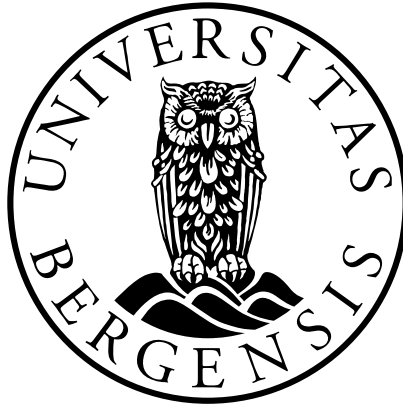


Tilbakekall av oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 63 første ledd

*Med fokus på utlendingene som ikke er ansvarlige for
at oppholdstillatelsene lider av sviktende faktisk
grunnlag*

Kandidatnummer: 101

Antall ord: 13 804



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	3
1. Innledning	5
1.1 Tema, problemstilling og aktualitet	5
1.2 Rettskildebildet	6
1.2.1 Kryssende hensyn	7
1.2.2 EMK som skranke for tilbakekallsadgangen	8
1.3 Fremstillingen videre	9
2. Hjemmelsspørsmålet.....	11
2.1 Utlendingsloven § 63	11
2.1.1 Svikalternativet	11
2.1.2 Almennelige forvaltningsrettslige regler	11
2.1.3 Svikalternativet og «almennelige forvaltningsrettslige regler» - likestilte alternativer?.....	13
2.2 Kritikk og rettspolitikk.....	14
2.2.1 Grense for tilbakekall ved utlendingens gode tro	14
2.2.2 Grense for tilbakekall ved permanent oppholdstillatelse.....	19
3. Forvaltningens skjønn ved omgjøring av vedtak	26
3.1 Om forvaltningen har en omgjøringsplikt.....	27
3.2 Rekkevidden av forvaltningsskjønnet.....	33
3.2.1 Innrettelseshensynet	34
3.2.2 God tro	35
3.3 Arvesynden i et internasjonalt perspektiv	37
3.3.1 Den politiske handlefriheten	37
3.3.2 Hvem er vernet etter EMK art. 8?.....	39
3.3.3 Forholdsmessigheten av tilbakekall etter § 63 første ledd.....	42
4. Avsluttende bemerkninger	45
Kilderegister.....	47
Lover og konvensjoner	47
Forskrifter og rundskriv	47
Lovforarbeider	48
Domsregister	49
Høyesterettsavgjørelser.....	49

Lagmannsrettsavgjørelser	49
Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)	50
Litteraturliste.....	50

1. Innledning

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

Den norske innvandringspolitikken har siden 2015 vært utsatt for stadige innstramminger. Eksempler på endringer i utlendingsloven som ble foretatt med sikte på å utøve en strengere innvandringspolitikk er lovforarbeidene Prop. 16 L (2015-2016) og Prop. 90 L (2015-2016), med påfølgende lovvedtak.¹ Endringene illustrerer et ønske fra samfunnet om at Norges innvandringsregulering skal holde en restriktiv profil, særlig i sakene der det er fare for misbruk av utlendingsregelverket.

Tilbakekall av oppholdstillatelse er et tiltak som utlendingsmyndighetene kan benytte overfor utlendinger i Norge med midlertidig eller permanent oppholdstillatelse.² Virkningen av tilbakekall er at vedtaket om oppholdstillatelse annulleres, slik at utlendingen etter tilbakekallet ikke lenger har et gyldig oppholdsgrunnlag.³ Uten oppholdstillatelse er det ikke adgang til å oppholde seg i Norge, og tilbakekall har dermed store konsekvenser for den tilbakekallet gjelder. Hensikten med fremstillingen er å avklare rettsvernet til utlendingene som ikke er ansvarlige for at oppholdstillatelsene lider av sviktende faktisk grunnlag.

Tilbakekallsinstituttet har vekket sterke reaksjoner i befolkningen over de senere årene, som følge av at innholdet i flere enkeltsaker har blitt kjent for allmennheten. Eksempelvis ble det i november 2020 gitt stor medieoppmerksomhet rundt en sak som illustrerer problemstillingens aktualitet.⁴ Saken gjaldt Mustafa Hasan som mottok et bortvisningsvedtak med utreiseplikt etter å ha levd omtrent 13 år i Norge. Han fikk tilbakekalt sin opprinnelige oppholdstillatelse i 2012 som følge av at hans mor hadde oppgitt uriktige, faktiske opplysninger.⁵ Etter dette verserte saken for utlendingsmyndighetene og domstolene, noe som resulterte i en forlenget

¹ Prop. 16 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven (innstramminger); Prop. 90 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven mv. (innstramminger II).

² Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven eller utl.) § 63 første ledd.

³ Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 10. utg., Universitetsforlaget 2014, s. 304.

⁴ Anonym, «Hasan-saken er grundig behandlet», UNE, <https://www.une.no/aktuelt/arkiv/2020/hasan-sak/> (lest 7. desember 2021).

⁵ Johansen, Elias Bakken, «Pål Nesse i Noas mener at Hasan-saken vitner om et norsk rettsikkerhetsproblem», Vårt land, <https://www.vl.no/nyheter/2021/06/14/mener-hasan-saken-vitner-om-et-norsk-rettsproblem/> (lest 7. desember 2021).

oppholdstid i Norge.⁶ Befolkningens engasjement og alvorligheten av slike inngrep underbygger behovet for å reise problemstillingen.

Utlendingsmyndighetene har også fått et økt fokus på tilbakekall de siste årene, blant annet fordi det har blitt oppdaget flere tilfeller av omgåelsesekteskap. Et eksempel på dette er at en utenlandsk mann er religiøst gift med en kvinne fra hjemlandet sitt, men at han formelt gifter seg med en norsk kvinne og bosetter seg i Norge. Etter at mannen får innvilget permanent oppholdstillatelse, skiller han seg fra den norske kvinnen, gifter seg formelt med sin kone fra hjemlandet, og søker deretter familiejenforening med henne og eventuelt felles barn. Et annet nyere fenomen er at personer som søker om oppholdstillatelse som flyktning oppgir uriktig hjemland, fordi situasjonen i deres riktige hjemland ikke gir grunnlag for et reelt beskyttelsesbehov.⁷ Eksemplene illustrerer et økt behov for å håndheve innvandringen, noe som samtidig aktualiserer spørsmål om individenes vern.

1.2 Rettskildebildet

De mest sentrale lovene i fremstillingen er utlendingsloven og forvaltningsloven.⁸ Tilbakekall av oppholdstillatelse reguleres eksplisitt i utl. § 63.

Utlendingsloven § 63 første ledd i sin helhet angis slik:

«Midlertidig og permanent oppholdstillatelse kan tilbakekalles dersom utlendingen mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket, eller dersom det for øvrig følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler.»

I utl. § 5 første ledd er begrepet «utlending» definert som enhver person som ikke er norsk statsborger. Følgelig er det denne gruppen personer som utl. § 63 kan anvendes overfor.

Videre regulerer bestemmelsen midlertidige og permanente oppholdstillatelser. Midlertidige oppholdstillatelser er tidsbegrensede, og må fornyes dersom utlendingen ønsker å fortsette

⁶ Mordt, Henriette og Ali, Intisaar, «Mustafa Hasan: - Min sak bør være en vekker», NRK, <https://www.nrk.no/osloogviken/utlendingsnemnda-anker-ikke-saken-mot-mustafa-hasan-1.15651723> (lest 7. desember 2021).

⁷ Øyen, Øyvind Dybvik, *Lærebok i utlendingsrett*, 2. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 165-166.

⁸ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven eller fvl.).

oppholdet i Norge.⁹ Tilbakekall kommer normalt ikke på spissen for slike oppholdstillatelser, ettersom forvaltningen kan vente til den utløper og deretter avslå en søknad om fornyelse. Permanente oppholdstillatelser er i utgangspunktet uten tidsbegrensning, slik at det ikke er behov for fornyelse.¹⁰

Oppholdstillatelser etter utlendingsloven er også enkeltvedtak, jf. fvl. § 2 første ledd bokstav b, noe som innebærer at vedtaket kan omgjøres etter forvaltningsloven § 35 første ledd. Forholdet mellom de to reguleringene behandles i kapittel 2.1.

Selv om en ny utlendingslov ble vedtatt i 2008, vil uttalelser fra forarbeidene til den gamle utlendingsloven være relevante.¹¹ Dette er fordi lovgiver ved vedtakelsen av den nye loven forutsatte at § 63 første ledd var ment å videreføre innholdet av den tilsvarende bestemmelsen i utlendingsloven av 1988 § 13.¹²

Avgjørelsen i HR-2016-2017-A, som ble avsagt under dissens, behandler i stor grad den samme problemstillingen som oppgaven reiser. Ettersom det er lite høyesterettspraksis som knytter seg til problemstillingen, vil dommen bli hyppig brukt i fremstillingen. Flertallet og mindretallets argumentasjon vil trekkes inn i drøftelsene av hvordan retten burde være. Uenighetene i argumentasjonen som knytter seg til spesifikke rettskildefaktorer vil videre være interessante, ettersom dette synliggjør problematikken som utl. § 63 første ledd skaper.

1.2.1 Kryssende hensyn

Når forvaltningen skal avgjøre et spørsmål om tilbakekall, er det særlig to motstående hensyn som gjør seg gjeldende: utlendingens tilknytning til Norge på den ene siden og innvandringsregulerende hensyn på den andre siden.¹³ Forvaltningen må dermed avveie disse hensynene i den konkrete vurderingen av om tilbakekall skal skje.

Selv om utl. § 63 ikke sier eksplisitt at innvandringsregulerende hensyn skal vektlegges, fremkommer dette eksempelvis av lovteksten i utl. § 38 fjerde ledd om opphold på

⁹ Utl. § 61 første ledd.

¹⁰ Utl. § 62 sjette ledd.

¹¹ Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven eller utl.); Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

¹² Norges offentlige utredninger (NOU) 2004: 20 Ny utlendingslov s. 416 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) s. 432.

¹³ Dette følger bl.a. av uttalelser i Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) s. 77.

humanitært grunnlag. I sistnevnte bestemmelse listes det opp ulike innvandringsregulerende hensyn, blant annet «de samfunnsmessige konsekvensene», «hensynet til kontroll» og «hensynet til respekten for lovens øvrige regler».¹⁴ De ulike aspektene illustrerer et behov for å kunne ilegge sanksjoner ved brudd på utlendingsregelverket. Blant annet fremgår det av proposisjonen tilhørende utlendingsloven av 1988 at det kan være grunn til å reagere hvis noen har «ført myndighetene bak lyset på en planmessig og omstendelig gjennomført måte».¹⁵ Uttalelsen illustrerer at det ikke er ønskelig at det skal være mulig å lyve til myndighetene med den hensikt om å få opphold i Norge. Tilbakekallsinstituttets funksjon bidrar dermed til at utlendingsregelverket blir respektert, noe som er et sentralt formål ved tilbakekallsadgangen i utl. § 63.

De innvandringsregulerende hensynene må som nevnt avveies mot utlendingens tilknytning til Norge. En slik tilknytning kan blant annet være lang oppholdstid, i tillegg til utlendingens opparbeidede forpliktelser gjennom relasjoner, arbeid og språk. For de tilfellene hvor personer har kommet til landet i ung alder med sine foreldre, og hvor det senere oppdages at oppholdstillatelsen er gitt på sviktende faktisk grunnlag, er det naturlig at de gjennom oppholdstiden i en tidlig periode av livet har opparbeidet seg en sterk tilknytning til Norge. En slik sterk tilknytning er hensynet som taler for at oppgavens avgrensede gruppe personer skal få forbli i Norge.

1.2.2 EMK som skranke for tilbakekallsadgangen

I tillegg til at forvaltningen må avveie konkrete motstående hensyn i vurderingen etter utl. § 63 første ledd, må vurderingen skje innenfor de rammene som følger av overordnede rettsregler. Menneskerettighetene er en grunnpilar i det norske rettssystemet. I 1999 ble menneskerettsloven vedtatt som en gjennomføring av menneskerettighetskonvensjonene som inngikk i Den europeiske sosialpakten.¹⁶ Bakgrunnen var en utvikling i Europa med fokus på menneskerettigheter som følge av at Verdenserklæringen om menneskerettigheter («Universal Declaration of Human Rights») ble vedtatt av FN's generalforsamling 10. desember 1948.¹⁷

¹⁴ Utl. § 38 fjerde ledd bokstav b, c og d.

¹⁵ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) s. 77.

¹⁶ Innst. 169 S (2012-2013) Innstilling fra kontroll og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortingets presidentskap om Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven s. 4; Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven eller mrl.).

¹⁷ Innst. 169 S (2012-2013) s. 2.

Kjernen av menneskerettighetene representerer grunnleggende verdier og verner om menneskelige behov av alvorlig karakter. Det vil si at statens vedtakelse av menneskerettsloven og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) i varierende grad vil begrense den politiske handlefriheten på enkelte områder. I tillegg har Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) tolket og utviklet rettighetene siden konvensjonen ble vedtatt i 1950.¹⁸ Grensen mellom konvensjonsvernet og statenes politiske handlefrihet kan derfor diskuteres i flere sammenhenger.

Det følger av menneskerettsloven § 3 at «bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2» ved motstrid skal «gå foran bestemmelser i annen lovgivning». Bestemmelsen viser at konvensjonsforpliktelsene i norsk rett har en rang i rettskildebildet som er høyere enn nasjonal lovgivning. Som følge av vernet som konvensjonen tilfører borgerne, er det derfor en ønskelig konsekvens at statens ubegrensede adgang til å vedta nasjonale regler oppgis.

Det er i første rekke art. 8 om vernet av privat- og familieliv som i visse tilfeller kan verne utlendingen mot tilbakekall av oppholdstillatelse. Staten har likevel behov for å regulere innvandringen i tråd med samfunnsutviklingen og flyktningstrømmer, i tillegg til ettervirkningene av dette. Når det foretas en avveining av innvandringsregulerende hensyn og utlendingens tilknytning til Norge, må det dermed tas i betraktning hvorvidt EMDs forståelse av art. 8 setter skranker for tilbakekall i det konkrete tilfellet.

Høyesterett uttalte i HR-2018-2133-A at det ikke forelå noe i saken som tilsa at «spørsmål om vernet av privatlivet er annerledes etter Grunnloven § 102 enn etter EMK artikkel 8, jf. for tidligere uttalelser om dette HR-2017-2376-A avsnitt 53 med videre henvisninger.»¹⁹ Følgelig ble det tatt utgangspunkt i art. 8 og praksis fra EMD. Oppgavens problemstilling har sterke likhetstrekk med faktum i dommen for spørsmålet om vern av privatlivet. På denne bakgrunn behandles ikke Grl. § 102 nærmere i fremstillingen, og vurderingene forankres i EMK art. 8.

1.3 Fremstillingen videre

For å behandle utl. § 63 første ledd og fvl. § 35 første ledd bokstav c gjøres det to overordnede analyser, henholdsvis i kapittel to og tre.

¹⁸ MrI. Vedlegg 1. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950 (Den europeiske menneskerettskonvensjonen).

¹⁹ HR-2018-2133-A avsnitt 47.

I kapittel to behandles utl. § 63, herunder spørsmålet om hva bestemmelsen hjemler de lege lata. Dette beror i stor grad på Høyesteretts avgjørelse i HR-2016-2017-A. Deretter vil det foretas en lengre de lege ferenda-vurdering tilknyttet hvilke rettsvirkninger utl. § 63 første ledd burde ha i lys av grunnleggende prinsipper og verdier utledet av det norske rettssystemet. Dette aktualiserer en drøftelse av Høyesteretts rettskildebruk i den nevnte avgjørelsen.

I kapittel tre foretas det en analyse av forvaltningens skjønn tilknyttet vurderingen av hvorvidt omgjøring av vedtak skal foretas eller ikke, i lys av tilbakekall av oppholdstillatelse som lider av sviktende faktisk grunnlag når utlendingen er i god tro. Analysen aktualiserer videre spørsmålet om forvaltningen har en omgjøringsplikt og rekkevidden av forvaltningsskjønnet. Videre vurderes problemstillingen i lys av internasjonal rett, herunder EMK art. 8 og et utvalg av EMDs avgjørelser tilknyttet problemstillingen. Dette er for å avklare hvorvidt internasjonale forpliktelser kan sette grenser for utøvelsen av forvaltningsskjønnet etter utl. § 63 første ledd.

Det avgrenses mot å behandle typetilfellet hvor vedtaket tilhørende utlendingen som er ansvarlig for det sviktende faktiske grunnlaget tilbakekalles. Videre avgrenses det mot å behandle opphold etter utlendingsloven kapittel 13 om særlige regler for utlendinger som omfattes av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS-avtalen) og Konvensjon om opprettelse av Det europeiske Frihandelsforbund (EFTA-konvensjonen).

2. Hjemmelsspørsmålet

2.1 Utlendingsloven § 63

I det følgende skal det redegjøres for de to grunnlagene for tilbakekall i utl. § 63 første ledd.²⁰ Herunder skal rettsvirkningene som følger av hvert alternativ drøftes, og hvorvidt tilbakekallsgrunnlagene er likestilte.

2.1.1 Svikalternativet

Det første grunnlaget for tilbakekall i utl. § 63 første ledd er det såkalte svikalternativet, hvor utlendingen «mot bedre vitende» har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av «vesentlig betydning for vedtaket».²¹ Ordlyden av «mot bedre vitende» tilsier at utlendingen er i ond tro om opplysningene som oppgis, og dette gir uttrykk for vilkårets subjektive side. Videre tilsier ordlyden av «vesentlig betydning for vedtaket» at det må vurderes om opplysningene objektivt sett er tilstrekkelige for å utgjøre en reell forskjell for vedtakets innhold. Bestemmelsen gir dermed uttrykk for to krav som må være oppfylt før tilbakekall kan foretas på bakgrunn av dette alternativet.

Vilkåret «utlendingen» er angitt i bestemt form entall, noe som isolert sett tilsier at det kun er utlendingen som selv har oppgitt eller fortiet om informasjon relevant for oppholdstillatelsen som omfattes av alternativet. En slik forståelse la også førstvoterende til grunn i HR-2016-2017-A avsnitt 33 og må anses som gjeldende rett.

Det er hovedsakelig innvandringsregulerende hensyn som begrunner forvaltningens adgang til å tilbakekalle som følge av utlendingens svikaktige opptreden. Utlendingsregelverket stiller en rekke krav for at det kan innvilges oppholdstillatelse. Det er dermed naturlig at sanksjoner må kunne iverksettes dersom utlendingen har til hensikt å skaffe seg opphold til tross for at kravene ikke er oppfylt.

2.1.2 Almennelige forvaltningsrettslige regler

Det andre grunnlaget for tilbakekall i utl. § 63 første ledd er «almennelige forvaltningsrettslige regler». Hva som omfattes av alternativet er ikke nærmere angitt. Ordlyden isolert sett er

²⁰ Se presentasjon av rettsgrunnlaget i punkt 1.2.

²¹ Begrepet ble bl.a. benyttet av førstvoterende i HR-2016-2017-A avsnitt 32.

generell, noe som tilsier at både forvaltningslovens reguleringer og ulovfestede regler omfattes av alternativet. Det er også uttalt eksplisitt i proposisjonen tilhørende utlendingsloven av 2008 at der vedtak må anses ugyldige etter forvaltningsloven § 35, vil dette «kunne føre til at vedtaket blir tilbakekalt etter utlendingsloven».²²

Forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c fastsetter at et forvaltningsorgan «kan» «omgjøre sitt eget vedtak» «uten at det er påklaget» dersom vedtaket «må anses ugyldig». UDI gis gjennom dette en generell adgang til å omgjøre sine opprinnelige vedtak som innvilger oppholdstillatelser til utlendinger.

Ordlyden av «uten at det er påklaget» tilsier at omgjøringsadgangen eksisterer uavhengig av reglene om klagesak. For det første vil det si at forvaltningsorganet ikke er avhengig av at parten eller andre som er berørt selv tar initiativ gjennom en klage. Det kan imidlertid tenkes at en privat part anmoder om omgjøring.²³ For det andre innebærer vilkåret at det ikke løper frister som forvaltningsorganet må overholde. En slik omgjøringsadgang er begrunnet i at virksomme vedtak skal være materielt riktige. En tidsfrist setter dermed ikke skranker for forvaltningens adgang til å revurdere vedtak som den har fått informasjon om at er uriktig.

Et vedtak som «må anses ugyldig» inneholder en form for kompetansesvikt, enten personell, prosessuell eller materiell. Oppholdstillatelser i medhold av utlendingsloven som bygger på uriktig faktum av betydning for et rettslig vilkår, utgjør et vedtak med materiell kompetansesvikt. For vedtak som lider av materiell kompetansesvikt er skjønnsrommet ved avgjørelsen av om et vedtak er ugyldig svært lite. Rt. 1965 s. 181 (tapetserer) er et eksempel fra Høyesterett som illustrerer at vedtak med slike innholdsmangler normalt må anses ugyldig.

Etter dette synes det tilstrekkelig at en oppholdstillatelse «må anses ugyldig» for å kunne tilbakekalles, uavhengig av arten av oppholdstillatelsen og hvem som har gitt opplysningene vedtaket bygger på.²⁴

²² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 332.

²³ Eckhoff og Smith (2014) s. 305.

²⁴ Fvl. § 35 første ledd bokstav c.

2.1.3 Svikalternativet og «alminnelige forvaltningsrettslige regler» - likestilte alternativer?

I utl. § 63 første ledd er ordet «eller» plassert mellom svikalternativet og «alminnelige forvaltningsrettslige regler». Ordlyden tilsier at vilkårene er alternative. Det fremgår heller ingen ytterligere begrensning av hvilken utstrekning de alminnelige forvaltningsrettslige reglene skal gjelde ved siden av svikalternativet. Følgelig kan ordlyden forstås slik at begge alternativene gjelder fullt ut. Dette underbygges videre av utl. § 80, som angir en generell regel om at «forvaltningsloven gjelder» «når ikke annet følger av loven her». En slik forståelse innebærer at vedtak som objektivt sett bygger på feil faktum, kan tilbakekalles. For utlendinger som har oppholdstillatelse som er utledet av tidligere generasjoners oppholdstillatelser, betyr det at tilbakekall kan risikeres i medhold av alminnelige forvaltningsrettslige regler, uavhengig av utlendingens kunnskap om det faktiske grunnlaget for oppholdstillatelsen.

Det er imidlertid mulig å problematisere om plasseringen av svikalternativet i lovteksten kan tolkes som at det var ment å gå en grense for tilbakekall etter de alminnelige forvaltningsrettslige reglene. I så fall vil omgjøring etter utl. § 63 første ledd bare kunne skje for utlendingen som selv har oppgitt informasjonen av betydning for vedtaket.

Høyesterett tok stilling til spørsmålet i HR-2016-2017-A. Saken gjaldt tre tyrkiske søsken som opprinnelig ble innvilget midlertidige oppholdstillatelser i Norge som 17-åringer. Oppholdstillatelsene var basert på familiegjennforening med faren deres. Faren hadde selv familiegjennforeningstillatelse med en norsk kvinne som han var gift med, og både han og søsknene fikk senere selvstendige, permanente oppholdstillatelser. I 2013 ble det rettskraftig avgjort i lagmannsretten at farens ekteskap med den norske kvinnen var et omgåelsesekteskap. Oppholdstillatelsen hans bygget dermed på feil faktum, noe som medførte at tillatelsene hans ble tilbakekalt. I 2014 vedtok Utlendingsnemnda (UNE) at de tre søsknenes permanente oppholdstillatelser skulle tilbakekalles med hjemmel i utlendingsloven § 63 første ledd, begrunnet i at også disse bygget på feil faktum. Høyesterett tok stilling til om utlendingsloven § 63 ga hjemmel for tilbakekall i tilfellet hvor utlendingene selv ikke hadde oppgitt de feilaktige opplysningene.

Flertallet la til grunn at utl. § 63 første ledd inneholder to alternativer for tilbakekall. Det ble uttalt at ordlyden måtte forstås slik at «tilbakekall kan skje i alle tilfeller hvor vedtaket er ugyldig, også når grunnlaget er objektivt sett uriktige opplysninger».²⁵ En slik forståelse innebærer i så fall at alle typer oppholdstillatelser kan bli tilbakekalt, uavhengig av hvem som har utvist sviket. Etter en gjengivelse av utl. § 63 første ledd la også annenvoterende til grunn at de alternative tilbakekallsgrunnlagene i § 63 var «helt sidestilte».²⁶

Flertallet mente at løsningen fremgikk av ordlyden, og at denne var klar. Førstvoterende viste til en rekke uttalelser i forarbeidene tilhørende utlendingsloven av 1988 og 2008 for å underbygge forståelsen. Det ble lagt til grunn at et vedtak som objektivt sett bygget på uriktige opplysninger også kan omgjøres etter fvl. § 35 første ledd bokstav c.²⁷ De lege lata må problemstillingen dermed anses avgjort.

2.2 Kritikk og rettspolitikk

I utgangspunktet syntes flertallet og mindretallet i HR-2016-2017-A å være enige om hvordan ordlyden i utl. § 63 første ledd isolert sett skal forstås. Etter en vurdering av ulike forarbeidsuttalelser tilhørende både den gamle og den nye utlendingsloven landet imidlertid flertallet og mindretallet på ulike tolkningsresultater. Dommen er interessant ettersom fraksjonenes uenighet knytter seg til slutningene fra de de samme rettskildene og vektleggingen av dem. I det følgende skal det i lys av fraksjonens argumentasjon drøftes om det likevel burde gå en grense for tilbakekall av oppholdstillatelse når utlendingen er i god tro (kapittel 2.2.1). Deretter skal det drøftes om det burde gå en grense for tilbakekall ved permanent oppholdstillatelse (kapittel 2.2.2).

2.2.1 Grense for tilbakekall ved utlendingens gode tro

I HR-2016-2017-A var et av de sentrale spørsmålene hvorvidt regelverket de lege lata innebar at det gikk en grense for forvaltningens tilbakekallsadgang når utlendingen var i god tro om oppholdstillatelsens sviktende faktiske grunnlag. I dommens avsnitt 37 brukte førstvoterende uttalelser fra Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 322 til å underbygge at reglene om omgjøring i fvl. § 35 første ledd bokstav c også omfatter vedtak etter utlendingsloven.

²⁵ HR-2016-2017-A avsnitt 33.

²⁶ HR-2016-2017-A avsnitt 83.

²⁷ HR-2016-2017-A avsnitt 52.

Førstvoterende kommenterte videre at det i proposisjonen ikke er «tatt forbehold om at de uriktige opplysningene må være gitt av utlendingen i ond tro for at tilbakekall skal kunne skje.»²⁸ Ytterligere ble det vist til ulike eksempler som fremgår av proposisjonen, for å illustrere hvilke typer vedtak som må anses ugyldig. Ett av eksemplene var når vedtaket «bygger på uriktige opplysninger».²⁹ Formuleringen «bygger på» tilsier at det er det objektive faktum som er avgjørende, slik at førstvoterendes slutning her synes å være i tråd med lovgivers intensjon.³⁰

På den andre siden har ikke lovgiver uttalt seg eksplisitt om tilfellet hvor utlendinger i god tro får oppholdstillatelse på bakgrunn av feil faktum. I Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) på s. 332 er det uklart hva lovgivers intensjon er for denne gruppen personer. Førstvoterende legger imidlertid til grunn at disse omfattes av utl. § 63 første ledd, uten å problematisere lovgivers vilje ytterligere. Dette kan tilsi at førstvoterendes slutning er mangelfull, ettersom lovgivers manglende standpunkt til typetilfellet ikke ble problematisert i lovforarbeidene.

Videre problematiserer førstvoterende hvorvidt svikalternativet er overflødig, dersom henvisningen til de alminnelige forvaltningsrettslige reglene skal forstås slik at de gjelder fullt ut. I avsnitt 39 vises det til Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) side 77 hvor det ble oppstilt spørsmål om det var «behov for å gi særregler i utlendingsloven eller om en kan greie seg med de regler som følger av alminnelig forvaltningsrett.» I avsnitt 40 konkluderer førstvoterende med at departementets vurdering om å innta svikalternativet var av informasjonshensyn.

Departementets begrunnelse i proposisjonen tilhørende utlendingsloven av 1988 og flertallets tolkning i HR-2016-2017-A viser at svikalternativet de lege lata er overflødig ut fra det rettslige innholdet, men at det ikke var ment å sette en grense for rekkevidden av forvaltningens tilbakekallsadgang. Dette kan underbygges med behovet for tilgjengelig lovgivning på utlendingsrettens område. Individene som reglene er rettet mot opplever oftere språkvansker, noe som resulterte i at lovteksten ble utformet med den hensikt om å informere borgerne.³¹

²⁸ HR-2016-2017-A avsnitt 37.

²⁹ HR-2016-2017-A avsnitt 37.

³⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 332.

³¹ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) s. 77.

Flertallet og mindretallets uenighet kom imidlertid på spissen ved vurderingen av en forarbeidsuttalelse i spesialmotivene tilhørende utlendingsloven av 1988 § 13.³² Det følger av side 199 i proposisjonen at:

«[m]ed formuleringen «eller dersom det for øvrig følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler» har en ment å vise til regler som gir andre grunnlag for omgjøring enn det som følger av at ulendingen [sic] har gitt uriktige opplysninger. Når lovteksten krever at utlendingen «mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket», får dette den betydning at dersom det i det konkrete tilfelle skulle være adgang til omgjøring etter alminnelige forvaltningsrettslige regler når vedtaket er fattet på grunnlag av uriktige opplysninger gitt av søkeren, selv om de ikke er gitt «mot bedre vitende», skal dette likevel ikke skje.»³³

Hvis det oppstår motstrid mellom rettskilder er det behov for at disse gjøres til gjenstand for en harmonisering.³⁴ Dette gjelder også når forarbeidsuttalelser tilhørende samme lovtekst er motstridende. Eckhoff omtaler harmoniseringen som «den avveining og samordning av faktorer som vi foretar oss når vi gjør oss opp en mening om hva en regel går ut på.»³⁵ Det er klart at den siterte forarbeidsuttalelsen gir uttrykk for uforenelige rettsvirkninger sammenlignet med øvrige forarbeidsuttalelser som er drøftet ovenfor. En harmonisering medfører dermed at en av rettsvirkningene må avfeies.

Fraksjonene i Høyesterett var enige om hvordan forarbeidsuttalelsen isolert sett kunne forstås. Vektleggingen var imidlertid ulik, noe som medførte ulike tolkningsresultater. Førstvoterende legger ikke «avgjørende vekt» på forarbeidsuttalelsen, men uttaler at det har «større vekt» at den står i så «vidt sterk motstrid» til andre utsagn i forarbeidene til både gammel og ny utlendingslov.³⁶

³² HR-2016-2017-A avsnitt 43 og 86.

³³ Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) s. 199.

³⁴ Langvarig og samstemt praksis fra Høyesterett underbygger en slik metode, bl.a. Rt. 2000 s. 996 s. 1007.

³⁵ Eckhoff, Torstein, *Harmonisering av rettskildefaktorer og motstrid mellom regler*, Jussens Venner, Universitetsforlaget 1980, s. 290.

³⁶ HR-2016-2017-A avsnitt 44.

Den norske lovgivningsteknikken innebærer at lovteksten blir utformet presist, og at anvisninger for lovtolkningen fremgår av forarbeidene.³⁷ Det vil si at rettsanvenderen i utgangspunktet bør anse seg bundet av innholdet som kan utledes av relevante forarbeidsuttalelser, men at det må gjøres en vurdering i samsvar med ordlyden.³⁸

Dersom rettsanvenderen imidlertid fokuserer for mye på hver enkelt rettskildefaktor, oppstår det en risiko for at det foretas en skjev vektlegging av argumenter. Om dette uttaler Askeland at «[f]aktorfokuseringen legitimerer (...) at det kan legges stor vekt på utsagn i forarbeider, fordi lovgivningsprosessen gir utsagnene formell demokratisk autorisasjon.»³⁹ Vektlegging av enkeltuttalelser uten å lese forarbeidet i sammenheng kan dermed gå på bekostning av lovgivers intensjon.

Ved henvisningen til motstriden i forarbeidenes øvrige utsagn, synliggjøres det at førstvoterende i HR-2016-2017-A har sett forarbeidsuttalelsen i sammenheng med resten av de relevante forarbeidsuttalelsene i et forsøk på å tolke lovteksten i samsvar med lovgivers intensjon. En slik metodisk anvendelse vil i større grad ivareta den avledete autoriteten som lovforarbeid innehar.

Annenvoterende tolker imidlertid forarbeidsuttalelsen slik at lovgiver forutsetter at «tilbakekall bare kunne skje dersom utlendingen selv har utvist svik».⁴⁰ Avslutningsvis legges det «stor vekt» på lovgivers forutsetning om rekkevidden av bestemmelsen slik det fremgår av den aktuelle forarbeidsuttalelsen.⁴¹ Mot dette kan det innvendes at annenvoterende ikke synliggjør hvorfor han gjør denne vektleggingen, når det ikke blir ytterligere kommentert at forarbeidsuttalelsen står i motstrid til øvrige forarbeidsuttalelser. Annenvoterende sin vektlegging synes dermed å autorisere avsnittet i spesialmotivene til § 13, fremfor å se uttalelsen i sammenheng med de øvrige forarbeidsuttalelsene. Dette er problematisk i et metodisk perspektiv.

Høyesterett har uttalt seg konkret om den metodiske fremgangsmåten for lignende harmoniseringsspørsmål. Eksempelvis ble det uttalt i Rt. 1998 s. 258 på side 264 at «[u]t fra

³⁷ Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E., *Rettskildelære*, 5. utg., Universitetsforlaget 2001, s. 72-73.

³⁸ Eckhoff og Helgesen (2001) s. 73.

³⁹ Askeland, Bjarte, *Eckhoffs rettskildelære under press*, Kritisk Juss, Rettspolitisk Forening 1999, s. 119.

⁴⁰ HR-2016-2017-A avsnitt 87.

⁴¹ HR-2016-2017-A avsnitt 91.

sammenhengen, og ut fra det som ellers er uttalt i proposisjonen og i den forutgående utvalgsutredningen (...) kan jeg (...) vanskelig forstå uttalelsen som annet enn en unøyaktig gjengivelse av lovens regel». Førstvoterende synliggjør her at de ulike forarbeidsuttalelsene ses i sammenheng, med en hensikt om å avklare lovgivers intensjon og dermed unngå en skjev vektingsprosess. Det kan dermed fremstå som illojalt overfor lovgiver dersom enkeltuttalelser i forarbeidene tillegges tyngst vekt i en rettsanvendelsesprosess, uten at det er vurdert hvorvidt uttalelsen samsvarer med sammenhengen.

Til tross for at fraksjonene i HR-2016-2017-A trakk ulike slutninger fra motstriden i Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) s. 77, virker det som at flertallet i større grad ivaretar retningslinjene som ligger til grunn for alminnelig juridisk metode. På den bakgrunn kan det ikke utledes en regel som oppstiller en grense for tilbakekall ved utlendingens gode tro.

En alternativ løsning hadde vært å ikke vektlegge noen av forarbeidsuttalelsene som fremgår av Ot.prp. nr. 46 (1986-1987). I Rt. 1998 s. 219 på side 230 uttalte Høyesterett at det var «vanskelig å slutte i retning av en ‘lovgivervilje’ ut fra de nevnte uttalelsene». Dette viser at den totale vekten av forarbeidet i den konkrete rettsanvendelsesprosessen kan reduseres, ved at rettsanvenderen i stedet forholder seg til de øvrige rettskildefaktorene som er av tyngde i tilknytning til rettsspørsmålet. Flertallet og mindretallets motstridende slutninger i HR-2016-2017-A illustrerer at forarbeidet ikke hadde et klart bidrag til spørsmålet som Høyesterett stod overfor.⁴² Førstvoterende mente imidlertid at ordlyden var klar, noe som tilsier at dette burde ha vært den retningsgivende rettskilden for resultatet.

Etter en gjennomgang av flertallet og mindretallets rettskildebruk i HR-2016-2017-A er det først og fremst klart at svake forarbeidsuttalelser medførte en uklar rettstilstand som nødvendiggjorde Høyesteretts avklaring. Slik som det ble fremhevet i forarbeidene tilhørende utlendingsloven av 1998, er det i denne spesiallovgivningen større behov for klare rettsregler i lys av språklige behov på området. Det er derfor problematisk at Høyesterett måtte på banen for å avklare rettsregler av så avgjørende karakter som tilbakekallsreglene er for utlendinger med oppholdstillatelse i Norge.

⁴² HR-2016-2017-A avsnitt 44 og 87.

2.2.2 Grense for tilbakekall ved permanent oppholdstillatelse

I 2019 ble det innført en endring i reglene for tilbakekall av norsk statsborgerskap i statsborgerloven.⁴³ Endringen innebærer at barn av foreldre eller besteforeldre som «mot bedre vitende» har oppgitt «uriktige» eller «ufullstendige opplysninger» av betydning for vedtaket, som hovedregel ikke kan få tilbakekalt sitt statsborgerskap dersom dette ble ervervet eller søkt om før fylte 18 år.⁴⁴ Lovbestemmelsen setter dermed en grense for tilbakekallsadgangen, slik at etterkommere av personer som opptrådte svikaktig ved tilegnelsen av sin opprinnelige oppholdstillatelse ikke nødvendigvis risikerer tilbakekall etter tilegnelse av norsk statsborgerskap.

Etter utl. § 63 første ledd er det klart at en «permanent oppholdstillatelse» kan tilbakekalles dersom det følger av «alminnelige forvaltningsrettslige regler». I HR-2016-2017-A avsnitt 81 uttalte imidlertid annenvoterende at spørsmålet var om tilbakekall av permanente oppholdstillatelser «forutsetter svik hos utlendingen selv». Problemformuleringen synliggjør at karakteren av de permanente oppholdstillatelsene aktualiserer spørsmålet om det burde trekkes en grense for tilbakekallsadgangen, slik at «alminnelige forvaltningsrettslige regler» likevel ikke burde gjelde fullt ut.

Formålet med den permanente oppholdstillatelsen er at utlendingen skal kunne forbli i Norge på ubestemt tid. I dette ligger gjerne et gjensidig ønske fra både samfunnet og utlendingen selv om at utlendingen skal integreres. For å bli innvilget permanent oppholdstillatelse stilles det blant annet krav til norskopplæring og gjennomførte norskprøver.⁴⁵ Videre tilsier kravet til selvforsørgelse at søkeren i utgangspunktet har vært i arbeid over lengre tid.⁴⁶ Et tilbakekall av en slik tillatelse vil dermed kunne medføre inngripende konsekvenser for utlendingen.

På den andre siden tilsier innvandringsregulerende hensyn at det ikke burde settes en slik grense. En mulig hensikt ved at en utlending oppgir uriktige opplysninger til utlendingsmyndighetene kan være å sikre barna opphold i Norge, til tross for at utlendingen er klar over risikoen for å bli utvist selv. Barnets oppholdstillatelse vil dermed indirekte være tilegnet gjennom misbruk av utlendingsregelverket. Et slikt misbruk kan medføre langsiktige

⁴³ Lov 10. juni 2005 nr. 51 om norsk statsborgerskap (statsborgerloven).

⁴⁴ Endringslov 20. desember 2019 nr. 11 til statsborgerloven mv. Del I § 26.

⁴⁵ Utl. § 62 første ledd bokstav d, jf. Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) § 11-9.

⁴⁶ Utl. § 62 første ledd bokstav f, jf. utlendingsforskriften § 11-11.

konsekvenser for samfunnet, ved at det gir grunnlag for et større innvandringspotensiale uten at dette er rettferdig regulert.

Det kan ytterligere bli problematisk dersom utlendingen som har fått innvilget permanent oppholdstillatelse har en gjenforeningsrett med forelderen som begikk sviket i første omgang. Dersom personen som begikk sviket kan returnere til Norge etter en viss tid, vil dette motvirke hensikten om å sanksjonere misbruket av regelverket gjennom tilbakekall med utvisning som konsekvens.

Gjenforeningsspørsmålet vil imidlertid ikke komme på spissen i alle slike saker, ettersom det ikke eksisterer en ubetinget gjenforeningsrett mellom alle barn og foreldre. Det følger av utl. § 46 at en forelder som vil søke familieforening med et barn som er over 18 år må være «over 60 år» og «uten ektefelle», «samboer» eller «slektninger i opp- eller nedstigende linje i hjemlandet». Følgelig utgjør ikke utlendingens eventuelle retur en stor risiko i tilfellene der barnet har fylt 18 år.

Alternativt kan permanente oppholdstillatelser som objektivt sett bygger på feil faktum gis en begrenset gjenforeningsrett. Dette kan innebære at utlendingen med permanent oppholdstillatelse ikke tillates å bli gjenforent med personen som har oppgitt uriktig informasjon til utlendingsmyndighetene, med en hensikt om å ivareta innvandringsregulerende hensyn. En slikt alternativ forutsetter imidlertid at utlendingen som har permanent oppholdstillatelse er over 18 år. Dersom dette skulle vært anvendt for barn under 18 år, ville det oppstått spørsmål om strid med barnekonvensjonen. Følgelig er det usikkert hvor praktisk denne adgangen til å stille vilkår er, noe som innebærer at gjenforeningsspørsmålet likevel utgjør et argument mot en grense for tilbakekall av permanente oppholdstillatelser.

Hvis det skal trekkes en parallell fra lovendringen i statsborgerloven til permanente oppholdstillatelser, burde en eventuell regel bare gjelde for personer som tilegner eller søker om tillatelse før fylte 18 år.⁴⁷ Begrunnelsen for aldersgrensen i statsborgerloven § 26 tredje ledd var blant annet at det er denne gruppen som har særlig behov for vern. I proposisjonen ble det vist til komiteens argument om at regelen er ment å verne andre- og

⁴⁷ Endringslov 20. desember 2019 nr. 11 til statsborgerloven mv. Del I § 26.

tredjegerasjonsinnvandrere, ettersom frykten for tilbakekall kan bli et hinder for integrering.⁴⁸ Dette underbygger at behovet for å etablere en regel som forhindrer tilbakekall først og fremst har betydning for utlendinger som har lengre oppholdstid i Norge fra en ung alder. Det er fordi det normalt oppstår en sterk tilknytning til oppholdslandet i denne perioden, og at denne kan være av like sterk karakter som for en ung person som har søkt om eller ervervet norsk statsborgerskap.

2.2.2.1 Bør det innføres regler om foreldelse av tilbakekallsadgangen?

I Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) side 76 ble det vist til utvalgets forslag om å innføre en tidsfrist for forvaltningens tilbakekallsadgang på to år. Departementet avfeide forslaget og uttalte at det kan «gi lite heldige resultater hvis myndighetene skal være avskåret fra å reagere fordi om det lykkes vedkommende å holde det skjult i 2 år at tillatelsen bygger på feilaktige opplysninger.» Hensynet til den svikaktige oppførselen gjør seg imidlertid ikke gjeldende for personene som ikke har gitt de uriktige opplysningene.

I både formueretten og strafferetten regulerer foreldelsesregler tidsfrister for muligheten til å reagere på skyldige beløp og en rekke straffbare handlinger. I utlendingsloven er det ingen tilsvarende tidsfrist som avskjærer adgangen til å reagere i etterkant av at en oppholdstillatelse har blitt innvilget. I det videre skal det dermed drøftes om det kan trekkes en parallell til foreldelsesinstituttet, ved at det etableres regler for foreldelse av forvaltningens adgang til å tilbakekalle oppholdstillatelser som lider av sviktende faktisk grunnlag, men hvor utlendingen ikke er ansvarlig for faktafeilen.

Det er to hovedhensyn som begrunner foreldelse av fordringer. Hensynet til riktig og fullstendig bevisføring gjør seg sterkest gjeldende nærmest i tid etter at pengekravet har oppstått. Etter lengre tid kan en eventuell bevisføring svekkes, noe som medfører usikkerheter rundt kravets omfang.⁴⁹ Innrettelseshensynet begrunner også behovet for å sette en frist for å innkreve skyldige beløp. Dersom en skyldner må betale ned gammel gjeld lang tid etter at kravet oppstod, kan det medføre økonomiske ulemper som skyldneren ikke har regnet med.⁵⁰

⁴⁸ Prop. 141 L (2018-2019) Endringer i statsborgerloven mv. (tilbakekall av statsborgerskap på grunn av uriktige opplysninger mv.) s. 28.

⁴⁹ Trygve Bergsåker, «Hva er foreldelse» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2011/3-4, side 351-422, s. 381.

⁵⁰ Bergsåker (2011) s. 380.

Hensynene som begrunner foreldelsesreglene i formueretten, kan også begrunne en tidsfrist for tilbakekall av permanente oppholdstillatelse. Innrettelseshensynet gjør seg gjeldende overfor utlendingen i form av gradvis integrering ettersom tiden går. Botidskravene for å få permanent oppholdstillatelse er på tre og fem år.⁵¹ Etter disse tidsperiodene kan personen ha innrettet seg både gjennom arbeidssituasjon, språk og familiære relasjoner. Motsetningsvis vil forvaltningen ha tilsvarende tidsrom for å kunne korrigere eventuelle feil etter innvilgelse av en persons første oppholdstillatelse i Norge.

Et videre sentralt poeng for sammenligningen er at den alminnelige fristen for foreldelse av fordringer er tre år, jf. foreldelsesloven § 2.⁵² At lovgiver vektlegger den rent økonomiske belastningen som oppleves etter denne tidsperioden tilsier at tilsvarende bør vektlegges også på utlendingsrettens område. Dette kan underbygges ytterligere av at det foreligger sterkere ideelle interesser ved tilbakekall av permanente oppholdstillatelse. Dette trekker i retning av å etablere en foreldelsesregel for tilbakekallsadgangen av permanente oppholdstillatelse.

På den andre siden er det mange mennesker som bor i Norge med oppholdstillatelse over mange år uten at de av ulike grunner integrerer seg i samfunnet. Slike situasjoner aktualiserer ikke innrettelseshensynet i samme grad, ettersom et eventuelt tilbakekall ikke utgjør en tilsvarende belastning som for fullt integrerte personer. Det kan tilsi at behovet for foreldelsesregler ikke nødvendigvis er tilstrekkelig til stede for at det bør vedtas en foreldelsesregel.

Det kan imidlertid tas i betraktning at kravene for å få en permanent oppholdstillatelse har blitt gradvis skjerpet over de siste 16 årene. Avhengig av når utlendingen mottok sin første oppholdstillatelse som danner grunnlag for en permanent oppholdstillatelse (PO-dannende tillatelse), varierer kravene til opplæring og prøver i norsk og samfunnskunnskap. Det stilles nå strengest krav til de som mottok sin første PO-dannende tillatelse fra og med 2017. Disse menneskene må gjennomføre 500 timer med norskopplæring, 50 timer med opplæring i samfunnskunnskap, samt ta prøver med henholdsvis resultat på språknivå A1 og bestått. Til

⁵¹ Utl. § 62 første ledd bokstav a og andre ledd første punktum.

⁵² Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven eller fl.).

sammenligning stilles det ikke krav om verken opplæring eller beståtte prøver i norsk og samfunnskunnskap for utlendinger som mottok sin første PO-dannende tillatelse før 2005.⁵³

De skjerpede kravene kan dermed tilsi at et økende antall utlendinger som mottar permanente oppholdstillatelser i større grad integreres i det norske samfunnet sammenlignet med tidligere. I lys av dette kan det argumenteres for at innrettelseshensynet vil gjøre seg sterkere gjeldende for fremtidige saker.

På den andre siden vil en anvendelse av korreksjonshensynet tale mot å innføre foreldelsesregler i utlendingsregelverket. Tilbakekallsinstituttets formål er å gi forvaltningsorganene adgang til å gripe inn og rette opp feil uavhengig av reglene om klagesak.⁵⁴ Forvaltningen har dermed behov for å i ettertid ha mulighet til å kontrollere at et omtvistet vedtak er fattet i samsvar med riktige fakta, uavhengig av hvor lang tid som har passert fra vedtaksdatoen.

Ytterligere forutsetter den alminnelige foreldelsesfristen at kreditor og debitor kjenner til kravet.⁵⁵ Oppgavens problemstilling omhandler imidlertid at det sviktende faktiske grunnlaget verken er kjent for forvaltningen eller utlendingen selv på tidspunktet for innvilgelse. Det kan tilsi at regelsettene innehar ulikheter av så stor grad at en tilsvarende regulering på utlendingsrettens område ikke kan begrunnes tilstrekkelig.

Hensynet bak foreldelsesreglene på strafferettens område kan også overføres til gjeldende problemstilling. I forarbeidene til straffeloven fra 2005 angis det at «behovet for å straffe avtar etterhvert». Videre vises det til Andenæs som uttaler at hensikten med å ilegge straff ikke lenger foreligger dersom den skyldige har oppført seg bra i en årrekke.⁵⁶ Tilsvarende kan det hevdes at en reaksjon fra forvaltningen ikke lenger er nødvendig etter at utlendingen har hatt flere år med opphold i Norge og er integrert i det norske samfunnet.

⁵³ Retningslinje fra Utlendingsdirektoratet 1. september 2017 om forberedelse og behandling av søknader om permanent oppholdstillatelse (RUDI-2017-6). Vedlegg 1: Tabell over krav til opplæring og prøver i norsk og samfunnskunnskap.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 38 (1964-1965) Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) s. 109.

⁵⁵ Fl. § 2 og en antitetisk tolkning av § 10.

⁵⁶ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven eller strl.); Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven) s. 380.

En stor forskjell i sammenligningen mellom foreldelsesinstituttet i strafferetten og muligheten for foreldelse i utlendingsretten, er at det ikke foreligger skyld eller ansvar hos utlendingen som har en oppholdstillatelse som objektivt sett bygger på feilaktige opplysninger.

Allmennpreventive hensyn gjør seg dermed ikke gjeldende i samme grad for denne gruppen personer. Hensynet vil videre ivaretas når oppholdstillatelsen til utlendingen som begikk bruddet på utlendingsregelverket tilbakekalles. Individualpreventive hensyn gjør seg derimot sterkt gjeldende for utlendingen som ikke er ansvarlig for oppholdstillatelsens sviktende faktiske grunnlag. Sammenligningen viser dermed at individualpreventive hensyn gjør seg sterkest gjeldende for typetilfellet, noe som kan begrunne behovet for å innføre en foreldelsesfrist for fremstillingens avgrensede gruppe personer.

En vesentlig forskjell mellom strafferetten og utlendingsretten er imidlertid at formålet med tilbakekallsadgangen ikke er å straffe utlendingen. Slik som konstatert i HR-2016-2017-A består forvaltningens omgjøringsadgang etter fvl. § 35 første ledd bokstav c kun av en objektiv vurdering av vedtakets gyldighet.⁵⁷ Når subjektive forhold ikke tas i betraktning ved vurderingen av omgjøring, taler det for at individualpreventive hensyn ikke kan begrunne en foreldelsesfrist. Ettersom formålene i de to rettsdisiplinene er av så ulik karakter, kan det ikke uten videre begrunnes at det foreligger et behov for foreldelsesregler på utlendingsrettens område.

I en av lovutredningene i forbindelse med regelverksendringer vedrørende tap av norsk statsborgerskap, ble det imidlertid fastslått at tap av statsborgerskap «generelt anses som en alvorlig straffereaksjon».⁵⁸ Uttalelsen gjelder ikke for oppholdstillatelser, men den illustrerer at også tilbakekallsinstituttet påfører konsekvenser for individet som kan ligne en opplevelse av straff. Individenes behov ved tilbakekall av permanente oppholdstillatelser kan dermed tilsi at det likevel foreligger en tilstrekkelig likhet mellom hensynene i strafferetten og utlendingsretten, slik at det burde etableres foreldelsesregler i utlendingsregelverket.

I straffeloven § 86 første ledd angis det varierende foreldelsesfrister. I tillegg er det enkelte straffbare handlinger som aldri foreldes etter strl. § 91. Det er graden av alvorlighet bak den straffbare handlingen som er bestemmende for foreldelsesfristen. Systembetraktninger tilsier at avveiningen av allmennpreventive og individualpreventive hensyn gjør seg gjeldende i ulik

⁵⁷ HR-2016-2017-A avsnitt 52.

⁵⁸ NOU 2015: 4 Tap av norsk statsborgerskap s. 78.

grad ut fra handlingens karakter. En eventuell regulering av foreldelse for tilbakekallsinstituttet bør derfor basere seg på en nærmere avveining av utlendingens innrettelse. Samtidig baserer gradsreguleringen i straffeloven seg på ulike straffebud, som regulerer reaksjoner tilknyttet en konkret straffbar handling. Ettersom utlendingens innrettelse i enkeltsaker ikke er like konstaterbart, kan det tilsi at regelverkene likevel ikke er tilstrekkelig sammenlignbare.

Regelen som har størst likhetstrekk med gjeldende problemstilling er statsborgerloven § 26 tredje ledd. Det kan virke tilfeldig at det kun er tilfellene som har gått uoppdaget hen over så lang tid at det har blitt innvilget norsk statsborgerskap, som kan bli vernet mot tilbakekall. Dette kan være et argument i retning av at den individuelle innrettelsen og tilknytningen til Norge burde være avgjørende ved vurderingen av tilbakekall, i stedet for å differensiere mellom statsborgerskap og permanente oppholdstillatelser.

Det kan videre diskuteres hvorvidt en foreldelsesfrist også burde gjelde for mennesker på midlertidige oppholdstillatelser med lang oppholdstid i Norge. Til tross for lengre tidsperioder kan det innvendes at innrettelseshensynet ikke gjør seg gjeldende i samme grad. Det vil imidlertid være utenfor fremstillingens rammer å behandle dette spørsmålet.

3. Forvaltningens skjønn ved omgjøring av vedtak

I flere sammenhenger foretar forvaltningen vurderinger etter forvaltningsorganets skjønn. I juridisk teori brukes ulik terminologi, herunder omtales dette både som «forvaltningsskjønn» og «forvaltningens frie skjønn».⁵⁹ I det videre benyttes begrepet «forvaltningsskjønn» ved behandlingen av forvaltningens skjønn ved omgjøring av vedtak.

Eckhoff og Smith beskriver forvaltningsskjønnet som «fullmaktslovgivning», noe som innebærer at forvaltningen blir gitt «en «fullmakt» til å utforme «politikken» på vedkommende område.»⁶⁰ Forvaltningsskjønnet omfatter dermed en avveining av relevante hensyn innenfor rammen av alminnelig forvaltningsrett og gjeldende politikk.

I fvl. § 35 første ledd gir ordet «kan» uttrykk for forvaltningsskjønnet. Det såkalte «kanskjønnet» tilsier etter en alminnelig språklig forståelse at forvaltningen har kompetanse til å vedta at primærvedtak skal omgjøres. En annen side av ordlyden er at forvaltningen har en frihet til å ikke velge en bestemt løsning, selv om de rettslige vilkårene er oppfylt.⁶¹

Utlendingsdirektoratet (UDI) er underlagt justis- og beredskapsdepartementet, og kompetansen til å regulere innvandringen fremgår derfor av lover, forskrifter, rundskriv, budsjett og tildelingsbrev.⁶² Dette innebærer at sittende regjering i betydelig grad er gitt kompetanse til å styre forvaltningsskjønnet, noe som er sentralt for tilbakekallsadgangen etter utl. § 63 første ledd og fvl. § 35 første ledd. Det er fordi forvaltningsskjønnet inneholder et rom for politisk handlefrihet.

Politikernes kompetanse til å utføre oppgaver på vegne av demokratiet tildeles gjennom allmenne valg. Dette innebærer at de valgte politikerne skal representere folket og ta beslutninger på vegne av alle.⁶³ Det kan derfor stilles spørsmål ved hvor vid den politiske handlefriheten er, og hva som burde være gjenstand for rettslig regulering.

⁵⁹ Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf, *Frihagens Forvaltningsrett Bind 1*, 2. utg., Fagbokforlaget 2010, s. 84-85.

⁶⁰ Eckhoff og Smith (2014) s. 371.

⁶¹ Eckhoff og Smith (2014) s. 47.

⁶² Anonym, «Hvem gjør hva i utlendingsforvaltningen?», UDI, <https://www.udi.no/om-udi/om-udi-og-utlendingsforvaltningen/hvem-gjor-hva-i-utlendingsforvaltningen/> (lest 6. desember 2021).

⁶³ Hovde, Kjell Olav, Svensson, Palle og Thorsen, Dag Einar, «Demokrati» i Store norske leksikon, 26. august 2021, <https://snl.no/demokrati> (lest 6. desember 2021).

Demokratihensyn tilsier at befolkningens ønsker er styrende for den gjeldende utlendingspolitikken. Dersom tilbakekall var underlagt en sterkere rettslig vurdering, kunne man risikert at befolkningen opplevde at politikerne ikke respekterte de gjeldende oppfatningene og interessene innenfor innvandringspolitikken. Dette tilsier at forvaltningens skjønnsrom må ha en rekkevidde som tillater reguleringer i tråd med gjeldende politisk styring. Adgangen til å vektlegge innvandringsregulerende hensyn tillater dermed en effektiv innvandringspolitikk som følge av muligheten for å følge nye retningslinjer fra det politiske hold.

En annet begrep som er relevant i denne sammenheng er det lovbundne skjønnnet, som i juridisk teori også omtales som rettsanvendelsesskjønnet. Hjemlene som kun inneholder juridisk skjønn tolkes av jurister på bakgrunn av faglige grunnlag.⁶⁴ Slike vurderinger inneholder dermed ikke rom for skjønn basert på politiske retningslinjer. Forskjellen mellom forvaltningsskjønnet og rettsanvendelsesskjønnet synliggjøres ved domstolenes overprøving av forvaltningsvedtaket. Om forvaltningsskjønnet uttalte Høyesterett i Rt. 2012 s. 18 (Kistefos) at domstolene kan «overprøve forvaltningens generelle tolkning, men ikke den konkrete rettsanvendelsen i form av den skjønnsutøvelse som er foretatt». Subsumsjonen er dermed i utgangspunktet ikke gjenstand for domstolskontroll. Ettersom det er klart at oppgavens problemstilling gjelder forvaltningsskjønnet, jf. ordlyden av «kan», avgrenses det mot ytterligere utpensling av skillet mellom forvaltningsskjønnet og rettsanvendelsesskjønnet.⁶⁵

Forutsetningen for den videre analysen er at grunnvilkårene i utl. § 63 er oppfylt. For oppgavens problemstilling er dette «alminnelige forvaltningsrettslige regler», ettersom svikalternativet kun gjelder utlendingen som selv har oppgitt opplysninger «mot bedre vitende».⁶⁶ Spørsmålet i denne sammenhengen er hva som er rekkevidden av forvaltningsskjønnet ved omgjøring av ugyldige forvaltningsvedtak.

3.1 Om forvaltningen har en omgjøringsplikt

Fvl. § 35 første ledd kan isolert sett forstås slik at «kan-skjønnnet» har en selvstendig funksjon i lovteksten. I så fall kan det drøftes hvorvidt forvaltningen har en plikt til å omgjøre et vedtak

⁶⁴ Bernt og Rasmussen (2010) s. 83.

⁶⁵ Fvl. § 35 første ledd og utl. § 63 første ledd.

⁶⁶ Utl. § 63 første ledd.

som «må anses ugyldig», eller om forvaltningsorganet i tråd med ordlyden kan avstå fra å omgjøre det opprinnelige vedtaket selv om det er ugyldig. For oppgavens problemstilling er det relevant å avdekke eksistensen og eventuelt omfanget av en omgjøringsplikt, ettersom oppholdstillatelser som objektivt sett bygger på feil faktum kan omgjøres etter fvl. § 35 første ledd bokstav c, jf. resultatet i HR-2016-2017-A.

Domstolen har i utgangspunktet ikke kompetanse til å overprøve forvaltningskjønnet, ettersom domstolens oppgave er å kontrollere forvaltningsvedtakets legalitet.⁶⁷ I forlengelse av dette er det av betydning å avdekke hvorvidt momentene i forvaltningens skjønnsrom utøves allerede ved vurderingen av om vedtaket «må anses ugyldig», slik at domstolen i realiteten overprøver forvaltningens vurderinger i større utstrekning enn det som følger av ordlyden.⁶⁸ Analysen tar først stilling til spørsmålet om omgjøringsplikt, og deretter behandles forvaltningens utøvelse av skjønnsrommet. Videre avgrenses det mot å redegjøre for spørsmålet om omgjøringsplikt når omgjøring er til gunst for parten, ettersom dette ikke er relevant for problemstillingen.

I forvaltningslovens forarbeider angis det at § 35 ikke sier noe om virkningen av at et vedtak blir erklært ugyldig, og at spørsmålet «forutsettes avgjort etter alminnelige forvaltningsrettslige synspunkter».⁶⁹ Det angis ikke hva som konkret ligger i slike synspunkter, og det ses dermed hen til andre rettskilder med en hensikt om å avklare hva virkningen er.

I 2019 ble det fremlagt en utredning om forslag til ny forvaltningslov.⁷⁰ Ved beskrivelsen av nåværende forvaltningslov omtales spørsmålet om det allerede foreligger omgjøringsplikt, og om dette eventuelt skal lovfestes. Det ble uttalt at forvaltningsloven § 35 «lar det stå åpent om forvaltningen i visse tilfeller har plikt til å omgjøre.»⁷¹ Utvalget går ikke nærmere inn på hvorvidt gjeldende rett inneholder en plikt og eventuelt omfanget av plikten. Prosessen mot å vedta en ny forvaltningslov er ikke ferdig, og foreløpig er høringssvarene tilknyttet

⁶⁷ Eckhoff og Smith (2014) s. 520-521.

⁶⁸ Fvl. § 35 første ledd bokstav c.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) Om lov om endringer i lov 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m.m.) s. 98.

⁷⁰ NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov.

⁷¹ NOU 2019: 5 s. 416.

utredningen fortsatt under behandling.⁷² Den rettskildemessige vekten er dermed begrenset, siden departementet enda ikke har uttalt seg om hva som anses som gjeldende rett. Likevel kan manglende klargjøring på området fra et ekspertutvalg tilsi at både eksistensen og omfanget av en omgjøringsplikt de lege lata er uklar.

At forvaltningen ikke alltid har en omgjøringsplikt i disse tilfellene, er lagt til grunn i Rt. 2006 s. 1382 avsnitt 60 og HR-2019-2396-A avsnitt 75.

Høyesterett uttalte seg konkret om omgjøringsadgangen i Rt. 2006 s. 1382. Saken gjaldt forvaltningens omgjøring av et vedtak som overførte en driftsenhet etter reindrifftsloven § 4, som følge av et sviktende faktisk grunnlag. Omgjøringen var begrunnet med at driftsenheten reelt sett var avvirket, fordi den hadde vært uten reinsdyr de siste årene før overføringen. I avsnitt 60 uttalte Høyesterett at «[f]orvaltningslova § 35 andre ledd jf. første ledd gir høve til omgjøring av ugyldige vedtak, men fastset inga plikt til det.» Uttalelsen kan i utgangspunktet forstås slik at forvaltningsskjønnet gir kompetanse til å avstå fra omgjøring når dette er til ugunst for den private part, til tross for at vedtaket må anses ugyldig. Det er likevel et sentralt poeng at uttalelsen ble avsagt i sammenheng med statens subsidiære anførsel om omgjøring som følge av saksbehandlingsfeil. En eventuell omgjøringsfrihet kan etter dette forstås som å begrense seg til ugyldighet på bakgrunn av saksbehandlingsfeil.

I HR-2019-2396-A tok Høyesterett stilling til flere spørsmål som følge av et omgjøringsvedtak fattet av fiskeri- og kystdepartementet. I avsnitt 75 ble det uttalt at «[d]epartementet hadde ikke plikt til å omgjøre. Hvorvidt omgjøringsadgangen skal brukes, beror på forvaltningens frie skjønn, jf. ordet «kan» i lovteksten.» Uttalelsen refererte til forvaltningsskjønnet i fvl. § 35, og kan dermed tas til inntekt for at forvaltningen generelt har en frihet til å omgjøre ugyldige vedtak.

LB-2005-172949 og LA-2007-64532 underbygger også at forvaltningen kan ha en omgjøringsfrihet. Lagmannsrettspraksis har imidlertid ikke tung rettskildemessig vekt slik som høyesterettspraksis, men avgjørelsene kan likevel gi en indikator på hvordan fvl. § 35 har blitt praktisert.

⁷² Anonym, «Høring – NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov», Regjeringen, <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---nou-2019-5-ny-forvaltningslov/id2652945/> (lest 8. desember 2021).

I juridisk teori diskuteres også eksistensen og det eventuelle omfanget av forvaltningens omgjøringsplikt når omgjøring er til ugunst for den private part, og ugyldighetsgrunnen er en innholdsmangel.

Bernt og Rasmussen tar til orde for at et forvaltningsorgan som blir klar over at et vedtak er ugyldig, må rette opp denne feilen hvis det er mulig.⁷³ Det tas imidlertid forbehold om at dette ikke gjelder ubetinget, ettersom forvaltningsloven ikke pålegger forvaltningsorganene en plikt til å omgjøre ugyldige vedtak. Dette begrunnes med at parter kan ha innrettet seg etter vedtaket fordi det har gått lang tid, og at forvaltningen i disse tilfellene ikke alltid vil kunne anse vedtaket som ugyldig lenger.

For å begrunne standpunktet ovenfor henviser Bernt og Rasmussen til Rt. 1965 s. 181 (tapetserer). Saken gjaldt 18 tapetserere som hadde avlagt og fått godkjent svenneprøve. Åtte år senere ble prøvene kjent ugyldige fordi de ikke ble gjennomført i tråd med gjeldende retningslinjer for slike prøver. I ettertid av høyesterettsavgjørelsen valgte imidlertid departementet å verken gjennomføre nye prøver eller å inndra de tidligere svennebrevene. Om dette skriver Bernt at «en nærliggende betraktningssmåte er at departementet ganske enkelt mente at med den tid som nå var gått, kunne ikke ugyldighet gjøres gjeldende til skade for tapetsererne som jo var kommet helt uforskyldt opp i denne situasjonen.»⁷⁴ Departementets tilnærming til omgjøringsspørsmålet i kjølvannet av tapetser-dommen taler for at forvaltningen ikke har en umiddelbar omgjøringsplikt. Vekten av argumentet kan imidlertid diskuteres, ettersom det er få andre rettskilder som gir klart uttrykk for en slik løsning. Eksempelet viser likevel at hensynet til individene i den konkrete saken ble tillagt så tung vekt at forvaltningen valgte å avstå fra omgjøring.

Også andre teoretikere åpner opp for en slik løsning som departementet valgte i etterkant av tapetser-dommen. Blant annet uttaler Frihagen at når «det ikke volder særlig skade om vedtaket blir stående», burde det ikke foreligge en streng omgjøringsplikt.⁷⁵ Wallevik slutter seg til denne løsningen, og uttaler at omfanget av omgjøringsplikten burde bero på «en mer

⁷³ Bernt og Rasmussen (2010) s. 329.

⁷⁴ Bernt og Rasmussen (2010) s. 329.

⁷⁵ Frihagen, Arvid, *Forvaltningsrett Bind III: Omgjøring, kontroll og ugyldighet*, 4. Utg., Forlaget A. Frihagen A/S 1992, s. 41.

pragmatisk helhetsvurdering hvor den aktuelle ugyldighetsgrunnens alvorlighetsgrad, og de konsekvenser omgjøring vil ha for den begunstigede part, vil stå sentralt.»⁷⁶ En helhetlig slutning fra juridisk teori kan dermed tilsi at det er åpent for en konkret vurdering av omgjøring i de konkrete sakene, for å unngå urimelige resultater slik som i tapetser-dommen.

Vekten av løsningen som kan utledes fra standpunktene fremsatt av ulike teoretikere er imidlertid ikke sikker. Til tross for at hensyn utledet av forvaltningsrettslige synspunkter samlet sett kan synes å åpne for en omgjøringsfrihet i enkelte saker, kan det ikke utledes klare holdepunkter av verken rettspraksis eller forvaltningspraksis som underbygger en slik løsning.

Hvorvidt en slik linje som Frihagen og Wallevik legger seg på vil gjøre seg gjeldende for oppgavens avgrensede gruppe personer kan også diskuteres. Generelt lar det seg vanskelig gjøre at forvaltningen avstår fra omgjøring i alle tilfellene hvor en utlending ikke er ansvarlig for at egen oppholdstillatelse lider av sviktende faktisk grunnlag. Risikoen ved et slikt forvaltningsrettslig synspunkt er at det forekommer økt misbruk av utlendingsregelverket, noe som kan medføre en belastning på samfunnet.

Som nevnt innledningsvis er det videre sentralt å avdekke når forvaltningens skjønnsutøvelse etter fvl. § 35 første ledd forekommer. Hvis vedtaksorganet anvender de skjønsmessige momentene allerede under ugyldighetsvurderingen, vil ikke spørsmålet om forvaltningens omgjøringsplikt komme på spissen. Det er fordi vedtak som anses ugyldige allerede har vært gjenstand for en skjønsmessig avveining. Virkningen er dermed at vedtaket må omgjøres.⁷⁷

Høyesterettsdommen Rt. 2007 s. 1573 (Krekar) er illustrerende for spørsmålet. Saken gjaldt domstolens overprøving av et utvisningsvedtak. Spørsmålet var om utvisningen var «nødvendig» av hensynet til «rikets sikkerhet».⁷⁸ Vedtakshjemmelen inneholdt «kan-skjønnen», noe som tilsier at forvaltningen i utgangspunktet har en valgfrihet om å utvise utlendingen dersom grunnvilkårene er oppfylt. I avsnitt 59 uttalte Høyesterett at det må «antas at det blir lite tilbake av dette «kan-skjønnen» når utvisning forutsetter at en slik reaksjon er «nødvendig.» Dette var på bakgrunn av at nødvendighetskriteriet ble ansett for å gi uttrykk

⁷⁶ Wallevik, Karl O., «Forholdsmessighet ved omgjøring av enkeltvedtak utenfor klagesak» *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, (2015) side 148-189, s. 171-172.

⁷⁷ Wallevik (2015) s. 167.

⁷⁸ Rt. 2007 s. 1573 avsnitt 53.

for et forvaltningsskjønn, og dermed «overlatt til forvaltningens endelige avgjørelse».⁷⁹ Følgelig var det kun begrepet «rikets sikkerhet» som var gjenstand for domstolskontroll.

Avgjørelsen viser at vedtakshjemmelen ga uttrykk for en samlet kompetanse, slik at overgangen mellom de skjønnsmessige vurderingene var glidende.⁸⁰ Dersom det utøves et skjønnsrom under ugyldighetsvurderingen i fvl. § 35 første ledd bokstav c, kan det indikere at også denne bestemmelsen inneholder en samlet kompetanseangivelse. Dette tilsier at forvaltningen kan ha en omgjøringsplikt dersom den kommer til at vedtaket er ugyldig.

I juridisk teori argumenterer flere teoretikere for en løsning på linje med Høyesteretts uttalelser i Krekar-dommen. Woxholth uttaler blant annet at «virkningene for partene [...] nok [kan] ha betydning for om en feil fører til ugyldighet», men presiserer at omgjøring til gunst eller skade for parten ikke i seg selv har noen betydning for selve omgjøringsadgangen.⁸¹ Graver uttaler enda tydeligere at «hvorvidt et vedtak som begunstiger en part bør omgjøres, vil være et ledd i selve ugyldighetsvurderingen».⁸² Standpunktene tilsier at «kan-skjønnet» i realiteten ikke har selvstendig betydning, noe som underbygger argumentet om at forvaltningen har en omgjøringsplikt når et vedtak er vurdert og «må anses ugyldig», jf. fvl. § 35 første ledd bokstav c.

Det foreligger etter dette ikke et klart rettskildemessig grunnlag for å konstatere om forvaltningens skjønnsrom i fvl. § 35 første ledd bokstav c kun utøves under ugyldighetsvurderingen, eller om det foretas en ytterligere skjønnsmessig vurdering i lys av forvaltningens kompetanse under «kan-skjønnet». Høyesteretts tilnærming og standpunktene i teorien synes å trekke i retning av at det etter ugyldighetsvurderingen foreligger en omgjøringsplikt, til tross for ordlyden som isolert sett gir uttrykk for et selvstendig «kan-skjønn». I denne sammenheng er det et poeng at ugyldighetsvurderingen er underlagt domstolskontroll. En slik forståelse innebærer derfor at domstolen i større grad gis adgang til å overprøve innholdet av forvaltningens vurderinger, enn om de skjønnsmessige momentene kun behandles under «kan-skjønnet». Videre er det av betydning for oppgavens avgrensede

⁷⁹ Rt. 2007 s. 1573 avsnitt 58.

⁸⁰ Eckhoff og Smith (2014) s. 375.

⁸¹ Woxholth, Geir, *Forvaltningsloven med kommentarer*, 2. utg., Gyldendal Norsk Forlag AS 2011, s. 574.

⁸² Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg., Universitetsforlaget 2015, s. 548.

gruppe personer, da det kan begrense muligheten til å vektlegge særlige hensyn når omgjøring er til ugunst for den private part.

3.2 Rekkevidden av forvaltningsskjønnet

Uavhengig av hvor forvaltningens skjønnsrom kan plasseres i vurderingen etter forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c, skal det i det videre ses nærmere på den konkrete skjønnsmessige vurderingen.

Forvaltningen er også tildelt kompetanse til å foreta en samlet skjønnsmessig vurdering av om oppholdstillatelsen skal tilbakekalles gjennom et «kan-skjønn» i utl. § 63 første ledd. Reguleringen i utlendingsloven skal gå foran reglene i forvaltningsloven når ikke annet er bestemt i eller i medhold av lov.⁸³ Det kan dermed drøftes hvorvidt bestemmelsen angir et videre skjønnsrom som tillater å ikke tilbakekalle ugyldige oppholdstillatelser, i forhold til fvl. § 35 første ledd bokstav c.

Det fremgår av Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) s. 77 at «[e]tter den løsning departementet går inn for, kunne tilbakekallsregelen i og for seg utelates fra utlendingsloven.» Utgangspunktet som departementet la til grunn tilsier dermed at forvaltningens skjønnsrom var ment å ha samme rekkevidde som fvl. § 35 første ledd. Flertallets forståelse av utl. § 63 første ledd i HR-2016-2017-A underbygger forarbeidsuttalelsen, ettersom førstvoterende etter en gjennomgang av de relevante forarbeidene kom frem til at fvl. § 35 første ledd bokstav c gjelder uavkortet ved siden av utl. § 63 første ledd. Følgelig vil det tas utgangspunkt i den skjønnsmessige vurderingen etter fvl. § 35 i det følgende.

Utøvelsen av forvaltningsskjønnet har i stor grad lik karakter som en forholdsmessighetsvurdering. Det har derfor vært diskutert i juridisk teori om hvorvidt det eksisterer et generelt forholdsmessighetsprinsipp som forvaltningen må ta i betraktning når det skal avgjøres om vedtak skal fattes, og hva innholdet av dette eventuelt er.⁸⁴ Om dette uttaler Eckhoff og Smith at forholdsmessighetsvurderinger er svært skjønnsmessige, slik at forvaltningens vurderinger av om vedtaket er forholdsmessig i siste instans ligger under forvaltningens skjønn.⁸⁵ Et omgjøringsvedtak er klart egnet og nødvendig for å ivareta

⁸³ Fvl. § 1 første punktum.

⁸⁴ Søvig, Karl Harald, *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten* (2015) s. 13.

⁸⁵ Eckhoff og Smith (2014) s. 404.

formålet til fvl. § 35 første ledd bokstav c. Det sentrale for vurderingen av omgjøringsvedtak er dermed hvorvidt det er rimelig samsvar mellom mål og middel.⁸⁶

I HR-2016-2017-A avsnitt 73 uttalte annenvoterende at «[f]orvaltningsrettens klare utgangspunkt er at [...] innholdsmangler medfører ugyldighet. Noen helt unntaksfri regel er dette likevel ikke, og det enkelte vedtak må vurderes konkret.» Når omgjøring er til ugunst for den private part kan dermed hensynene for omgjøring avveies mot de private interessene som det opprinnelige vedtaket omhandler.⁸⁷ De sentrale momentene av hensyn til den private part er om den i god tro har innrettet seg etter vedtakets innhold.⁸⁸ I det følgende skal forvaltningens skjønnsrom analyseres i lys av momentene av betydning for oppgavens avgrensede gruppe personer.

3.2.1 Innrettelseshensynet

Det er sentralt for vurderingen hvorvidt den private part har innrettet seg etter det begunstigende vedtaket.⁸⁹ En alminnelig forståelse av hva som ligger i dette er at parten over lengre tid har levd i tråd med rettighetene som er gitt. Innrettelseshensynet er viktig ved at omgjøring etter lang tid kan oppleves som sterkt inngripende, ettersom parten gjerne har investert økonomisk og/eller har andre ideelle interesser som gjør seg gjeldende. Dette tilsier at arten av vedtaket er bestemmende for hva som kan regnes som lang tid.

Under ugyldighetsvurderingen i tapetser-dommen ble det ikke tatt hensyn til at kandidatene hadde arbeidet som tapetserere i åtte år etter at prøvene ble godkjent.⁹⁰ Det kan utledes av dommen at den forløpte tidsperioden ikke ble tildelt særlig vekt. Om dette uttaler Wallevik at det avgjørende for omgjøringsspørsmålet vil være «i hvilken utstrekning den begunstigede part har *innrettet seg* i tillit til primærvedtaket, og hvilke negative konsekvenser omgjøring kan få.» Det vil si at tidsmomentet kan supplere avveiningen, men at det først og fremst er innrettelsen som er av betydning.⁹¹

⁸⁶ Wallevik (2015) s. 151.

⁸⁷ Eckhoff og Smith (2014) s. 304.

⁸⁸ Bernt, Jan Fridthjof, *Norsk lovkommentar: Forvaltningsloven*, note 915, Rettsdata.no (lest 23. november 2021).

⁸⁹ Bernt, Jan Fridthjof, *Norsk lovkommentar: Forvaltningsloven*, note 915, Rettsdata.no (lest 23. november 2021).

⁹⁰ Rt. 1965 s. 181 på s. 184.

⁹¹ Wallevik (2015) s. 166-167.

For utlendinger i Norge er oppholdstillatelse en forutsetning for å bo, ta utdanning, arbeid mv. Ettersom livene til de det gjelder baserer seg fullt ut på innholdet i vedtaket, tilsier dette at typetilfellet innehar sterke ideelle interesser. Innrettelse kan dermed skje fra et tidlig tidspunkt etter at vedtaket mottas, og vil trolig øke gradvis ettersom personen integreres i samfunnet. I tråd med de interesser som gjelder for utlendinger som ikke er ansvarlige for at oppholdstillatelsene deres lider av sviktende faktisk grunnlag, kan dette tilsi at innrettelseshensynet burde veie tungt i forvaltningens skjønnsmessige vurdering av om omgjøring skal foretas.

På den andre siden hadde de berørte i tapetser-dommen også innrettet seg etter vedtakets innhold. De hadde utført daglig arbeid i åtte år i den tro at svenneprøvene var godkjente. Dette ble likevel ikke tatt hensyn til i Høyesteretts vurderinger av vedtakets gyldighet. I tillegg viser resultatet i dommen at forvaltningens behov for å omgjøre står sterkt. Dette taler for at skjønnssrommet er svært lite, og at det skal mye til for at private hensyn kan begrunne forvaltningens avståelse fra omgjøring.

Samtidig er det offentligrettslige interesser og samfunnshensyn som begrunner behovet for omgjøring i sakene som fremstillingen aktualiserer. Tilbakekallsregelen i utlendingssakene gir uttrykk for at det ikke skal være adgang til å oppgi falsk informasjon med den hensikt om å tilegne seg opphold i Norge. Hensynene som taler for omgjøring i slike saker er dermed av en slik styrke at det vanskelig kan tenkes at innrettelseshensynet alene er så tungtveiende at det kan begrunne at et ugyldig vedtak blir stående.

3.2.2 God tro

Et annet sentralt moment i forvaltningens skjønnsmessige avveining er at den private part har vært i god tro ved innrettelsen etter vedtakets innhold.⁹² Oppgavens avgrensede gruppe personer vil normalt ikke kunne bebreides for faktafeilen, ettersom det er tidligere generasjoner som har oppgitt de uriktige opplysningene til utlendingsmyndighetene. På den andre siden kan heller ikke forvaltningen bebreides for feilen. Utlendinger som ikke er ansvarlige for sitt sviktende faktisk oppholdsgrunnlag havner dermed i en særstilling, ved at feilen skyldes en tredjepart.

⁹² Bernt, Jan Fridthjof, *Norsk lovkommentar: Forvaltningsloven*, note 915, Rettsdata.no (lest 23. november 2021).

I tapetser-dommen valgte departementet å ikke omgjøre vedtakene i etterkant av høyesterettsavgjørelsen. Begrunnelsen syntes delvis å være at feilen skyldtes en tredjepart. En parallell kan trekkes til gjeldende problemstilling. For oppgavens avgrensede gruppe personer kan det i tillegg argumenteres for at det foreligger sterkere private interesser enn for de berørte i tapetser-dommen, ettersom vedtaket som er gjenstand for omgjøring utgjør en forutsetning for livet de lever i Norge.

Det er et grunnleggende rettsstatlig prinsipp at enhver er ansvarlig for egne handlinger og unnlater. Praksisen på utlendingsrettens område avviker fra prinsippet, ved at etterkommere av utlendingen som begår brudd på utlendingsregelverket kan risikere å lide konsekvensene av den eldre generasjonens svikaktige opptreden.

På strafferettens område er det som hovedregel den som har utført den straffbare handlingen som kan ilegges straff. Samtidig har tilbakekall av permanente oppholdstillatelser noen likhetstrekk med å bli ilagt en straffereaksjon. Det kan dermed stilles spørsmål ved om forvaltningens skjønnsmessige vurdering etter fvl. § 35 første ledd bokstav c også tar hensyn til at utlendingen selv ikke har utvist den svikaktige opptreden. En slik parallell vil i utgangspunktet medføre at hensynet til utlendingens gode tro gis tyngre vekt i vurderingen enn de samfunnsmessige interessene. Forvaltningspraksis viser imidlertid ikke en slik vektlegging, ettersom det de lege lata er anerkjent at oppholdstillatelsene som er i kjernen av fremstillingen kan tilbakekalles.

Hvis det ses hen til andre grener innen forvaltningsretten har omgjøringsinstituttet samme funksjon og virkning. Et eksempel er at forvaltningen gir en oppdrettskonsesjon på uriktig grunnlag. Dersom konsesjonen selges til et nytt selskap, vil ikke det nye selskapet være ansvarlig for vedtakets sviktende faktiske grunnlag. Feilen kan imidlertid føre til miljødelegger, noe som påvirker samfunnet negativt. Forvaltningen vil derfor ha behov for å reagere på den opprinnelige feilen, gjennom en adgang til å omgjøre vedtaket.

Det kan imidlertid problematiseres hvorvidt virkningen av omgjøring på utlendingsrettens område har andre sider som ikke kan sammenlignes med tilfeller som i eksempelet ovenfor. På slike områder som i eksempelet er det ikke individuelle interesser som gjør seg gjeldende. En parallell til strafferettens område kan dermed vanskelig trekkes her. På den andre siden er

det individuelle hensyn som vektet mot samfunnsinteresser i utlendingsretten, ettersom det er det konkrete individets tilknytning til Norge som avveies i tilbakekallsvurderingen. De lege ferenda kan det tilsi at hensynet til utlendingens gode tro i større grad burde vektlegges i en vurdering i utlendingsretten, kontra andre forvaltningsrettslige vurderinger som ikke inneholder slike individuelle interesser.

3.3 Arvesynden i et internasjonalt perspektiv

Det følger av EMK art. 8 nr. 1 at «enhver» har rett til respekt for sitt «privatliv» og «familieliv». Ordlyden av «enhver» skal forstås slik at alle individer i nasjonalstatene er beskyttet av rettighetene som følger av konvensjonen. Vilkåret «privatliv» anses som bestemmelsens hovedbegrep, og er flere steder definert som en sfære hvor individet kan motsette seg at private eller offentlige myndigheter griper inn uten samtykke.⁹³ I det følgende behandles spørsmål tilknyttet konvensjonsbeskyttelsen av utlendinger som ikke er ansvarlige for oppholdstillatelsenes sviktende faktiske grunnlag.

3.3.1 Den politiske handlefriheten

Gjennom EMK art. 1 pålegges medlemsstatene en plikt til å «sikre» at «de rettigheter og friheter» som er fastlagt i konvensjonen følges. Sikreplikten innebærer derfor at Norge binder seg til overordnede rettslige normer som blir styrende for hvordan nasjonalt regelverk utformes. Samtidig medfører internasjonale rettslige forpliktelser at det nasjonale politiske handlerommet minker. Det avgjørende i denne sammenhengen er hvor langt konvensjonens vern rekker.

Det følger av EMK art. 32 nr. 1 at EMDs jurisdiksjon omfatter «alle saker angående tolkning og anvendelse av konvensjonen» og «dens protokoller» som bringes inn for den som fastsatt i artiklene 33, 34, 46 og 47. Artikkelen gir uttrykk for domstolens kompetanse overfor medlemsstatene. Videre har EMD ved flere anledninger omtalt konvensjonen som et dynamisk regelsett. Eksempelvis ble EMK i *Tyrer mot Storbritannia* omtalt som «a living instrument which (...) must be interpreted in the light of present day conditions»⁹⁴. Uttalelsen gir uttrykk for domstolens rolle i retning av å utvikle og gi konvensjonsrettighetene innhold i tråd med samfunnsutviklingen.

⁹³ Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utg., Fagbokforlaget 2018, s. 215.

⁹⁴ *Tyrer mot UK* [J], no. 5856/72, ECHR 1978, avsnitt 31.

Høyesterett har uttalt seg om EMDs funksjon ved anvendelse av EMK i norsk rett. I Rt. 2000 s. 996 (Böhler) ble det uttalt at EMD i første rekke er ansvarlig for å utvikle konvensjonen, og at norske domstoler må «forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser.» Rettsoppfatningen har senere blitt lagt til grunn i bl.a. Rt. 2002 s. 557, Rt. 2003 s. 359 og Rt. 2005 s. 833. I sistnevnte avgjørelse ble det uttalt at «domstolene ikke skal tilsidesette annen norsk lovgivning i større utstrekning enn det som følger av EMK».⁹⁵ Rettspraksis viser dermed at EMDs tolkning og anvendelse av EMK blir gjeldende rett for medlemsstatene.

Det kan imidlertid oppstå spenning mellom nasjonal rett og konvensjonen dersom EMD tolker rettighetene etter EMK i et videre omfang enn hva som opprinnelig kunne utledes av artiklene ved vedtakelsen av konvensjonen. Dette innebærer at adgangen til å vedta nye reguleringer om politiske sensitive temaer på nasjonalt plan risikerer å bli smalere ettersom EMD avsier nye avgjørelser. Følgelig kan det stilles spørsmål ved om EMDs avgjørelser skal tolkes restriktivt, slik at det kun er hva som faktisk blir tatt stilling til i hver enkelt sak som gis bindende virkning i norsk rett.

Om dette skriver Aall at «utgangspunktet [må] være at når demokratiet med åpne øyne har forpliktet staten til et dynamisk system hvor gjeldende rett fastlegges av organer som den enkelte stat ikke har kontroll over, må det også i betydelig grad bære «risikoen» ved dette.»⁹⁶ Uttalelsen kan tas til inntekt for at det burde foretas ekspansive tolkninger av EMDs avgjørelser, ved at konvensjonsrettighetene skal anvendes i tråd med domstolens forståelse uavhengig av enkeltsakene.

På den andre siden har EMDs rolle gjennomgått store endringer siden EMK ble vedtatt i 1950. I nyere tid er det en klar økning av antall saker som behandles i domstolen, sammenlignet med de første årene etter vedtakelsen.⁹⁷ Dette viser at EMD i større grad har en rettsskapende funksjon i dag. For at konvensjonen ikke skal tillegges større demokratisk legitimitet enn hva som opprinnelig var ment på vedtakelsestidspunktet, kan det være fornuftig å holde en restriktiv tolkningsprofil ved tolkningen av EMDs avgjørelser i norsk rett.

⁹⁵ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 46.

⁹⁶ Aall (2018) s. 108-109.

⁹⁷ European Court of Human Rights, *ECHR Overview 1959-2020*, Council of Europe, s. 4.

Et annet relevant spørsmål er om EMD bør utvise tilbakeholdenhet ved behandlingen av politisk betente spørsmål. Hva gjelder innvandringspolitiske spørsmål har det tradisjonelt forekommet hyppige endringer i det norske regelverket ut fra sittende regjering, ettersom dette er et sensitivt tema som er gjenstand for en rekke ulike oppfatninger til enhver tid. Det kan derfor være problematisk om Norge blir bundet til å følge ett sett med rettslige verdier fastsatt av en internasjonal domstol. Innvandringsproblemer avhenger av statens ressurser og befolkningens oppfatning av hvordan samfunnet skal fungere, noe som tilsier at demokratiske interesser er særlig viktige på området.

Flere av EMDs domfellelser mot Norge er illustrerende. Per 25. november 2021 har EMD konstatert at Norge har krenket EMK i 13 barnevernssaker.⁹⁸ Et sentralt poeng er at domstolen i mange av sakene kritiserer tvangstiltak igangsatt av barnevernet, herunder begrensninger i samværet mellom foreldre og barn.⁹⁹ Dette resulterer i at konvensjonsvernet utvides, ved at det legger nye føringer for norsk familiepolitikk. Barnevernets tiltak bryter imidlertid ikke med grunnleggende rettslige verdier. Omfanget av samvær mellom foreldre og barn i vanskeligstilte situasjoner er et faglig spørsmål som det stadig diskuteres hvordan burde løses best mulig. Sakene illustrerer dermed at EMDs utvidelser av konvensjonsvernet kan medføre rettslige spenninger i diskusjoner som kunne vært bedre egnet på et politisk plan.

EMD har imidlertid vist ved flere anledninger at det gis et vidt skjønnsrom til medlemsstatene i innvandringsaker.¹⁰⁰ Ettersom Høyesterett har lagt til grunn at norske domstoler «ikke skal tilside sette annen norsk lovgivning i større utstrekning enn det som følger av EMK»¹⁰¹, skal også norske domstoler ivareta den politiske handlefriheten i innvandringsproblemer som den internasjonale domstolen legger til rette for ved sin tolkning av EMK art. 8.

3.3.2 Hvem er vernet etter EMK art. 8?

EMK art. 8 har vært gjenstand for fortolkning av EMD i en rekke utlendingssaker. For å undersøke om utlendingene som ikke er ansvarlige for at oppholdstillatelsene lider av

⁹⁸ Anonym, «To nye domfellelser fra EMD i barnevernssaker mot Norge», NIM, <https://www.nhri.no/2021/to-nye-domfellelser-fra-emd-i-barnevernssaker-mot-norge/> (lest 6. desember 2021).

⁹⁹ Anonym, «Fem saker mot Norge avgjort i EMD», NIM, <https://www.nhri.no/2021/fem-saker-mot-norge-avgjort-i-emd/> (lest 6. desember 2021).

¹⁰⁰ Se bl.a. *Tuquabo-Tekle m.fl. mot Nederland* [J], no. 60665/00, ECHR 2005 avsnitt 42, og *Konstantinov mot Nederland* [J], no. 16351/03, ECHR 2007, avsnitt 46.

¹⁰¹ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 46.

sviktende faktisk grunnlag er beskyttet av konvensjonsrettigheten, ses det hen til relevant høyesterettspraksis og EMDs avgjørelser.

En sentral avgjørelse avsagt av EMD er *Jeunesse mot Nederland*. Spørsmålet var hvorvidt Nederland hadde krenket en kvinnens rett til familieliv etter EMK art. 8, som følge av avslag på flere søknader om oppholdstillatelse i landet. I avsnitt 104 introduserte EMD begrepet «settled migrants». Begrepet ble omtalt som «persons who have already been granted formally a right of residence in a host country».¹⁰² Uttalelsen er retningsgivende for hvem som er vernet av konvensjonen. Etter dette er utlendinger som omfattes av begrepet «settled migrants» i utgangspunktet vernet etter EMK art. 8.

I HR-2016-2017-A ble utlendingene ansett som «settled migrants», til tross for at deres tidligere permanente oppholdstillatelser bygget på sviktende faktisk grunnlag.¹⁰³ Begrepet ble imidlertid ikke definert ytterligere av Høyesterett. Avgjørelsen gir derfor ingen retningslinje for hvorvidt oppgavens avgrensede gruppe personer generelt anses som «settled migrants».

I HR-2018-2133-A avsnitt 53 uttalte Høyesterett at konvensjonsvernet «primært [gjelder] for settled migrants». Deretter ble det vist til en rekke avgjørelser fra EMD som underbygget dette. Det ble samtidig uttalt i avsnitt 54 at begrepet ikke har en uttalt definisjon. Blant annet ble det vist til avgrensningen foretatt av EMD i *Jeunesse mot Nederland*.¹⁰⁴ Det fremstår dermed som at EMD bare har uttalt seg om begrepet med den hensikt om å avgrense den aktuelle saken, slik at det ikke foreligger en generell definisjon av «settled migrants». Likevel fremhevet Høyesterett i HR-2018-2133-A at EMDs avgrensninger «bringer tanken i retning av utlendinger som har kommet til vertslandet for å bosette seg der på ubestemt tid, og hvor dette er akseptert og formalisert.»¹⁰⁵ Et krav om formalisert bosetning på ubestemt tid minner om en permanent oppholdstillatelse i Norge, noe som tilsier at dette er nødvendig for å bli omfattet av konvensjonsvernet.

EMD avsa en avgjørelse i 2012 som kan illustrere rekkevidden av «settled migrants». Den såkalte Butt-saken ble fremmet på bakgrunn av en klage fra to søsken med pakistansk

¹⁰² *Jeunesse mot Nederland* [GC], no. 12738/10, ECHR 2014, avsnitt 104.

¹⁰³ HR-2016-2017-A avsnitt 57.

¹⁰⁴ *Jeunesse mot Nederland* [GC] 2014, no. 12738/10 avsnitt 104.

¹⁰⁵ HR-2018-2133-A avsnitt 53.

bakgrunn. De kom til Norge med moren sin og fikk først midlertidige oppholdstillatelser i 1989. I 1999 ble oppholdstillatelsene deres tilbakekalt på bakgrunn av at morens informasjon av betydning for vedtakene var uriktig og mangelfull. Søsknene var mindreårige på tilbakekallstidspunktet. De klaget på tilbakekallet og ble værende i Norge gjennom klagerundene og frem til den internasjonale dommen ble avsagt. Spørsmålet var om et tilbakekall ville krenke søsknenes rett til «privatliv» og «familieliv» etter EMK art. 8.¹⁰⁶

EMD var enig med Høyesterett om at søsknene ikke var «settled migrants». Begrunnelsen var at de permanente oppholdstillatelsene som ble innvilget i 1995 bygget på feil faktum.¹⁰⁷ Tiden i Norge og tilknytningen som søsknene hadde opparbeidet seg til landet ble likevel vektlagt tungt. Hensynet til deres privatliv og familieliv ble ansett for å gjøre seg sterkt gjeldende.¹⁰⁸ Ytterligere mente retten at innvandringsregulerende hensyn ikke gjorde seg gjeldende i tilsvarende grad. Det ble uttalt at «in view of the unusually long duration of the applicants' unlawful stay in Norway, it was questionable whether general immigration policy considerations would carry sufficient weight to regard the refusal of residence “necessary in a democratic society”». ¹⁰⁹ EMD mente dermed at innvandringsregulerende hensyn ikke kunne begrunne identifikasjon mellom morens svikaktige oppførsel og barna.¹¹⁰ Etter en avveining kom domstolen frem til at art. 8 var krenket ved tilbakekallet.

Til tross for at de permanente oppholdstillatelsene i Butt-saken objektivt sett bygget på feilaktige opplysninger, tilsa omstendighetene i saken at utlendingene måtte anses for å ha et selvstendig vern mot tilbakekall. Avgjørelsen viser derfor at også andre enn «settled migrants» kan være konvensjonsbeskyttet. Høyesteretts formulering i HR-2018-2133-A samsvarer også med dette, da det ble uttalt at det «primært» er «settled migrants» som er vernet av art. 8.¹¹¹ Sakene viser imidlertid at det er en høy terskel før andre enn «settled migrants» er vernet mot tilbakekall. Faktum i Butt-saken viste seg å være et særlig tilfelle, gjennom utlendingenes lange oppholdstid i Norge. I lys av dette kan det trolig ikke utledes en generell retningslinje som kan anvendes overfor utlendinger som ikke er ansvarlige for oppholdstillatelsenes sviktende faktiske grunnlag.

¹⁰⁶ *Butt mot Norge* [J], no. 47017/09, ECHR 2012.

¹⁰⁷ *Butt mot Norge* [J], no. 47017/09, avsnitt 78.

¹⁰⁸ *Butt mot Norge* [J], no. 47017/09 avsnitt 76.

¹⁰⁹ *Butt mot Norge* [J], no. 47017/09 avsnitt 85.

¹¹⁰ *Butt mot Norge* [J], no. 47017/09 avsnitt 86.

¹¹¹ HR-2018-2133-A avsnitt 53.

Butt-saken er videre et eksempel på at konvensjonsvernet kan sette begrensinger for den nasjonale tilbakekallsregelen i enkeltsaker. I HR-2016-2017-A brukte førstvoterende EMDs uttalelser i avgjørelsen for å konstatere at utlendingene måtte være omfattet av «settled migrants».¹¹² EMD-dommen var imidlertid ikke til hinder for at tilbakekall kunne skje etter utl. § 63 første ledd. Det blir derfor interessant å se om domstolene i fremtidige saker vil ha en restriktiv eller ekspansiv tilnærming ved tolkning av uttalelsene i Butt-saken, når utlendingene ikke kan anses som «settled migrants».

3.3.3 Forholdsmessigheten av tilbakekall etter § 63 første ledd

Et inngrep i EMK art. 8 må være hjemlet i lov, samt være formåls- og forholdsmessig.¹¹³ Førstvoterende i HR-2016-2017-A drøftet kravet til klar lovhjemmel etter Grunnloven § 113, og la til grunn at utl. § 63 tilfredsstiller kravene etter Grunnloven og EMK.¹¹⁴ Tilbakekall av oppholdstillatelse er egnet til å ivareta innvandringsregulerende hensyn, og fungerer videre som et virkemiddel for å forhindre forsøk på misbruk av utlendingsregelverket. Følgelig er tilbakekallsinstituttet et inngrep som innehar et legitimt formål.

Vilkåret som vil komme på spissen i disse sakene er derfor forholdsmessighetsvurderingen. Førstvoterende i HR-2016-2017-A tok ikke eksplisitt stilling til forholdsmessigheten av tilbakekallene, men domsresultatet tilsier likevel at de konkrete inngrepene ble ansett som forholdsmessige.¹¹⁵ Det ble imidlertid ikke synliggjort hvilke elementer i avveiningen som ble tillagt tyngst vekt.

Generelt er det likevel grunn for norske domstoler til å være observant på EMK art. 8 og kravet til forholdsmessighet ved tilbakekall av oppholdstillatelser. Butt-saken viser at slik omgjøring kan være uforholdsmessig der omgjøringen skjer etter en «unusually long duration».¹¹⁶ Utlendingene hadde oppholdt seg i Norge i 23 år da EMD behandlet klagen. Til tross for at en viktig årsak til den særlige lange oppholdstiden var prosesskapende virksomhet, kom EMD likevel frem til at de sterke private interessene som forelå medførte at art. 8 var krenket. Dette tilsier at uttalelsene i avgjørelsen har overføringsverdi for tilfellene der

¹¹² HR-2016-2017-A avsnitt 57.

¹¹³ HR-2016-1286-A avsnitt 25 med videre henvisninger.

¹¹⁴ HR-2016-2017-A avsnitt 59.

¹¹⁵ HR-2016-2017-A avsnitt 58-59.

¹¹⁶ *Butt mot Norge* [J], no. 47017/09, avsnitt 87.

utlendinger i Norge har en særlig lang oppholdstid, ved at det kan medføre en selvstendig rettsstilling gjennom en sterk tilknytning til landet. EMDs uttalelser i saken kan dermed tolkes som at innvandringsregulerende hensyn ikke alltid kan tillegges avgjørende vekt i forholdsmessighetsvurderingen når oppholdstiden i Norge er særlig lang.

På den andre siden er det usikkert hvorvidt EMDs uttalelser er relevante i andre saker hvor oppholdstiden er betydelig kortere enn 23 år. I Butt-avgjørelsen sluttet domstolen seg til lagmannsrettens synspunkt om at oppholdstiden i saken var særlig lang.¹¹⁷ Lagmannsrettens uttalelser ble imidlertid avsagt fire år tidligere, noe som kan tilsi at EMD også anser 19 år som så lang oppholdstid at innvandringsregulerende hensyn ikke kan tillegges tung vekt. Likevel er det ingen klare holdepunkter som kan utledes av dommen for hvor grensen for en særlig lang oppholdstid går.

I Butt-saken var den lange oppholdstiden delvis knyttet til prosesskapende virksomhet. Dersom den lange oppholdstiden skyldes forhold på statens side, vil det kunne tilsi at omgjøring av oppholdstillatelse blir uforholdsmessig på et tidligere tidspunkt.

Det er klart at innvandringsregulerende hensyn er avgjørende ved tilbakekall av oppholdstillatelsene til utlendinger som selv begår brudd på utlendingsregelverket. For spørsmålet om forholdsmessigheten av tilbakekall av oppholdstillatelse tilhørende en utlending som er i god tro om det sviktende faktiske grunnlaget, kan hensynets vekt likevel problematiseres.

Hensikten med innvandringsregulerende hensyn er blant annet at respekten for utlendingsregelverkets øvrige regler ivaretas, jf. § 38 fjerde ledd bokstav d. Respekten for utlendingsregelverket gjelder imidlertid ikke direkte for oppgavens avgrensede gruppe personer, ettersom disse menneskene ikke har begått bruddet på utlendingsregelverket. Dette kan tale for at innvandringsregulerende hensyn har svekket vekt i vurderingen av forholdsmessigheten av tilbakekall av slike oppholdstillatelser. Et annet aspekt ved vektleggingen av respekten for regelverket er imidlertid at det kan ha en preventiv effekt. Adgangen til å sanksjonere brudd også overfor de yngre generasjonene som er i god tro, kan medføre at den eldre generasjonen avstår fra å opptre svikaktig overfor

¹¹⁷ *Butt mot Norge* [J], no. 47017/09, avsnitt 85.

utlendingsmyndighetene. Innvandringsregulerende hensyn kan på denne måten også være relevant som argument ved vurderingen av tilbakekall av oppholdstillatelse for oppgavens avgrensede gruppe personer.

Innvandringsregulerende hensyn har også andre sentrale aspekter, slik at hensynets relevans kan variere ut fra den konkrete sakens omstendigheter. Det fremgår blant annet av utl. § 38 fjerde ledd bokstav b at det kan legges vekt på «de samfunnsmessige konsekvensene» ved vurderingen. En samfunnsmessig konsekvens av å tillate at utlendingene som har fått oppholdstillatelser på uriktig faktisk grunnlag får forbli i landet, er at andre utlendinger som i utgangspunktet oppfyller vilkårene for en oppholdstillatelse ikke nødvendigvis får innvilget opphold likevel. For å oppnå en forsvarlig integrering vil det gå en grense for hvor mange utlendinger det norske samfunnet kan ta imot. Det er dermed viktig for innvandringsreguleringen at samfunnsmessige konsekvenser blir tatt i betraktning, til tross for at det i flere saker er tale om utlendinger i Norge med svært lang oppholdstid.

På den andre siden er Butt-saken et eksempel hvor EMD kom til at de samfunnsmessige konsekvensene ikke kunne tillegges avgjørende vekt, i lys av de private interessene som forelå. Problemet med avveiningen i lignende saker som denne er at utlendingen som har opparbeidet seg tilknytning til Norge, særlig når tilknytningen har oppstått i en tidlig periode av livet, for alle praktiske formål er å regne som «norsk». EMDs uttalelser viser at for slike tilfeller slår konvensjonens vern om privatlivet til med full tyngde, ved at inngrepene fra myndighetene ikke aksepteres.

4. Avsluttende bemerkninger

Fremstillingen viser at regelen i utl. § 63 første ledd de lege lata er avklart overfor utlendinger som ikke er ansvarlige for at egen oppholdstillatelse lider av sviktende faktisk grunnlag. Avgjørelsen i HR-2016-2017-A viser imidlertid at regelen er problematisk på flere nivåer. Lovtekstens utforming har medført uklarheter rundt hele tilbakekallsinstituttet for en større gruppe mennesker, til tross for utformingens hensikt om å informere de aktuelle individene. Forvaltningsretten skal delvis sette grenser for det offentliges disposisjoner overfor individene, for å ivareta rettsvernet som følger av Grunnloven og andre lover.¹¹⁸ Det er dermed paradoksalt at anvendelsen av utl. § 63 første ledd måtte behandles i Høyesterett for at bestemmelsens innhold og rekkevidde kunne avklares.

Videre var flertallet og mindretallets uenighet tilknyttet forståelsen av utl. § 63 første ledd av en slik karakter at det kan tilsi at lovgiver burde vurdere bestemmelsen på nytt. Dette aktualiserer spørsmålet om hvorvidt regelen burde ha et nytt innhold. Herunder er det særlig aktuelt å avklare hvilket vern permanente oppholdstillatelser gir. Slik som annenvoterende uttalte, skal slike tillatelser gi utlendingen «et nytt og selvstendig grunnlag for lovlig opphold i landet, på ubestemt tid.»¹¹⁹ Selvstendigheten blir imidlertid utfordret når tidligere oppholdstillatelser har en slik sammenheng med den permanente oppholdstillatelsen at det likevel foreligger en risiko for tilbakekall.

En mulig løsning er at det vedtas foreldelsesregler i utlendingsregelverket, som drøftet i kapittel 2.2.2.1. Dette vil i større grad ivareta selvstendigheten som de permanente oppholdstillatelsene er ment å inneholde, samtidig som at forvaltningen gis en viss tid til å kontrollere at vedtak er fattet på riktig grunnlag.

Videre viser drøftelsene i kapittel 3 om forvaltningens skjønnsrom at enkelte vedtak ikke behøver å gjøres til gjenstand for omgjøring. For utlendinger som ikke er ansvarlige for at egen oppholdstillatelse lider av sviktende faktisk grunnlag er det imidlertid usikkert hvorvidt det generelt kan utledes en standard som innebærer at slike vedtak ikke omgjøres. Det er foreløpig ingen tungtveiende rettskilder som tar til orde for en slik løsning, noe som tilsier at

¹¹⁸ Eckhoff og Smith (2014) s. 25.

¹¹⁹ HR-2016-2017-A avsnitt 80.

skjønnsrommet de lege lata er for smalt til at forvaltningen kan velge å avstå fra omgjøring i disse tilfellene.

Som nevnt innledningsvis er Mustafa Hasan-saken et nylig eksempel som fikk stor medieoppmerksomhet, og som illustrerer hensynene som gjør seg gjeldende for problemstillingen. Det blir derfor interessant å se om lignende saker i fremtiden får like stor medieoppmerksomhet og engasjement fra befolkningen. Dette kan i så fall være en indikasjon på at demokratiet ønsker at regelverket burde endres.

Kilderegister

Lover og konvensjoner

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven).

Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

Lov 10. juni 2005 nr. 51 om norsk statsborgerskap (statsborgerloven).

Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

Endringslov 20. desember 2019 nr. 11 til statsborgerloven mv.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950 (Den europeiske menneskerettskonvensjonen).

Forskrifter og rundskriv

Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften).

Retningslinje fra Utlendingsdirektoratet 1. september 2017 om forberedelse og behandling av søknader om permanent oppholdstillatelse (RUDI-2017-6).

Lovforarbeider

Ot.prp. nr. 38 (1964-1965) Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) Om lov om endringer i lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m. m.).

Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven).

NOU 2004: 20 Ny utlendingslov.

Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

Innst. 169 S (2012-2013) Om rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

NOU 2015: 4 Tap av norsk statsborgerskap.

Prop. 16 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven (innstramminger).

Prop. 90 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven (innstramminger II).

Prop. 141 L (2018-2019) Endringer i statsborgerloven mv. (tilbakekall av statsborgerskap på grunn av uriktige opplysninger mv.).

NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov – Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning.

Domsregister

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1965 s. 181

Rt. 1998 s. 219

Rt. 1998 s. 258

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2003 s. 359

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2006 s. 1382

Rt. 2007 s. 1573

Rt. 2012 s. 18

HR-2016-2017-A

HR-2018-2133-A

HR-2019-2396-A

Lagmannsrettsavgjørelser

LB-2005-172949

LA-2007-64532

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

Tyrer mot UK [J], no. 5856/72, ECHR 1978

Tuquabo-Tekle m.fl. mot Nederland [J], no. 60665/00, ECHR 2005

Konstantinov mot Nederland [J], no. 16351/03, ECHR 2007

Butt mot Norge [J], no. 47017/09, ECHR 2012

Jeunesse mot Nederland [GC], no. 12738/10, ECHR 2014

Litteraturliste

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utg., Fagbokforlaget 2018.

Anonym, «Fem saker mot Norge avgjort i EMD», NIM, <https://www.nhri.no/2021/fem-saker-mot-norge-avgjort-i-emd/> (lest 24. november 2021).

Anonym, «Hasan-saken er grundig behandlet», UNE, <https://www.une.no/aktuelt/arkiv/2020/hasan-sak/> (lest 20. november 2021).

Anonym, «Hvem gjør hva i utlendingsforvaltningen?», UDI, <https://www.udi.no/om-udi/om-udi-og-utlendingsforvaltningen/hvem-gjor-hva-i-utlendingsforvaltningen/> (lest 20. november 2021).

Anonym, «Høring – NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov», Regjeringen, <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---nou-2019-5-ny-forvaltningslov/id2652945/> (lest 8. desember 2021).

Anonym, «To nye domfellelser fra EMD i barnevernssaker mot Norge», NIM, <https://www.nhri.no/2021/to-nye-domfellelser-fra-emd-i-barnevernssaker-mot-norge/> (lest 28. november 2021).

Askeland, Bjarte, *Eckhoffs rettskildelære under press*, Kritisk Juss, Rettspolitisk Forening 1999.

Bergsåker, Trygve, «Hva er foreldelse» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2011/3-4, side 351-422.

Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf, *Frihagens Forvaltningsrett Bind 1*, 2. utg., Fagbokforlaget 2010.

Bernt, Jan Fridthjof, *Norsk lovkommentar: Forvaltningsloven*, note 915, Rettsdata.no (lest 23. november 2021).

Eckhoff, Torstein, *Harmonisering av rettskildefaktorer og motstrid mellom regler*, Jussens Venner, Universitetsforlaget 1980.

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E., *Rettskildelære*, 5. utg., Universitetsforlaget 2001.

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 10. utg., Universitetsforlaget 2014.

European Court of Human Rights, *ECHR Overview 1959-2020*, Council of Europe.

Frihagen, Arvid, *Forvaltningsrett Bind III: Omgjøring, kontroll og ugyldighet*, 4. Utg., Forlaget A. Frihagen A/S 1992.

Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg., Universitetsforlaget 2015.

Hovde, Kjell Olav, Svensson, Palle og Thorsen, Dag Einar, «Demokrati» i Store norske leksikon, 26. august 2021, <https://snl.no/demokrati> (lest 20. november 2021).

Johansen, Elias Bakken, «Pål Nesse i Noas mener at Hasan-saken vitner om et norsk rettssikkerhetsproblem», Vårt land, <https://www.vl.no/nyheter/2021/06/14/mener-hasan-saken-vitner-om-et-norsk-rettsproblem/> (lest 20. november 2021).

Mordt, Henriette og Ali, Intisaar, «Mustafa Hasan: - Min sak bør være en vekker», NRK, <https://www.nrk.no/osloogviken/utlendingsnemnda-anker-ikke-saken-mot-mustafa-hasan-1.15651723> (lest 7. desember 2021).

Søvig, Karl Harald, *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, (2015).

Wallevik, Karl O., «Forholdsmessighet ved omgjøring av enkeltvedtak utenfor klagesak» *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, (2015) s. 148-189.

Woxholth, Geir, *Forvaltningsloven med kommentarer*, 2. utg., Gyldendal Norsk Forlag AS 2011.

Øyen, Øyvind Dybvik, *Lærebok i utlendingsrett*, 2. utg., Universitetsforlaget 2018.