

En juridisk analyse av forholdsmessighet og tilbakekall etter utlendingsloven § 63 første ledd



En juridisk analyse av forholdsmessighet og tilbakekall etter utlendingsloven § 63 første ledd

© NOAS 2023

Norsk Organisasjon for Asylsøkere

www.noas.no

noas@noas.org

Innhold

SAMMENDRAG	5
1. INTRODUKSJON	7
2. VURDERING	9
2.1 Introduksjon	9
2.2 Lovteksten	9
2.3 Forarbeidene	9
2.4 De neste spørsmålene.....	11
2.5 Hva var rettstilstanden etter utlendingsloven 1988 § 13?	11
2.6 Har rettstilstanden endret seg siden utlendingsloven 2008 § 63 første ledd trådte i kraft i 2010?	18
3. UTLENDINGSMYNDIGHETENES BEGRUNNELSE FOR Å FRAVIKE TIDLIGERE PRAKSIS	28
3.1 Innledning	28
3.2 Lovtekst og forarbeider	28
3.3 Grunnloven og EMK.....	29
3.4 HR-2018-572-A	29
3.5 Underrettspraksis.....	30
3.6 Barnets beste	31
3.7 Endret rettsstilling	31
3.8 Forvaltningspraksis	32

Sammendrag

Dette juridiske notatet undersøker om det må foretas en forholdsmessighetsvurdering ved tilbakekall av midlertidige og permanente oppholdstillatelser etter utlendingsloven § 63 første ledd. Bestemmelsen åpner for at forvaltningen «kan» tilbakekalle midlertidige og permanente oppholdstillatelser «dersom utlendingen mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket, eller dersom det forøvrig følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler».

NOAS har utarbeidet dette notatet i forbindelse med rapporten *Tilbakekall – Ungdom fra Afghanistan* som risikerer å miste oppholdstillatelse eller statsborgerskap. Rapporten er skrevet av NOAS, og fokuserer særlig på afghanere som kom til Norge som barn. Rapporten presenterer en rekke anbefalinger, blant annet lovfesting av et forholdsmessighetsvilkår i teksten til utlendingsloven § 63 første ledd.

Dette juridiske notatet undersøker rettstilstanden slik den er per i dag, og tilsier at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering ved tilbakekall etter utlendingsloven § 63 første ledd. Analysen tilsier at forholdsmessighetsvurderingen kommer i tillegg til forholdsmessighetsvurderingene som følger av alminnelige forvaltningsrettslige, konstitusjonelle og folkerettslige regler. De konstitusjonelle og folkerettslige reglene har for eksempel begrensede anvendelsesområder. Det er altså snakk om en spesialregel i utlendingsloven § 63 første ledd som gjelder i alle saker.

Det er uklart hvilken funksjon forholdsmessighetsvurderingen i utlendingsloven § 63 første ledd har. Det er ett alternativ at den er et vilkår for tilbakekall slik som forholdsmessighet er et vilkår for utvisning etter § 70, og da vil forutsetningen for tilbakekall være at forholdsmessighet er vurdert. Da kan forvaltningen bare bruke kan-skjønnnet til å tilbakekalle hvis tilbakekall er forholdsmessig, og forvaltningen vil være forpliktet til å vurdere om de skal bruke tilbakekallsmuligheten slik som de gjør i utvisningssaker. Kan-skjønnnet handler om at forvaltningen kan velge å bruke tilbakekallsmuligheten, og om at de kan velge å ikke bruke den. Det andre alternativet er at forholdsmessighetsvurderingen er en del av kan-vurderingen. Da stiller den krav til innholdet i forvaltningens vurdering av om tilbakekallsmuligheten skal brukes.

Rekkevidden av domstolenes rett til å overprøve forvaltningens vurderinger henger sammen med hvilken funksjon forholdsmessighetsvurderingen har i § 63 første ledd. Domstolene kan overprøve forholdsmessighetsvurderingen fullt ut hvis den er et vilkår for tilbakekall. Det vil være på samme måte som at domstolene kan overprøve forholdsmessighetsvurderingen etter § 70. Det er uklart hvor langt domstolene kan gå hvis forholdsmessighetsvurderingen er innbakt i kan-skjønnnet. Det er nærliggende at domstolene da kan vurdere om relevante hensyn har blitt vurdert, men det er uklart om domstolene kan overprøve selve forholdsmessighetsvurderingen.

Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda har tidligere vurdert om tilbakekall var forholdsmessig, og vedtakene vi har sett tilsier at vurderingen ble ansett som et vilkår for tilbakekall. Utlendingsnemnda har opplyst til NOAS at forholdsmessighetsvurderingen de foretok var en del av kan-skjønnnet.

Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda vurderer i dag ikke forholdsmessighet utover det som følger av alminnelige forvaltningsrettslige, konstitusjonelle og folkerettslige regler, og de reglene vurderes tilsynelatende ikke konsekvent. Den spesielle forholdsmessighetsvurderingen i utlendingsloven § 63 første ledd anses av forvaltningen verken som et vilkår for tilbakekall eller som en del av kan-skjønnnet. Vedtakene deres fokuserer i hovedsak på om tilbakekallsadgangen skal brukes, altså kan-skjønnnet. De vurderingene fremhever hensyn som taler for tilbakekall, mens hensynene som taler imot i liten grad nevnes eller tillegges vekt. Hensynene som taler imot tilbakekall flyttes istedenfor til vurderingen av om personen skal gis opphold etter utlendingsloven § 38 eller til forholdsmessighetsvurderingen som må foretas i utvisningssaker.

Dette juridiske notatet tilsier at utlendingsmyndighetens praksis i dag er feil siden forvaltningen generelt verken vurderer forholdsmessighet som et vilkår for tilbakekall eller som en del av kan-skjønnnet. Notatet imøtegår avslutningsvis utlendingsmyndighetenes begrunnelse for å fravike tidligere praksis.

I. Introduksjon

Utlendingsloven § 63 første ledd åpner for at forvaltningen «kan» tilbakekalle midlertidige og permanente oppholdstillatelser «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». Her reguleres blant annet situasjoner hvor en oppholdstillatelse ble innvilget på grunnlag av uriktige opplysninger.

Innledningsvis bemerkes at tilbakekall av oppholdstillatelser kan utgjøre inngrep i retten til privatliv etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8, og slike inngrep må være forholdsmessige.¹ Ikke alle personer med oppholdstillatelse i Norge har et vernet privatliv. Derfor har Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 begrensede anvendelsesområder, og er ikke relevante for alle.

Innledningsvis bemerkes også at tilbakekall av oppholdstillatelse betyr at tidligere vedtak om å gi oppholdstillatelse omgjøres. Det finnes alminnelige forvaltningsrettslige regler om omgjøring som oppstiller forholdsmessighetsvurderinger. De følger av lovfestede og ulovfestede regler.² Forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c fastslår for eksempel at vedtak kan omgjøres hvis vedtaket «må anses ugyldig». Vedtak som bygger på uriktige opplysninger kan være ugyldige, men det er ingen automatikk i at uriktige opplysninger har den konsekvensen. Det må blant annet foretas en interesseavveining,³ med mindre spesiallovgivningen har fraveket den generelle regelen. Det er ikke gjort i utlendingsloven. Derfor er forvaltningen forpliktet til å vurdere regelen i alle tilbakekallssaker etter utlendingsloven § 63 første ledd.⁴ Det følger av den alminnelige regelen at det «klare utgangspunkt»

1 Temaet har av Høyesterett blant annet blitt behandlet i HR-2016-2017-A avsnitt 55-57, HR-2018-2133-A avsnitt 46-58, og HR-2021-2572-A avsnitt 61. Det kan spørres om det gjelder en særregel om forholdsmessighet ved tilbakekall (kansellering) av flyktningstatus som bygger på uriktige opplysninger. Sibylle Kapferer, *Cancellation of Refugee Status*, Legal and Protection Policy Research Series, Department of International Protection, PPLA/2003/02, March 2003).

2 Alminnelige forvaltningsrettslige regler. Utgangspunktet etter forvaltningsloven og utlendingsloven er at forvaltningsloven gjelder med mindre «annet er bestemt i eller i medhold av lov», jf. forvaltningsloven § 1 og utlendingsloven § 80. Forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c fastslår at forvaltningsorgan «kan» omgjøre egne vedtak utenfor klageomgang hvis «vedtaket må anses ugyldig», og ifølge § 35 femte ledd hvis det følger «av annen lov, av vedtaket selv eller av alminnelige forvaltningsrettslige regler». Det kan diskuteres om det må foretas en forholdsmessighetsvurdering først etter konstatering av ugyldighet, eller om det er en del av ugyldighetsvurderingen. I praksis har det liten betydning. Poenget er at det er flere regler som inneholder forholdsmessighetsvurderinger i snever forstand, og de har ulike utgangspunkter for interesseavveiningen. Eksempel 1: Forvaltningsloven § 35 femte ledd, jf. LB-2004-27218, LB-2012-106104, LB-2012-598 og TOSL-2022-157050. Eksempel 2: Forholdsmessighet tilknyttet forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c, jf. HR-2016-2017-A avsnitt 72-73 og LB-2016-164672. Mindretallet i LB-2019-174436. LB-2019-190553. TOSL-2023-74909.

3 HR-2016-2017-A avsnitt 73.

4 HR-2018-572-A avsnitt 47-51 har blitt påberopt av utlendingsmyndighetene som begrunnelse for at forholdsmessigheten av tilbakekall ikke må vurderes. Dommen er irrelevant når det gjelder regelen som Høyesterett gir uttrykk for i HR-2016-2017-A avsnitt 73. For det første er Høyesteretts uttalelse i HR-2018-572-A et obiter dictum som handler om opphør av flyktningstatus, ikke om tilbakekall av oppholdstillatelse på grunn av uriktige opplysninger. For det andre tar ikke dommen stilling til den alminnelige regelen som Høyesterett gir uttrykk for i HR-2016-2017-A avsnitt 73.

er at vedtak som bygger på uriktige opplysninger er ugyldige.⁵ Det betyr at utgangspunktet er at oppholdstillatelser er ugyldige, og at det må en del til for at de ikke skal være det.

Dette juridiske notatet undersøker om det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering ved tilbakekall etter utlendingsloven § 63 første ledd uavhengig av øvrige internrettslige og folkerettslige regler. Det overordnede spørsmålet er altså om det er en spesialregel i utlendingsloven § 63 første ledd som gjelder i alle tilbakekallssaker. Temaet er aktuelt fordi Utlendingsdirektoratet (UDI) og Utlendingsnemnda (UNE) i en årrekke vurderte om tilbakekall av oppholdstillatelser var forholdsmessig. UNE sluttet å gjøre det høsten 2017.⁶ Det er uklart når UDI stanset å vurdere om tilbakekall var forholdsmessig, men praksisendringen skjedde senest sommeren 2020.

Naturlige oppfølgingsspørsmål blir hvilken funksjon den eventuelle forholdsmessighetsvurderingen i utlendingsloven § 63 første ledd har. Det er to alternativer. Er den et vilkår for tilbakekall slik som forholdsmessighet er et vilkår for utvisning etter § 70? Da vil forutsetningen for tilbakekall være at forholdsmessighet er vurdert. Forvaltningen kan da bare bruke kan-skjønnet til å tilbakekalle hvis tilbakekall er forholdsmessig, og forvaltningen vil være forpliktet til å vurdere om de skal bruke tilbakekallsmuligheten slik som de gjør i utvisningssaker.⁷ Det andre alternativet er at forholdsmessighetsvurderingen er en del av kan-vurderingen. Da stiller den krav til innholdet i forvaltningens vurdering av om tilbakekallsmuligheten skal brukes, og domstolene kan vurdere om relevante hensyn har blitt vurdert. Rekkevidden av domstolenes rett til å overprøve forvaltningens vurderinger henger sammen med hvilken funksjon forholdsmessighetsvurderingen har i § 63 første ledd.

Det siktes her til forholdsmessighet i *snever forstand*.⁸ Forholdsmessighet i snever forstand innebærer at det må foretas en avveining av interessene for å gjøre inngrep og den enkeltes interesser i at det ikke gjøres. Tyngden deres i vektskålen vil variere fra rettsområde til rettsområde.

Notatet har to avgrensninger. Det undersøker om det må foretas en forholdsmessighetsvurdering etter utlendingsloven § 63 første ledd og hvilken art den har. Notatet undersøker imidlertid ikke hva som skal til for at et vedtak er uforholdsmessig, og ikke i hvor stor grad domstolene kan overprøve forvaltningens interesseavveining hvis forholdsmessighetsvurderingen er innbakt i kan-skjønnet.

I punkt 2 undersøkes om det må foretas en særskilt forholdsmessighetsvurdering ved tilbakekall etter utlendingsloven § 63 første ledd. Der undersøkes om vurderingen er et vilkår for tilbakekall eller om den er innbakt i «kan»-skjønnet. Punkt 3 kommenterer utlendingsmyndighetenes begrunnelse for å fravike tidligere praksis.

Notatet er skrevet av juridisk rådgiver Sveinung Liland Hartveit. Jeg har fått gode innspill fra kollegaer Andreas Furuseth, Elin Berstad Mortensen, Hannah Tembeka Tørres, Jon Ole Martinsen og Sanja Adjulovic, og tidligere kollega Mi Christiansen. Notatet er skrevet i forbindelse med NOAS sin rapport *Tilbakekall – Ungdom fra Afghanistan som risikerer å miste oppholdstillatelse eller statsborgerskap*.

5 HR-2016-2017-A avsnitt 73.

6 E-post fra UNE av 11.05.2023 *Svar på anmodning om innsyn i praksisnotat [praksisbeskrivelse] samt konkret spørsmål*.

7 Samtidig må utlendingsmyndighetenes tilbakekallsadgang etter utlendingsloven § 63 første ledd, jf. «kan», tolkes bort hvis tilbakekall utgjør et uforholdsmessig inngrep i utlendingens rett til privatliv etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8.2, jf. lex superior-prinsippet og utlendingsloven § 3.

8 Forholdsmessighet i bred forstand innebærer krav om egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet. Det er uenighet om det gjelder et slikt generelt forholdsmessighetsprinsipp i norsk forvaltningsrett. Se Henriette Nilsson Tøssebro, *Omgjøring – En forvaltningsrettslig fremstilling*, (Universitetsforlaget, 2021), s. 283-289.

2. Vurdering

2.1 Introduksjon

Dette punktet undersøker om det må foretas en forholdsmessighetsvurdering ved tilbakekall etter utlendingsloven § 63 første ledd. Punktet undersøker også hvilken funksjon den eventuelle forholdsmessighetsvurderingen har. Er vurderingen et vilkår for tilbakekall eller er innbakt i «kan»-skjønnet? Spørsmålene behandles samlet.

2.2 Lovteksten

Utlendingsloven § 63 første ledd er formulert på følgende måte:

«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».

Lovteksten sier ingenting om at det må foretas en særskilt forholdsmessighetsvurdering. Det kan tolkes på to måter. Taushet i lovteksten kan tilsi at lovgiver ikke har ønsket å innføre en slik skranke, siden lovgiver har innført et slikt vilkår i andre regler i utlendingsloven.⁹ Alternativt kan tausheten tolkes som at det ikke har blitt tatt stilling til, eller at vilkåret av andre grunner ikke har blitt eksplisitt satt inn i lovteksten. Lovteksten gir ikke et svar på dette. Derfor er det nødvendig å se hen til øvrige rettskilder.

2.3 Forarbeidene

Utvalget uttalte seg lite om tilbakekallsregelen som ble vedtatt som dagens § 63 første ledd, men det er tydelig at utvalget foreslo å videreføre den gamle regelen utlendingsloven 1988 § 13.¹⁰ Det sentrale

⁹ For eksempel utlendingsloven § 70 første ledd.

¹⁰ Det er enkeltstående uttalelser som handler om at oppholdstillatelse «kan»/«kunne» bli tilbakekalt hvis oppholdstillatelsen er innvilget på uriktig grunnlag, men uttalelsene handler ikke om vilkårene for tilbakekall og er slik ikke relevante. Det er tydelig ut ifra uttalelsene isolert sett og konteksten de fremgår i. Se NOU 2004:20, s. 322: «Hvis vedtaket er ugyldig kan det bli tilbakekalt uten hensyn til om det er forvaltningen eller den private part som kan bebreides for de feil som har medført ugyldighet.» Se også NOU 2004:20, s. 364: «På den annen side vil en gitt tillatelse kunne tilbakekalles etter utlendingslovens regler om tilbakekall, hvis det viser seg at det er gitt uriktige opplysninger».

i denne sammenheng er at utvalget i de spesielle merknadene til forslaget § 73, senere vedtatt som § 63, skrev at

«Bestemmelsen viderefører § 13 første ledd første punktum i gjeldende lov uten endringer».¹¹

Påhektet uttalelsen var en fotnote som henviste til NOU 1983:47 s. 197–199 og 324, og til Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 74-78 og 199-200. Det er henvisninger til forarbeidene til den tidligere regelen om tilbakekall i § 13 i 1988-loven. Innholdet i disse forarbeidene går nærmere inn på i punkt 2.5.3.

Proposisjonen viser at også departementet ønsket å videreføre rettstilstanden i § 13.¹² Departementet skrev i de spesielle merknadene til § 63 at

«Det vises til de alminnelige motivene kapittel 17.1.8 og 17.1.9 og utvalgets lovutkast § 73.

Bestemmelsen i *første ledd viderefører gjeldende lov § 13 første ledd første punktum uten endringer*».¹³

I de generelle merknadene i kapittel 17.1.8 om ugyldighet og tilbakekall «støtter» departementet «utvalgets forslag» om å videreføre «innholdet i gjeldende rett uten endringer».¹⁴ Under gjengivelsen av gjeldende rett i proposisjonen står det at

«Et vedtak kan være ugyldig dersom det bl.a bygger på uriktige opplysninger, det foreligger usaklig forskjellsbehandling, det er tatt utenforliggende hensyn eller for øvrig er grovt urimelig. Som hovedregel vil ugyldige vedtak være angripelige, dvs. at de består til de er tilbakekalt (eller funnet ugyldige av en domstol). Begunstigende vedtak, typisk en ugyldig tillatelse, vil som regel være angripelige. Tilbakekall kan skje uten hensyn til om det er forvaltningen eller den private part som kan bebreides for de feil som har medført ugyldighet».¹⁵

Det skrives ingenting om en forholdsmessighetsvurdering, men det er også naturlig siden sitatet handler om ugyldighetsgrunner og ikke omtaler følgen av at en ugyldighetsgrunn konstateres. Uttalelsen kan derfor ikke tolkes som et argument for at det ikke må foretas en forholdsmessighetsvurdering.

Oppsummert sier altså ikke forarbeidene til utlendingsloven § 63 første ledd eksplisitt at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering ved tilbakekall etter § 63 første ledd, men det er klart at dagens regel viderefører den gamle tilbakekallsregelen i utlendingsloven 1988 § 13 første punktum. Det betyr at utlendingsloven 2008 § 63 første ledd hadde det samme innholdet som den gamle regelen da § 63 første ledd trådte i kraft i 2010.

11 NOU 2004:20, s. 416.

12 På samme måte som hos utvalget, er det enkeltstående uttalelser i proposisjonen som handler om at oppholdstillatelse «kan»/«kunne» bli tilbakekalt. Se Ot. prp. nr. 75, s. 290: «Det skal imidlertid påpekes at dersom utlendingen har fått innvilget oppholdstillatelse på grunnlag av uriktige opplysninger, kan det være grunnlag for å tilbakekalle tillatelsen, jf. departementets lovforslag § 63.» Her er de samme innvendningene som er nevnt over relevante.

13 Ot.prp.nr. 75 (2006-2007), s. 432.

14 Ibid, s. 332.

15 Ibid.

2.4 De neste spørsmålene

Lovteksten i utlendingsloven § 63 første ledd gir ikke veiledning for om det må foretas en særskilt forholdsmessighetsvurdering. Forarbeidene viser at lovgiver ønsket å videreføre tilbakekallsregelen inntatt i § 13 i utlendingsloven av 1988. Det reiser to spørsmål:

1. Hva var rettstilstanden etter § 13 i utlendingsloven av 1988, og
2. Har § 63 første ledd i utlendingsloven av 2008 endret seg siden loven trådte i kraft i 2010?

2.5 Hva var rettstilstanden etter utlendingsloven 1988 § 13?

2.5.1 Innledning

Utlendingsloven 1988 § 13 slo fast at

«Arbeidstillatelse, oppholdstillatelse og bosettingstillatelse kan tilbakekalles dersom utlendingen i søknaden 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. Vedtak om tilbakekall treffes av Utlendingsdirektoratet».

Utlendingsforskriften av 1990 § 50 første ledd regulerte tilbakekall, og ga uttrykk for det samme.¹⁶

2.5.2 Lovteksten

Lovteksten i § 13 hadde ingen henvisning til en særskilt forholdsmessighetsvurdering. Her er det imidlertid nødvendig, på samme måte som for utlendingsloven 2008 § 63 første ledd, å se hen til forarbeidene for å forstå utformingen av lovteksten.

2.5.3 Forarbeidene

2.5.3.1 Innledning

Forarbeidene er utvalgets utredning¹⁷, departementets proposisjon¹⁸, stortingskomiteens innstilling¹⁹, forhandlingene i Odelstinget²⁰ og forhandlingene i Lagtinget²¹.

2.5.3.2 Utvalgets merknader

Utvalget foreslo en tilbakekallsbestemmelse som var annerledes enn den som ble vedtatt. Utvalgets forslag inneholdt regler som ikke ble tatt inn i den vedtatte lovteksten, og det er nødvendig med en redegjørelse av utvalgets forslag for å forstå hva som ble vedtatt av lovgiver og hvorfor det ble vedtatt.

Utvalget foreslo følgende regel (vår nummerering):

¹⁶ Utlendingsforskriften 1990 § 50 første ledd: «Arbeidstillatelse, oppholdstillatelse og bosettingstillatelse kan tilbakekalles dersom utlendingen i søknaden 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, jfr. lovens § 13».

¹⁷ NOU 1983:47 *Ny fremmedlov*. Heretter: NOU 1983:47.

¹⁸ Ot.prp. nr. 46 (1986-87) *Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her* (utlendingsloven). Heretter: Ot.prp.nr. 46.

¹⁹ Innst. O. nr. 92 (1987-88) *Innstilling fra justiskomiteen om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her* (utlendingsloven).

²⁰ Forhandlinger i Odelstinget nr. 55 (1987-88).

²¹ Forhandlinger i Lagtinget (1987-88).

«§ 14 Tilbakekall

Oppholdstillatelse bør som regel tilbakekalles dersom utlendingen i søknaden mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger av betydning for vedtaket eller forsettlig bryter vilkår som er satt (1). Tilbakekall kan likevel ikke skje etter at utlendingen har oppholdt seg i riket med tillatelse i to år (2). Tilbakekall bør ikke skje hvis utlendingen pga manglende tilknytning til hjemlandet eller andre forhold vil rammes uforholdsmessig hardt. (3)»

Det sentrale her er del (3) i forslaget. Del (3) ville lovfestet en forholdsmessighetsvurdering. Forslaget sprang ut av fremmedforskriften av 1957 § 42b²² som ble innført i 1974, og som innebar en lignende regel.²³

Utvalget bemerket i de generelle merknadene at det allerede fantes

«alminnelige og til dels uskrevne regler om omgjøring og ugyldighet av forvaltningsvedtak. Slike regler vil kunne komme inn både i dag og i fremtiden. Dessuten finnes det som nevnt i kap. IV bestemmelser i forvaltningsloven som kan få betydning. Det gjelder særlig fvl § 35 om omgjøring, men også fvl § 41 om betydningen av feil i saksbehandlingen».²⁴

Utvalget mente at det gjorde seg gjeldende særskilte hensyn på utlendingsrettens område som gjorde det ønskelig å regulere spørsmålet om tilbakekall utover det som fulgte av alminnelige forvaltningsrettslige regler. Det var ønskelig av «hensyn til rettsikkerheten». Utvalgets foreslåtte regler tok «utgangspunkt i det som er bestemt om disse spørsmål i de någjeldende forskrifter og de erfaringer som er gjort i praksis», og at

«[h]ensikten med forslaget er å gi beskjed dels om når en tillatelse bør tilbakekalles, og dels når det ikke bør skje. Tilbakekall utover dette kan det bare unntakelsesvis bli rom for, og i én henseende – når to år er gått – går forslaget ut på at loven uttrykkelig skal avskjære det».²⁵

Spesialmerknadene til forslagens § 14 fremhever blant annet integrering i Norge og mangel på tilknytning til hjemlandet. Der understrekes at andre grunner også kan tilsi at tilbakekall rammer utlendingen «uforholdsmessig hardt». Den foreslåtte, men ikke vedtatte, foreldelsesfristen på to år dannet en ramme for forholdsmessighetsvurderingen, siden den illustrerte at botiden i landet ikke trengte å være lang før tilbakekall ville vært «uforholdsmessig hardt». Utvalget skriver:

«Utvalget har imidlertid ansett det rimelig å innføre en alminnelig begrensning i tilbakekallelsesadgangen når utlendingen har oppholdt seg i riket med tillatelse i to år. En slik uttrykkelig begrensningsregel innfører ny rett. Allerede etter någjeldende frf § 42 b siste ledd, jf § 42 a siste ledd, skal det imidlertid legges vekt på hvor lang tid utlendingen har oppholdt seg i riket.

§ 14 gir dessuten som en særskilt begrensning ytterligere et direktiv om bruken av tilbakekallelsesadgangen, i tilfelle hvor andre forhold enn tidens løp kan være utslagsgivende. Tredje punktum nevner her uttrykkelig at utlendings

22 Forskrift 20. mars 1957 nr. 9744 § 42 b første ledd: «En gitt oppholdstillatelse kan tilbakekalles dersom innehaveren i søknaden om oppholds- og arbeidstillatelse mot bedre vitende har gitt uriktige eller villedende opplysninger eller har fortiet omstendigheter av betydning for vedtaket. (...)». Annet ledd: «Reglene i § 42 a siste ledd gjelder tilsvarende.» Paragraf 42 a siste ledd: «Reglene i denne paragraf skal ikke uten at særlige grunner tilsier det brukes mot utlendinger som er gift med eller nært beslektet med norske borgere. Forøvrig skal det legges vekt på hvor lang tid søkeren har oppholdt seg i riket».

23 NOU 1983:47, s. 59. Se også St. meld. nr. 39 (1973-74) *Om innvandringspolitikken*, s. 26-27 og 30-32.

24 NOU 1983:47, s. 197. Se videre s. 199 om utvalgets syn på forvaltningsloven § 35.

25 NOU 1983:47, s. 197 – 198.

manglende tilknytning til hjemlandet kan være en grunn til at tilbakekall vil ramme uforholdsmessig hardt, og derfor ikke bør skje. Det siktes her til bl.a de tilfelle hvor utlending bevisst eller på grunn av omstendighetene har forflyttet sentrum for sine livsinteresser fra hjemlandet til Norge. Den manglende tilknytning til hjemlandet kan, men behøver ikke, å motsvare sterk tilknytning til Norge, jf § 12 og bemerkningene til denne. Det er det negative, den manglende tilknytning til hjemlandet, det her er tale om. Totalt brudd med familien i hjemlandet, trussel om forfølgelse fra familiens eller myndighetenes side, eventuelt etter politisk omveltning, overgang til annen religion enn hjemlandets og opphør av enhver bostedstilknytning er eksempler på at manglende tilknytning kan anses å være tilstrekkelig påvist. For øvrig bemerkes at bortsett fra politiske omveltninger, kan slik manglende tilknytning sjelden antas å inntreffe i løpet av kortere periode enn 2 år, jf forannevnte særregel som da kommer til anvendelse.

Tilbakekall bør heller ikke skje hvis utlending av andre årsaker ville bli rammet uforholdsmessig hardt. Hvilke årsaker som kan begrunne at tilbakekall bør unnlates, kan være vidt forskjellige og vil variere fra sak til sak. Det kreves imidlertid rimelighetsgrunner av betydelig vekt, jf uttrykksmåten «uforholdsmessig hardt».²⁶

Utvalget gir på et annet sted i utredningen uttrykk for at det vil være overlapp mellom hensynene som vurderes i forholdsmessighetsvurderingen ved tilbakekall og ved utvisning.²⁷

Oppsummert tilsier NOU 1983:47 at utvalget ønsket å innføre en forholdsmessighetsvurdering. Utvalget tok ikke eksplisitt stilling til om vurderingen var et vilkår eller en del av kan-skjønnet, men det virker nærliggende å lese utvalgets uttalelser som at vurderingen var ment som et vilkår for tilbakekall og at den skulle være underlagt domstolsprøving. Det er på grunn av at vurderingen er av en slik art som typisk er underlagt domstolsprøving.

2.5.3.3 Departementets merknader

Utvalgets tilbakekallsbestemmelse hadde tre forslag som ikke ble inntatt i lovteksten i § 13. Nr. 1: En hovedregel om tilbakekall ved uriktige opplysninger. Nr. 2: En foreldelsesfrist. Nr. 3: Et forholdsmessighetsvilkår. Departementet avviste de to første forslagene fordi de ville endret rettstilstanden og det var ønskelig å følge alminnelige forvaltningsrettslige regler.²⁸ Årsaken var at en hovedregel om tilbakekall på grunn av uriktige opplysninger ville innebære en skjerping av gjeldende rett, mens en foreldelsesfrist på to år ville innebære en innskrenkning av tilbakekallsadgangen. Departementet ønsket at det skulle være rom for å vurdere konsekvensene av tilbakekall. Det virker som om § 13 ble

²⁶ NOU 1983:47, s. 324.

²⁷ NOU 1983:47, s. 229 nest siste avsnitt.

²⁸ Ot.prp.nr. 46, s. 77: «Utvalgets forslag innebærer en skjerping i forhold til de alminnelige regler, idet det sies at det bør føre til tilbakekall når parten mot bedre vitende har forårsaket et vedtak på uriktige premisser. Samtidig innebærer forslaget en innskrenkning, idet det innføres en tidsfrist på 2 år. Departementet er kommet til at det her vil være mest tjenlig å gå bort fra begge disse elementene og i stedet følge alminnelig forvaltningsrett. En viser også til det som er uttalt av flere høringsinstanser. Det er ofte mangesidige hensyn som kommer inn i bildet i saker av denne art, og en finner at det ikke er riktig å gi noe som nærmer seg et pålegg om tilbakekall i loven. Her som ellers må forvaltningen vurdere hvilke konsekvenser det skal få hvis det foreligger tilbakekallsgrunn. En er heller ikke tilhenger av å innføre noen absolutt tidsfrist. Den tid utlendingen har oppholdt seg i landet er et relevant moment, men tilfellene hvor noen har fremlagt uriktige opplysninger kan også variere mye i «grovhets». Hvis noen har ført myndighetene bak lyset på en planmessig og omstendelig gjennomført måte, kan det være større grunn til å reagere med tilbakekall enn om noen kommer med en rask nødløgn når saken ellers viser seg å bli vanskelig.» (vår understreking).

vedtatt av pedagogiske årsaker slik at de aktuelle ugyldighetsgrunnene ble synliggjort.²⁹ Derfor ønsket ikke departementet å innføre et forholdsmessighetsvilkår i lovteksten. Det er imidlertid tydelig at departementet var enig med utvalget om at det skulle foretas en forholdsmessighetsvurdering ved tilbakekall og at forholdsmessighet var en skranke for tilbakekall. Det virker som om forskjellen lå i om vurderingen eksplisitt skulle inntas i lovs form eller ikke.

Departementet viste blant annet til at det «kan (...) variere mye i «grovhet» når personer har gitt uriktige opplysninger.³⁰ Det ble også vist til at forvaltningen «her som ellers må [...] vurdere hvilke konsekvenser det skal få hvis det foreligger tilbakekallsgrunn» og at «det må legges vekt på» konsekvensene av tilbakekall slik de ble beskrevet av utvalget.³¹ Departementet sluttet seg også til utvalgets beskrivelse av «de omstendigheter» som utvalgte trakk frem da utvalget beskrev praktiseringen av tilbakekallsreglene. Der fremheves blant annet at «tilbakekall ikke bør skje (...) hvis utlending (...) ville bli rammet uforholdsmessig hardt».³²

Uttalelsene tilsier at departementet mente at måtte foretas en forholdsmessighetsvurdering ved tilbakekall.³³ Departementet la til grunn at regelen fulgte av alminnelige forvaltningsrettslige regler. Det er usikkert om det var grunnlag for en alminnelig forvaltningsrettslig forholdsmessighetsvurdering da departementet skrev proposisjonen. Hvis det ikke var grunnlag for en alminnelig forholdsmessighetsregel, kan uttalelsene i proposisjonen tilsi at departementet var enig i at det skulle gjelde en særregel i tilbakekallssaker. Hvis det var grunnlag for en alminnelig forholdsmessighetsregel, kan det være at departementets beskrivelse av forholdsmessighetsvurderingen i proposisjonen er annerledes enn det som fulgte av alminnelige forvaltningsrettslige regler.

Uansett virker det som om departementet var enig med utvalget i at det skulle foretas en forholds-

29 Ot.prp.nr. 46, s. 77: «Etter den løsning departementet går inn for, kunne tilbakekallsregelen i og for seg utelates fra utlendingsloven. Det er imidlertid et viktig hensyn at de loven først og fremst er aktuell for – utlendinger – skal få et best mulig inntrykk av den faktiske rettstilstand gjennom loven. En antar derfor at det bør fremgå av loven hva som er hovedinnholdet i tilbakekallsadgangen. En har formulert bestemmelsen slik at den trekker frem det som det i praksis først og fremst er aktuelt å advare søkere mot å prøve på og ellers tatt sikte på at alminnelige forvaltningsrettslige regler skal gjelde, jfr. lovutkastet § 13.»

Også Ot.prp.nr. 46, s. 199: «Paragrafen tilsvarende utvalgets § 14. Som det fremgår av de alminnelige motiver avsnitt 2.12, har departementet gått bort fra utvalgets forslag om bør-regler og valgt å følge alminnelige forvaltningsrettslige regler. Det skyldes først og fremst informasjonshensyn at en ikke har nøyed seg med en ren henvisning til disse reglene, men også tatt inn i teksten en henvisning til de ugyldighetsgrunner som det er mest aktuelt å opplyse utlendingene om.»

30 Ot.prp.nr. 46, s. 77.

31 Ibid: «Departementet er kommet til at det her vil være mest tjenlig å gå bort fra [hovedregelen om tilbakekall ved uriktige opplysninger og foreldelsesfristen] og i stedet følge alminnelig forvaltningsrett. En viser også til det som er uttalt av flere høringsinstanser. Det er ofte mangesidige hensyn som kommer inn i bildet i saker av denne art, og en finner at det ikke er riktig å gi noe som nærmer seg et pålegg om tilbakekall i loven. Her som ellers må forvaltningen vurdere hvilke konsekvenser det skal få hvis det foreligger tilbakekallsgrunn. En er heller ikke tilhenger av å innføre noen absolutt tidsfrist. Den tid utlendingen har oppholdt seg i landet er et relevant moment, men tilfellene hvor noen har fremlagt uriktige opplysninger kan også variere mye i «grovhet». Hvis noen har ført myndighetene bak lyset på en planmessig og omstendelig gjennomført måte, kan det være større grunn til å reagere med tilbakekall enn om noen kommer med en rask nødløgn når saken ellers viser seg å bli vanskelig. (...) Utvalget sier ellers følgende om praktiseringen av tilbakekallsreglene: «(...) Tilbakekall bør (...) ikke skje hvis utlending (...) ville bli rammet uforholdsmessig hardt. (...)» Departementet er enig i at det må legges vekt på de omstendigheter utvalget her har trukket frem.» (vår understreking)

32 Ibid.

33 Høyesterett har i ettertid uttalt at «[f]orvaltningsrettens klare utgangspunkt» er vedtaket som bygger på uriktige opplysninger er ugyldige, jf. HR-2016-2017-A avsnitt 73. Et spørsmål er om Høyesterett oppstiller en forholdsmessighetsvurdering med en annen terskel for forholdsmessighet enn den departementet antok gjaldt da proposisjonen ble skrevet. Departementet avviste en hovedregel om tilbakekall fordi det ville ført til en «skjerpning» av gjeldende rett og at det var behov for en konkret vurdering som tok høyde for variasjon i «grovhet» av de uriktige opplysningene, jf. Ot.prp.nr. 46, s. 77. Hvis departementet innførte en særregel i § 13 på grunn av et misforstått syn på gjeldende alminnelige forvaltningsrettslige regler, så tilsier det at Høyesteretts uttalelse ikke er relevant. Hvis departementet ga korrekt uttrykk for alminnelige forvaltningsrettslige regler, så er det ikke gitt at regelen vist til av departementet i siste halvdel av 1980-tallet må tolkes i tråd med utviklingen fra Høyesterett hvis det er til utlendingens ugunst.

messighetsvurdering ved tilbakekall, og at den skulle være en skranke for tilbakekall. Det er uklart om den var et vilkår for tilbakekall som var underlagt full domstolsprøving, eller om den var en vurdering som var innbakt i «kan»-vurderingen. Uttalelsene handler imidlertid om vurderinger som vanligvis er underlagt domstolskontroll, sml. eksempelvis forholdsmessighetsvurderingen i dagens § 70. Mye taler derfor for at departementet mente at forholdsmessighetsvurderingen var et vilkår for tilbakekall og underlagt domstolskontroll.

2.5.3.4 Merknader på Stortinget

Justiskomiteen på Stortinget sluttet seg til forslaget til departementet, og skrev at

«Det antas at dette er i samsvar med alminnelige forvaltningsrettslige regler, men informasjonshensyn tilsier at reglene tas inn i loven».³⁴

Det ble under forhandlingene i Odelstinget foreslått å innføre et forholdsmessighetsvilkår med samme formulering som utvalget gjorde, men forslaget ble nedstemt uten nærmere begrunnelse.³⁵ Temaet ble ikke diskutert under forhandlingene i Lagtinget.

2.5.3.5 Oppsummering av forarbeidene

Forarbeidene tilsier at lovgiver mente at det måtte vurderes forholdsmessighet ved tilbakekall i tråd med departementets merknader, og at forholdsmessighet var en skranke for tilbakekall etter utlendingsloven 1988 § 13. Det er uklart om forholdsmessighetsvurderingen var et vilkår for tilbakekall, eller om den var en vurdering som var innbakt i «kan»-vurderingen. Mye taler for at departementet mente at forholdsmessighetsvurderingen var et vilkår for tilbakekall og underlagt domstolskontroll.

2.5.4 Rettspraksis

Rettspraksis gir ikke tydelig veiledning for forholdsmessighetsspørsmålet.

Høyesterett vurderte aldri § 13 da den var i kraft, men bestemmelsen ble kommentert i HR-2016-2017-A.³⁶ Spørsmålet fremmet for Høyesterett var om det er grunnlag for tilbakekall etter dagens § 63 første ledd når oppholdstillatelsen bygger på uriktige opplysninger ikke gitt av søkeren selv, men av en person som søkers oppholdsgrunnlag er avhengig av. Dommen ble avsagt under dissens, og det var uenighet mellom fraksjonene blant annet om tolkningen av forarbeidsuttalelser tilknyttet den tidligere § 13. En enstemmig Høyesterett viste til at forarbeidene til den tidligere § 13 har «betydelig interesse»/«stor vekt» for tolkningen av dagens § 63 første ledd.³⁷ Deretter gjennomgikk flertallet de fleste forarbeidsuttalelsene som er gjennomgått overfor, og konkluderte med at utlendingsloven § 63 første ledd «hjemler tilbakekall av vedtak som er ugyldige på grunn av et objektivt sett uriktig faktisk grunnlag, uavhengig av om utlendingen har opptrådt svikaktig».³⁸ Flertallet mente at det ikke var et vilkår for omgjøring at utlendingen selv hadde oppgitt uriktige opplysninger, siden det ville innebære en begrensning av omgjøringsadgangen som følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler. Mindretallet var uenig, og mente at det var innført en spesialregel i dagens § 63 første ledd som begrenset omgjøringsadgangen blant annet fordi mindretallet tolket forarbeidene fra 1988 annerledes.³⁹

³⁴ Innst. O nr. 92 (1987-88) s. 9.

³⁵ Forhandlinger i Odelstinget nr. 55 (1987-88), s. 845-846.

³⁶ HR-2016-2017-A avsnitt 39-44.

³⁷ Ibid, avsnitt 38 for flertallet, og avsnitt 91 for mindretallet.

³⁸ Ibid, avsnitt 52.

³⁹ Ibid, avsnitt 91.

Det er særlig tre grunner til at HR-2016-2017-A ikke gir veiledning for spørsmålet om det var en spesialregel om forholdsmessighet i den tidligere § 13 og om det er en slik regel i dagens § 63 første ledd. For det første handlet ikke dommen om forholdsmessighet på grunn av måten dommen var tilskåret.⁴⁰ For det andre handlet dommen om alternative ugyldighetsgrunner, og ikke om hvilke vilkår som gjelder for at et vedtak er ugyldig. En ugyldighetsgrunn slik som uriktige opplysninger fører ikke automatisk til at et vedtak er ugyldig etter ulovfestede forvaltningsrettslige regler,⁴¹ og det er ikke gitt at den gjorde det etter utlendingsloven 1988 § 13 heller. En tredje grunn til at dommen ikke har overføringsverdi er at den ikke tar stilling til forarbeidsuttalelsene tilknyttet den tidligere § 13 som tilsier at det måtte foretas en forholdsmessighetsvurdering. Spørsmålet i denne sammenheng er om det var en spesialregel om forholdsmessighet i den tidligere § 13. Departementets uttalelser i proposisjonen er sentrale for å forstå innholdet i § 13, og HR-2016-2017-A viser at det var, og muligens fortsatt er, uenighet om hvordan proposisjonen skal forstås. Flertallet i Høyesterett syntes å konkludere med at dagens § 63 første ledd ikke inneholder spesialregler, men dommen handlet ikke om forholdsmessighet og tok ikke stilling til forarbeidsuttalelsene som handler om forholdsmessighet. Dette tilsier at dommen ikke har overføringsverdi for spørsmålet om forholdsmessighet etter den tidligere § 13.

Mangelen på veiledning fra Høyesterett gjør det relevant å undersøke om underrettspraksis gir veiledning for spørsmålet om det var en særskilt forholdsmessighetsvurdering etter den tidligere § 13 og hvilken funksjon den hadde. Underrettspraksis har generelt lite rettskildeværdi, men underrettspraksis kan få stor betydning for forståelsen av rettsregler i det praktiske rettsliv når Høyesterett ikke har avklart omtvistede spørsmål.

Underrettspraksis kan oppsummeres på følgende måte: Flere dommer fastslo at vilkårene for tilbakekall etter § 13 var oppfylt uten at retten refererte til en forholdsmessighetsvurdering.⁴² Det kan tolkes som en implisitt avvisning av en forholdsmessighetsvurdering. Samtidig kan det ha sammenheng med tilskjæring av sakene hvis det førte til at forholdsmessighet ikke var et tema. Det er ingen dommer som eksplisitt avviste at det gjaldt en slik vurdering eller tok stilling til forarbeidsuttalelsene om forholdsmessighet. Det er flere dommer som tilsynelatende oppstilte forholdsmessighet som et vilkår for tilbakekall etter å ha konstatert at vilkårene i § 13 var oppfylt⁴³, og andre dommer som

40 Ibid, avsnitt 16 og 73.

41 Ibid, avsnitt 73.

42 LB-1997-2295, LB-2006-2006, LB-2008-195056. TOSLO-2002-9959. TOSLO-2009188497.

43 LB-2010-22897. Saken gjaldt en mann og hans to barn. Lagmannsretten konkluderte overfor faren med at «vilkårene for tilbakekall er oppfylt i forhold til utlendingsloven § 13. (...) At et vedtak om tilbakekall i ettertid på grunn tidsforløpet og andre etterfølgende forhold kan vise seg å være et uforholdsmessig inngrep, er en annen sak.» Overfor barna konkluderte retten med at «Barnas oppholdstillatelser er avledet av Cs tillatelse, og må derfor vurderes på samme måte. C har gjort seg skyldig i et grovt brudd på utlendingsloven, slik at vedtakene ikke er noe uforholdsmessig inngrep overfor ham eller overfor barna».

TOSLO-2005-148697. Dette er forgjengeren til LB-2006-82738-2. Tingretten slo fast at vilkårene for tilbakekall i § 13 og forskriftens § 50 første ledd var oppfylt, og uttalte så at «Tilbakekallelsen anses ikke å representere noe uforholdsmessig inngrep overfor A, D eller As døtre B og C».

TOSLO-2006-60889. Saken gjaldt en forelder som ikke oppfylte samværsforutsetningen for oppholdstillatelse. UNE konkluderte med at «tillatelsen kan tilbakekalles i medhold av alminnelige forvaltningsrettslige regler, jf. utlendingsloven § 13 og utlendingsforskriften § 50. (...) Det foreligger ikke opplysninger som tilsier at tilbakekall vil være et uforholdsmessig tiltak overfor klageren og de nærmeste familiemedlemmene». Tingretten konkluderte med at det ikke fant «mangler i» UNEs tilbakekallsvedtak, og derfor kunne retten «i det vesentligste tiltre UNEs rettsanvendelse».

TOSLO-2009-173242. Sistnevnte dom ble anket til Borgarting som opprettholdt tingrettens konklusjon og viste til forholdsmessighet, jf. LB-2010-22897. Tingretten konkluderte med at «alle innvilgede tillatelser kan tilbakekalles fordi saksøkerne mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger og fortiet opplysninger av vesentlig betydning jf. utlendingsloven § 13. Det er ikke noe uforholdsmessighet i vedtaket. Det er gitt uriktige opplysninger og saksøkerne har alle sterk tilknytning til Tyrkia med henholdsvis religiøs gift kone og mor. B har også ektemannen i Tyrkia. Cs har to boliger der.»

viste til at forholdsmessighetsvurderingen var underlagt forvaltningens skjønn⁴⁴. Dette viser at underrettspraksis var uklar i spørsmålet om det gjaldt en forholdsmessighetsvurdering, om den var et vilkår for tilbakekall underlagt domstolsprøving, eller om den var innbakt i «kan»-skjønnet.

2.5.5 Forvaltningspraksis

Forvaltningspraksis kan binde forvaltningsorganer slik at lovendring er nødvendig for å fravike praksis.⁴⁵ Relevante momenter i vurderingen av om det foreligger slik forvaltningspraksis er blant annet praksisens varighet, omfang, om den er konsekvent, om den er til ulempe for den private part, om praksisen er kjent og om den er i strid med øvrige rettskildefaktorer.⁴⁶ Derfor er det relevant å se hen til hva som var UDIs og UNEs praksis tilknyttet § 13.

Det er referanser i underrettspraksis til vedtak fra UDI som kan tyde på at det på 2000-tallet var en praksis hos UDI å foreta en forholdsmessighetsvurdering ved tilbakekall, men det er ikke tilstrekkelig grunnlag her for å si noe sikkert om praksisens varighet eller omfang.⁴⁷

Det er også referanser i underrettspraksis til vedtak fra UNE som kan tyde på at det på 2000-tallet var en praksis hos UNE å foreta en forholdsmessighetsvurdering ved tilbakekall, også tilbake til juli 2004.⁴⁸ I LB-2006-82738-2 refererte Borgarting til at det fulgte av «fast forvaltningspraksis» å vurdere forholdsmessighet av tilbakekall, men at forholdsmessighetsvurderingen var underlagt forvaltningens skjønn. Det fremgår ikke av lagmannsrettens premisser hva forankringen var for å legge til grunn at det var en slik «fast forvaltningspraksis». Dommen gir ingen referanser til vedtak fra forvaltningen eller hvor lenge praksisen pågikk.

Vi har ikke sett vedtak fra denne perioden i forbindelse med skrivingen av dette notatet, og har lite kunnskap om praksisens varighet, omfang mm. fra den tiden. Det er derfor uklart når forvaltningsorganene startet å vurdere forholdsmessighet, og om det var som et vilkår for tilbakekall underlagt domstolsprøving eller om den var innbakt i «kan»-skjønnet i den tidligere § 13.

44 LB-2006-82738-2. Borgarting uttalte at vilkårene for tilbakekall i § 13 «var til stede. (...) Vedtaket om fornyet arbeidstillatelse bygget dermed på en uriktig forutsetning av vesentlig betydning, og tillatelsen kan tilbakekalles. UNEs konkrete skjønsmessige beslutning om å tilbakekalle arbeidstillatelsen, kan lagmannsretten ikke prøve. Det følger av fast forvaltningspraksis at vedtaksorganet skal vurdere om tilbakekall innebærer et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller dennes nærmeste familie, noe UNE har gjort. Selve vurderingen hører under forvaltningens frie skjønn, der rettens prøvingskompetanse er begrenset. Lagmannsretten finner at nemnda har bygget på riktig faktum. Saksbehandlingsfeil er ikke anført, og det foreligger ikke myndighetsmisbruk.» Borgarting foretok en annen vurdering av forholdsmessighetsvurderingens karakter enn tingretten, siden tingretten tilsynelatende vurderte forholdsmessighet selv. Se TOSLO-2005-148697.

TOSLO-2007-10046. Sak om tilbakekall på grunn av at vilkåret om at ektefellene skulle bo sammen var brutt. Tingretten konkluderte med at ektefellene ikke bodde sammen, og uttalte så at «Arbeidstillatelsen kan allikevel opprettholdes så fremt tilbakekallelsen fremstår som et uforholdsmessig inngrep. Denne vurdering er undergitt UNEs forvaltningsmessige skjønn, og rettens kompetanse er dermed begrenset til å vurdere om det foreligger myndighetsmisbruk. Retten finner ingen holdepunkter for at vedtaket bygger på urimelig, vilkårlig eller annen uriktig skjønnsutøvelse. UNE har sett hen til relevante momenter. A har beskjedent tilknytning til Norge. Han har hatt arbeidstillatelse i familiegjengenforening med norsk ektefelle siden juni 2003. Han har ingen barn eller øvrig familie her. Han har et arbeidsforhold i Norge. A kom til Norge i voksen alder, og at han har sin hovedtilknytning i hjemlandet. Av samme grunner er vedtaket heller ikke i strid med EMK art 8».

45 Rt-2001-1444, s. 1455-1456. SOM-2020-766.

46 Se mer om dette i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (Red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019, s. 319-331.

47 Det fremgår av premissene i TOSLO-2009-173242 følgende om et vedtak av juli 2008: «UDI tilbakekalte klagerens innvilgede arbeidstillatelser i vedtak av 28.07.2008. Det var etter UDIs oppfatning overveiende sannsynlig at klageren har inngått ekteskap med G i den hovedhensikt å skaffe seg opphold i riket. (...) UDI fant etter en helhetsvurdering at tilbakekall ikke vil være et uforholdsmessig tiltak overfor klageren.»

48 TOSLO-2007—108285, TOSLO-2006-60889, TOSLO-2007-10046, TOSLO-2009-173242.

2.5.6 Juridisk teori

Spørsmålet om forholdsmessighet er sparsommelig kommentert i juridisk teori, men har blitt kommentert av Fisknes og Vandvik. Departementets uttalelser ble av Fisknes i 1993 tolket som å kreve at

«de hensyn som taler for tilbakekall [må] være klart i overvekt. Bestemmelsen i § 29 annet ledd, som gjelder utvisning, kan gi en viss veiledning. Her heter det at utvisning ikke skal beslutes dersom det vil være «et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene».⁴⁹

Vandvik omtalte teamet slik i 2004:

«Bestemmelsen er en kan-regel fordi departementet mente det ikke var riktig å gi en regel som påla tilbakekall, blant annet fordi det kan være så mange slags forhold som gjør seg gjeldende i en slik sak. Utlendingsmyndighetene må blant annet vurdere hvilke konsekvenser det vil få å trekke tilbake tillatelsen. [jf. Ot.prp.nr. 46, s. 77]. (...) Oppholdstiden i Norge er [...] et moment i vurderingen av om tilbakekall er riktig, blant annet i forhold til grovheten og konsekvensene av å ha gitt vesentlig uriktige opplysninger.»⁵⁰

2.5.7 Oppsummering

Gjennomgangen viser at rettskildebildet er uklart, men det tilsier at det måtte foretas en forholdsmessighetsvurdering ved tilbakekall etter utlendingsloven 1988 § 13. Det er uklart om forholdsmessighetsvurderingen gikk utover det som følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler eller var uttrykk for alminnelige forvaltningsrettslige regler på det tidspunktet. Det er også uklart om forholdsmessighetsvurderingen var et vilkår for tilbakekall etter § 13, eller om den var en vurdering som var innbakt i «kan»-vurderingen.

Lovteksten i § 13 ga ikke tydelig veiledning. Utvalget foreslo et eksplisitt forholdsmessighetsvilkår. Det ble ikke videreført av departementet, men departementet virket enig i at det skulle foretas en forholdsmessighetsvurdering. Høyesterett har ikke tatt stilling til spørsmålet. Underrettspraksis er uklar, men tilsier at det måtte foretas en forholdsmessighetsvurdering. Samtidig er underrettspraksis selvmotsigende når det gjelder spørsmålet om vurderingen var underlagt normal domstolskontroll. Forvaltningen vurderte forholdsmessigheten av tilbakekall, og forholdsmessighet fremstår i den siterte praksisen som et vilkår for tilbakekall. Temaet er lite omtalt i juridisk teori, men Fisknes og Vandvik mente at det måtte foretas en forholdsmessighetsvurdering.

2.6 Har rettstilstanden endret seg siden utlendingsloven 2008 § 63 første ledd trådte i kraft i 2010?

2.6.1 Lovtekst og forarbeider

Det har blitt foretatt en rekke endringer i utlendingsloven siden den nye utlendingsloven trådte i kraft i 2010. Ingen av dem har handlet om utlendingsloven § 63 første ledd.

49 Eli Fisknes, *Utlendingsloven Kommentarutgave*, Universitetsforlaget AS 1994, s. 154.

50 Bjørn Vandvik, 'Kapittel 6 – Fornyelse og tilbakekall av tillatelser', i Runa Bunæs, Kristin Ottesen Kvigne, Bjørn Vandvik (red.), *Utlendingsrett*, Universitetsforlaget AS 2004, s. 181.

2.6.2 Rettspraksis

Høyesterett har ikke tatt stilling til om det gjelder en spesialregel om forholdsmessighet i § 63 første ledd.⁵¹ Underrettspraksis kan deles opp i ulike grupper.

Enkelte dommer avviser implisitt at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering. Dommene slår fast at det er grunnlag for tilbakekall etter § 63 første ledd, at grunnvilkåret for tilbakekall er oppfylt, eller at vilkårene for tilbakekall er oppfylt uten å referere til en forholdsmessighetsvurdering.⁵² Mangelen på drøfting av en forholdsmessighetsvurdering kan muligens ha sammenheng med hvordan sakene er tilskåret hvis forholdsmessighet ikke var ment å være et tema, og at domstolene derfor ikke gikk inn på det. I én av dommene prosederte partene på forholdsmessighet.⁵³ Begge partene anså forholdsmessighetsvurderingen som en del av kan-skjønnets i § 63 første ledd, men de var uenige om domstolene kunne overprøve vurderingen eller ikke. Borgarting viste innledningsvis til § 63 første ledd uten henvisning til forholdsmessighet, men gikk ikke inn på temaet fordi UNEs vedtak ble kjent ugyldig på et annet grunnlag. Ingen av dommene går inn på rettskilder som er relevante for spørsmålet om det er en forholdsmessighetsvurdering, for eksempel forarbeidene til den tidligere § 13.

I enkelte dommer unnlot lagmannsretten å ta stilling til om forholdsmessighetsvurderingen var underlagt domstolskontroll eller ikke. Partene prosederte på spørsmålet om forholdsmessighet og de var uenige om rekkevidden av domstolenes prøvingsrett. I den ene dommen, som senere ble opphevet, unnlot lagmannsretten å ta stilling til det siden forholdsmessigheten av tilbakekall uansett måtte bli vurdert etter EMK artikkel 8.⁵⁴ I den andre viste lagmannsretten til at UNE hadde vurdert forholdsmessigheten av tilbakekall, tok ikke stilling til om forholdsmessighetsvurderingen var underlagt domstolsprøving eller ikke, men vurderte tilsynelatende likevel om tilbakekallet var forholdsmessig.⁵⁵

Lagmannsretten har også lagt til grunn at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering. I én dom ble det gjort gjennom å fastslå at tilbakekall ikke var uforholdsmessig uten en nærmere drøftelse av forholdsmessighetsspørsmålet,⁵⁶ mens en annen viste til at interessene som vurderes i forholdsmessighetsvurderingen ved tilbakekall «langt på vei vil være tilsvarende som forholdsmessighetsvurderingen ved utvisningsvedtaket»⁵⁷. I en tredje dom syntes lagmannsretten å gi uttrykk for at det er en spesialregel om forholdsmessighet som gjelder uavhengig av alminnelige forvaltningsrettslige regler.⁵⁸ Lagmannsretten konstaterte at oppholdstillatelsene hadde bygget på uriktige opplysninger. Spørsmålet var da om vedtakene kunne «anses ugyldige» og tilbakekalles etter utlendingsloven § 63 første ledd, jf. forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c. Lagmannsretten viste først til interesseav-

51 Sml. HR-2016-2017-A avsnitt 73.

52 LB-2016-20833. LB-2015-77168. LB-2013-143715. LB-2012-114664. TOSL-2021-175275. TOSLO-2013-38493.

53 LB-2016-20833.

54 LB-2015-83842.

55 LB-2014-137306: «UNE har i vedtakene for B og C foretatt en forholdsmessighetsvurdering av omgjøringen. Partene synes uenige om domstolene kan overprøve UNEs skjønnsmessige vurdering på dette punktet, men gikk i begrenset grad inn på spørsmålet under prosedyrene. Det fremstår som usikkert for lagmannsretten i hvilken grad domstolene kan prøve forholdsmessighetsvurderingen i en sak som denne. For lagmannsretten er det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet, da retten uansett er av den oppfatning at tilbakekallet av oppholdstillatelsene ikke er uforholdsmessig.»

56 LB-2016-185991: «Lagmannsretten har etter dette kommet til at vilkårene for tilbakekall av As midlertidige oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 63 første ledd er oppfylt. Tilbakekallet er ikke uforholdsmessig, og UNEs vedtak 16. desember 2015 er gyldig.»

57 LB-2018-172335.

58 LB-2019-190553.

veiningen omtalt av Høyesterett i HR-2016-2017-A avsnitt 73, og viste til at de uriktige opplysningene var «avgjørende faktiske forutsetninger» for oppholdstillatelsene. Derfor konkluderte lagmannsretten at vilkårene «for å anse vedtakene om midlertidig oppholdstillatelse som ugyldige, og dermed for å tilbakekalle dem, er til stede». Deretter viste lagmannsretten til at UNE «videre [konkluderte] med at tilbakekall ikke kunne anses å være uforholdsmessig», noe den private part ikke bestred.

De nyeste dommene fra lagmannsretten om spørsmålet har eksplisitt avvist at det er en spesialregel om forholdsmessighet i utlendingsloven § 63 første ledd.⁵⁹ Den bærende begrunnelsen i dommene var at det ikke følger et slikt vilkår av lovteksten eller forarbeidene, at «reglene i Grunnloven og EMK» kan påberopes, og at utlendingsmyndighetene må vurdere opphold etter utlendingsloven § 38. Til sist ble det vist til HR-2018-572-A avsnitt 47-51 hvor lagmannsretten mente at det ikke er «større grunnlag» for at det er et forholdsmessighetskrav i utlendingsloven § 63 første ledd enn i opphørsregelen i utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e, og at det foretas interesseavveininger etter §§ 38 og 70. Én av anførselene i LB-2019-184436 var at hensynet til barnets beste måtte bli vurdert i forbindelse med spørsmålet om tilbakekall etter § 63 første ledd. Flertallet konkluderte med at

«Flertallet er enig med staten i at det ikke er rettskildemessig grunnlag for å forstå utlendingsloven slik at det kreves at barnekonvensjonen art. 3 og hensynet til barnets beste også knyttes opp til spørsmålet om tilbakekall bør skje etter utlendingsloven § 63, når dette er vektlagt som et grunnleggende hensyn ellers i vedtakene for de tre barna. De ankende parter synspunkt om at det er forskjell mellom å gjøre et inngrep og å innvilge en tillatelse, som tilsier at en slik vurdering trekkes inn, vil i motsatt fall nettopp åpne for en slik forholdsmessighetsvurdering flertallet ovenfor har konkludert med at lovbestemmelsen ikke gir anvisning på».

Flertallets avvisning av anførselen bygget altså på en sirkulær henvisning til sin egen konklusjon. Det førte til at flertallet ikke tok stilling til innholdet i anførselen.

Én av dommene som avviser at det gjelder et forholdsmessighetsvilkår, LB-2019-174436, er avsagt under dissens. Mindretallet viste først til at tilbakekallsadgangen i § 63 første ledd ikke er underlagt forvaltningsskjønn, og at den «kan være gått tapt dersom det er gått svært lang tid uten at parten kan lastes og parten har innrettet seg etter vedtaket». Deretter gikk mindretallet inn på spørsmålet om forholdsmessighet. Mindretallet tok ikke stilling til om det gjelder et forholdsmessighetsvilkår, men viste til at «langvarig forvaltningspraksis og sammenhengen med reglene om utvisning» taler for det. Det ble vist til at utvisning er en separat sanksjon som gjør at man ikke trenger å gå veien om tilbakekall, og at referansen til opphørsregelen i utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e kan sees bort ifra siden § 37 første ledd bokstav e gjengir flyktningkonvensjonens opphørsregel.

Mindretallets dissenterende votum i LB-2019-174436 viser at det er en intern uenighet i lagmannsretten om det må foretas en forholdsmessighetsvurdering i § 63 første ledd, eller om utlendingsinteresser ivaretas tilstrekkelig gjennom interesseavveiningen som foretas etter § 38 eller forholdsmessighetsvurderingen som må foretas i § 70. Det er eksempler fra lagmannsrettspraksis på at

59 LB-2019-125485. Flertallet i LB-2019-174436.

utlendingens interesser må vurderes på hvert stadium fordi hensynene i bestemmelsene er ulike,⁶⁰ mens andre dommer legger til grunn at det ikke har betydning⁶¹.

Et fellestrekk i samtlige dommer fra underrettene er at de ikke tar stilling til rettstilstanden etter utlendingsloven 1988 § 13, og at underrettene ikke tar stilling til utlendingsmyndighetenes praksis som en selvstendig rettskilde av betydning. Det ene unntaket når det gjelder forvaltningspraksis som rettskilde er mindretallsvotumet i LB-2019-174436.

2.6.3 Forvaltningspraksis

2.6.3.1 Introduksjon

Som tidligere nevnt, så kan forvaltningspraksis binde forvaltningsorganer slik at lovendring er nødvendig for å fravike praksis. Forvaltningspraksis kan også være en tungtveiende rettskildefaktor selv om den ikke er av en slik art.⁶² Spørsmålet er derfor hva som var UDIs og UNEs tidligere praksis.

Det er usikkert når UDI og UNE startet å vurdere forholdsmessigheten av tilbakekall etter utlendingsloven 1988 § 13 og utlendingsloven 2008 § 63 første ledd, om organene startet praksisen samtidig, om det var avbrudd i praksis på noe tidspunkt, og om ett eller begge organene anså vurderingen underlagt forvaltningsskjønn eller ikke. Det er indikasjoner på at UDI og UNE foretok forholdsmessighetsvurderinger tilbake på midten av 2000-tallet. UNE fravek tidligere praksis høsten 2017, mens UDI virker å ha fraveket sin senest sommer 2020. Fokuset her er på forvaltningspraksis etter 2010.

NOAS har begrenset med oversikt over UDIs og UNEs omfattende praksis. UNE har beskrevet sin tidligere praksis i henvendelser til NOAS, og enkeltstående eksempler fra praksis har blitt identifisert i forbindelse med dette notatet. Når det gjelder UDI, så kan noe utledes av rundskriv fra UDI, fra instruks fra departement, referanser i underrettspraksis, og fra et utvalg av saker fra NOAS sitt rettshjelpsarbeid hovedsakelig gjennomgått i forbindelse med rapporten *Tilbakekall – Ungdom fra Afghanistan som risikerer å miste oppholdstillatelse eller statsborgerskap*.⁶³

60 LB-2017-104980. Lagmannsretten viste først til at domstolene har begrenset prøvingsadgang når det gjelder «kan»-skjønn i utlendingsloven § 63 første ledd, konstaterte at vedtaket utgjorde et inngrep i utlendingens privatliv etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8, at inngrepet hadde hjemmel i lov, og at vedtaket ivaretok et legitimt formål etter artikkel 8.2. Deretter gikk lagmannsretten over til spørsmålet om forholdsmessighet. Forholdsmessighetsvurderingen etter artikkel 8 var en forutsetning for at vedtak om tilbakekall kunne fattes etter utlendingsloven § 63 første ledd, og utlendingens interesser kunne ikke forskyves til § 38. Lagmannsretten uttalte: «Lagmannsretten er ikke enig med staten i at UNEs uttalelser ved vurderingen etter § 38 om betydningen av lang botid, kan tillegges vekt ved vurderingen av om UNEs vurdering av tilbakekall etter § 63 er forholdsmessig. Selv om de overordnede hensyn bak de to bestemmelsene til dels kan være like, er kriteriene og de konkrete vurderingstemaene forskjellige. Det må dermed vurderes om UNE – ved vurderingen av tilbakekall – har tatt riktig utgangspunkt for forholdsmessighetsvurderingen.

Cs tilknytning til Norge vil være et relevant moment ved forholdsmessighetsvurderingen, som den er ved forholdsmessighetsvurderingen ved vedtak om utvisning, jf. utlendingsloven § 70. Lagmannsretten antar at momentene i forholdsmessighetsvurderingen i hovedsak vil være de samme, men at det vil ha en viss betydning at et vedtak om tilbakekall av oppholdstillatelse er et noe mindre inngripende vedtak enn utvisning.»

Mindretallet i LB-2019-174436 antyder også at det er forskjell mellom utlendingsloven §§ 63 første ledd, 38 og 70.

61 LB-2018-172335. LB-2019-125485. Flertallet i LB-2019-174436.

62 Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (Red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019, s. 319-331.

63 Sakene gjennomgått i forbindelse med rapporten *Tilbakekall – Ungdom fra Afghanistan som risikerer å miste oppholdstillatelse eller statsborgerskap* henvises til i tråd med vedlegget i den rapporten. Det vises også til enkelte andre tilbakekallssaker ikke gjennomgått i forbindelse med rapporten. De sakene refereres til som sak A, sak B, sak C, sak D og sak E.

2.6.3.2 Hva var utlendingsmyndighetenes praksis?

2.6.3.2.1 UDI

Rundskriv og instruks

UDI 2017-012 Tilbakekall av oppholdstillatelse i familieinnvandring ble publisert den 14.03.2017, og ble sist endret den 01.01.2022. Rundskrivet skiller mellom hensiktsmessighetsvurderingen (punkt 3) og forholdsmessighetsvurderingen (punkt 4) ved tilbakekall etter utlendingsloven § 63. I punkt 4 står det i oktober 2023 at

«Selv om vilkårene for å tilbakekalle en tillatelse foreligger, kan det være grunner som tilsier at det vil være uforholdsmessig overfor utlendingen å kalle tilbake den gitte oppholdstillatelsen.»⁶⁴

UDI 2017-013 UDIs oppgaver i tilbakekallssaker ble publisert den 20.08.2017, og ble sist endret den 08.08.2022. Det er fortsatt i oktober 2023 et punkt om forholdsmessighet i rundskrivet, punkt 6.5, og der står det at

«UDI har hatt som praksis å foreta forholdsmessighetsvurdering i forbindelse med tilbakekallssakene.

I saker som omfattes av GI-14/2016 og GI-03/2020 skal UDI ikke skal vurdere forholdsmessighet i sakene som omfattes av instruksene.»

Rundskrivet går ikke inn på hva den tidligere praksisen gikk ut på, eksempelvis om forholdsmessighetsvurderingen var et vilkår for tilbakekall eller om den var innbakt i kan-skjønnet.

UDI 2017-013 refererer til to instruks fra Justis- og beredskapsdepartementet. GI-14/2016 gjaldt utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e, og er ikke relevant.⁶⁵ Den andre refererte instruks i UDI-2017-013, GI-03/2020 – revidert instruks om tolking av utlendingsloven §§ 37 og 63 når flyktningen har reist til hjemlandet i strid med forutsetningene for opphold i Norge, er datert 14.02.2020 og er relevant. Der skilles mellom vurdering av forholdsmessighet i utlendingsloven §§ 37 og 63 (punkt 3.3.2) og situasjoner hvor det ikke skal skje opphør/tilbakekall (punkt 3.3.3). I punkt 3.3.2 står følgende:

«Når vilkårene for opphør av flyktningstatus og tilbakekall av oppholdstillatelse anses oppfylt etter utl. § 37, skal det ikke foretas en forholdsmessighetsvurdering av om opphør/tilbakekall vil være et forholdsmessig tiltak etter utlendingsloven. Departementet viser til dom av 23. mars 2018 fra Høyesterett (HR-2018-572-A, avsnitt 49), hvor det sies at utl. § 37 første ledd bokstav e ikke inneholder et vilkår om forholdsmessighet. Dommen må forstås slik at det da heller ikke gjelder et krav om å vurdere forholdsmessighet etter de andre alternativene for opphør/tilbakekall i utl. § 37.

Når vilkårene for tilbakekall anses oppfylt etter utl. § 63, skal det ikke foretas en vurdering av om tilbakekall vil være et forholdsmessig tiltak. Ordlyden i bestemmelsen inneholder ikke et krav om vurdering av forholdsmessighet, og

64 UDI 2017-012 synes å oppstille et utgangspunkt for forholdsmessighetsvurderingen som innebærer at det ikke er en realitet i forholdsmessighetsvurderingen, jf. rundskrivets punkt 6.5: «I utgangspunktet vil tilbakekall ikke anses som et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen dersom han/hun mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger som har vært avgjørende for tillatelsen. (...) I spørsmålet om tilbakekall er uforholdsmessig i forhold til utlendingen, legges avgjørende vekt på allmennpreventive hensyn og utlendingsmyndighetenes behov for kontroll med at utlendingers opphold i landet er i samsvar med utlendingsloven.» Det er ikke gitt at dette er en riktig gjengivelse av praksis før rundskrivet ble skrevet, da det ble skrevet, eller frem til UDI stanset å foreta forholdsmessighetsvurderinger utover det som følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler.

65 Irrelevansen til utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e går inn på i punkt 3.

dette kan heller ikke utledes av forarbeidene til bestemmelsen, se NOU 2004: 20 kapittel 13.1.6 og Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) kapittel 17.1.8. Hensynet til sammenheng i regelverket tilsier etter departementets syn at opphør/ tilbakekall etter utl. §§ 37 og 63, som begge er «kan»-bestemmelser, tolkes og praktiseres på samme måte. Det vises også til punkt 3.3.5 nedenfor, hvor det fremgår at det skal vurderes om det skal gis en oppholdstillatelse etter utl. § 38 når vilkårene for tilbakekall er oppfylt. Ved denne vurderingen vil alle individuelle forhold bli vurdert innenfor rammene av våre folkerettslige forpliktelser.»

I februar 2020 avviste altså departementet at det generelt skulle foretas en forholdsmessighetsvurdering etter utlendingsloven § 63.

Vedtak fra UDI

Det er eksempler på vedtak fra mai 2018 og mai 2019 hvor UDI oppstilte forholdsmessighet som en forutsetning for tilbakekall.⁶⁶ Det virker derfor som om forholdsmessighet var et vilkår for tilbakekall, noe som tilsier at domstolene hadde full prøvingsrett. I et vedtak fra mai 2019 skrev UDI eksempelvis at

«UDI har foretatt en helhetsvurdering av saken din og vurdert om følgene av at vi kaller tilbake tillatelsene dine i Norge (tilbakekall) er urimelige eller ikke (uforholdsmessige) for deg og familien din. Vi mener at tilbakekall av oppholdstillatelsen din ikke er et uforholdsmessig tiltak overfor deg og familien din».⁶⁷

Ugyldighetsgrunnen i vedtaket var det såkalte svik-alternativet i utlendingsloven § 63 første ledd, men det virker ikke som UDI heftet forholdsmessighetsvurderingen på dét ugyldighetsgrunnlaget spesifikt. Det virker istedenfor som om UDI generelt foretok forholdsmessighetsvurderingen ved tilbakekall etter utlendingsloven § 63 første ledd, uavhengig av påberopt ugyldighetsgrunn.

Fravikelse av praksis, beskrivelse av tidligere praksis etter fravikelsen og dagens praksis

Det kan virke som om UDI fravek tidligere praksis i tiden rundt LB-2019-125485. Dommen ble avsagt 15. april 2020. Forholdsmessighetsvilkåret ble avvist i et vedtak av juli 2020 under henvisning til en begrunnelse som i stor grad har blitt brukt i senere praksis:

«I saker der UDI kaller tilbake etter utlendingsloven § 63 har det vært lang forvaltningspraksis å ta en forholdsmessighetsvurdering. UDI tar ikke lenger en vurdering av forholdsmessighet i saker etter utlendingsloven § 63.

UDI viser til at det ikke kan innfortolkes et forholdsmessighetsvilkår i utlendingsloven § 63, et slikt vilkår følger verken av ordlyden i bestemmelsen eller i forarbeidene. Bestemmelsen må sees i sammenheng med andre regler som utlendingen også kan påberope seg i tilbakekallssituasjoner, blant annet reglene i Grunnloven og EMK. Dessuten skal utlendingsmyndighetene alltid ved tilbakekall av oppholdstillatelse ta stilling til om personen fyller vilkårene for en ny oppholdstillatelse, se Høyesterett avgjørelse i HR-2018-572-A avsnitt 47-51 og Borgarting lagmannsretts avgjørelse i LB-2019-125485.

UDI mener derfor at det ikke kan oppstilles et krav om forholdsmessighet ved tilbakekall etter utlendingsloven § 63».⁶⁸

Det er flere eksempler på at UDI i ettertid har beskrevet sin tidligere praksis som «lang», og fraveket

⁶⁶ Se også referanse til vedtak fra mai 2014 i LB-2016-185991.

⁶⁷ Sak nr. 22.

⁶⁸ Sak nr. 1.

den med henvisning til begrunnelsen vist til over.⁶⁹

Praksisendringen har ført til at UDI i dag foretar en type interesseavveining i «kan»-skjønnnet i § 63 første ledd under overskriften «UDI mener at det er riktig å kalle tilbake oppholdstillatelsen din». Det er eksempler fra nyere praksis hvor interesseavveiningene som foretas i kan-skjønnnet i stor grad er ensidige vurderinger hvor hensynene for tilbakekall fremheves, mens utlendingens interesser i liten grad identifiseres og vektlegges. Der vises eksempelvis til at det er et klart utgangspunkt at oppholdstillatelse innvilget på uriktig grunnlag blir tilbakekalt, og det har blant annet blitt lagt vekt på at uriktige forklaringer er et økende problem for norske myndigheter, at utlendingssystemet er basert på tillit, og allmennpreventive hensyn.⁷⁰

2.6.3.2.2 UNE

Praksis fra perioden 2011 – 2017 viser at UNE foretok forholdsmessighetsvurderinger.⁷¹ Det virker som om forholdsmessighet var et vilkår for tilbakekall, noe som kan tilsa at domstolene hadde full prøvingsrett. I et vedtak av oktober 2012 viste UNE til at

«En tillatelse kan ikke besluttes tilbakekalt dersom dette vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen eller de nærmeste familiemedlemmene. I utgangspunktet vil tilbakekall ikke være uforholdsmessig dersom det mot bedre vitende er gitt uriktige opplysninger som har vært bestemmende for tillatelsen. De momentene som er relevante ved vurderingen av spørsmålet om utvisning, vil også være viktige momenter når tilbakekall vurderes. Botid alene vil normalt ikke være tilstrekkelig til å avskjære tilbakekall».⁷²

Ugyldighetsgrunnen i vedtaket var det såkalte svik-alternativet, men det virker ikke som UNE heftet forholdsmessighetsvurderingen på det ugyldighetsgrunnlaget spesifikt. Det virker istedenfor som om UNE generelt foretok forholdsmessighetsvurderinger ved tilbakekall etter utlendingsloven § 63 første ledd, uavhengig av påberopt ugyldighetsgrunn.

NOAS fikk i mai 2023 delvis innsyn i en intern, ikke publisert praksisbeskrivelse fra UNE av 2021. Praksisbeskrivelsen bygget «i hovedsak» på praksis fra perioden 2018 – 2020, og beskrev UNE sin tidligere og daværende praksis på følgende vis:

«Etter tidligere forvaltningspraksis foretok UNE en forholdsmessighetsvurdering under «kan»-skjønnnet. UNE vurderte da om tilbakekall av tillatelsen ville være uforholdsmessig overfor klageren eller de nærmeste familiemedlemmene. I vurderingen var de samme momentene relevante som ved forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker etter utlendingsloven §70. Høsten 2017 endret UNE praksis og sluttet med å foreta en forholdsmessighetsvurdering i tilbakekallssaker. (...)

Etter praksisendringen har UNE gått over til å foreta et ordinært kan-skjønn ved vurderingen av om tilbakekall-sadgangen skal benyttes. Det sentrale i vurderingen er hvor vesentlig feilen ved vedtaket er, og hvilket behov myndighetene har for å tilbakekalle tillatelsen. Et tema her vil være om allmennpreventive hensyn er aktuelle. Betydningen av klagerens tilknytning, hensynet til familie og særlig til barn, helseanførsler med mer kommer inn i vurderingen av om klageren skal gis en ny oppholdstillatelse etter § 38. Dette gjelder også de internasjonale. konvensjonene.»

69 Se eksempelvis sak A.

70 Sak nr. 1.

71 Se referanser til UNEs praksis i underrettspraksis. LB-2012-598. LB-2016-164672. TOSLO-2014-148511-2 – TOSLO-2014-149018 – TOSLO-2014-149073. LB-2016-185991. LB-2017-104980.

72 Sak B.

I e-posten hvor innsyn ble delvis innvilget beskrev UNE bakgrunnen for praksisendringen og konsekvensene av praksisendringen på følgende måte:

«Forut for praksisendringen i 2017 ble det internt i UNE gjort en grundig gjennomgang av det rettskildemessige grunnlaget for forholdsmessighetsvurderingen under kan-skjønnet i utlendingsloven (utl) § 63. Det sentrale her var at loven ikke oppstiller noen plikt til å foreta en forholdsmessighetsvurdering slik som ved utvisning etter utl § 70. Videre har UNE siden sommeren 2015 vurdert om det skal gis en ny tillatelse på humanitært grunnlag etter utl § 38 i alle tilbakekallssaker, og der vil i hovedsak de samme momenter inngå som i forholdsmessighetsvurderingen og hensynet til våre internasjonale forpliktelser blir vurdert der. Praksisendringen har ikke ført til et endret resultat i sakene, og det var heller ikke tilsiktet. Før praksisendringen var utgangspunktet i praksis at tilbakekall ikke ble ansett uforholdsmessig i tilfeller hvor det viste seg at vilkårene for en oppholdstillatelse ikke hadde vært til stede.»⁷³

Varianter av den følgende begrunnelsen har blitt brukt i flere vedtak etter praksisendringen: «Det klare utgangspunktet» er at oppholdstillatelse innvilget på uriktig grunnlag tilbakekalles, også ved langvarig opphold. Det vises eksempelvis til at uriktige identitetsopplysninger skaper utfordringer for myndighetene når de skal vurdere identitet, at det vanskeliggjør kontroll med identitet, at det undergraver en regulert og kontrollert innvandring til landet, at bruk av falsk identitet kan være tilknyttet kriminalitet og at personen kan utgjøre en sikkerhetsrisiko, samt allmennpreventive hensyn og ressurs hensyn siden utlendingsmyndighetene bruker mye ressurser på tilbakekallssaker.⁷⁴ I en annen sak hadde utlendingen argumentert med at vedkommende var mindreårig da vedkommende søkte om beskyttelse og oppga uriktige opplysninger, og at hen valgte å følge rådene fra en menneskesmugler. UNE viste til at «klageren som 15-åring var over den kriminelle lavalder, og således strafferettslig ansvarlig for sine handlinger».⁷⁵

På samme måte som med UDIs nyere praksis, har praksisendringen ført til at UNE i dag foretar en type interesseavveining i «kan»-skjønnet i § 63 første ledd. Samtidig viser den interne praksisbeskrivelsen fra 2021 og eksempler fra UNEs nyere praksis at interesseavveiningene som foretas i kan-skjønnet i stor grad er ensidige vurderinger hvor hensynene for tilbakekall fremheves, mens utlendingens interesser i liten grad identifiseres og vektlegges.

2.6.3.4 Var lovendring nødvendig for at utlendingsmyndighetene kunne fravike tidligere praksis?

Gjennomgangen viser at både UDI og UNE i lang tid foretok forholdsmessighetsvurderinger ved tilbakekall. Det fremstår som at tilbakekallet måtte være forholdsmessig for å være gyldig, noe som tilsier at den var separat fra kan-skjønnet og gjenstand for full domstolskontroll. Spørsmålet er om utlendingsmyndighetenes tidligere praksis var av en slik art at lovendring var nødvendig for at den kunne fravikes. Høyesterett har fremhevet momenter som er relevante for å vurdere dette som gås inn på under. Relevante momenter er blant annet praksisens varighet, omfang, om den er konsekvent, om den er til ulempe for den private part, om praksisen er kjent og om den er i strid med øvrige rettskildefaktorer.

UNEs praksis pågikk tilsynelatende senest fra 2004 til høsten 2017. Henvisningen til en «fast forvaltningspraksis» i LB-2006-82738-2 i 2006 kan tyde på at praksisen går lengre tilbake. UDIs praksis pågikk i hvert fall fra 2008 til sommeren 2020. For begge forvaltningsorganene kan det virke som

⁷³ E-post fra UNE av 11.05.2023 *Svar på anmodning om innsyn i praksisnotat [praksisbeskrivelse] samt konkret spørsmål.*

⁷⁴ Sak nr. 16 og 22.

⁷⁵ Sak nr. 17.

om praksisen var sammenhengende. Dette viser at UDI og UNE har hatt en langvarig praksis.⁷⁶ Praksisen fra UDI og UNE fremstår også som konsekvent og uten vilkår som uthuler praksisen, og den var til fordel for den private part.⁷⁷ Videre må det anses som klart at praksisen var kjent, siden den ble gjengitt i rundskriv fra UDI, eksplisitt fraveket av departementet i en instruks, og presumptivt omtalt i en lang rekke vedtak, eksemplifisert ved saker fra NOAS sitt rettshjelpsarbeid.⁷⁸ Det kan virke som om praksisen ikke var i strid med øvrige rettskilder, men det kan her stilles spørsmål ved om praksisen var strengere enn det ble lagt opp til i forarbeidene til den tidligere § 13.⁷⁹

Samlet sett tilsier dette at utlendingsmyndighetenes praksis var av en slik art at det var nødvendig med lovendring for å fravike praksisen. Om så ikke var tilfelle, så var den av en slik art at den må illegges tung vekt i spørsmålet av om det må foretas en forholdsmessighetsvurdering etter utlendingsloven § 63 første ledd i den grad det er til gunst for den enkelte.

2.6.4 Juridisk teori

Temaet er sparsommelig kommentert i juridisk teori. Hosar viste i 2013 til at utlendingsloven § 63 første ledd er en kan-regel, at tilbakekall er «et inngripende forvaltningsvedtak», og at personen derfor må forhåndsvarsles og gis mulighet til å uttale seg.⁸⁰ Hun skrev så følgende uten forankring:

«Om en tillatelse skal tilbakekalles vil deretter bli gjenstand for en konkret forholdsmessighetsvurdering hvor hensynet for omgjøring blir avveid mot hensynet til utlendingen selv og dennes familie. Denne forholdsmessighetsvurderingen er som regel tilsvarende med den som blir foretatt i utvisningssaker.»

I 2018 viste Hosar igjen til at spørsmålet om tilbakekall skal skje eller ikke, «vil (..) bli gjenstand for en konkret» interesseavveining. Hun forankret dette i forarbeidene til utlendingsloven 1988 § 13 som tidligere har blitt vist til. Hun viste videre i en fotnote til at HR-2016-2017-A avsnitt 73 også oppstiller en interesseavveining.⁸¹ Det er ikke klart om hun mener at forholdsmessighetsvurderingen er et vilkår for tilbakekall, eller om den er innbakt i kan-skjønnet.

76 Høyesterett har lagt til grunn at 14 år er langvarig, mens ett år ikke er tilstrekkelig, jf. Rt-2001-1444 s. 1455-1456 og Rt-2006-991 avsnitt 38. Praksisen beskrevet i Rt-2006-991 hadde vart i ett år, og den hadde da ikke «noen vekt som tolkningsfaktor». UNEs to-årige praksis ble i seg selv ansett tilstrekkelig til at den var «fast og etablert» av flertallet i HR-2016-2017-A, men den ble likevel ilagt «noe vekt» av andre grunner. I Rt-1975-992 ble en praksis på «høyst 7-8 år» ansett som «tilnærmet fast», jf. s. 996.

77 *Praksisens omfang.* Det stilles tilsynelatende lave krav til omfanget av praksisen. I Rt-2001-1444 hadde ligningsmyndighetene behandlet rundt 10-20 saker hvert år. Tre saker ble ansett for å «åpenbart [være] en for spinkel praksis i Rt-2007-801. I HR-2016-2017-A la UNE frem seks saker hvor fire av dem var relevant for spørsmålet til behandling. En to-årig praksis representert ved fire saker var ikke tilstrekkelig, men Høyesterett la vekt på at «alle vedtak inneholder generelle begrunnelser hvor det gis uttrykk for samme syn på forståelsen av § 63», jf. avsnitt 50.

Om praksisen er konsekvent, eller om den er varierende. Dette ble påpekt blant annet i Rt-2006-688 hvor det var tale om en «uklar og svært skjønsmessig praksis» med unntak. Rettsikkerhetshensyn tilsa at den ikke ble vektlagt, blant annet fordi det ville være «svært vanskelig» for private parter å innrette seg etter regelen.

Om praksisen er til ulempe for den private part. Dette ble lagt vekt på i Rt-2001-1444, s. 1455. Både hensynet til forutberegnelighet og innrettelse ble fremhevet. Se også HR-2016-2017-A avsnitt 93 og SOM 2018/2414. I LB-2021-78433 anførte staten at den aktuelle forvaltningspraksisen var «uhjemlet» og at staten ikke var bundet av den. Det ble avvist av lagmannsretten, blant annet ved henvisning til at den hadde «gode grunner for seg»: At den fremsto som en lojal etterlevelse av flyktningskonvensjonen, og at «det dreier seg om en etablert forvaltningspraksis som er til gunst for utlendingen».

78 *Om praksisen var kjent.* Kravene til tilgjengelighet har vært mindre strenge hvor praksisen er til den enkeltes gunst. Rt-2001-144 er et eksempel på dette.

79 *Om praksisen er i strid med øvrige rettskilder.* Relevansen til dette ble fremhevet i både Rt-1975-992 s. 997 og Rt-2001-1444 s. 1456. I Rt-2001-1444 hadde for eksempel ligningsmyndighetene ført en gitt praksis i cirka 14 år hvor departementet behandlet rundt 10-20 saker hvert år. Lovteksten og forarbeidene ikke «noen sikker løsning», og da ble forvaltningspraksis avgjørende.

80 Kristine Bjørnsund Hosar, 'Tilbakekall av oppholdstillatelse', i Øyvind Dybvik Øyen (red.), *Lærebok i utlendingsrett*, Universitetsforlaget (2013, første utgave), s. 173.

81 Kristine Bjørnsund Hosar, 'Tilbakekall av oppholdstillatelse', i Øyvind Dybvik Øyen (red.), *Lærebok i utlendingsrett*, Universitetsforlaget (2018, andre utgave), s. 168.

2.6.5 Oppsummering av rettsutviklingen etter 2010

Gjennomgangen viser at rettskildebildet er uklart i spørsmålet om det må foretas en særskilt forholdsmessighetsvurdering ved tilbakekall etter utlendingsloven § 63 første ledd, og dens art. Det har ikke skjedd noen endringer av betydning i lovtekst eller forarbeider etter lovens ikrafttredelse. Høyesterett har ikke besvart spørsmålet. Lagmannsrettspraksis er uklar, selvmotsigende og vitner om at domstolen ikke forholder seg til aktuelle rettskilder. Tingrettspraksis gir heller ikke et klart svar. Det kan virke som om utlendingsmyndighetenes nå fravikende praksis var av en slik art at den bare kan fravikes i lovs form, eller i det minste slik at den skal ilegges tung vekt blant annet av likebehandlingshensyn.

Det samlede rettskildegrunnlaget tilsier at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering ved tilbakekall etter utlendingsloven § 63 første ledd. Det er særlig fordi § 63 første ledd viderefører den gamle lovens § 13 hvor det er gode grunner for at en slik vurdering var påkrevd, og på grunn av forvaltningspraksis. Det er uklart om forholdsmessighetsvurderingen er et vilkår for tilbakekall underlagt full domstolsprøving, eller om vurderingen er innbakt i kan-skjønnnet.

3. Utlendingsmyndighetenes begrunnelse for å fravike tidligere praksis

3.1 Innledning

UDI og UNE vurderte tidligere om tilbakekall av oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 63 første ledd var forholdsmessig. De fravek som nevnt den praksisen, og har i ettertid begrunnet praksisendringen på stort sett samme vis. Begrunnelsen fremgår blant annet av UDI-vedtak av juni 2021 og januar 2023, og UNE-vedtak av juni 2022 og januar 2023.⁸² Utlendingsmyndighetene har argumentert på følgende måte: Lovteksten i § 63 første ledd oppstiller ikke et forholdsmessighetsvilkår, og forarbeidene til § 63 første ledd oppstiller ikke et forholdsmessighetsvilkår. Det har blitt vist til at utlendingen kan påberope seg andre regler i «tilbakekallssituasjoner, blant annet reglene i Grunnloven og EMK», uten å forklare nærmere hvilke regler det er. Videre vises til at utlendingsmyndighetene må vurdere om utlendingen kan få opphold etter utlendingsloven § 38. Det har også blitt vist til HR-2018-572-A avsnitt 47-51 hvor Høyesterett konkluderer med at det ikke gjelder et vilkår om forholdsmessighet i opphørsregelen i utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e. Til slutt har det blitt vist til LB-2019-125485 og LB-2019-174436. I lagmannsrettsdommene slås blant annet fast at det ikke er «større grunnlag» for et forholdsmessighetsvilkår i § 63 første ledd enn i § 37 første ledd bokstav e. Utlendingsmyndighetenes begrunnelse for å ikke foreta forholdsmessighetsvurderinger og for å fravike tidligere praksis er mangelfull og ikke nødvendigvis relevant for tolkningen av utlendingsloven § 63 første ledd. Derfor kommenteres den her. Argumentene går gjennom hver for seg.

3.2 Lovtekst og forarbeider

Utlendingsmyndighetene viser til at det ikke fremgår eksplisitt av lovteksten til § 63 første ledd at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering. De viser også til forarbeidene. Notatet har kommentert lovteksten og forarbeidene til § 63 første ledd tidligere, se punkt 2.2 – 2.5. Gjennomgangen i de punktene fremhever at det er nødvendig å se til forarbeidene til § 63 første ledd for å forstå lovtekstens utforming, og de viser at dagens regel viderefører § 13 i utlendingsloven av 1988. Det samlede

82 Sak A, C og D.

rettskildegrunnlaget tilsier at det måtte foretas en forholdsmessighetsvurdering ved tilbakekall etter utlendingsloven 1988 § 13.

3.3 Grunnloven og EMK

Utlendingsmyndighetene viser til at det er «andre regler som utlendingen også kan påberope seg i tilbakekallssituasjoner, blant annet reglene i Grunnloven og EMK». For det første eksisterte disse reglene før praksisendringen, og det er derfor vanskelig å se hvorfor de kan begrunne en praksisendring. For det andre begrenser Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 tilbakekallsadgangen etter utlendingsloven § 63 første ledd, siden «kan»-skjønnet ikke kan utøves fritt hvis det er i strid med disse bestemmelsene. Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 er av konstitusjonell og folkerettslig art, og er ikke uten videre relevant for spørsmålet om det gjelder en særregel om forholdsmessighet i utlendingsloven § 63 første ledd. Sistnevnte er en internrettslig regel, og dens selvstendige innhold må fastslås i tråd med alminnelig juridisk metode, jf. likevel begrensningen i kan-skjønnet nevnt over. Dette er derfor ikke et relevant argument.

3.4 HR-2018-572-A

Utlendingsmyndighetene viser til HR-2018-572-A avsnitt 47-51 som et argument for at det ikke er en særskilt forholdsmessighetsvurdering ved tilbakekall etter utlendingsloven § 63 første ledd. Dommen har ikke overføringsverdi til spørsmålet om det gjelder et forholdsmessighetsvilkår etter § 63 første ledd. Dommen gjaldt § 37 første ledd bokstav e.

For det første regulerer § 37 første ledd bokstav e og § 63 første ledd forskjellige situasjoner. Opphør av beskyttelsesbehov på grunn av endringer i forholdene som skapte det opprinnelige beskyttelsesbehovet er av en annen art enn tilbakekall av oppholdstillatelse som bygger på uriktige opplysninger.

For det andre gjennomfører § 37 første ledd bokstav e opphørsregelen i flyktningkonvensjonen, og skal tolkes i tråd med den. Opphørsregelen i flyktningkonvensjonen er en autonom folkerettslig regel. Innholdet i opphørsregelen fastslås etter en tolkning av folkerettslige rettskilder i tråd med folkerettslig metode. Paragraf 37 første ledd bokstav e gir altså uttrykk for en folkerettslig regel som ikke har noen relasjon til internrettslige regler. Tolkninger av § 37 første ledd bokstav e er derfor ikke relevante for tolkningen av § 63. Utlendingsloven § 63 første ledd er en internrettslig regel som må tolkes på eget grunnlag.

For det tredje er det «støtte», sml. HR-2018-572-A avsnitt 50, for at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering ved tilbakekall etter § 63 første ledd. Utlendingsmyndighetene er enige med lagmannsretten som mener at det ikke er «større grunnlag» for et forholdsmessighetsvilkår i § 63 første ledd enn i § 37 første ledd bokstav e. Det er feil. Det er «støtte» for at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering ved tilbakekall etter § 63 første ledd. Det følger blant annet av forarbeidene til den tidlige § 13 i 1988-loven. Uklarheten ligger i om vurderingen er et vilkår for tilbakekall eller om den er innbakt i kan-skjønnet.

3.5 Underrettspraksis

Utlendingsmyndighetene viser til LB-2019-125485 og LB-2019-174436. Det kan bemerkes at mindretallet i LB-2019-174436 som nevnt ikke konkluderer i spørsmålet om det gjelder et forholdsmessighetsvilkår etter utlendingsloven § 63 første ledd, men mindretallet viser til argumenter som verken flertallet i LB-2019-174436 og den enstemmige retten i LB-2019-125485 viser til. Her kan også vises til tidligere lagmannsrettspraksis som har vurdert spørsmålet nærmere som er av en annen oppfatning uten at de dommene adresseres i LB-2019-125485 og LB-2019-174436. Dette vitner om en uenighet i lagmannsretten om hvordan spørsmålet skal vurderes.

Begrunnelsene i LB-2019-125485 og til flertallet i LB-2019-174436 er ikke tilstrekkelige til å avvise at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering, og er uansett ikke tilstrekkelig hvis forvaltningsspraksis var av en slik art at det måtte fravikes i lovs form. LB-2019-125485 avviste at det gjaldt et forholdsmessighetsvilkår med henvisning til at det ikke fremgår av lovteksten eller forarbeidene. Det ble videre vist til HR-2018-572-A avsnitt 47-51, og lagmannsretten mente at det ikke var «større grunnlag» for et forholdsmessighetsvilkår for § 63 enn for § 37 første ledd bokstav e. Retten mente også at rettssikkerhetshensyn ikke talte for et slikt vilkår, siden § 63 må sees i sammenheng med

«andre regler som utlendingen også kan påberope seg i tilbakekallssituasjoner, blant annet reglene i Grunnloven og EMK. Dessuten skal utlendingsmyndighetene alltid ta stilling til om det i slike tilfeller bør gis opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38».

Flertallet i LB-2019-174436 viste til de samme argumentene, og avviste at det er nødvendig å vurdere hensynet til barnets beste etter barnekonvensjonen artikkel 3 i forbindelse med tilbakekallsvedtaket når det vurderes etter § 38. Det er flere problemer med argumentasjonene i disse dommene, og de gjennomgås hver for seg.

Lagmannsretten viste til mangelen på henvisning i lovtekst og forarbeider. Lagmannsretten overser koblingen til utlendingsloven 1988 § 13. Den tidligere gjennomgangen tilsier at det skulle foretas en forholdsmessighetsvurdering. Lagmannsretten har også pekt på HR-2018-572-A avsnitt 47-51, Grunnloven og EMK. Disse rettskildene har imidlertid begrenset relevans for tolkningen av utlendingsloven § 63 første ledd, jf. over.

Lagmannsretten har videre vist til at det må vurderes om utlendingen kan få opphold etter utlendingsloven § 38. Det er to hovedinnvendinger her. For det første vil et tilbakekall bety at utlendingens rettsstilling blir endret. Eksempelvis kan personen gå fra å ha hatt en oppholdstillatelse og tilknytning til Norge, til å ha hatt ulovlig opphold og være uten tilknytning til Norge. Det tilsier at utlendingens interesser først må vurderes i forbindelse med tilbakekall, og at utlendingens interesser i tilfelle tilbakekall, hvor vekten av interessene blir endret, så vurderes opp mot utlendingsloven § 38. For det andre er det ikke gitt at utlendingens interesser kan bli vurdert opp mot § 38 hvis utlendingen enten har eller får et utvisningsvedtak på grunn av å ha gitt vesentlig uriktige opplysninger. Det er fordi utvisningsvedtaket etter § 59 kan anses å forhindre innvilgelse av oppholdstillatelse etter § 38. Eksempelvis viser UNE til følgende i et vedtak fra 2019:

«Etter et tilbakekall vil UNE som utgangspunkt vurdere om klageren skal få en ny oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 38. Klageren er imidlertid utvist, og utvisningen er til hinder for at tillatelse innvilges etter denne bestemmelsen, jf. og utlendingsloven § 59.»⁸³

83 Sak E.

I det samme vedtaket la UNE til grunn at kan-skjønnets i § 63 burde benyttes til å kalle tilbake oppholdstillatelsen. I den påfølgende vurderingen av konsekvensene av tilbakekallet bemerket UNE at klagers advokat hadde anført at det gjaldt et forholdsmessighetsvilkår. Anførselen ble kvittert ut på følgende måte som er i strid med begrunnelsen nettopp vist til, og den viser at utlendingens interesser ikke uten videre blir ivaretatt i 38-vurderingen:

«Advokaten har anført at tilbakekall av klagerens tillatelse er et uforholdsmessig tiltak. UNE bemerker at lovteksten i § 63 ikke inneholder et vilkår om forholdsmessighet. I tilfeller hvor klageren ikke er utvist fra Norge, tar UNE alltid stilling til om en klager som har fått tilbakekalt sin oppholdstillatelse og dermed står uten oppholdsgrunnlag i Norge, skal gis en ny midlertidig oppholdstillatelse på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38. UNE fastholder derfor at det ikke gjelder et krav om forholdsmessighet etter lovens § 63 første ledd. UNE understreker, som nevnt ovenfor, at i denne saken er klageren utvist. Det foretas dermed ikke en ny vurdering etter § 38.»

3.6 Barnets beste

Lagmannsretten har også kommentert hensynet til barnets beste. Flertallet i LB-2019-174436 avviser at barnets beste må vurderes i forbindelse med tilbakekall på grunn av at «det ikke er rettskildemessig grunnlag» for det. Lagmannsrettens påstand er uten rettskildemessig grunnlag, og tar ikke høyde for relevante folkerettslige kilder. Grunnloven § 104 annet avsnitt og barnekonvensjonen artikkel 3.1 viser til at hensynet til barnets beste må vurderes «i alle saker»/«in all decisions» som «angår»/«concerning» barn. Det er to tolkningsmuligheter. Formuleringen «all decision» kan forstås som at barnets beste kan vurderes etter utl. § 38 hvis vurderingen foretas i det samme vedtaket som tilbakekallet, eller som at en «decision» handler om hvert rettslige skritt som påvirker rettsstillingen til barn. Ved sistnevnte tilfelle er det ikke tilstrekkelig at hensynet til barnets beste vurderes utelukkende etter § 38. Det er klart at den sistnevnte forståelsen må legges til grunn. Det vil best ivareta formålet med barnets beste, siden det sikrer at hensynet til barnet blir tatt stilling til i alle rettslige steg som påvirker barnet. FNs Barnekomité har videre uttalt at i General Comment No. 14 at begrepet «decisions» må tolkes vidt og at

«in relation to measures that are not directly aimed at the child or children, the term “concerning” would need to be clarified in the light of the circumstances of each case in order to be able to appreciate the impact of the action on the child or children.»⁸⁴

Dette tilsier at hensynet til barnets beste må klargjøres og vurderes for å vurdere hvordan en «decision» påvirker hensynet til barnets beste. Et barn vil stå i en annen situasjon hvis forelderens beholder oppholdstillatelsen med eksempelvis den tilhørende opparbeidede tilknytningen enn om forelderens fortsatte opphold avhenger av at opphold innvilges etter den diskresjonære utlendingsloven § 38. Hvis det er snakk om å kalle tilbake et barns oppholdstillatelse, vil også barnets stilling være annerledes i en vurdering etter § 63 og § 38.

3.7 Endret rettsstilling

Lagmannsretten har også avvist at utlendingens endrede rettsstilling etter tilbakekall har betydning for tilbakekall. Flertallet i LB-2019-174436 avviste at dette argumentet er relevant, men begrunner

⁸⁴ General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 20.

det ikke nærmere og tar ikke stilling til det. Argumentet avvises fordi flertallet ikke mente at det var grunnlag etter andre rettskilder å innfortolke et forholdsmessighetsvilkår i § 63. Svakheten i flertallets argumentasjon er at den verken tar høyde for relevante rettskilder, blant annet koblingen til utlendingsloven 1988 § 13, relasjonen til utvisningsreglene og forvaltningspraksis, eller vurderer argumentet for seg selv.

3.8 Forvaltningspraksis

Lagmannsretten har heller ikke vurdert tidligere forvaltningspraksis.⁸⁵ Den tidligere forvaltningspraksis av en slik art at det er gode grunner for å tro at fravikelse måtte gjøres i lovs form. Hvis den ikke var av en slik art, så har den likevel betydelig vekt som rettskilde.

85 Mindretallet i LB-2019-174436 påpeker langvarig forvaltningspraksis som en relevant rettskilde, men vurderer den ikke nærmere.