

Utlendingsmyndighetenes rett og plikt til å treffe vedtak om tilbakekall etter utlendingsloven § 63¹

Henriette Tøssebro



1. Innledning

I nyere tid har Farida-saken reist spørsmål om utlendingsmyndighetenes omgjøringsadgang. Saken gjaldt Farida, en ni år gammel jente som fikk innvilget oppholdstillatelse i Norge siden hennes mor var en enslig afghansk kvinne uten mannlig omsorgsperson. Året etter ble imidlertid oppholdstillatelsen trukket tilbake da faren til Farida kom til Norge. Tilbakekallsvedtaket ble brakt for domstolene, som i siste instans konkluderte med at vedtaket var ugyldig fordi utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e ikke hadde blitt vurdert i tilbakekallsvedtaket.² Selv om farens ankomst i utgangspunktet kunne gi grunnlag for tilbakekall, måtte utlendingsmyndighetene vurdere om familieegjenforeningen medførte at Farida og hennes mor kunne oppnå beskyttelse i hjemlandet.³ Saken ble deretter behandlet på ny av utlendingsmyndighetene, som kom til samme resultat i et nytt tilbakekallsvedtak. Utlendingsmyndighetene vurderte det slik at hjemstedet var tilgjengelig og trygt for retur, og at familien uansett kunne henvises til internflukt i andre deler av Afghanistan. Det nye tilbakekallsvedtaket ble brakt for domstolene, der Høyesterett i siste instans avsa dom den 3. februar 2021.⁴ I dommen ble utlendingsmyndighetene frifunnet. Dette kunne for enkelte fremstå som både urimelig og uforståelig: For hva er vel en tidligere seier i domstolvesset verd, *når utlendingsmyndighetene likevel gjør som de vil?*⁵

Siden domstolenes kontroll med forvaltningens avgjørelser dreier seg om forholdet mellom statsmaktene og deres innbyrdes kontrollmuligheter, er utlendingsmyndighetenes

¹ Denne artikkelen bygger på mitt prøveforelesningsmanus for graden ph.d. som ble holdt den 25. februar 2020. På grunn av de statsrettslige og de praktiske problemene som tematikken reiser, har jeg imidlertid funnet grunn til å utvikle manuset og synspunktene noe.

² HR-2018-572-A (31–33).

³ HR-2018-572-A (32).

⁴ HR-2021-203-A.

⁵ Se argumentasjonen i <https://www.nrk.no/innlandet/farida-far-ikke-komme-tilbake-1.14034225> (besøkt den 29. august 2021).

omgjøringsadgang et tema av klassisk statsrettslig karakter. I tråd med alminnelige betraktninger om forholdet mellom den dømmende og den utøvende makt, kan domstolene på utlendingsfeltet ikke treffe realitetsvedtak; derimot kan de foreta en nærmere prøvning av forvaltningens avgjørelser ut fra de forholdene som forelå på vedtakstidspunktet.⁶ For at denne kompetansen skal ha noen praktisk funksjon, må imidlertid domstolenes ugyldighetsmanifestasjoner ha betydning for forvaltningens videre behandling av saken. Det er derfor antatt at forvaltningen vil være forpliktet til å vurdere saken på ny der en avgjørelse blir ansett ugyldig av domstolene.⁷ I forbindelse med forvaltningens nye vurdering av saken, kan resultatet i den forutgående avgjørelsen omgjøres eller – som i Farida-saken – stadfestes.

I denne artikkelen vil det drøftes i hvilken grad det påhviler utlendingsmyndighetene en *plikt til å omgjøre* sine avgjørelser – forvaltningens omgjøringsplikt, og under hvilke omstendigheter det kun vil foreligge en rett til dette.⁸ Det er grunn til å presisere at jeg ikke dermed har til hensikt å behandle forvaltningens plikt til å *vurdere* omgjøring – det vil si forvaltningens revurderingsplikt. Selv om disse pliktene ikke sjeldent blandes sammen i praksis,⁹ er en slik sammenblanding uheldig siden formålet med pliktene er forskjellig. Mens en omgjøringsplikt vil stille krav til *resultatet* av en revurderingsprosess (nemlig at den nye avgjørelsen medfører omgjøring i form av oppheving eller endring), vil en revurderingsplikt bare stille krav til at saken vurderes på ny (uten hensyn til om revurderingsprosessen leder til at avgjørelsen stadfestes eller omgjøres). Det er i første rekke reglene

6 Rt-2012-1985 (81) etter en utfyllende redegjørelse av rettskildematerialet.

7 En slik revurderingsplikt er forutsatt i enkelte lovarbeider, se Prop. 64L (2016–2017) s. 25, domstolspraksis (Rt-2015-641 (39), Rt-2012-667 (21), Rt-1998-623 (s. 627), Rt-1985-483 (s. 491) og Rt-1974-723 (s. 730)), sivilombudsmannen (SOM-2017-1208), juridisk teori (Frihagen, *Villfarelse og ugyldighet i forvaltningsretten* (1966) s. 47), og følger dessuten av enkelte lovbestemmelser, se sktflv. § 12-1 (3) a. Dette gjelder også i relasjon til tredjeparter som er begunstiget av avgjørelsen: I Prop. 64L (2016–2017) s. 21 er det forutsatt at en dom på ugyldighet i en sak mellom en kommune og staten kan lede til at avgjørelsen kan gjøres om til ugunst for en privat tredjeperson som ikke var part i tvistesaken. Dette synspunktet er også lagt til grunn i domstolspraksis, se blant annet Rt-1998-623 og Rt-2015-641.

8 Med «omgjøring» vil jeg forstå at en bindende forutgående avgjørelse endres eller oppheves, for eksempel ved et tilbakekallsvedtak. Begrepet viser med andre ord til et rettslig resultat, og ikke den revurderingsprosessen som leder frem til dette resultatet. Denne begrepsforståelsen har blant annet blitt lagt til grunn i JDLOV-2005-4106, der det fremgår at forvaltningsloven § 35 omfatter endringer i et tidligere vedtak uansett hva som er årsaken til endringen, «herunder endringer i det faktiske eller rettslige grunnlaget for vedtaket som har inntruffet etter det opprinnelige vedtaket». Synspunktet er fulgt i SOM-2011-705 og JDLOV-2013-3190. Som konsekvens får omgjøringsreglene et svært vidt virkeområde, med et dertil bedre vern av den private, ettersom det oppstilles strengere vilkår for omgjøring sammenlignet med situasjonen der en avgjørelse treffes etter reglene som gjelder for førstegangsavgjørelser.

9 I Ot.prp. nr. 4 (2004–2005) s. 15 kan man lese at det følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler at dersom det foreligger et ugyldig vedtak «til skade for en part, og omgjøring ikke går ut over en rettsposisjon som en annen part har oppnådd med vedtaket, har forvaltningen plikt til å treffe nytt vedtak når den er oppmerksom på at det første vedtaket er ugyldig». Det er verdt å merke seg ved at det fremgår at det skal treffes et nytt vedtak, uten at det gis føringer for om vedtaket skal stadfestes (og feil ratihaberes) eller omgjøres. Slikt sett er uttalen nærliggende å ta til inntekt for en revurderingsplikt der det foreligger kvalifiserte feil ved avgjørelsen. Til sammenligning ble det i LA-2007-64532 uttalt at det følger av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper at et forvaltningsorgan som blir klar over at et vedtak er ugyldig, må rette opp feilen hvis dette er mulig. Men ettersom feil kan rettes i form av ratihabisjon, er det ikke dermed gitt at revurderingen medfører omgjøring i forvaltningslovens forstand.

om omgjøring utenfor klagesak som vil behandles i denne artikkelen.¹⁰ Fordi midlertidige og permanente oppholdstillatelser som har blitt gitt på grunnlag av asyl er av særlig betydning for den enkelte, vil drøftelsen være avgrenset til disse avgjørelsestypene.¹¹

Artikkelen er disponert som følger: I punkt 2 vil de rettslige utgangspunktene for utlendingsmyndighetenes omgjøringsrett behandles. I punkt 3 vil omgjørings skjønnet («modalitets»- eller «kan»-skjønnet) i utlendingsloven § 63 behandles nærmere. I punkt 4 vil det gis noen avsluttende betraktninger og forslag til hvordan det statsrettslige problemet reist innledningsvis kan løses.

2. Rettslige utgangspunkter for utlendingsmyndighetenes omgjøringsrett

Utlendingsmyndighetenes rett til å omgjøre midlertidige og permanente oppholdstillatelser reguleres blant annet av utlendingsloven § 63 første ledd, som lyder slik: «Midlertidig og permanent oppholdstillatelse kan tilbakekalles dersom utlendingen mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket, eller dersom det for øvrig følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler».

Forvaltningens rettslige spillerom kan beskrives ved hjelp av kompetansenormmodellen:

Betingelsesside:	Modalitet:	Følgeside:
Hvis	kan	tilbakekall
i) utlendingen mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket, eller	utlendings-myndighetene treffe avgjørelse om	
ii) dersom det for øvrig følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler		

10 Omgjøring kan skje som ledd i en klagesak, det vil si at parten eller noen med rettslig klageinteresse påklager avgjørelsen innen en bestemt frist etter reglene i fvl. §§ 28 til 34. Omgjøring kan imidlertid også skje på forvaltningens eget initiativ etter reglene om omgjøring utenfor klagesak i fvl. § 35, blant annet der det foreligger begjæring fra noen uten rettslig klageinteresse. Det er imidlertid forskjellige saksbehandlingsregler som gjelder for de to saksbehandlingspoene. I klagesak vil forvaltningen ha en plikt til å vurdere avgjørelsen på ny, og de vil etter omstendighetene kunne vurdere omgjøring på samme vilkår som når førstegangsavgjørelsen ble behandlet. Til sammenligning vil det som et utgangspunkt foreligge en revurderingsrett med langt snevrere omgjøringsadgang der saken behandles etter reglene om omgjøring utenfor klagesak.

11 En rekke vedtak fattes etter utlendingsloven, se blant annet §§ 13, 18, 27, 27b, 35, 57, 62, 64, 66, 72, 73, 121, 122 og 124. Omgjøringsreglene som gjelder for disse avgjørelsestypene er ikke nødvendigvis de samme.

Som det fremgår av figuren, kan vilkårene på betingelsessiden være en eller flere. Vilkårene kan være alternative (som i figuren), men de kan også være kumulative. Dette gjelder også vilkårene på følgesiden.

På samme måte som forvaltningen må forholde seg til vilkårene på betingelsessiden av modellen, må vilkårene på følgesiden iakttas. Dersom loven bare gir adgang til tilbakekall med virkning for fremtiden, vil for eksempel et tilbakekallsvedtak være beheftet med feil dersom det gis virkning fra et tidspunkt før vedtaket ble fattet.

Vilkårene som fremgår under hvert av kompetansenormmodellens tre ledd kan i større eller mindre grad invitere til skjønn, og et slikt skjønn kan betegnes som hhv. *betingsels-skjønn*, *modalitetsskjønn* og *følgeskjønn*.¹² At det er grunn til å skille mellom disse skjønnskategoriene, har jeg i artikkelen '*Omgjøringsforbehold i forvaltningsretten*' begrunnet slik:

«At de ulike formene for skjønn bør holdes fra hverandre, skyldes at det gjelder forskjellige fortolkningsmekanismer for hver av dem. Mens betingelses- og følgeskjønn er basert på et fortolkningspillerom som rettskildene åpner for, vil modalitetsskjønnet i større grad være knyttet til statsrettslige betraktninger om hvorvidt lovgiveren innvilger forvaltningen en normativ handlefrihet. For følgeskjønnet vil det stilles skjerpede krav til hjemmelens formelle forankring: I henhold til lovkravet i GrL § 113, må forvaltningsavgjørelser som danner grunnlag for inngripende følger ha hjemmel i formell lov. Lovkravets underliggende begrunnelse om tilgjengelighet og forutberegnelighet kan dessuten tilsi at det oppstilles et presisjonskrav til ordlydens utforming på betingelsessiden av kompetansenormen. Slike krav til forankring og presisjon vil til sammenligning ikke stilles til modalitetsskjønnet. Det vil derimot oppstilles særlige krav til hvordan kompetansen praktiseres; for eksempel slik at lignende faktiske saker behandles rettslig sett likt, kfr. GrL § 98».¹³

Siden denne artikkelen handler om utlendingsmyndighetenes omgjøringsrett og omgjøringsplikt – *altså om forvaltningen kan, bør eller skal benytte seg av sin kompetanse* – vil jeg ikke behandle betingelses- og følgesiden av utlendingsloven § 63 i særlig detalj. For fullstendighetens skyld vil jeg likevel kort nevne hovedlinjene. Dette skyldes at de forskjellige leddene må sees i sammenheng fordi vilkårene på både betingelses- og modalitetsleddet er relativt åpne og vage, slik at det er vanskelig å oppstille et klart skille mellom de forskjellige leddene av kompetansenormmodellen.¹⁴ Det er likevel grunn til å

12 Tøssebro, '*Omgjøringsforbehold i forvaltningsretten*' *Förvaltningsrättslig tidskrift* (2018) s. 643–663, på s. 654, der det fremgår at betingelsesskjønnet er skjønsmessige vilkår som fremgår på betingelsessiden av kompetansenormen, mens følgeskjønnet gjelder skjønsmessige vilkår som angir den mulige virkningen av at betingelsessiden er oppfylt. Modalitetsskjønnet gir retningslinjer for hvorvidt og eventuelt på hvilken måte kompetansen skal utøves. Modalitetsskjønnet blir omtalt som «om»-skjønn av Erik Boe i Boe, '*Hvor fritt er det frie forvaltningskjønnet?*' *JV* (1981) s. 37–57, på s. 40.

13 Tøssebro, '*Omgjøringsforbehold i forvaltningsretten*' *Förvaltningsrättslig tidskrift* (2018) s. 643–663, på s. 654–655.

14 Dette ble blant annet antatt av Høyesterett i den såkalte Trallfa-dommen, se Rt-2007-257 (36). I denne saken opererte loven med «særlige grunner» som vilkår på betingelsessiden, mens regelens modalitet var «kan», noe som inviterte til et hensiktsmessighetskjønn.

påpeke at det ikke må foreligge et klart skille for at modellen skal ha nytteverdi: Inndelingen vil under enhver omstendighet bidra til å synliggjøre de underliggende hensynene bak kompetansenormmodellens ulike ledd, og dermed også de presumptive grensene for forvaltningens rett og plikt til omgjøring.

Når det gjelder betingelsessiden, gir første ledd av utlendingsloven § 63 tilbakekallsadgang dersom «utlendingen mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger».¹⁵ Det vil videre foreligge en tilbakekallsadgang dersom utlendingen har «fortiet om forhold av vesentlig betydning for vedtaket». Tilbakekallsadgangen kan i begge tilfeller forklares ut fra bevisbetraktninger, og bør ses i sammenheng med at forvaltningen ofte vil være avhengig av at parten aktivt medvirker til sakens opplysning.¹⁶ I motsatt fall vil ikke saken nødvendigvis være tilstrekkelig opplyst når avgjørelsen treffes. Utlendingsmyndighetene vil i et slikt tilfelle ha mulighet til å rette på eventuelle mangler ved det faktiske grunnlaget for avgjørelsen i form av et tilbakekallsvedtak etter utlendingsloven § 63.

Det vil ikke nødvendigvis være så lett for den enkelte å vite hvilke forhold som er av «vesentlig betydning» for avgjørelsens innhold. Hvis loven eller forskriften selv angir et bestemt forhold som vesentlig, må man kanskje anta at den enkelte forstår hva som forventes av ham. Men dersom loven opererer med vide eller vage vilkår vil forholdets betydning for avgjørelsen være mer usikker. I eldre teori og praksis ble det i slike tilfeller operert med et synbarhetskrav som stilte krav til at forvaltningen tydeliggjorde overfor parten hvilke forhold som ville være relevante for avgjørelsens innhold.¹⁷ Som jeg behandler nærmere i boka *Omgjøring*, er det fortsatt holdepunkter for å operere med et slikt synbarhetskrav i lys av nyere rettskildemateriale.¹⁸ Som konsekvens kan ikke en tillatelse kalles tilbake grunnet tilbakeholdt informasjon dersom forvaltningen ikke har eksplisitt redegjort for at de aktuelle opplysningene vil være av «vesentlig betydning» for avgjørelsens innhold.

Videre gir utlendingsloven § 63 første ledd omgjøringsadgang der dette «følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler».¹⁹ Blant annet vil det foreligge omgjøringsadgang dersom det foreligger usaklig forskjellsbehandling, der det er tatt utenforliggende hensyn eller der det for øvrig er grovt urimelig.²⁰ Etter bestemmelsens annet ledd kan en tillatelse

15 Om vilkåret, se Ot.prp. nr. 46 (1986–1987) s. 199. Se også NOU 1983:476 s. 324 til utlendingsloven av 1988. Vilkalet kan ikke tolkes antitetisk: I HR-2016-2017-A fastslo Høyesteretts flertall at § 63 må forstås slik at den også hjemler tilbakekall av vedtak som er ugyldige på grunn av et objektivt sett uriktig faktisk grunnlag, uavhengig av om utlendingen har opptrådt svikaktig.

16 Dette er tydeliggjort i form av en lovfestet opplysnings- eller bevisføringsplikt i utl. § 83 og FOR-2009-10-15-1286 § 17-7, der brudd til og med er straffebelagt etter utl. § 108.

17 Frihagen, '*Uriktige faktiske forutsetninger som ugyldighets- og omgjøringsgrunn ved forvaltningsvedtak* (1965) s. 152–153 (under henvisning til blant annet Rt-1950-509 og Rt-1961-829, som ble videreført i en senere artikkel, se Frihagen, '*Omgjøring av forvaltningsvedtak*' (1970) s. 337. Se også Castberg, '*Inledning til forvaltningsretten* (1955) s. 203.

18 Se blant annet Rt-1998-1398, LB-2012-598, SOM-2016-3169 og JDLOV-2004-8289.

19 Fremmedloven, som senere ble avløst av utlendingsloven i 1988, hadde ingen regler om når tilbakekall kunne finne sted. Derimot ble slike regler gitt i fremmedforskriften § 42 a og 42 b. Forskriften ga tilbakekallsadgang dersom søkeren mot bedre vitende hadde gitt uriktige eller villedende opplysninger eller hadde fortiet om omstendigheter av betydning for vedtaket. Bestemmelsen ble videreført i den gamle utlendingsloven av 1988 § 13, som svarer til gjeldende regel i utlendingsloven av 2008 § 63.

20 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 332.

også tilbakekalles dersom en utlending er besluttet sendt ut fra et Schengenland ut fra vurderinger som kunne ha ført til utvisning av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser.

Når det gjelder følgesiden, bestemmer utlendingsloven § 63 at tillatelsen kan «tilbakekalles». Hvilken grad av tilbakekall som kan skje (i tid, omfang eller på annen måte), og eventuelt hvilken betydning et tilbakekallsvedtak skal ha for andre mer avledede rettsposisjoner, er imidlertid ikke nærmere regulert. Alminnelige forvaltningsrettslige regler og prinsipper, blant annet vernet av velervervede rettigheter,²¹ forholdsmessighetsprinsippet,²² og tidsmomentet,²³ kan imidlertid oppstille absolutte skranke for tilbakekallsvedtakets innhold.

3. Kan-skjønn i utlendingsloven § 63

Utgangspunktet for utlendingsmyndighetenes omgjøringsrett er enkelt: Om vilkårene på betingelsessiden av kompetansenormen er oppfylt, har forvaltningen rett til å omgjøre

21 En velervert rettighet vil si en rettighet som det offentlige har etablert ved en individuell, bindende avgjørelse, og som ivaretar visse grunnleggende aspekter ved den enkeltes liv eller virksomhet. Det kan være tale om næringstillatelser, oppholdstillatelser eller avgjørelser som sikrer den enkelte et eksistensminimum, f.eks. avgjørelser om kontantstøtte. At velervervede rettigheter er beskyttet mot senere omgjøring, har blant annet blitt fremholdt av Arvid Frihagen, som skriver at omgjøringskompetansen vil være innskrenket der «den private part ved det forrige vedtaket har oppnådd en beskyttet rett som hindrer forvaltningen i å omgjøre vedtaket ved et nytt enkeltvedtak», se Frihagen, *'Omgjøring av forvaltningsvedtak'* (1970) s. 310. Synspunktet har også støtte i domstolspraksis. Et velkjent eksempel er den såkalte Huttuheita-avgjørelsen, inn tatt i Rt-1961-1049. En viss støtte kan dessuten finnes i tilbakevirkningsreglene slik de blir beskrevet i Rt-1996-1415 (s. 1425), JD-LOV-2004-854 og JDLOV-2006-6618. Se også SOM-2012-1871, der det ble påpekt at selv om forvaltningens omgjøringskompetanse er diskresjonær, kan omstendighetene i den konkrete sak tilsa at den private parts forventninger ble beskyttet mot senere endring. Prinsippet kommer dessuten indirekte til uttrykk i lovgivningen: For statsborgervedtak gir statsborgerloven § 26 tredje ledd en svært snever omgjøringsadgang for statsborgerskap gitt til en person som var under 18 år. Selv om statsborgerskap ble gitt på grunnlag av opplysninger av andre mot bedre vitende, kan vedtaket som hovedregel ikke tilbakekalles. Dette er i sterk kontrast til utgangspunktet som gjelder for midlertidige og permanente oppholdstillatelser, se HR-2016-2017-A. Som jeg behandler nærmere i *Omgjøring utenfor klagesak* (2021) punkt 10.2, kan eiendomsvernet i EMK TP 1 art. 1 være et aktuelt alternativt rettsgrunnlag, se *Kopecký mot Slovakia* (47).

22 *Forholdsmessighetsprinsippet* impliserer en treleddet vurdering, nemlig 1) at avgjørelsen er egnet til å realisere et saklig formål (egnethetskravet), 2) at avgjørelsen ikke går utover det som er nødvendig i det enkelte tilfellet (nødvendighetskravet), og 3) at fordelene av avgjørelsen overstiger ulempene (forholdsmessighetsavveinigen). For utvisningsvedtak følger et lovfestet uforholdsmessighetskrav av utl. § 70. Når det gjelder oppholdstillatelser, opererer imidlertid ikke utlendingslovens tilbakekallsregler med noe eksplisitt krav til at tilbakekallet må være forholdsmessig. For så vidt gjelder tilbakekallsvedtak etter utl. § 37 (1) e, har imidlertid Høyesterett i HR-2018-572-A lagt til grunn at det ikke kan innfortolkes et forholdsmessighetskrav. Dette vurderingsresultatet er etter mitt syn pussig. De underliggende hensynene som begrunner et forholdsmessighetsprinsipp – især avgjørelsens betydning for den enkelte – tilsier med tyngde at et slikt prinsipp må gjelde. Siden prinsippet bidrar til å sikre at avgjørelsen er egnet til å realisere et saklig formål, at den ikke går utover det som er nødvendig, og at fordelene med avgjørelsen overstiger ulempene, vil den tydeliggjøre premissene og konsekvensene av et tilbakekallsvedtak for forvaltningen, den enkelte og samfunnet ellers. I lys av lovhistorikken er Høyesteretts tilnærming vanskelig å forstå: Under forberedelsen av utlendingsloven 1988, som i stor grad har blitt videreført ved utlendingsloven av 2008, foreslo utvalget en bestemmelse om at tilbakekall ikke burde skje hvis utlendingen pga. manglende tilknytning til hjemlandet eller andre forhold vil «rammes uforholdsmessig hardt», se NOU 1983: 46 s. 324. Selv om departementet var enig i at det måtte legges vekt på slike omstendigheter ved vurderingen om tilbakekall burde skje, ble ordlyden ikke vedtatt. Departementet ønsket å tydeliggjøre hovedinnholdet i tilbakekallsadgangen – og her var tilbakekallsgrunnene overfor utlendingen det viktigste, se Ot.prp. nr. 46 (1986–1987) s. 77 samt om informasjonshensyn Ot.prp. nr. 46 (1986–1987) s. 199. Etter mitt syn må det også utenom de lovregulerte tilfellene gjelde et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp, se nærmere *Omgjøring* (2021) punkt 5.8.3.

23 Tidsmomentet kan utgjøre en absolutt skranke der det har gått særlig lang tid, uten at det er mulig å fastsette noen konkret frist, se nærmere SOM-2012-1080 om tidsperspektivet og omgjøring til partens skade.

avgjørelsen. Dette utgangspunktet følger uttrykkelig av utlendingsloven § 63, som bestemmer at utlendingsmyndighetene «kan» tilbakekalle oppholdstillatelser der nærmere betingelser er oppfylt. Som det fremgår av Ot.prp. nr. 4 (2004–2005) s. 15, har forvaltningen som utgangspunkt «ikke plikt til å omgjøre et vedtak selv om det har kompetanse til det».²⁴ Ordet «kan» må altså tolkes som en kompetanse – det vil si en evne til å treffe bindende avgjørelser, men også som en frihet – i betydningen fravær av påbud og forbud (i motsetning til plikt). Utlendingslovens utgangspunkt faller dermed sammen med utgangspunktet som gjelder på mange forvaltningsområder.²⁵

Jeg har så langt slått fast at det vil foreligge en omgjøringsrett for utlendingsmyndighetene der betingelsene for omgjøring foreligger. Helt fri vil imidlertid ikke omgjøringsadgangen alltid være: For visse typer feil eller forhold, må «kan» tolkes som «skal» eller «bør», eventuelt som «skal ikke» eller «bør ikke». Dersom tillatelsen for eksempel er gitt på grunnlag av feil identitet, følger det av RS-2012-009 punkt 11 at alle tillatelser med den gamle identiteten «som hovedregel» «skal» tilbakekalles. Men også dersom avgjørelsen i og for seg er fri for feil, kan etterfølgende forhold etter omstendighetene medføre en omgjøringsplikt: Dersom flyktningen har reist til hjemlandet i strid med forutsetningene for opphold i Norge, følger det av GI 03/2020 pkt. 3.3.5 at UDI i slike tilfeller «skal» fatte vedtak om tilbakekall. En permanent oppholdstillatelse til en flyktning kan ikke kalles tilbake etter utlendingsloven § 37 ifølge instruks GI 03/2020 punkt 3.3.

Det er forutsatt at modalitetsmarkøren «kan» i omgjøringsammenheng impliserer en plikt for forvaltningen til å foreta en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering av om enkeltvedtaket *bør* omgjøres.²⁶ Ulike momenter vil inngå i denne helhetsvurderingen. Blant annet vil det være av betydning om omgjøring vil være til den enkeltes gunst eller ugunst, tiden som har gått siden førstegangsavgjørelsen ble truffet, graden av klanderverdighet og innrettelse hos den private og feilens art.²⁷ De ulike momentene som helhetsvurderingen inviterer til, vil også gi veiledning for realitetsavgjørelsens innhold: Om fei-

24 Om det tilsvarende modalitetsskjønnet i utlendingsloven av 1988 fremgår det at «det er ikke 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 en tilbakekallsgrunn», se Ot.prp. nr. 46 (1986–1987) s. 77.

25 Se f.eks. Ot.prp. nr. 100 (2002–2003) s. 157 om mattilsynets beslagsadgang etter matl. § 23 (1), Ot.prp. nr. 45 (2007–2008) s. 35 om pbl, Prop. 139L (2014–2015) s. 79–80 om omgjøring på trygderettsfeltet, Ot.prp. nr. 41 (2004–2005) s. 233 om omgjøring etter statsborgerl. § 26 og NUT 1977:1 s. 52 om omgjøring av forurensningstillatelser.

26 Se blant annet Rt-1986-800 (s. 809–810), Rt-1995-738 (s. 741), Rt-2010-376 (40), Rt-2012-277 (27) og Rt-2011-111 (51). Fra lagmannsrettspraksis, se LB-2016-89668 og LH-2005-119464. Fra Sivilombudsmannspraksis kan nevnes SOMB-1996-46 og SOMB-2005-83. Synet fremgår også av forvaltningspraksis, se VMM-2015-2, TUDEP-2017-1253-25 og KMD 14/6631-7. På utlendingsfeltet kommer dette til uttrykk i blant annets UDIs skriv, f.eks. UDI-2010-012.

27 For praksis som eksplisitt angår kan-vurderingen, se SOM-2014-3496. Se også LH-2005-119464. Se i samme retning SOMB-2005-83, LG-2004-25685 og LB-2012-598. Disse momentenes betydning er også fremhevet i utredningen av ny forvaltningslov, kfr. Forvaltningslovutvalgets utredning (NOU 2019:5) s. 411. Etter min vurdering bør også avgjørelsens karakter og tilbakebetalings- og erstatningsbetraktninger også hensyntas, se nærmere Tøssebro, *Omgjøring* (2021) kapittel 9. Blant de nevnte momentene vil særlig skyldmomentet og innrettelseshensynet være av betydning på utlendingsfeltet. For så vidt gjelder skyldmomentet, fremgår det av Ot.prp. nr. 46 (1986–1987) s. 77 at det kan være større grunn til å reagere med et tilbakekall der myndighetene har blitt ført bak lyset på en planmessig og omstendelig gjennomført måte. Der utlendingen samvittighetsfullt har bidratt til å opplyse saken vil for eksempel eventuelle innrettelseshensyn veie tyngre enn der han har gitt misvisende eller direkte uriktige opplysninger.

len skal ratihaberes, om avgjørelsen helt eller delvis skal endres, og om en eventuell endring skal gis virkning for fortiden eller fremtiden.²⁸

De momentene som inngår i forvaltningens kan-skjønn vil langt på vei svare til den helhetsvurderingen som enkelte forfattere vil hevde inngår i ugyldighetsvurderingen.²⁹ Mine undersøkelser av domstolpraksis viser imidlertid at det er svært svak dekning for et slikt krav: For å statuere ugyldighet vil det være tilstrekkelig at det foreligger en rettslig feil eller mangel som har virket inn på avgjørelsens innhold, at den er vesentlig og/eller uforsvarlig.³⁰ Selv for saksbehandlingsfeil – der behovet for en helhetsvurdering formodentlig er størst, ettersom slike feil ikke nødvendigvis gjør avgjørelsen lovstridig eller uskjønnsom – finnes det flere eksempler der fvl. § 41 har blitt tolket antitetisk av domstolene.³¹ Avgjørelsen har med andre ord blitt regnet som «ugyldig» så lenge det foreligger en feil som har virket inn på avgjørelsens innhold, uten at det har blitt foretatt noen helhetsvurdering.

28 Se f.eks. Ot.prp. nr. 75 (2007–2008) s. 191, samt 137–138 om innrettelseshensynet.

29 Se bl.a. Eckhoff & Smith, *Forvaltningsrett* (2018) s. 475 (der uttrykket «interesseavveining» blir brukt), Backer, *Naturvern og naturinngrep* (1986) s. 810 og Shetelig, 'Saksbehandlingsfeil og ugyldighet: Betydningen av feils innvirkning på et forvaltningsvedtaks gyldighet' (2013) s. 267–268. Se for øvrig Frihagen, *Forvaltningsrett (bind 3)* (1992) s. 52, Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (2015) s. 489–490 og Grimstad & Halvorsen, *Forvaltningsloven i kommunene* (2011) s. 613. Synspunktet er særlig fremført i relasjon til fvl. § 41, der det har blitt argumentert for at fvl. § 41 ikke kan tolkes antitetisk, men må suppleres med en helhetsvurdering, se Boe, *Innføring i juss (bind 2)* (1993) s. 832. Erik Boe har hevdet at denne tolkningen følger av forarbeidene, men noen konkret henvisning blir ikke gitt. Jeg har ikke funnet klar støtte for Boes anførsel i mine kildeundersøkelser. En viss støtte kan finnes i Innst. O. nr. 2 (1966–1967) s. 16, der det fremgår at fvl. § 41 åpner opp for å trekke inn andre momenter, som «virkningen av ugyldighet og betydningen av at saksbehandlingsreglene på vedkommende saksområde håndheves særlig strengt».

30 Eksempelene der Høyesterett konstaterte ugyldighet uten å foreta en helhetsvurdering er mange: I Rt-1951-19 var avgjørelsen etter førstvoterendes syn «så urimelig og så stridende mot alminnelig samfunnsoppfatning» at den måtte «ansees rettsstridig og derfor erklæres ugyldig», se s. 24. I Rt-1998-1398 ble fvl. § 41 tolket antitetisk da førstvoterende i et *obiter dictum* uttalte at «[n]år tre av tretten medlemmer, herunder lederen, var inhabil, kan det imidlertid heller ikke være særlig tvilsomt at vedtaket må kjennes ugyldig også på dette grunnlag, jf. forvaltningsloven § 41». Førstvoterende fikk tilslutning fra de øvrige dommerne i saken. I Rt-2002-1298 hadde førstvoterende vanskelig for å se at illegalsen av en tvangsmulkt hadde hjemmel i oppdrettsloven § 17, og at loven hjemlet en ordning som stod i et problematisk forhold til Grl. § 96. Vedtaket var derfor ugyldig, se s. 1307–1308. I Rt-2009-354 var fylkesmannen avgjørelse om å stanse et pågående arbeid basert på feil forståelse av lovens ordlyd. Førstvoterende konkluderte med at vedtaket var ugyldig – uten å foreta en helhetsvurdering, se (66). I HR-2017-1258-A var metoden som ble anvendt for å verdsette slit og elde, ikke forenelig med lovens vilkår slik disse var utviklet i domstolpraksis: Vedtakene måtte derfor settes til side som ugyldige, se (89) og (111). I Rt-2011-948 oppfylte ikke et utvisningsvedtak lovens krav til forholdsmessighet etter utl. (1988) § 29. Vedtaket var av den grunn ugyldig, se (63) og (65). I Rt-2015-93 ble et utvisningsvedtak kjent ugyldig fordi det var uforholdsmessig, se (82). Se ellers den dissenterende dommers votum i HR-2017-2428-A, der en avgjørelse var ugyldig da den var i strid med SP, uten at det ble foretatt noen helhetsvurdering, se (137). Se også den dissenterende dommers votum i Rt-2012-2039, da begrunnelsen i vedtaket reiste betydelig tvil om riktig avveiningsnorm var anvendt: Vedtaket måtte da kjennes ugyldig, se (112). Se i samme retning Rt-1907-89.

31 I Rt-1983-1290 forelå det etter førstvoterendes syn slike feil ved behandlingen av en klage som kunne ha virket «bestemmende på innholdet» av avgjørelsen. Dette måtte etter flertallets syn føre til at «vedtaket kjennes ugyldig, jf. forvaltningsloven § 41». Avgjørelsen ble avsagt under dissens 4–1. Etter mindretallets syn var kvalifikasjonskravet ikke oppfylt, se s. 1298. Se også Rt-1998-1398 behandlet ovenfor og mindretallets votum i HR-2017-2247-A (141).

I forvaltningslovens forarbeider er det oppstilt en klar forutsetning om at ugyldighetslæren skal spinnes over domstolpraksis.³² Dersom forvaltningslovens forarbeider skal tas på alvor, er det kun ved svært sterke anstrengelser at et krav om en helhetsvurdering lar seg oppstille.³³ I forbindelse med mine undersøkelser av domstolpraksis har jeg bare funnet ett eksempel der Høyesterett faktisk foretar en helhetsvurdering som ledd av en ugyldighetsvurdering,³⁴ nemlig i HR-2016-2017-A. Spørsmålet i saken var om henvisningen til «alminnelige forvaltningsrettslige regler» i utlendingsloven § 63 medførte at forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c gjaldt uavkortet der avgjørelsen bygde på uriktig faktum. Førstvoterende, som fikk tilslutning fra tre andre dommere, bemerket i avsnitt 73: «Som jeg allerede har slått fast, hefter det en innholdsmangel ved vedtak som hviler på et uriktig faktisk grunnlag. Forvaltningsrettens klare utgangspunkt er at slike innholdsmangler medfører ugyldighet. Noen helt unntaksfri regel er dette likevel ikke, og det enkelte vedtak må vurderes konkret. Når det er aktuelt å statuere ugyldighet til ugunst for parten, har det blant annet betydning hvor lang tid som har gått og i hvilken grad parten har innrettet seg etter vedtaket, se Eckhoff/ Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utgave, 2014 side 463».

Utover en enkel henvisning til juridisk teori, ble synspunktet ikke begrunnet. Uttalelsen ble gitt som et *obiter dictum* med særlig sikte på lagmannsrettens videre behandling av saken.³⁵ Selv om ordbruken indikerer at vurderingsnormen var ment å gjelde generelt, ble avgjørelsen avsagt på et rettsområde der hensynet til parten gjør seg særlig gjeldende. Det er dermed ikke gitt at den uten videre kan legges til grunn for andre sakstyper. Siden saken gjaldt en bestemt type ugyldighetsgrunn, er det dessuten usikkert om kravet også vil gjelde for andre typer feil der andre hensyn gjør seg gjeldende. Etter min vurdering er det derfor usikkert om det kan trekkes slike drastiske generelle konklusjoner som denne enkeltavgjørelsen ellers kan friste til. Dersom avgjørelsesmaterialet vurderes under ett, foreligger det ingen langvarig og entydig domstolpraksis som tilsier at det gjelder et ulovfestet tilleggskrav om en helhetsvurdering i ugyldighetsvurderingen.³⁶

Ettersom en helhetsvurdering gjør det mulig å sikre konkrete rimelighetshensyn i større grad enn det mer rigide ugyldighetsgrunner kan tillate, vil behovet for å inkorporere en helhetsvurdering i ugyldighetslæren være sterkest der domstolene kan

32 Ot.prp. nr. 3 (1976–1977) s. 98. Se også Innst. O. nr. 2 (1966–1967) s. 16.

33 Se henvisningene i fotnote 28 og 29.

34 Utenom HR-2016-2017-A, har Siri K. Venemyr i tillegg funnet én avgjørelse som tilsier at det må oppstilles en helhetsvurdering, nemlig Rt-1992-1700. Men ettersom saken gjaldt en pønal reaksjon som ble behandlet etter straffeprosesslovens regler, kan det diskuteres om saken har særlig overføringsverdi til forvaltningsrettens område.

35 Slik Høyesteretts ankeutvalg hadde skåret til saken, falt det utenfor Høyesteretts oppgave å foreta en helhetsvurdering. Det ble forutsatt at denne måtte gjøres av lagmannsretten ved den nye behandlingen av saken. Ved lagmannsrettens fornyede vurdering, LB-2016-164672, ble det foretatt en helhetsvurdering. Men i lys av Høyesteretts klare føringer om at en slik vurdering skulle foretas, er dette ikke spesielt iøynefallende. Et bedre eksempel på at lagmannsretten uoppfordret foretar en helhetsvurdering, er LH-2005-119464. I denne saken kan det imidlertid fremstå som uklart om lagmannsretten behandler kravene som stilles til forvaltningens utøvelse av kan-skjønn.

36 Flere og ytterligere argumenter blir behandlet i *Omgjøring* (2021) punkt 4.3.1

treffe realitetsvedtak: På forvaltningens hånd vil en helhetsvurdering konsumeres av forvaltningens «kan»-skjønn, som impliserer en plikt til å foreta en vurdering der de samme momentene inngår (se over).

4. Avsluttende betraktninger

Farida-saken illustrerer forvaltningen vide omgjøringsadgang: Det foreligger nærmest en ubegrenset rett til å vurdere en sak på ny og i den forbindelse ratihabere eventuelle feil ved en avgjørelse før resultat på ny stadfestes. Dermed vil parten måtte bære belastningen med klage og/eller søksmål i en uendelig regress.

I 2012 ble det foreslått at UNE skulle legges ned, og at klagebehandlingen skulle overføres til en forvaltningsdomstol.³⁷ Men ettersom regressproblematikken først og fremst er en følge av forvaltningens vide revurderings- og omgjøringsadgang, vil problemene antagelig ikke løses ved å endre den institusjonelle tilhørigheten og/eller navnet på vedtaksmyndigheten.

En mer nærliggende tilnærming vil være å vedta regler som innsnevrer forvaltningens adgang til å vurdere en sak på ny. Straffeprosessloven § 393 gir en svært snever adgang til å gjenoppta en sak som er bindende avgjort til skade for siktede. Særlig der det har gått lang tid, eller der forvaltningen har forsømt sin utrednings- eller begrunnelsesplikt, kan det være nærliggende å operere med en hevet terskel for at saken skal kunne vurderes på ny med et negativt utfall for den enkelte.

³⁷ Dokument 8:127 S (2011–2012) s. 4.

FENGSELSRETT