ekteskapet er ment å vare utover den tid som kreves for å oppnå permanent oppholdstillatelse, jf. kapittel 7.1 nedenfor. En utlending som de siste tre årene har oppholdt seg i Norge med midlertidig oppholdstillatelse som danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse, har etter søknad rett til permanent oppholdstillatelse dersom nærmere vilkår er oppfylt, jf. utlendingsloven § 62. Når søkeren har fått permanent oppholdstillatelse, er ikke lenger tillatelsen betinget av at de opprinnelige vilkårene er oppfylt, for eksempel at ekteskapet består. Om ekteskapet ikke er ment å vare lenger enn dette, kan det fremstå som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i Norge for søkeren.

Utlendingsloven med de nevnte forarbeider trådte i kraft 1.1.2010. I de ti årene som har gått har det tilkommet forvaltnings- og rettspraksis og uttalelser fra Sivilombudsmannen. Rettskildene er dermed mer omfattende i 2020 enn de var i januar 2010. I forvaltnings- og rettspraksis er gjerne spørsmålet om ekteskapet ville ha blitt inngått uten utsikt til oppholdstillatelse. Om svaret er nei, er ekteskapet et omgåelsesekteskap.

UNE har i løpet av de senere år også utviklet sine vedtaksbegrunnelser, både i juridisk presisjon og av hensyn til klarspråk. Når vedtak blir skrevet i klarspråk, er målgruppen søkerne og folk flest, ikke juridiske fagpersoner. UNE vil unngå at våre vedtak arter seg som teoretisk-juridiske avhandlinger. Et generelt grep i UNE har derfor vært å tone ned omtalen av rettsstoff og derved gjøre vedtak mer leservennlige.

3.2 Utvvisning

Etter utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a, kan en utlending uten oppholdstillatelse bli utvist «*når utlendingen grovt eller gjentatte ganger har overtrådt en eller flere bestemmelser i loven her, forsettlig eller grovt uaktsomt har gitt vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger i sak etter loven, eller unndrar seg gjennomføringen av et vedtak som innebærer at vedkommende skal forlate riket [...]*»

Etter lovens § 70 kan utvisning ikke skje dersom det vil være et uforholdsmessig tiltak.

Utvisningsgrunnet i disse sakene er at parten forsettlig eller grovt uaktsomt har gitt uriktige eller åpenbart villedende opplysninger eller fortiet informasjon om hovedformålet med ekteskapsinngåelsen. Å «fortie» opplysninger står ikke direkte i lovteksten, men følger av rettspraksis og forvaltningspraksis. For eksempel uttalte lagmannsretten i en dom (Ib-2016-89668): «*Lagmannsretten finner det klart at bestemmelsens objektive vilkår også kan oppfylles ved at utlendingen har tilbakeholdt opplysninger av vesentlig betydning.*»

3.3 Statistikk fra 2010 til våren 2020

Ektefellesaker avgjort av UDI og UNE siden ny lov trådte i kraft 1.1.2010 til 31.5.2020					
Totalt saker	UDI innvilgelse	UDI avslag § 40 (4)	UNE innvilgelse	UNE avslag <u>ikke</u> § 40 (4)	UNE avslag § 40 (4)
UDI 67741	49993 ca. 74 %	891 ca. 1,3 %			
UNE 6944			649 ca. 9,3 % av UNEs vedtak. Herunder har UNE innvilget 104* saker hvor UDI har nektet tillatelse etter § 40 (4).	5808 ca. 84 % av UNEs vedtak.	487 ca. 0,7 % av alle ektefellesaker i UDI og UNE, og ca. 7 % av alle ektefellevedtak i UNE.
Ca. 75 % innvilgelse totalt UDI og UNE					
*I tillegg har UDI innvilget tillatelser etter klage (uten å sende saken til UNE), og UNE innvilget etter omgjøringsanmodninger, herunder har UNE gitt tillatelse i 19 saker etter omgjøringsanmodning i saker hvor § 40 (4) har vært vurdert. Til sammen har UNE innvilget ca. 21 % av sakene vi har behandlet hvor UDI har nektet tillatelse etter § 40 (4). Tallene i tabellen er cirkatall med forbehold om registreringsfeil eller andre feil.					

Tabellen viser:

- Et stort flertall av ektefellesøknadene, rundt 50 000 eller 75 %, har endt med oppholdstillatelse siden 2010. Der søknadene er innvilget vil ekteskapet forutsetningsvis ha en realitet.
- Rundt 500 personer, eller ca. 0,7 %, har siden 2010 fått avslag både av UDI og UNE etter bestemmelsen om omgåelsesekteskap. Denne bestemmelsen blir altså relativt sjelden brukt til å nekte oppholdstillatelse.
- Øvrige avslag skyldes andre grunner, som at kravet til underhold ikke er oppfylt.
- UNE har omgjort rundt 120 avslag som UDI traff i førsteinstans etter utlendingsloven § 40 fjerde ledd. I de aller fleste av disse sakene mente UNE, i motsetning til UDI, at det ikke var et omgåelsesekteskap. Lovens § 40 fjerde ledd kommer da ikke til anvendelse. Ekteskapene ved disse omgjøringene vil forutsetningsvis ha en realitet. Det at nesten alle UNEs omgjøringer er begrunnet med at ekteskapet ikke var et omgåelsesekteskap, viser at det er vurderingen av hovedformålet med ekteskapsinngåelsen som i praksis kan bli avgjørende. Statistikken indikerer at ekteskap som har et oppholdsformål og samtidig vil ha en realitet, i stor grad fanges opp her.

4. Krav til gyldige vedtak

Kan-skjønnen i utlendingsloven § 40 fjerde ledd og utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a er et såkalt fritt forvaltningskjønn. Det betyr at domstolene ikke kan sette forvaltningens skjønnsutøvelse til side med mindre vedtaket bygger på utenforliggende hensyn, er grovt urimelig eller innebærer usaklig forskjellsbehandling. Domstolene kan imidlertid prøve forvaltningens lovforståelse og om saksbehandlingen har fulgt kravene i forvaltningsloven. Domstolene kan dessuten vurdere bevisene i saken. Dersom forvaltningen har begått en saksbehandlingsfeil som kan ha innvirket på vedtakets innhold, kan vedtaket være ugyldig.

Etter forvaltningsretten gjelder det krav til vedtakets begrunnelse. Forvaltningsloven § 25 lyder:

« I begrunnelsen skal vises til de regler vedtaket bygger på, med mindre parten kjenner reglene. I den utstrekning det er nødvendig for å sette parten i stand til å forstå vedtaket, skal begrunnelsen også gjengi innholdet av reglene eller den problemstilling vedtaket bygger på.

I begrunnelsen skal dessuten nevnes de faktiske forhold som vedtaket bygger på. Er de faktiske forhold beskrevet av parten selv eller i et dokument som er gjort kjent for parten, er en henvisning til den tidligere framstilling tilstrekkelig. I tilfelle skal det i underretningen til parten vedlegges kopi av framstillingen.

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

Et vedtak kan være ugyldig dersom det ikke er begrunnet godt nok. Begrunnelsen bør blant annet vise at forvaltningen har en korrekt lovforståelse, og at skjønnen som er utøvd bygger på saklige og relevante hensyn.

Juridisk saksbehandling og skjønnsutøvelse er ikke en eksakt vitenskap. Forvaltningen har derfor et visst rom til selv å avgjøre hvor mye saksbehandling som må til i den enkelte sak eller hvordan et vedtak bør begrunnes. Det er når forvaltningen beveger seg utenfor dette handlingsrommet at et vedtak kan være ugyldig.

Det kan være ulike oppfatninger om hvordan saksbehandlingen og utfallet av en sak bør være innenfor handlingsrommet. Det kan også forekomme at selvstendige beslutningstakere, slik UNEs nemndledere og nemndmedlemmer er, kan vurdere saker med likhetstrekk noe forskjellig. Så lenge forvaltningen ikke begår usaklig forskjellsbehandling, vil ikke en slik uenighet bety at et vedtak den ene eller andre veien er ugyldig. Innenfor handlingsrommet kan det ellers skje en praksisutvikling over tid. Det at en praksis har endret seg, betyr ikke at en tidligere praksis var ugyldig eller at tidligere vedtak må gjøres om.

Vurderingen av forholdsmessighet ved utvisninger, jf. utlendingsloven § 70, er ikke et fritt forvaltningskjønn (i motsetning til kan-skjønnen, jf. ovenfor). Domstolene kan fullt ut prøve forholdsmessigheten og ugyldiggjøre et vedtak dersom domstolene kommer til at utvisning, eller utvisningstidens lengde, er uforholdsmessig.

5. To uttalelser fra Sivilombudsmannen i 2020

I denne rapporten vil vi trekke fram to uttalelser fra Sivilombudsmannen som gjelder omgåelsesekteskap.

5.1 Sivilombudsmannens uttalelse i sak 1: 31.1.2020⁸

I denne saken ("sak 1") avslø først UDI og dernest UNE søknaden om oppholdstillatelse under henvisning til at det hovedsakelige formålet med ekteskapsinngåelsen var å oppnå et oppholdsgrunnlag, jf. utlendingsloven § 40 fjerde ledd. I tillegg ble søkeren utvist med fremtidig innreiseforbud. Begrunnelsen var at søkeren hadde brutt utlendingsloven ved å gi uriktige opplysninger og fortiet formålet med ekteskapsinngåelsen, jf. utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a.

Søkeren henvendte seg deretter til Sivilombudsmannen. Ombudsmannen gjennomgikk UNEs saksbehandling, og uttalte seg blant annet om UNEs lovforståelse. UNE behandlet deretter saken på nytt, og kom da til at ekteskapet likevel ikke var et omgåelsesekteskap. UNE omgjorde derfor sitt tidligere vedtak. Lovens § 40 fjerde ledd kom ikke til anvendelse.

I sin avsluttende uttalelse i saken hadde Sivilombudsmannen blant annet uttalt:

Om lovens § 40 fjerde ledd:

- «Føringene i forarbeidene til omgåelsesbestemmelsen i utl. § 40 fjerde ledd legger til grunn at utlendingsmyndighetene «som hovedregel» ikke skal avslå søknader fra «søkere fra den fattigere del av verden som vurderer ekteskap med en vestlig person som en mulighet for en bedre tilværelse for seg og sine barn», forutsatt at ekteskapet skal ha en realitet.»
- «Ifølge forarbeidene skal altså oppholdstillatelse «som hovedregel» innvilges i nærmere bestemte tilfeller. Disse føringene må regnes som sentrale hensyn ved skjønnsutøvelsen, som utlendingsmyndighetene vil ha en plikt til å vurdere.»
- «Overfor ombudsmannen har UNE opplyst at de generelt følger forarbeidenes forutsetninger for skjønnsutøvelsen. De opplyser imidlertid også at det «i få saker er gitt tillatelse hvis det er sannsynlighetsovervekt for at ekteskapet er et omgåelsesekteskap». Det er uklart hva som menes med «få» saker, og om dette også gjelder de sakene forarbeidene forutsetter at «som hovedregel» skal innvilges. I så fall er det jo likevel usikkert om føringene følges opp i praksis.»

⁸ <https://www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/avslag-pa-familieinnvandring-til-ektefelle-i-norge-og-etterfolgende-utvisning-pa-grunn-av-tilbakeholdte-opplysninger-om-ekteskapsmotivene/>

- «UNEs formodninger i ettertid om hvilke vurderinger nemndleder har foretatt kan imidlertid ikke uten videre legges til grunn, når det ikke fremgår av avgjørelsene i saken at det er tatt stilling til føringene i forarbeidene. Ombudsmannen mener derfor det er begrunnet tvil om føringene i forarbeidene ble vurdert av UNE, slik de skulle ha gjort.»
- «Føringen gjelder jo nettopp for tilfeller hvor det foreligger oppholdshensikt, og vilkårene ellers er oppfylt.»
- «Ombudsmannen mener på denne bakgrunn at forarbeidenes føringer er sentrale hensyn ved skjønnsutøvelse, og at betydningen av dem skulle vært omtalt i begrunnelsen for vedtaket. Omtalen oppfyller ikke kravene i fvl. § 25 tredje ledd.»

Ombudsmannen om utvisning:

- «Undersøkelsen, og redegjørelsen nedenfor, gjelder i hovedsak skjønnsutøvelsen i saker hvor det er sannsynlig at ekteskapet er ment å ha en realitet. Forarbeidene til § 40 fjerde ledd nevnt ovenfor setter disse sakene i en særstilling, ved at de forutsetter at det ikke er formålet med bestemmelsen å ramme ekteskap der det kun er søkeren som hadde oppholdsformål, og ekteskapet samtidig er ment å ha en realitet. En søknad på bakgrunn av et ekteskap som ikke er ment å ha noen realitet vil normalt gi klart grunnlag for utvisning.»
- «Mye kan derfor tale for at utvisning bør forbeholdes situasjoner med rene proformaekteskap, eventuelt tilfeller der det er klar sannsynlighetsovervekt for at hovedmotivet var oppholdsgrunnlag. Uansett er usikkerheten knyttet til fastsettelsen av motivet for ekteskapet, og de nevnte rettsikkerhetsbetraktningene, momenter som etter omstendighetene må hensyntas ved vurderingen om en eventuell adgang til å utvise skal benyttes.»
- «For å oppsummere er ombudsmannens syn at usikkerheten knyttet til fastsettelsen av motivet for ekteskapet i oppholdssaken, og forarbeidenes forutsetning om at det skal være mulig med en fornyet prøving etter avslag på opphold, vil være sentrale hensyn ved skjønnsutøvelsen i en etterfølgende utvisningssak. Etter omstendighetene vil også betydningen av opplysningene om ekteskapsmotivet for relasjonen mellom ektefellene kunne ha en viss betydning. Etter ombudsmannens syn var de to førstnevnte hensynene så sentrale at UNE skulle vurdert betydningen av dem ved skjønnsutøvelsen i utvisningssaken.»
- «De momentene som er sentrale ved fastsettelsen av innreiseforbudets varighet, er langt på vei de samme som ved vurderingen av om det er forholdsmessig å utvise, jf. retningslinjene punkt 4.1.1, og ved vurderingen av om adgangen til å utvise skal benyttes. I tilfeller hvor det er redegjort tilstrekkelig for det sanksjonerte forholdets alvorlighet og hensynet til enkeltindividet ved vurderingen av utvisningens forholdsmessighet, vil det i begrenset grad være krav om noen utfyllende begrunnelse for innreiseforbudets varighet ut over dette. Det gjelder særlig der fastsettingen av innreiseforbudets lengde følger av fast praksis.»

- I tilknytning til innreiseforbudets varighet, uttaler ombudsmannen videre: *«I denne saken viser imidlertid gjennomgangen under punkt 2 at det ikke er redegjort for sentrale hensyn knyttet til det sanksjonerte forholdets alvorlighet. Dette er hensyn som tilsier at det kan være vesentlig forskjell i forholdets alvorlighetsgrad mellom et tilfelle hvor søker ikke har oppgitt hovedmotivet for et reelt ekteskap og tilfeller med rene proformaekteskap.»*
- *«Ombudsmannen er derfor kommet til at det er «begrunnet tvil», jf. sivilombudsmannsloven § 10 andre ledd, til om UNE har vurdert alle hensyn som er sentrale for den skjønnsmessige fastsettelsen av innreiseforbudets lengde.»*

Ombudsmannens konklusjoner om både lovens § 40 fjerde ledd og om utvisning:

- *«Ombudsmannen er kommet til at det er begrunnet tvil om UNE har vurdert betydningen av føringen i forarbeidene til omgåelsesbestemmelsen i utl. § 40 fjerde ledd ved den skjønnsmessige vurderingen av om søknaden om familieinnvandring skulle avslås. UNEs begrunnelse for skjønnnet oppfylte heller ikke kravene i forvaltningsloven § 25 tredje ledd.»*
- *«UNE har heller ikke vurdert alle sentrale hensyn ved avgjørelsen av om adgangen til å utvise skulle benyttes. Blant de hensyn UNE skulle ha vurdert er betydningen av usikkerheten knyttet til fastsettelsen av motivet for ekteskapsinngåelsen i oppholdssaken, og om utvisningspraksisen utgjør en skranke for reelle ektefellers muligheter til å søke om familieinnvandring og for kontradiksjonen i disse familieinnvandringssakene. Videre burde UNE vurdert betydningen av forarbeidenes forutsetning om at det skal være mulig med en fornyet prøving etter avslag på opphold.»*
- *«Ombudsmannen kom videre til at skjønnnet i utvisningssaken ikke er tilfredsstillende begrunnet, jf. forvaltningsloven § 25 tredje ledd, og til at det er begrunnet tvil om UNE har vurdert alle sentrale hensyn ved den skjønnsmessige fastsettelsen av innreiseforbudets lengde.»*

5.2 Sivilombudsmannens avslutning av sak 2 ved brev av 21.10.2020

I denne saken ("sak 2") nektet først UDI og dernest UNE søkeren oppholdstillatelse. Begrunnelsen var at det fremstod som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med inngåelsen av ekteskapet var å etablere et grunnlag for opphold i riket for søkeren, jf. utlendingsloven § 40 fjerde ledd. Søkeren ble i tillegg utvist med fremtidig innreiseforbud som følge av brudd på utlendingsloven, jf. utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a.

Søkeren henvendte seg deretter til Sivilombudsmannen. Ombudsmannen tilskrev UNE og viste til sin uttalelse 31.1.2020 i "sak 1" (gjengitt ovenfor). Ombudsmannen kommenterte blant annet at begrunnelsene i UNEs avgjørelser i denne saken synes å være begrenset til en redegjørelse for hvorfor UNE mener at inngangsvilkårene for avslag etter § 40 fjerde ledd er oppfylt. Ombudsmannen påpekte at det ikke framgikk at UNE hadde foretatt en slik konkret vurdering av kan-skjønnets som ombudsmannen blant annet i uttalelsen i "sak 1" hadde lagt til grunn at loven krever. Ombudsmannen ba derfor UNE om å foreta en fornyet vurdering av saken.

UNE behandlet saken på nytt. UNE opprettholdt det tidligere vedtaket, men med en utvidet begrunnelse. I den nye begrunnelsen står det blant annet:

«UNE has taken into account the guidelines in the preparatory work when assessing whether a residence permit may be refused, see Ot.prp. No. 75 (2006-2007) section 9.6.2.5 paragraph 7: "The proposed pro forma provision expands the subject of evidence in that it will be sufficient to reject the application, that a residence permit has been the main purpose of the marriage. The Committee mentions in particular that cases where it is only the applicant who has the purpose of the marriage to form the basis for a residence permit, will be difficult to decide, see quotation in chapter 9.6.2.3 above. It is pointed out that applicants from the poorer part of the world in some cases consider marriage to a Western person as an opportunity for a better life for themselves and their children. The Ministry agrees with the committee's assessment that in isolation it cannot be considered a purpose to refuse a residence permit in such cases, as long as the marriage is to have a reality at the same time. Although the wording of the provision may include these cases, the Ministry therefore assumes that such cases as a general rule shall not be rejected. In certain cases, however, the applicant's purpose of obtaining a residence permit may be so prominent that the question should be assessed differently." UNE has considered that the appellant and the sponsor have been married since 2017 as well as the information that they have lived together in Kenya for several months, and also that they were/are living together in Colombia. In this instance however, UNE has not decided whether there is reality in the marriage because UNE finds that the appellant's purpose of obtaining a residence permit is so prominent that UNE refuses to grant a residence permit, cf. the Immigration Act section 40 fourth paragraph. Reference is made to the assessment in UNEs decision of 25.09.2019, with emphasis on the fact that there is a significant age difference of 25 years between the parties, they decided to get married a very short time after first meeting each other and that they are in different stages of their lives.»

Sivilombudsmannen avsluttet sin involvering i saken i et brev til klageren. I brevet står det blant annet:

«UNEs previous decision did not describe any assessment on whether the competence to refuse should be used, and did not consider the guidelines in the immigration acts preparatory work. This was the reason that the ombudsman suggested that UNE should consider a reassessment of your case. UNEs decision 23 September 2020 makes an assessment on whether the competence to refuse should be used and takes the guidelines into account. After reviewing the complaint, the documents of your case and UNEs decision 23 September 2020 we have not found sufficient grounds to undertake further investigations into the matter. Our decision takes into account that the Ombudsman has limited power to review assessments that fall under the discretion of the administration, i.e. the administration's choice of case outcomes within the options provided by law. On a general basis, we note that this does not necessarily mean that the Ombudsman vouches for all aspects of the administration's handling of the case.»

5.3 Kommentarer til Sivilombudsmannens uttalelser

Sivilombudsmannens uttalelser er en viktig rettskilde for UNE. Som forvaltningsorgan er det forventet at vi i utgangspunktet følger ombudsmannens syn på rettslige spørsmål.

Sivilombudsmannen og UNE er enige om at forarbeidene til utlendingsloven § 40 fjerde ledd om omgåelsesekteskap gir veiledning om hvordan bestemmelsen skal anvendes, og retningslinjer for kan-skjønn. Ombudsmannen viser til føringer i forarbeidene om at utlendingsmyndighetene som «*hovedregel*» ikke skal avslå søknader fra «*søkere fra den fattigere del av verden som vurderer ekteskap med en vestlig person som en mulighet for en bedre tilværelse for seg og sine barn*», forutsatt at ekteskapet skal ha en realitet.

Ombudsmannen anser det usikkert om UNE har fulgt føringene i forarbeidene, idet UNE har opplyst at det i få saker er gitt tillatelse hvis det er sannsynlighetsovervekt for at ekteskapet er et omgåelsesekteskap. Isolert sett kan vi forstå at denne informasjonen fra UNE skaper en slik usikkerhet. Flere forhold kan imidlertid forklare hvorfor UNE har gitt oppholdstillatelse i «få saker» der vi har ment at det foreligger et omgåelsesekteskap, jf. neste avsnitt.

Som klageorgan mottar UNE kun saker som først er avslått av UDI. Det skjer altså en utsiling gjennom UDIs saksbehandling. Dernest har et stort flertall av alle ektefellesøknader blitt innvilget siden 2010, mens det er relativt svært få avslag etter omgåelsesbestemmelsen, jf. tabellen tidligere i rapporten. For det tredje bygger de aller fleste av UNEs omgjøringer av UDIs avslag i omgåelsessaker på at ekteskapet likevel ikke var et omgåelsesekteskap. Utlendingsloven § 40 fjerde ledd kommer da ikke til anvendelse, dvs. at saker som ellers kunne blitt omfattet av forarbeidenes føringer (ekteskap med en realitet) har fått sin løsning utenfor omgåelsesbestemmelsen.

I tillegg viser vedtakene at UNEs beslutningstakere har oppfattet et overveiende flertall av UNEs saker om omgåelsesekteskap som klare. Det hovedsakelige formålet med ekteskapsinngåelsen er vurdert som så fremtredende at tillatelse av den grunn bør nektes, jf. føringene i forarbeidene nevnt ovenfor. De innvandringsregulerende hensynene bak bestemmelsen slår da inn. Når UNE har gitt få tillatelser der vi har konkludert med omgåelse, er det nok fordi få av disse sakene er omfattet av føringene i forarbeidene om når UNE som hovedregel skal gi oppholdstillatelse.

Sivilombudsmannen uttaler seg om kravet til begrunnelse i omgåelsessaker. Ombudsmannssaken som ble avsluttet ved ombudsmannens brev 21.10.2020 ("sak 2") gir et eksempel på når et vedtak kan stå seg ved å henvise til føringene i forarbeidene. Kravene til begrunnelse må ellers ses i sammenheng med andre rettskilder, blant annet de to lagmannsrettsdommene som er gjengitt nedenfor, jf. våre merknader der.

Ombudsmannen har i sin uttalelse 31.1.2020 i "sak 1" kommentarer til utvisningspraksis. Ombudsmannen mener at «*mye kan tale for*» at utvisning bør forbeholdes situasjoner med «*rene proformaekteskap*», eventuelt tilfeller der det er «*klar sannsynlighetsovervekt*» for at hovedmotivet var oppholdsgrunnlag. Denne delen av ombudsmannens uttalelse er altså noe forbeholden. Vi kan heller ikke se at den er tydelig begrunnet i rettskildene. Det vil være opp til UNEs beslutningstakere å vurdere betydningen av ombudsmannens merknader her for konkrete saker.

Sivilombudsmannen mener videre at UNE burde ha vurdert «*usikkerheten*» knyttet til fastsettelsen av motivet for ekteskapsinngåelsen, og om utvisning utgjør en skranke for reelle ektefellers muligheter til å søke om familieinnvandring og for kontradiksjon. Som nevnt er de de aller fleste av UNEs omgjøringer i saker hvor UDI har nektet tillatelse etter lovens § 40 fjerde ledd, begrunnet med at det ikke dreier seg om et omgåelsesekteskap. På den annen side har de fleste vedtakene hvor UNE har nektet oppholdstillatelse i omgåelsessaker, blitt avslått fordi hovedformålet er så fremtredende at tillatelse av den grunn bør nektes. Det tilsier at tvil om hovedformålet i stor grad har kommet klagerne til gode når UNE vurderer om det overhodet er tale om et omgåelsesekteskap. Ombudsmannens utsagn til den aktuelle saken om at UNE burde ha vurdert usikkerheten knyttet til fastsettelsen av motivet for ekteskapsinngåelsen, har dermed betydning for få saker.

Ombudsmannen mener dessuten at UNE burde vurdert betydningen av forarbeidenes⁹ forutsetning om at det skal være mulig med en fornyet prøving etter avslag på opphold. Ombudsmannen gir også uttrykk for at UNEs vedtak i den aktuelle saken hadde en mangelfull begrunnelse om fastsettelse av innreiseforbudets lengde, og at det er forskjell på alvorlighetsgraden av rene proformaekteskap og der parten (kun) ikke har oppgitt at hovedmotivet med ekteskapsinngåelsen er oppholdsgrunnlag.

⁹ NOU 2004:20 (om utlendingsloven § 40 fjerde ledd):

"For det andre vil ikke et eventuelt avslag på opphold i seg selv innebære varig hindring for at tillatelse kan innvilges på et senere tidspunkt. Dersom partene etter avslaget videre-fører eller etablerer en kontakt som etter en viss tid må anses å sannsynliggjøre et reelt tilknytningsforhold, vil opphold kunne søkes på ny."

UNEs praksis i utvisningssakene med omgåelsesekteskap har gjennom flere år ikke fulgt ombudsmannens syn om å differensiere mellom type omgåelsesekteskap. Det er imidlertid noen avgjørelser fra de siste månedene hvor beslutningstakere har uttrykt støtte til ombudsmannens synspunkter.

Idet det ikke er et bevisstema etter utlendingsloven § 40 fjerde ledd om et ekteskap er proforma eller har en realitet, har mange vedtak ikke tydeliggjort om det er tale om et proformaekteskap. Også i proformatilfeller er konklusjonen at det er et omgåelsesekteskap. Utvisninger i omgåelsessaker omfatter dermed også utvisning i rene proformatilfeller, selv om disse tilfellene ikke er skilt ut i en egen statistikk.

Det er videre verdt å merke seg at en forutsetning for å kunne treffe vedtak om utvisning i omgåelsessaker, er at søknaden om familieinnvandringstillatelse er avslått fordi hovedformålet var å oppnå et oppholdsgrunnlag, og at tillatelse ikke bør gis etter den skjønsmessige kan-vurderingen. I kan-skjønnen har UNE vanligvis lagt avgjørende vekt på at oppholdshensikten med ekteskapsinngåelsen er så fremtredende at tillatelse av den grunn ikke bør gis. Utvisning i slike tilfeller gjelder dermed normalt klare tilfeller av omgåelse.

Vi noterer at Sivilombudsmannen uttaler at kan-skjønnen i utvisningssakene etter utlendingslovens § 66 etter omstendighetene kan ha liten betydning utover forholdsmessighetsvurderingen dersom alle momentene i saken er tatt med der. Med en tilstrekkelig fyldig forholdsmessighetsvurdering, vil derfor kan-skjønnen i utvisningssakene kunne gjøres ganske kortfattet. De fleste av UNEs vedtak om utvisning følger en slik mal.

6. To lagmannsrettsdommer høsten 2020

Siden 2010¹⁰ har tingretten og lagmannsretten avsagt nærmere 100 rettskraftige dommer i saker om omgåelsesekteskap, hvor UNE har fått medhold i rundt tre fjerdedeler. I de aller fleste dommene har tvistetemaet vært om ekteskapet er et omgåelsesekteskap, ikke UNEs bruk av kan-skjønnen når konklusjonen er omgåelse. I denne rapporten er det særlig de to lagmannsrettsdommene fra høsten 2020 som er av interesse. Lagmannsretten hadde i begge saker kjennskap til Sivilombudsmannens uttalelse fra januar 2020, og begge dommene kommenterer forarbeidene til utlendingsloven § 40 fjerde ledd, kan-skjønnen og kravet til begrunnelse.

¹⁰ Noen av de tidligste dommene gjaldt vedtak truffet under utlendingsloven av 1990.

6.1 Borgarting lagmannsretts dom 31.8.2020¹¹

I denne saken kom lagmannsretten til at UNEs vedtak om å nekte oppholdstillatelse etter lovens § 40 fjerde ledd var gyldig.

Lagmannsrettens dom viser at saken omfattet flere av omstendighetene som forarbeidene trekker fram som relevante for vurderingen. Forholdet mellom partene utviklet seg svært raskt. De hadde ikke felles språk, og den ene parten var så dårlig i engelsk at det vanskeliggjorde kommunikasjonen mellom dem. Ekteskapet var atypisk i forhold til tradisjonene i søkerens hjemland, bl.a. fordi kvinnen ikke kan få barn. Videre hadde partene forklart seg motstridende om hvorvidt de ønsket seg barn. Det var også motstrid om hvorfor de møttes. Det var en aldersforskjell på 18 år. I strid med kulturelle tradisjoner feiret de ikke bryllupet. De viste manglende kunnskaper om hverandre. Søkeren var fra et land med utvandringspotensial. Han var ung og uten arbeid, og møtte referansepersonen kort før utløpet av sitt Schengen-visum.

UNE mente at det var mest sannsynlig at formålet med inngåelsen av ekteskapet i hovedsak var å etablere et oppholdsgrunnlag, og viste til UDIs vedtak og klageoversendelsesbrev, som UNE sluttet seg til. UNE viste også til momentene som framgår av lagmannsrettens dom. Lagmannsretten fant ingen feil med UNEs vedtak her. Lagmannsretten mente at det *«klart er sannsynlighetsovervekt for at søkerens hovedsakelige formål på tidspunktet for ekteskapsinngåelsen var å skaffe seg et oppholdsgrunnlag, med andre ord at han ikke ville inngått ekteskapet dersom formålet hadde falt bort.»*

Når det gjelder kan-skjønnen i lovens § 40 fjerde ledd, står det i UNEs vedtak: *«Da det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for klageren, kan oppholdstillatelse nektes, jf. lovens § 40 fjerde ledd. UNE finner at tillatelse bør nektes i dette tilfellet.»*

Lagmannsretten drøfter saksøkerens (klagerens) påstand om saksbehandlingsfeil i form av mangelfull begrunnelse. Saksøkeren anførte at UNE i skjønnsutøvelsen skulle ha vurdert om ekteskapet var ment å ha en realitet, og at begrunnelsen er mangelfull idet den ikke synliggjør at det er foretatt en slik vurdering. Lagmannsretten uttaler at den ikke er enig med saksøkeren i at uttalelsene i forarbeidene må forstås generelt slik at UNE alltid skal ta stilling til om ekteskapet er ment å ha en realitet når det først er fastslått at det hovedsakelige formålet er oppholdsgrunnlag – og at søknaden da som hovedregel ikke skal avslås, og legger til: *«En slik forståelse [...] er verken forenelig med ordlyden eller at bestemmelsen skulle redusere de kontrolltekniske og bevismessige problemene knyttet til tidligere vurderinger av om ekteskap var proforma [...] Det er, som det fremgår av uttalelsene i proposisjonen, tilstrekkelig for å avslå at oppholdsgrunnlag har vært det hovedsakelige formålet med ekteskapet.»*

¹¹ <https://lovdata.no/dokument/LBSIV/avgjorelse/lb-2019-97080?q=19-097080> Dommen er rettskraftig i det Høyesterett ikke samtykket til å behandle en anke fra den private part.

Lagmannsretten uttaler at den heller ikke forstår Sivilombudsmannens uttalelser som helt generelle.

I dommen står det videre: *«Det nærmere innholdet i føringene og rekkevidden av disse slik de er angitt i forarbeidene fremstår etter lagmannsrettens syn som vagt og lite konkretisert. Lagmannsrettens syn er at forarbeidene først og fremst sikter til typetilfellet som er angitt i departementets vurdering, og gjelder når søkeren er alene om å ha hovedsakelig oppholdsformål: Søkere fra den fattige del av verden som vurderer ekteskap med en vestlig person som en mulighet for en bedre tilværelse for seg og (eventuelt) sine barn - og hvor det samtidig er klart at ekteskapet skal ha en realitet. Men slik at søkerens formål om å oppnå oppholdstillatelse likevel kan være så fremtredende at spørsmålet bør vurderes annerledes.»*

Lagmannsretten mener at *«Dersom det er klart at det konkrete saksforholdet faller utenfor føringene eller retningslinjer som er gitt for skjønnsutøvelsen, er det mindre grunn til å henvise til de i vedtaket [...]»*

Lagmannsretten sier seg enig i at den konkrete begrunnelsen for skjønnsutøvelsen i UNEs vedtak med fordel kunne ha vært mer utfyllende. *«Lagmannsretten har til tross for dette, under en viss tvil, kommet til at begrunnelsen er tilstrekkelig når vedtaket vurderes i sin helhet og i sammenheng med UDIs begrunnelse som UNE slutter seg til.»*

Lagmannsretten uttaler videre: *«Avgjørende for lagmannsretten er at det er klart at saken faller utenfor føringene i forarbeidene sin rekkevidde, og at det derfor ikke er nødvendig å henvise til de i vedtaket.»*

Lagmannsretten bemerker at *«Det følger av dette at UNE ikke anser at «det samtidig er klart at forholdet skal ha en realitet».¹² Også av den grunn er det klart at saken faller utenfor føringene i forarbeidene. Lagmannsretten bemerker at «Vurderingen er riktignok gjort i forbindelse med vurderingen av oppholdsformål. Slik lagmannsretten ser det vil imidlertid forvaltningens vurdering av søkerens hovedformål ofte omfatte elementer som også inngår i skjønnsutøvelsen. Herunder hvor fremtredende det hovedsakelige formål om oppholdstillatelse er, og i hvilken grad det er klart at ekteskapet er ment å ha en realitet [...]»*

Lagmannsretten avslutter denne delen av dommen med: *«På denne bakgrunn har lagmannsretten kommet til at det ikke er saksbehandlingsfeil knyttet til begrunnelsen av skjønnsutøvelsen i den konkrete saken. Lagmannsretten vil likevel bemerke at det vil være formålstjenlig at UNE i vedtak i disse sakene har en henvisning til føringene i forarbeidene og en kort begrunnelse for hvorvidt de kommer til anvendelse eller ikke.»*

¹² Sitat fra departementets merknader i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

6.2 Borgarting lagmannsretts dom 2.10.2020¹³

I denne saken hadde UDI og UNE kommet til at det mest sannsynlige formålet med ekteskapsinngåelsen for søkeren var å oppnå et oppholdsgrunnlag. UNE viste blant annet til at søkeren kom fra et land med utvandringspotensial, at kontakten mellom partene hadde vært begrenset, at ekteskapet var atypisk mot hjemlandets tradisjoner og at bryllupet ikke var feiret på tradisjonelt vis, en aldersforskjell på 31 år, og at det var påfallende at partene møttes første gang da kvinnen var på ferie med sin daværende ektefelle.

Lagmannsretten kommenterer at de nevnte omstendighetene gir en formodning for at det er inngått et ekteskap hvor søkerens hovedformål var å etablere et oppholdsgrunnlag i Norge. Lagmannsretten mente likevel at det forelå omstendigheter som tilsa at ekteskapet skulle ha en realitet. Lagmannsretten viste blant annet til at partene har hatt et reelt samliv innenfor de rammene som har vært mulig. Dette samlivet har skjedd både i en betydelig periode før ekteskapet i november 2016, og etter ekteskapsinngåelsen. Lagmannsretten fant også at det generelle utvandringspotensialet måtte nyanseres for søkerens vedkommende, og at han har sterke bånd til hjemlandet. Lagmannsretten bemerket at en del trekk som gjerne foreligger i saker om omgåelsesekteskap, ikke var til stede i denne saken.

Lagmannsretten konkluderte etter dette «*under tvil*» med at det ikke er mest sannsynlig at søkerens hovedsakelige formål med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for seg. Og: «*Den tvilen som etter dette foreligger, må gå ut over staten. Grunnvilkåret for å nekte oppholdstillatelse med hjemmel i utlendingsloven § 40 fjerde ledd er dermed ikke oppfylt.*»

UNEs vedtak ble dermed ansett som ugyldig. Idet lagmannsretten avgjorde saken på grunnlag av en konkret bevisvurdering, valgte UNE å ta dommen til etterretning fremfor å anke den til Høyesterett. For å anke til Høyesterett må saken som utgangspunkt gjelde spørsmål som har betydning utenfor den aktuelle saken. Konkrete bevisvurderinger har normalt ikke slik betydning.

En følge av at lagmannsretten konkluderte med at det ikke er et omgåelsesekteskap, er at saken faller utenfor utlendingslovens § 40 fjerde ledd og kan-skjønnen der. Lagmannsretten kommenterer likevel kravet til begrunnelse etter denne bestemmelsen. Forutsetningen er i så fall at lagmannsretten hadde konkludert motsatt i bevisvurderingen; at ekteskapet er et omgåelsesekteskap. Denne delen av dommen kan derfor leses som et såkalt obiter dictum, dvs. en uttalelse som ikke har betydning for resultatet slik lagmannsretten vurderte bevisene i saken.

¹³ <https://lovdata.no/dokument/LBSIV/avgjorelse/lb-2019-94626?q=19-094626>. Dommen er rettskraftig.

Lagmannsretten gjengir den delen av UNEs vedtak som gjelder utlendingsloven § 40 fjerde ledd: *«UNE har vurdert anførslene i klagen og andre brev mottatt i klageomgangen, men finner ikke at disse tilsier at klagen tas til følge. Da det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for klageren, kan oppholdstillatelse nektes, jf. lovens § 40 fjerde ledd. UNE finner at tillatelse bør nektes i dette tilfellet.»*

Lagmannsretten fant at UNE dermed har vurdert om det kan innvilges oppholdstillatelse på skjønnsmessig grunnlag. Ankemotpartens anførsel på dette punktet førte ikke frem.

Lagmannsretten mente imidlertid at den aktuelle saken klart falt inn under forarbeidenes retningslinjer for utøvelsen av kan-skjønnnet (forutsatt en konklusjon om at det er et omgåelsesekteskap).

Lagmannsretten uttaler: *«Mens grunnvilkåret i § 40 fjerde ledd tjener til å identifisere tilfeller hvor oppholdstillatelse kan nektes fordi søkeren har som hovedformål å bruke ekteskapet som et instrument for å skaffe seg oppholdstillatelse i Norge, tjener vurderingstemaet under utøvelse av «kan»-skjønnnet en mer sammensatt funksjon: Skjønnnet tjener i første rekke til å skjære bort en del tilfeller hvor innvandringspolitiske hensyn ikke gjør seg gjeldende i særlig grad, eller der slike hensyn etter en avveining må vike for det faktum at ekteskapet har en realitet, enten for referansepersonen eller begge ektefellene. Også andre særlige hensyn, for eksempel hensynet til felles barn, kan tenkes å ha betydning. Selv om flere av de objektive momentene som har betydning ved vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt, også kan ha betydning for «kan»-skjønnnet, er det også forskjeller. Det som fremgår av vedtakets begrunnelse for at grunnvilkåret er oppfylt, kan ikke uten videre leses som begrunnelse for utøvelse av «kan»-skjønnnet.»*

Lagmannsretten mente at UNEs vedtak ikke var tilstrekkelig begrunnet til å se hvilke hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøvelse av kan-skjønnnet etter utlendingsloven § 40 fjerde ledd. Lagmannsretten mente at UNEs vedtak ikke tilfredstilte kravene til begrunnelse etter forvaltningsloven § 25.

Lagmannsretten uttaler videre: *«På bakgrunn av det som er sagt foran om vedtakets begrunnelse, er det etter lagmannsrettens syn en reell mulighet for at UNE ved sin vurdering under «kan»-skjønnnet ikke har tatt tilstrekkelig hensyn til de relevante momentene i saken. Den mangelfulle begrunnelsen er dermed en indikasjon på en svikt ved avgjørelsesgrunnlaget som kan ha virket inn på vedtakets innhold. Lagmannsretten finner derfor at UNEs vedtak må kjennes ugyldig også på grunn av vedtakets mangelfulle begrunnelse.»*

6.3 Kommentarer til dommene

Begge dommene er enstemmige. August-dommen tilsier at tilsvarende vedtak i liknende saker vil være gyldige. Som lagmannsretten påpeker, har UNEs begrunnelser om skjønnsutøvelsen likevel et forbedringspotensial, sammenliknet med vedtaket i den saken. Vi har ikke nøyaktig statistikk, men tilbakemeldinger vi har mottatt fra fagfolk i UNE er at flertallet av UNEs saker om omgåelsessaker er like klare som denne lagmannsrettssaken. Også gjennomgangen av vedtak fra den senere tid viser at UNE har et flertall av klare saker, jf. nedenfor.

I oktober-dommen kom lagmannsretten etter en konkret bevisvurdering til at den saken var en tvilssak, og at det ikke var sannsynlighetsovervekt for at hovedformålet med å inngå ekteskapet var å etablere et oppholdsgrunnlag. Basert på lagmannsrettens bevisvurdering, er det i samsvar med UNEs praksis ikke å anvende lovens § 40 fjerde ledd. Fra dommene er det ellers verdt å merke seg blant annet:

- Lagmannsretten i august-dommen mener at forarbeidene ikke må forstås slik at UNE alltid skal ta stilling til om ekteskapet er ment å ha en realitet når det først er fastslått at det hovedsakelige formålet er oppholdsgrunnlag.
- Lagmannsretten i august-dommen mener at føringen i forarbeidene om som hovedregel ikke å nekte oppholdstillatelse der ekteskapet skal ha en realitet, primært sikter til typetilfellet som er nevnt i forarbeidene: Søkere fra den fattige del av verden som vurderer ekteskap med en vestlig person som en mulighet for en bedre tilværelse for seg og (eventuelt) sine barn – og hvor det samtidig er klart at ekteskapet skal ha en realitet.
- I august-dommen ser lagmannsretten det slik at «[...] forvaltningens vurdering av søkerens hovedformål ofte vil omfatte elementer som også inngår i skjønnsutøvelsen. Herunder hvor fremtredende det hovedsakelige formål om oppholdstillatelse er, og i hvilken grad det er klart at ekteskapet er ment å ha en realitet [...]» Her er det også verdt å merke seg dommen fra oktober, som uttaler at «[...] Selv om flere av de objektive momentene som har betydning ved vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt, også kan ha betydning for kan-skjønnet, er det også forskjeller. Det som fremgår av vedtakets begrunnelse for at grunnvilkåret er oppfylt, kan ikke uten videre leses som begrunnelse for utøvelse av «kan-skjønnet.»
- Begge dommene har uttalelser om kravet til begrunnelse. I august-dommen uttaler lagmannsretten blant annet at «Dersom det er klart at det konkrete saksforholdet faller utenfor føringer eller retningslinjer som er gitt for skjønnsutøvelsen, er det mindre grunn til å henvise til de i vedtaket [...]», og til den konkrete saken: «Avgjørende for lagmannsretten er at det er klart at saken faller utenfor føringene i forarbeidene sin rekkevidde, og at det derfor ikke er nødvendig å henvise til de i vedtaket.»

- Lagmannsretten bemerker likevel at det vil være formålstjenlig at UNE i vedtak i disse sakene har en henvisning til føringene i forarbeidene og en kort begrunnelse for hvorvidt de kommer til anvendelse eller ikke. I oktober-dommen mente lagmannsretten under tvil at ekteskapet ikke var et omgåelsesekteskap. Lagmannsretten har så subsidiære uttalelser om kravet til begrunnelse for det tilfellet at retten hadde konkludert motsatt; at det likevel var et omgåelsesekteskap. Lagmannsrettens kommentarer er gjort kjent for våre beslutningstakere som kan vurdere dem i forbindelse med nye vedtak. Videre anser vi i denne rapporten at lagmannsrettens kommentarer fra oktober-dommen er faglig relevante å se hen til sammen med dommen fra august.
- Et premiss i oktober-dommen er altså at det er tale om en tvilssak. Lest i sammenheng understreker de to dommene at kravet til en begrunnelse for skjønnsutøvelsen blir skjerpet i tvilstilfeller sammenliknet med en klar sak slik som i lagmannsrettsdommen fra august. Der en sak faller inn under føringene i forarbeidene om når UNE som hovedregel ikke bør nekte tillatelse i omgåelsestilfellene, bør begrunnelsen vise til føringene og være tilstrekkelig individualisert. Det gjelder altså særlig for det tilfellet at kun søkerens hovedsakelige motiv med ekteskapsinngåelsen var et oppholdsgrunnlag, samtidig som ekteskapet vil ha en realitet. Som nevnt tidligere i rapporten tar forarbeidenes føringer et forbehold om at det hovedsakelige formålet om oppholdstillatelse kan være så fremtredende at tillatelse kan nektes selv om ekteskapet vil ha en realitet. Det kan tilsi at den relative styrken i motivet om å oppnå et oppholdsgrunnlag, kan ha betydning for hvor grundig begrunnelsen bør være for kan-skjønn.

7. UNEs vedtak fra vår/sommer 2020 til november 2020

7.1 Familieinnvandring og tilbakekall

7.1.1 *Oversikt*

UNE har i perioden juni 2020 til 27. november 2020 truffet 30 avgjørelser om oppholdstillatelse i saker om familieinnvandring eller tilbakekall av tidligere gitt tillatelse, hvor omgåelsesekteskap var et tema. Det gjelder både klagevedtak og omgjøringsvurderinger til et tidligere vedtak fra UNE. Sakene fordeler seg på:

- 11 rene saker om familieinnvandring. 2 tatt til følge, 9 ikke tatt til følge.
- 16 saker som omhandlet både familieinnvandring og utvisning. Av familieinnvandringssakene ble 7 tatt til følge og 9 ikke tatt til følge. Se kapittel 7.2 for utvisningssakene.
- 2 rene sak om tilbakekall av oppholdstillatelse. Klagen ikke tatt til følge.
- 1 sak om både tilbakekall av oppholdstillatelse og utvisning. Klagen over tilbakekall ikke tatt til følge. Se kapittel 7.2 for utvisningssakene.

Av de 30 sakene traff UNE altså 9 avgjørelser til fordel for klagerne, mens 21 ikke førte fram.

7.1.2 *Avgjørelsesform*

Avgjørelsesformen i de 30 sakene var:

- Nemnd med personlig fremmøte: 5 saker
- Nemnd uten personlig fremmøte: 3 saker
- Vedtak av nemndleder: 22 saker

I fire saker ble UNEs tidligere vedtak omgjort til klagerens gunst; tre etter behandling i nemndmøte og ett etter vedtak fra nemndleder i en sak hvor klageren hadde fått medhold i retten.

I to saker har nemndledere gitt oppholdstillatelse og samtidig skrevet at konklusjonen om at det ikke var et omgåelsesekteskap var «under noe tvil» eller at det var «ikke ubetydelig tvil». Vedtakenes formuleringer underbygger at tvil om bevisvurderingen gjerne kommer klagerne til gode i saker om omgåelsesekteskap.

7.1.3 Vedtakenes begrunnelser

Vedtakene ser gjennomgående ut til å være godt begrunnet. Dagens mal for vedtak om familieinnvandring skiller tydelig på regler om omgåelsesekteskap, konkret vurdering av omgåelsesekteskap og UNEs beslutning om å bruke myndigheten til å avslå – altså kan-skjønnnet. Malens oppbygging og også tekst blir fulgt i mange klagevedtak. Andre vedtak har samme tredeling, men med en noe annen tekst som også ser standardisert ut – og gjerne grundigere om rettskildene.

Rettsregler

Alle klagevedtakene – både om familieinnvandring og tilbakekall –redegjør etter vår oppfatning godt for rettsreglene og viser til lovforarbeidene, dvs. først og fremst Ot.prp. nr. 75 (2006-2007). Dette er i tråd med ny og gammel maltekst. Mange vedtak refererer innholdet i føringene, og flere siterer fra det sentrale avsnittet, slik som i dette vedtaket:

*«Som nevnt ovenfor er det gitt føringer for dette kan-skjønnnet i forarbeidene, se Ot.prp. nr.75 (2006-2007) pkt. 9.6.2.5 avsnitt 7. Det heter (UNEs utheving): «Departementet slutter seg til utvalgets vurdering om at det **isolert sett** ikke kan anses som noe formål å nekte oppholdstillatelse i slike tilfeller så lenge ekteskapet samtidig skal ha en realitet. Selv om ordlyden i bestemmelsen kan omfatte disse tilfellene, legger departementet derfor til grunn at slike saker **som hovedregel** ikke skal avslås. I **visse tilfeller** kan imidlertid søkerens formål om å oppnå oppholdstillatelse **være så fremtredende** at spørsmålet bør bedømmes annerledes.»*

Som det fremkommer av det siterte er spørsmålet om ekteskapets realitet ett moment av flere der man må se hen til andre forhold også, i dette tilfelle særlig om oppholdshensikten er fremtredende. Dette innebærer at selv om ekteskapet er ment å ha en realitet så kan det være andre forhold som tilsier at tillatelse likevel kan nektes. Eksempler på vurderinger som skal foretas er gitt i lovens forarbeider.»

Flertallet av vedtakene henviser til høyesterettsdommen fra 2013, og noen også til 2006-dommen¹⁴. Et lite mindretall vedtak viser til uttalelser fra Sivilombudsmannen. Få vedtak viser til dommer fra lagmannsretten.

¹⁴ <https://www.domstol.no/Enkelt-domstol/hoyesterett/avgjorelser/2006/hr-2006-02109-a/>

Gjennomgående viser vedtakene til at det er hovedformålet ved *ekteskapsinngåelsen* som er det avgjørende. I ett nemndledervedtak er det vist til at etterfølgende omstendigheter i den aktuelle saken nå tilsa at det likevel ikke var sannsynliggjort et omgåelsesekteskap, selv om det var det på tidspunktet for UDIs vedtak. Beviskravet om alminnelig sannsynlighetsovervekt og statens bevisbyrde i tvilstilfeller er også beskrevet i så godt som alle avgjørelser.

Vedtakene sier sjelden noe nærmere om hvordan føringene i forarbeidene skal forstås i lys av andre rettskilder. Avgjørelsene er svært konkrete.

Vurdering av om det er et omgåelsesekteskap

Hovedtyngden i begrunnelsene ligger i om det er et omgåelsesekteskap. Alle avgjørelser er konkret begrunnet; for det meste med egen begrunnelse, men også ved henvisning til UDIs begrunnelse som UNE slutter seg til, eller ved å vise til UNEs tidligere begrunnelse i omgjøringsvurderinger.

Typiske momenter i avslagsaker er følgende: Partene har gjennomgående liten kjennskap til hverandre, det er motstridende opplysninger, stor aldersforskjell, ekteskap/beslutning om ekteskap er tatt etter kort tids bekjentskap, ikke felles språk, atypiske kjennetegn ved ekteskapet og omstendighetene rundt, ekteskap kort tid etter avslag på annen søknad, manglende kontakt med ektefelles familie og nettverk ellers, manglende besøk etter ekteskapsinngåelsen mv. I ett vedtak mangler en slik vurdering; etter tap i lagmannsretten nøyer nemndleder seg med å ta dommen «til etterretning» og innvilge. Retten mente det ikke var et omgåelsesekteskap. Det er i tråd med vanlig praksis at begrunnelsen kan være summarisk når UNE følger resultatet i en dom.

Noen eller flere av disse momentene er også til stede i innvilgelsessaker, men der en helhetsvurdering gir motsatt resultat. I en sak er innvilgelsen bare begrunnet svært kort etter samtale med ektefellene.

Det er klagerens oppholdshensikt som blir vurdert. Det er et gjennomgående trekk at vedtakene ikke gir en vurdering av referansepersonens hensikt med ekteskapsinngåelsen. Det oppfattes nok ikke å være viktig for resultatet.

Kan-skjønn

Det fremgår tydelig av alle avgjørelsene at beslutningstakerne har foretatt et skjønn; dette står ikke bare i den generelle redegjørelsen for rettsreglene, men også i den konkrete vurderingen av saken. Som regel er dette også tydeliggjort ved egen overskrift, noe som er et godt klarspråk-grep og gir god oversikt (dette ligger i malen). Det er altså ingen beslutningstakere som nå går rett fra konklusjonen «omgåelse» til «avslag», slik vi har sett eksempler på tidligere, og som Sivilombudsmannen har kritisert. Det er flere eksempler på at UNE i vedtak etter juni 2020 kritiserer UDI for nettopp dette, og også karakteriserer UDIs vedtak som ugyldige.

I ett vedtak om tilbakekall ser det tilsynelatende ut til at nemndleder ikke har foretatt en konkret vurdering under kan-skjønn. Men kan-skjønn er behørig omtalt og vurdert under tilbakekallsvurderingen. Lest som en helhet, mener vi at UNE her har begrunnet vurderingen tilstrekkelig. Kan-vurderingen er uttrykkelig knyttet til omgåelsessaken, og det er «klar sannsynlighetsovervekt» for omgåelseshensikt.

Kan-vurderingene har gjerne få selvstendige momenter. Mange viser til vedtakets begrunnelse for at det er et omgåelsesekteskap. Et eksempel er:

«Nemndas flertall er foran kommet til at ekteskapet i denne saken er å anse som et omgåelsesekteskap. Flertallet mener at de samme momentene som ligger til grunn for dette også tilsier at ekteskapet ikke er ment å ha realitet.»

Deretter fremheves og gjentas noen sentrale momenter fra drøftelsen. Samme teknikk er brukt i flere vedtak, enten konklusjonen er «ikke realitet», eller at oppholdshensikten er «så fremtredende» at realitet ikke er avgjørende. I flere vedtak fremheves eksplisitt innvandringsregulerende hensyn, for eksempel slik:

«Innvandringsregulerende hensyn tilsier at tillatelse nektes fordi det ikke er ønskelig at ekteskap brukes som et instrument til å oppnå oppholdstillatelse. UNE finner heller ikke at det er andre grunner til at tillatelse ikke skal nektes.»

De fleste avslags- eller tilbakekallsvedtak gjelder saker hvor oppholdshensikten er så fremtredende (dominerende, uttalt e.l.) at beslutningsfatterne ikke går inn på ekteskapets realitet. Vurderingen er som regel knyttet opp mot forarbeidene, gjerne beskrevet tidligere i vedtakene og eventuelt gjentatt. I flere saker sies det uttrykkelig at ekteskapet ikke har eller vil ha en realitet. En sak gjaldt tvang, slik at realitet ikke var avgjørende uansett.

Hva som utgjør «realitet», er sjelden beskrevet, ut over tidsmomentet, som flere nevner. For eksempel slik:

«Ved søknad om familieinnvandring vil forvaltningen i utgangspunktet, og utover de rene proformatilfellene, normalt bare vurdere å anvende § 40 fjerde ledd i tilfeller der omstendighetene i den konkrete saken gir grunn til å tro at ekteskapet for søkerens del ikke er ment å ha en realitet utover det som eventuelt er nødvendig for å sikre søkeren varig opphold i Norge i fremtiden. Da er det også grunn til å tro at hovedformålet med ekteskapet mest sannsynlig har vært å etablere et grunnlag for opphold i Norge.»

Flere andre vedtak forstår realitet på denne måten; hensikten må være et ekteskapeleg samliv ut over den tiden som er nødvendig for en selvstendig oppholdstillatelse for klageren.

Felles barn kan indikere at det ikke er et omgåelsesekteskap (uttrykt i ett vedtak), eller at det uansett har en realitet på en slik måte at man ikke vil nekte oppholdstillatelse (særmerknad fra nemndleder i ett vedtak). Men felles barn trenger ikke være nok til å sannsynliggjøre realitet (en sak som gjaldt utvisning), og trenger heller ikke være avgjørende for kan-vurderingen – ett vedtak vurderer likevel oppholdshensikten som fremtredende. Det er altså tale om typisk konkrete vurderinger ut fra opplysningene i den enkelte sak.

Mange vedtak viser også i den konkrete vurderingen til føringene i forarbeidene om når oppholdstillatelse som hovedregel skal gis, og skriver eksplisitt at de ikke kommer til anvendelse, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 190: *«Det vises til at søkere fra den fattigere del av verden i enkelte tilfeller vurderer ekteskap med en vestlig person som en mulighet for en bedre tilværelse for seg og sine barn. Departementet slutter seg til utvalgets vurdering om at det isolert sett ikke kan anses som noe formål å nekte oppholdstillatelse i slike tilfeller så lenge ekteskapet samtidig skal ha en realitet.»*

Vi har bare funnet ett eksempel der UNE brukte kan-skjønn til å gi en oppholdstillatelse til tross for at nemnda konkluderte med at det var et omgåelsesekteskap. I vedtaket står det: *«Nemnda er enig i Sivilombudsmannens rettslige tilnærming. Nemnda har også merket seg Borgarting lagmannsretts dom 02.10.2020, og de synspunktene som fremkommer om kan-skjønn, som nemnda slutter seg til. Dette betyr at selv om det hovedsaklige formålet med ekteskapsinngåelsen var å få en tillatelse, så skal man likevel - som hovedregel - få en tillatelse dersom ekteskapet var ment å ha en realitet.»* Nemnda sammenlignet ekteskapet med et arrangert ekteskap og viste blant annet til at partene hadde samme kulturbakgrunn og at det ikke var stor aldersforskjell.

I tillegg er det særvotum fra nemndleder i et par nemndmøtesaker: I en sak mente flertallet at ekteskapet ikke var et omgåelsesekteskap. Nemndleder var uenig, og mente at det hovedsakelige motivet ved ekteskapsinngåelsen var å oppnå et oppholdsgrunnlag. Idet ekteparet hadde fått et felles barn fire år etter ekteskapsinngåelsen, mente nemndlederen imidlertid at det tilsa at ekteskapet var ment å ha en realitet fra starten av. Dette mente nemndleder var avgjørende for å ville gi oppholdstillatelse (gjaldt ny behandling av saken som Sivilombudsmannen uttalte seg om i januar 2020).

I en sak om utvisning mente nemndlederen i motsetning til flertallet (de to nemndmedlemmene) at det var et omgåelsesekteskap, men ekteskapet skulle ha en realitet og utvisning var derfor ikke aktuelt.

Begrunnelsene har blitt tydeligere

De vedtakene UNE har truffet i sommer og høst i omgåelsessaker tilsier at begrunnelsene har blitt tydeligere. Det ser vi blant annet ved mer utfyllende begrunnelser enn tidligere i 14 saker om familieinnvandring eller tilbakekall hvor UNE nå har foretatt en ny vurdering av saken. En slik ny vurdering har kommet som følge av anmodning om omgjøring, stevningsvarsel, brev fra Sivilombudsmannen eller eget initiativ. UNEs saksbehandlere og beslutningstakere har da også hatt kjennskap til Sivilombudsmannens uttalelse fra januar og etter hvert de to dommene fra lagmannsretten.

Vi kan imidlertid ikke se indikasjoner på en generell endring i tilnærming eller praksis. Av de 14 nevnte sakene ble resultatet opprettholdt i ti av sakene. En ble omgjort etter tap i retten. Tre ble omgjort etter nemndbehandling, alle administrert av den samme nemndlederen. To av disse ble omgjort etter en endret bevisvurdering, der UNE kom til at det likevel ikke var et omgåelsesekteskap. Ett vedtak ble omgjort under henvisning til kan-skjønn.

7.2 Utvising

7.2.1 *Oversikt*

Tabellen nedenfor gir en oversikt over saker som gjelder utvisning basert på omgåelsesekteskap etter utlendingsloven § 40 fjerde ledd, og som er avgjort av UNE fra og med april 2020. Den siste avgjørelsen ble fattet 24.11.2020. Tallene gjelder både vedtak i klagesaker og svar på omgjøringsanmodninger mot et tidligere vedtak fra UNE.

Totalt antall utvisningssaker	25
Utfall	
Totalt antall opprettholdt UDIs utvisningsvedtak (full)	15
Totalt antall omgjøring (full)	9
Satt ned innreiseforbud	1
Avgjørelsesform	
Nemnd med personlig frammøte	1
Nemnd uten personlig frammøte	4
Nemndleder alene	20
Utfall etter avgjørelsesform	
Nemndsaker omgjort (fullt)	4/5
Nemndsaker utvist (oppretholdt helt/delvis)	1/5
Nemndleder alene omgjort (fullt)	5/20
Nemndleder alene utvist	15/20
I sakene avgjort i egen utvisningsvurdering – realitet i ekteskapet?	
Totalt	17
Konstatert ikke realitet	3
Klar sannsynlighetsovervekt omgåelse, særlig framtreddende oppholdshensikt e.l.	10
Ikke tatt stilling	4

UNE har altså opprettholdt UDIs vedtak om utvisning i 16 av de 25 sakene. I 9 saker, eller rundt en tredjedel, har vi omgjort vedtaket om utvisning.

Totalt 17 av de 25 sakene ble avgjort ved en nærmere vurdering av utvisningsvilkårene, jf. utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a og § 70. Det var altså bare i disse sakene at ombudsmannens synspunkter om *utvisning kunne* få betydning. I de øvrige sakene kom UNE til at ekteskapet ikke var et omgåelsesekteskap (eller at oppholdstillatelse likevel ikke burde nektes etter lovens § 40 fjerde ledd). Omgjøringen av utvisningsvedtaket i disse tilfellene var da en følge av at UNE ga klageren oppholdstillatelse på grunn av ekteskapet.

7.2.2 Sakene hvor UNE har opprettholdt UDIs vedtak om utvisning

Av de nevnte 17 sakene hvor utvisning fortsatt var et aktuelt tema etter utfallet av sakene om familieinnvandring, opprettholdt UNE utvisning i 16 av dem. I to av disse konstaterte UNE at ekteskapet ikke skulle ha noen realitet.¹⁵ Om slike tilfeller uttrykte ombudsmannen (som nevnt over) at det normalt klart vil være grunnlag for utvisning. I de 14 øvrige sakene har UNE ikke konstatert om ekteskapet skulle være med eller uten realitet. Ombudsmannens synspunkter i uttalelsen fra januar 2020 kan dermed være relevant for disse sakene i større eller mindre grad. UNEs beslutningstakere var gjort kjent med uttalelsen da disse sakene ble avgjort. Når disse sakene endte med utvisning, kan det tilsa at ombudsmannens uttalelse ikke har ført til endringer i praksis når det gjelder terskelen for utvisning. Det betyr ikke at vedtakene står i strid med ombudsmannens synspunkter om å skille mellom proforma og klare tilfeller av omgåelse og andre tilfeller. Ut fra vedtakenes begrunnelser er det jevnt over tale om klare saker.

Som nevnt i kapittel 5 mente Sivilombudsmannen i uttalelsen fra januar 2020 at: «*Mye kan derfor tale for at utvisning bør forbeholdes situasjoner med rene proformaekteskap, eventuelt tilfeller der det er klar sannsynlighetsovervekt for at hovedmotivet var oppholdsgrunnlag.*»¹⁶ I 10 av de 14 utvisningsvedtakene der UNE ikke tok stilling til realiteten av ekteskapet, skriver UNE i vedtakene at det var *klar sannsynlighetsovervekt* for at hovedformålet med ekteskapsinngåelsen var å etablere et oppholdsgrunnlag for søkeren, eller at oppholdshensikten var «sterk», «klar», «så fremtredende» eller tilsvarende. I de fleste sakene framkommer slike beskrivelser i utvisningsvedtaket, men i noen framgår det bare av avslaget i familieinnvandringssaken. I fire vedtak har ikke UNE gitt en slik karakteristikk av sannsynlighetsovervekten eller oppholdshensikten. Vårt inntrykk er likevel at også disse vedtakene gjelder klare tilfeller av omgåelse ut fra faktum. I tre av sakene blir ekteskapet i interne merknader omtalt som veldig klart med hensyn til omgåelse eller at det er et proformaekteskap uten realitet. I den fjerde saken ble utvisning opprettholdt etter at UNE fikk medhold i tingretten i familieinnvandringssaken.

De vedtakene som her er gjennomgått, tilsier at når UNE etter en vurdering av familieinnvandringssaken har kommet til at det er riktig å nekte oppholdstillatelse etter lovens § 40 fjerde ledd, vil UNE som oftest også komme til at det er riktig å utvise klageren. Når oppholdshensikten med ekteskapsinngåelsen er «klart sannsynlig», «så fremtredende» e.l., vil innvandringsregulerende hensyn kunne tale for også et utvisningsvedtak.

¹⁵ Avgjørelser fra hhv. 01.10. og 02.10.

¹⁶ S. 11 i uttalelsen

7.2.3 Innreiseforbudets varighet

Vedtak om utvisning kan skje varig eller tidsbegrenset. UNE har kun nedsatt innreiseforbudets varighet i ett av vedtakene om utvisning. Innreiseforbudet ble der satt ned av hensyn til barnets beste¹⁷ – ikke ut fra en vurdering av omstendighetene knyttet til omgåelsesekteskapet. I henhold til de vedtakene vi nå har gjennomgått, er fem års innreiseforbud fortsatt det klare utgangspunktet når UNE opprettholder UDIs vedtak om utvisning. I fastsettelsen av varigheten av innreiseforbudet viser UNE gjennomgående til begrunnelsen for at utvisning ikke er uforholdsmessig, og likebehandlingshensyn. Det kan her nevnes at et innreiseforbud på fem år er normalen også i flere andre typetilfeller om utvisning etter utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a på grunn av uriktige opplysninger. Dette følger både av UNEs praksis og UDIs retningslinje RUDI-2010-24 punkt 5.4.3.

7.2.4 Vedtakene der UNE har omgjort UDIs vedtak om utvisning

Av de ni sakene hvor klageren ikke ble utvist, skyldtes dette som nevnt at ekteskapet i åtte av dem ikke ble vurdert som et omgåelsesekteskap (eller at klageren likevel burde gis en oppholdstillatelse). Utvisning var dermed ikke lenger aktuelt i disse sakene. Ett vedtak viser til ombudsmannens uttalelse som ledd i begrunnelsen for å omgjøre utvisningen, jf. kapittel 7.2.5 nedenfor.¹⁸

7.2.5 Nærmere om begrunnelsen i vedtakene

UNE har ikke i noen av vedtakene hvor vi har oppretholdt utvisningen, vist til Sivilombudsmannens uttalelse. Ombudsmannens synspunkter er likevel berørt i vedtakene. UNE har i et klart flertall av sakene som endte med utvisning vist til at omgåelseshensikten har «klar sannsynlighetsovervekt», er «så fremtredende», e.l., jf. ovenfor.

Sivilombudsmannen uttaler seg også om sammenhengen mellom vurderingen av forholdsmessighet og kan-skjønnnet i utvisningssaker, jf. kapittel 5. Her ser vi en utvikling i UNEs vedtak gjennom den perioden vi omtaler i denne rapporten. I de fleste utvisningsvedtakene¹⁹ fra høsten 2020 har UNE under kan-skjønnnet konkret vurdert om det er mer som er relevant for vurderingen enn hva som allerede er omhandlet i vurderingen av om utvisning er uforholdsmessig. En typisk tekst er: «*UNE viser for øvrig til forholdsmessighetsvurderingen over, og kan ikke se at det er andre forhold i saken som tilsier at adgangen til å utvise ikke skal benyttes her.*»²⁰

¹⁷ Jf. utlendingsloven § 70 og barnekonvensjonen art. 3.

¹⁸ Uten at det fikk betydning for utfallet, står det ellers i noen vedtak at beslutningstakerne slutter seg til ombudsmannens rettslige tilnærming.

¹⁹ Gjelder ikke svar på omgjøringsanmodninger mot tidligere vedtak fra UNE, når UNE ikke går inn på kan-skjønnnet i svaret.

²⁰ Fra et vedtak fra 01.10.2020.

I vedtakene hvor UNE har opprettholdt utvisning, har UNE videre tatt konkret stilling til om hvert av vilkårene for utvisning er oppfylt. Det er for det første om søkeren har gitt vesentlig uriktige eller fortløst opplysninger om hovedhensikten med ekteskapsinngåelsen. Dernest om søkeren har gjort dette forsettlig eller grovt uaktsomt. UNE har her justert sine begrunnelser etter en uttalelse fra ombudsmannen 18.5.2017.²¹ Ombudsmannen viste der til at UNE ikke hadde foretatt en slik konkret vurdering utover å vise til begrunnelsen for å nekte oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 40 fjerde ledd.

Ett eksempel er følgende tekst fra ett av vedtakene:

«I forbindelse med søknaden om familieinnvandring ga klageren uriktige opplysninger om hovedformålet med ekteskapsinngåelsen. UNE viser til at klageren i intervju ved ambassaden får direkte spørsmål om hovedformålet med ekteskapsinngåelsen var å skaffe oppholdsgrunnlag i Norge, men han avviser dette helt og opplyser at han giftet seg av kjærlighet.»

Deretter siterer vedtaket spørsmål og svar fra intervjurapporten som viser dette. I vedtaket gjør UNE videre en konkret vurdering av om klageren forsettlig eller grovt uaktsomt har gitt uriktige opplysninger, jf. utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a.

I et av vedtakene hvor UNE omgjorde utvisningen, viser UNE til ombudsmannens uttalelse fra januar 2020 i begrunnelsen. Vedtaket ble fattet under dissens etter behandling i nemndmøte. Klageren i saken var en rundt 60 år gammel kvinne fra Marokko som hadde giftet seg med en over 20 år eldre norsk mann. Før nemndmøtet hadde UNE fattet et endelig avslag i familieinnvandringssaken, med henvisning til at ekteskapet ikke var ment å ha noen realitet. Utvisning ville dermed i utgangspunktet falle inn under ombudsmannens synspunkter på når det normalt er grunnlag for utvisning. UNE konstaterte at UDIs vedtak om utvisning var i samsvar med etablert praksis både i UDI og UNE. Nemndas flertall kom imidlertid til at de grunnleggende vilkårene for utvisning ikke var oppfylt. Flertallet viste til ombudsmannens uttalelse og sluttet seg til at det alltid må foretas en konkret og individuell vurdering av vilkårene for utvisning, inkludert klagerens subjektive forutsetninger og skyldkravet. Flertallet viste så til spørsmål fra politiets intervju med klageren om hvorfor hun giftet seg med referansepersonen. Flertallet mente at klageren ikke var blitt stilt adekvate oppfølgingsspørsmål. Flertallet la blant annet også vekt på at klageren hadde beskrevet seg selv som analfabet, og kom til at det ikke var tilstrekkelige holdepunkter for at klageren forsettlig eller grovt uaktsomt hadde tilbakeholdt opplysninger av vesentlig betydning. Siden flertallet kom til at de grunnleggende vilkårene for utvisning ikke var oppfylt, var det ikke nødvendig å vurdere forholdsmessigheten eller kan-skjønnet i utvisningssaken.

²¹ sak SOM-2016-413

8. Konklusjoner

Gjennomgang av vedtak og annet materiale i forbindelse med utarbeidelsen av denne rapporten, viser:

- Bestemmelsen om omgåelsesekteskap blir anvendt i relativt få saker. Siden 2010 har rundt 7 promille av søknadene om familieinnvandring på grunn av ekteskap blitt avslått både av UDI og UNE etter denne bestemmelsen. Rundt 75 prosent av ektefellesøknadene er innvilget, jf. kapittel 3.3.
- Forarbeidene er én rettskilde som gir veiledning om utlendingsloven § 40 fjerde ledd. Også andre rettskilder vil ha betydning, særlig forvaltnings- og rettspraksis, samt uttalelser fra Sivilombudsmannen. Når det gjelder forarbeidene spesifikt, har UNE anvendt disse som rettskilde i omgåelsessaker. Det kommer frem både av vedtakstekstene, interne merknader og samtaler med saksbehandlere, nemndledere og UNEs advokater.

Etter hva vi kan se, kommer forarbeidenes betydning som rettskilde jevnt over tydeligere fram i vedtakene nå enn noe bakover i tid. Men også fra tidligere år er det flere eksempler på at interne merknader og vedtak har vist til forarbeidene. Det å anvende forarbeider som rettskilde er ellers normen i UNE, uansett sakstype, enten det fremgår uttrykkelig av vedtakene eller ikke. Tilsvarende har blant annet Sivilombudsmannens uttalelse fra januar 2020 vært en rettskilde i de omgåelsessakene som denne rapporten bygger på, selv om ombudsmannens uttalelse kun er nevnt i noen av vedtakene.

- De vedtakene som er omhandlet i denne rapporten kan deles inn i to hovedkategorier. For det første saker hvor UNE har omgjort UDIs vedtak om å nekte oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 40 fjerde ledd. I nesten alle disse omgjøringene mente UNE at det ikke var tale om et omgåelsesekteskap. Lovens § 40 fjerde ledd kommer da ikke til anvendelse.

Den andre hovedkategorien gjelder saker hvor UNE har opprettholdt UDIs vedtak om å nekte oppholdstillatelse fordi det er et omgåelsesekteskap. I nesten alle disse sakene har UNE vist til enten at ekteskapet manglet realitet, at det var klar sannsynlighetsovervekt for at hovedformålet med å inngå ekteskapet var å oppnå et oppholdsgrunnlag, eller at formålet om oppholdsgrunnlag var så fremtredende at tillatelse av den grunn bør nektes.

Disse to hovedkategoriene viser at det først og fremst er i klare tilfeller av omgåelse at UNE opprettholder UDIs vedtak om å nekte oppholdstillatelse. Det at nesten alle omgjøringene bygger på at ekteskapet ikke er et omgåelsesekteskap, tilsier at det er vurderingen av hovedformålet med ekteskapet som blir avgjørende, og at UNE i tvilstilfeller konkluderer med at det ikke er omgåelse. Kan-skjønnene i lovens § 40 fjerde ledd kommer dermed på spissen i få av vedtakene.

Så vidt vi kan bedømme er dette bildet representativt også for tidligere års praksis i UNE. Vi viser til statistikken i kapittel 3.3, tilbakemeldinger fra fagfolk i UNE og rettspraksis. I de fleste dommene har tvistetema vært om ekteskapet er et omgåelsesekteskap, ikke kan-skjønnet. Det ser altså ut til at UNE har konkludert med omgåelse i få saker som er omfattet av forarbeidenes føringer om når oppholdstillatelse som hovedregel skal gis i slike tilfeller, jf. kapittel 3 ovenfor.

- I noen saker har beslutningstakerne uttrykkelig uttalt at de er enige i Sivilombudsmannens rettslige tilnærming. Vi kan imidlertid ikke se noen avgjørende motstrid mellom ombudsmannens uttalelse og UNEs praksis. Slik UNE nå gjennomgående anvender lovens forarbeider og begrunner vedtakene, mener vi at UNEs saksbehandling og vedtaksskrivning i all vesentlighet er i samsvar med Sivilombudsmannens uttalelse fra januar 2020 og de to lagmannsrettsdommene når det gjelder betydningen av forarbeidene og kravene til vedtakenes begrunnelser. Det gjelder både vedtak om å nekte oppholdstillatelse på grunn av omgåelse, og utvisninger i slike tilfeller.
- Ombudsmannen har som nevnt uttalt at: *«Mye kan derfor tale for at utvisning bør forbeholdes situasjoner med rene proformaekteskap, eventuelt tilfeller der det er klar sannsynlighetsovervekt for at hovedmotivet var oppholdsgrunnlag.»* Flertallet, muligens samtlige, vedtak om utvisning ser ut til å kunne passe til en slik eller liknende beskrivelse. Vi har likevel ikke sett det som vår oppgave å saksbehandle sakene på nytt, så vi tar forbehold for om det kan være ulike faglige oppfatninger i en enkeltsak om den passer til beskrivelsen fra ombudsmannen. Vi kan heller ikke ut fra vedtakene i denne rapporten slutte at utvisning kun vil være aktuelt i de klareste tilfellene, ettersom de vedtakene vi har gjennomgått etter vår oppfatning ikke gjelder mindre klare tilfeller. Ombudsmannens uttalelse er ellers, som nevnt tidligere, noe forbeholden i sondringen mellom når utvisning kan og ikke kan skje («*mye kan derfor tale for*»). UNEs beslutningstakere bør derfor vurdere betydningen av ombudsmannens synspunkt konkret i den enkelte sak.
- Videre har ombudsmannens uttalelse så langt ikke fått betydning for fastsettelsen av innreiseforbudets lengde. Ombudsmannen uttaler blant annet at *«[...] det kan være vesentlig forskjell i forholdets alvorlighetsgrad mellom et tilfelle hvor søker ikke har oppgitt hovedmotivet for et reelt ekteskap og tilfeller med rene proformaekteskap.»* Utvisningsvedtakene har ført til femårig innreiseforbud i begge disse situasjonene. Begrunnelsene viser gjennomgående til begrunnelsen under vurderingen av forholdsmessighet av utvisning og likebehandlingshensyn. Nemnder og nemndledere bør fortsatt vurdere betydningen av ombudsmannens uttalelse for kommende vedtak både når det gjelder utvisning og innreiseforbudets lengde.

- Som nevnt i kapittel 4 kan det generelt forekomme uenighet mellom fagpersoner om et rettslig spørsmål, eller at forskjellige beslutningstakere kan gjøre ulike konkrete vurderinger. Dette kan skje i flere sakstyper. Det er også klart at UDI kan treffe vedtak som UNE kan anse som ugyldig, eller domstolene kan komme til at et vedtak fra UNE er ugyldig. Det har skjedd før og vil skje igjen, også i saker om omgåelse. Det kan være pga. ny informasjon i saken, en annen bevisvurdering eller lovtolkning, eller en rettsutvikling. Det er dessuten påregnelig at domstolene kan ha innvendinger til enkelte UNE-vedtak også i framtiden pga. ulike meninger om hva som er en tilstrekkelig begrunnelse. Muligheten til en uhildet overprøving av en høyere instans er viktig både for klagerens rettssikkerhet og som en veiledende tilbakemelding til den underliggende instans om saksbehandlingen og vedtakenes begrunnelser.

Historisk har UNE truffet flere vedtak der begrunnelsen av kan-skjønn i omgåelsesaker ikke når opp til den standard UNE følger i dag. UNE kan ikke gi noen garanti for at alle slike vedtak vil bestå en domstolskontroll, selv om noen av vedtakene ikke er kjent ugyldig etter domstolsprøving tidligere. Kan-skjønn har vanligvis ikke vært tvistetema i disse tidligere dommene. I en dom fra lagmannsretten 15.9.2014²² uttalte imidlertid flertallet at «[...] utøvelsen av kan-skjønn er ikke er tvistetema i foreliggende sak. Flertallet kan uansett ikke se at dette kan lede til en konklusjon om at Utlendingsnemndas vedtak er ugyldig. Det vises til at departementet i den nevnte proposisjonen, side 190, uttaler at i «...vise tilfeller kan imidlertid søkerens formål om å oppnå oppholdstillatelse være så fremtredende at spørsmålet bør vurderes annerledes» - det vil si at en ikke bør være så tilbakeholden med å anvende adgangen til å nekte opphold. Etter flertallets syn er dette tilfellet i denne saken. Flertallet finner også grunn til å bemerke at «kan-skjønn» tilligger forvaltningens frie skjønn, og at domstolene har begrenset prøvingskompetanse.»

Videre står det i forvaltningsloven § 41: «Er reglene om behandlingsmåten i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven ikke overholdt ved behandlingen av en sak som gjelder enkeltvedtak, er vedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.» Selv om begrunnelsene i en del vedtak med fordel kunne ha vært mer utfyllende, jf. forvaltningsloven § 25, mener vi at gjennomgangen av vedtak og rettskilder til denne rapporten ikke gir grunn til å mistenke at UNE i sin *alminnelige* praksis har anvendt uriktig lovtolkning, eller at vedtakene har sviktet i selve utfallet.

²² 13-196411ASD-BORG/03

- Uttalelsene fra Sivilombudsmannen og de to lagmannsrettsdommene som vi har vist til i denne rapporten, tilsier at UNE i større grad bør vise til forarbeidenes føringer i omgåelsessaker der hvor de er relevante. Vår bedømmelse er at UNE har skrevet tydeligere begrunnelser den senere tid, uten at det har endret tersklene for når oppholdstillatelse blir nektet etter utlendingsloven § 40 fjerde ledd eller når UNE treffer vedtak om utvisning etter utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a.
- Dersom det ikke er klar sannsynlighetsovervekt for omgåelse, eller formålet om oppholdstillatelse gjennom ekteskapsinngåelsen ikke er «så fremtredende»²³, skjerpes kravet til begrunnelse for å nekte oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 40 fjerde ledd. Etter dagens standard for begrunnelser bør blant annet forarbeidenes føringer for kan-skjønn og betydningen av disse for den konkrete saken bli omtalt i vedtaket i slike tilfeller. De bør også omtales i merknader til nemndmøter mv.

UNE har altså utviklet vedtakene her, om enn vi ikke har mange vedtak som gjelder mindre klare tilfeller med avslag etter utlendingsloven § 40 fjerde ledd.

Til illustrasjon har UNE fra 2017 til 2020 avgjort 24 saker i nemndmøte hvor UDI hadde nektet oppholdstillatelse etter lovens § 40 fjerde ledd. Av disse ble UDIs vedtak opprettholdt i kun seks saker. I de 24 nemndmøtesakene har nemndleder formodentlig ansett at det før nemndmøtet forelå tvilsspørsmål av betydning for utfallet.²⁴ I merknader og vedtak til disse sakene er det i varierende grad vist til forarbeidene. I hvilken grad forarbeidene var et tema under selve nemndmøtet og i rådslagningen, kan vi ikke etterprøve nå. Under kan-skjønn i de nevnte nemndmøteavgjørelsene nøyer nemndene seg stort sett med å vise til at oppholdstillatelse ikke bør gis i dette tilfellet. Vedtakene gir imidlertid en begrunnelse for konklusjonen om at det er et omgåelsesekteskap, med utgangspunkt i føringene fra forarbeidene, jf. kapittel 3 ovenfor.

UNE har altså i saker hvor UDI hadde avslått oppholdstillatelse pga. omgåelse, opprettholdt UDIs avslag i ca. hver fjerde nemndmøtesak. Klagerne har fått medhold i tre fjerdedeler av nemndmøtesakene. Til sammenlikning har UNE samlet for alle sakstyper opprettholdt UDIs vedtak i rundt fire av ti nemndmøtesaker og gitt klagerne medhold i seks av ti nemndmøtesaker de siste fem år.²⁵ Som nevnt har bevisvurderingen rundt hovedformålet med ekteskapsinngåelsen vanligvis vært avgjørende. Tallene kan indikere at tvilen som foranlediget nemndmøtet i omgåelsessakene, i stor grad har kommet klagerne til gode i bevisvurderingen.

²³ jf. kapittel 3 i notatet, Sivilombudsmannens uttalelser og lagmannsrettsdommene gjengitt ovenfor.

²⁴ Det er for ordens skyld ikke ensbetydende med at nemnda var i tvil da saken ble avgjort.

²⁵ Gjelder både vedtak og beslutninger etter omgjøringsanmodninger.

- UNE har altså tydeliggjort vedtakenes begrunnelser, og det forbedringsarbeidet bør fortsette i lys av dette notatet, uttalelsene fra Sivilombudsmannen og de to lagmannsrettsdommene.
- Denne utviklingen betyr ikke at UNE på eget initiativ bør gå gjennom tidligere vedtak på nytt. Vi har som nevnt ikke funnet grunnlag for å mistenke at UNE generelt har anvendt uriktig lovtolkning bakover i tid, eller at UNE i nyere praksis har endret tersklene for når tillatelse blir nektet etter lovens § 40 fjerde ledd eller når utvisning skjer etter § 66 første ledd bokstav a. Ellers foregår det stadig en utvikling i UNEs saksbehandling og vedtaksskrivning, uten at tidligere saker blir gjenopptatt av den grunn. Dessuten har UNE selvstendige beslutningstakere. Deres vedtak kan ikke overprøves av andre i UNE. Det er da prinsipielt betenkelig om UNEs direktør skal beslutte å gjenoppta saker med tidligere endelige vedtak, uten at vi har mottatt en anmodning om omgjøring, en uttalelse fra Sivilombudsmannen eller en rettsavgjørelse som gjelder saken. Denne betraktningen mener vi er særlig relevant når denne rapporten ikke tilsier at UNE i alminnelighet har hatt feil lovanvendelse eller truffet vedtak med feil utfall.
- Videre kan faktum i sakene ha endret seg, f.eks. statusen på eller innholdet i ekteskapet eller øvrige vilkår for oppholdstillatelse (bl.a. hovedregelen om at herboende ektefelle kan forsørge søkeren). Det er derfor hensiktsmessig at søkere som ønsker å få opphevet et innreiseforbud eller få innvilget oppholdstillatelse, leverer ny søknad om familieinnvandringstillatelse til UDI i førsteinstans, jf. også NOU 2004:20 (om § 40 fjerde ledd): «*For det andre vil ikke et eventuelt avslag på opphold i seg selv innebære varig hindring for at tillatelse kan innvilges på et senere tidspunkt. Dersom partene etter avslaget viderefører eller etablerer en kontakt som etter en viss tid må anses å sannsynliggjøre et reelt tilknytningsforhold, vil opphold kunne søkes på ny.*» I tillegg til muligheten til å søke på nytt, kan klagerne gå til søksmål mot UNEs vedtak eller klage til Sivilombudsmannen.
- En som ønsker oppholdstillatelse pga. ekteskap har altså muligheten til å fremme en ny søknad for Utlendingsdirektoratet. Vi understreker likevel at dersom UNE mottar en omgjøringsanmodning om gyldigheten av et tidligere vedtak, vil UNE etter gjeldende rutiner vurdere om anmodningen gir grunnlag for å behandle saken på nytt.
