

Eget tiltak – Justis- og beredskapsdepartementets behandling av UDIs praksisforeleggelse om Somaliaporteføljen og tolkningsendringen i rundskriv GI-05/2020

18.8.2021 (2020/766)

Saken gjelder Justis- og beredskapsdepartementets instruks om behandlingen av søknader om permanent oppholdstillatelse fra søkere som hadde midlertidig oppholdstillatelse som flyktning. Instruksen gjaldt på hvilket tidspunkt vilkåret om at det fortsatt forelå beskyttelsesbehov måtte være til stede. Ved instruksen ble tidspunktet endret fra søknadstidspunktet til vedtakstidspunktet, og dette gjaldt også allerede innkomne søknader.

Bakgrunnen for Sivilombudets sak var at Utlendingsdirektoratet (UDI) i juli 2019 ba Justis- og beredskapsdepartementet om tilslutning til å rette seg etter Utlendingsnemndas (UNEs) vurdering av tidspunkt for endringer i sikkerhetssituasjonen i Mogadishu, Somalia. UNE hadde kommet til at endringene var tilstrekkelig vesentlige og varige til å begrunne opphør av beskyttelse for flyktninger fra og med 27. mars 2017. Tidspunktet hadde betydning for rundt 1400 saker der det skulle vurderes om den midlertidige oppholdstillatelsen skulle kalles tilbake fordi behovet for beskyttelse var bortfalt (Somaliaporteføljen) og søknad om permanent oppholdstillatelse avslås. I påvente av avklaring av tidspunktet var søknadene om permanent oppholdstillatelse i denne porteføljen stilt i bero.

De aller fleste søknadene om permanent oppholdstillatelse var kommet inn før 27. mars 2017. I henvendelsen (praksisforeleggelsen) varslet derfor UDI departementet om at tidspunktet ville innebære at få av sakene i Somaliaporteføljen ville ende med tilbakekall av flyktningstatus.

I mars 2020 ga departementet tilslutning til at tidspunktet 27. mars 2017 skulle legges til grunn. Samme dag ga departementet instruks GI-05/2020 om at situasjonen på søknadstidspunktet ikke lenger skulle legges til grunn for søknader om permanent oppholdstillatelse fra flyktninger der beskyttelsesbehovet revurderes. Instruksene innebar at de fleste av sakene i Somaliaporteføljen, motsetning til det UDI varslet om, ville kunne ende med opphør av flyktningstatus.

Saken for Sivilombudet gjelder også spørsmålet om tiden det tok å besvare spørsmålet fra UDI om 27.mars 2017 kunne legges til grunn, oppfylte kravene til saksbehandlingstid i forvaltningsloven § 11 første ledd.

Instruks GI-05/2020 endret en fast og langvarig praksis i utlendingsforvaltningen til ugunst for de søkerne den gjelder. Den ble gjort gjeldende også for et stort antall søknader som allerede var kommet inn og der søkere med kunnskap om myndighetenes praksis hadde grunn til å tro at de ville få permanent oppholdstillatelse.

Etter Sivilombudets syn er det flere momenter som taler for at tidligere forvaltningspraksis var så fast, langvarig og

omfattende at den var blitt rettslig bindende. Det er derfor begrunnet tvil om departementet kunne endre praksis uten å gå veien om lov- eller forskriftsendring. Departementet har uansett ikke utredet tilstrekkelig om tidligere forvaltningspraksis hadde en slik bindende karakter.

Etter Sivilombudets syn har departementet ikke oppgitt noen tilfredsstillende saklig grunn til å legge ulikt vurderingstidspunkt i samme bestemmelse til grunn for forskjellige grupper av søkere. Uten en bedre begrunnelse for at riktig vurderingstidspunkt etter utlendingsloven § 60 første ledd bokstav b, skal tolkes ulikt for flyktninger der beskyttelsesbehovet revurderes og andre som søker permanent oppholdstillatelse, er Instruks GI-05/2020 etter Sivilombudets syn i strid med kravene til likebehandling.

Sivilombudet kan ikke se at hensynet til forutberegnelighet og innrettelse ble tilstrekkelig utredet og hensyntatt ved avgjørelsen om at instruksen også skulle gjelde for søknader som allerede var innkommet. Sivilombudet mener det derfor er begrunnet tvil om instruksen kunne gjøres gjeldende for allerede innkomne søknader.

Etter Sivilombudets syn var arbeidet med de tolkningsspørsmål departementet mente praksisforeleggelsen reiste, ikke tilstrekkelig saklig grunn til å forsinke sakene i Somaliporteføljen ytterligere 8 måneder. Behandlingstiden innebar et brudd på kravene i forvaltningsloven § 11 a første ledd for disse sakene.

På bakgrunn av saken ber Sivilombudet departementet om å vurdere tolkningsinstruks GI-16/2020 (som nå har erstattet GI-05/2020) på nytt. Departementet må sikre likebehandling av saker som omfattes av utlendingsloven § 62 første ledd bokstav b. En eventuell ny instruks som gjelder alle saker etter bestemmelsen, forutsetter en grundigere vurdering av om forvaltningspraksis på området er til hinder for en instruks med samme innhold som den som er gitt. Det bes om en tilbakemelding på hvordan departementet vil følge opp saken innen 8. oktober 2021.

Sakens bakgrunn

I uttalelse 3. september 2019 (SOM-2018-2956) uttalte Sivilombudet seg om Utlendingsdirektoratets (UDIs) behandling av en søknad om permanent oppholdstillatelse fra en somalisk statsborger. Søknaden var ikke ferdig behandlet og hadde da vært til behandling i nesten fire år. En viktig grunn til den lange behandlingstiden var at UDI før behandlingen av søknaden måtte vurdere om søkerens flyktningstatus og oppholdstillatelse etter utlendingsloven (utl.) § 37 første ledd bokstav e skulle opphøre som følge av endringer i situasjonen i Somalia.

At det skulle gjennomføres en slik opphørsvurdering fulgte av Justis- og beredskapsdepartementets *Instruks GI-04/2016 om opphør og tilbakekall av flyktningstatus og oppholdstillatelse når beskyttelsesbehovet er bortfalt, jf. utl. § 37 første ledd bokstav e og f (senere erstattet av de reviderte instruksene GI-14/2016, GI-03/2019 og någjeldende GI-15/2020)*. Opphørsvurderingen ville igjen kunne ha betydning for vurderingen etter utlendingsloven (utl.) § 62 første ledd bokstav b om at utlendingen for å få permanent oppholdstillatelse fortsatt måtte oppfylle vilkårene for den midlertidige oppholdstillatelsen. Instruksen gjaldt bare der grunnlaget for den midlertidige oppholdstillatelsen var beskyttelsesbehov (utl. § 28) og opphørsvurdering ble foretatt.

Kravet om at behovet for beskyttelse skulle vurderes på nytt, ble ansett å omfatte alle søkere fra Somalia som hadde fått innvilget beskyttelse før 1. oktober 2014, jf. UDIs instruks UDI-2016-013. UDI har opplyst at de har hatt omkring 1400 slike saker til behandling. Disse utgjør den såkalte Somaliaporteføljen.

I sitt svar på Sivilombudets undersøkelsesbrev i den konkrete saken, opplyste UDI at hovedgrunnen til forsinkelsen i arbeidet med den aktuelle saken og med Somaliaporteføljen var kapasitetsproblemer på grunn av store restanser i gruppen av saker som gjaldt tilbakekall av flyktningstatus og oppholdstillatelse (tilbakekallsporteføljen). Slike saker hadde bygget seg opp i

UDI etter den markerte økningen i asyltilstrømningen i 2015. En annen grunn til at arbeidet hadde tatt lang tid, var uavklart praksis for når endringene i sikkerhetssituasjonen i Mogadishu ble ansett tilstrekkelig vesentlig og varig til å kunne begrunne opphør av flyktningsstatus. UDI hadde prioritert å behandle saker som kunne være egnet til å gi Utlendingsnemnda (UNE) grunnlag for å etablere en avklarende praksis om hva som skulle være det avgjørende tidspunktet.

I juli 2019 kom UNE med en avklaring av hvilket tidspunkt som skulle legges til grunn (praksisavklaring). UNE anså 27. mars 2017 som skjæringstidspunkt for når forholdene i Mogadishu var endret i en slik grad at det kunne begrunne opphør av flyktningsstatus og tilbakekall av midlertidig oppholdstillatelse, jf. vilkårene i utl. § 37 første ledd bokstav e og f. UNE informerte Justis- og beredskapsdepartementet om avklaringen av tidspunktet i brev 12. juli 2019.

I samsvar med departementets instruks GI-23/2010 om krav til praksisavklaringer, forela UDI avklaringen om skjæringstidspunktet fra UNE i brev 16. juli 2019 for departementet til godkjenning. I brevet gjorde UDI departementet oppmerksom på at avklaring av tidspunktet angår en stor gruppe personer som har vært i en uavklart situasjon over lang tid, og at det derfor var ønskelig med en rask tilbakemelding fra departementet. UDI anbefalte at praksis ble endret i tråd med UNEs praksis, da de mente «det ville stride mot god forvaltningsskikk å ha en mer restriktiv praksis enn det som er etablert praksis i UNE».

UDI opplyste at majoriteten av søknadene i Somaliaporteføljen ble fremsatt før 27. mars 2017 og viste videre til at «[d]et følger av fast forvaltningspraksis at en person har rettskrav på permanent oppholdstillatelse dersom han eller hun fylte vilkårene etter utlendingsloven § 62 på søknadstidspunktet». Dette innebar ifølge UDI at det i Somaliaporteføljen ville «potensielt bli få personer som ender opp med å få tillatelsen sin tilbakekalt (opphør) etter utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e». De aller fleste ville dermed få innvilget permanent oppholdstillatelse.

I brev til Sivilombudet 20. desember 2019 fremkommer det at UDI ikke kom til å behandle den konkrete søknaden som var tema i uttalelsen i Sivilombudets sak 2018-2956, før departementets svar på UDIs henvendelse forelå. Slikt svar ble gitt ved to instruks 20. mars 2020.

I GI-06/2020 samtykket departementet til UDIs forslag i praksisforeleggelsen om å legge 27. mars 2017 til grunn som tidspunkt for når forholdene i Mogadishu var endret i en grad som kunne begrunne opphør av flyktningsstatus og oppholdstillatelse, slik det fulgte av UNEs praksisavklaring.

I GI-05/2020 instruerte departementet UDI om å endre gjeldende praksis knyttet til utlendingsloven § 62:

«Formålet med instruksen er å klargjøre hvilket skjæringstidspunkt som skal legges til grunn ved vurderingen av om en utlending «fortsatt oppfyller vilkårene for en midlertidig oppholdstillatelse som danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse», jf. utl. § 62 første ledd bokstav b. Instruksen får kun anvendelse i saker som behandles etter instruks GI-03/2019 – revidert instruks om opphør og tilbakekall av flyktningsstatus og oppholdstillatelse når

beskyttelsesbehovet er bortfalt, jf. utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e og f og hvor utlendingen har søkt om permanent oppholdstillatelse.»

Den konkrete instruksjonen var utformet slik:

«1. Ved vurderingen av om en utlending fortsatt oppfyller vilkårene for en midlertidig oppholdstillatelse som danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse etter utl. § 62 første ledd bokstav b, skal situasjonen på vedtakstidspunktet legges til grunn i saker som behandles etter instruks GI-03/2019.

2. Instruksjonen her gjelder også for allerede innkomne søknader om permanent oppholdstillatelse som er ubehandlet på tidspunktet for instruksens ikrafttredelse, med mindre UDI anser at den konkrete saken ikke er forberedt og avgjort uten ugrunnet opphold, jf. fvl. § 11 a første ledd.»

Instruksjonen innebar at situasjonen på søknadstidspunktet ikke lenger skulle legges til grunn når man vurderte om vilkårene for permanent oppholdstillatelse var oppfylt. I stedet skulle vedtakstidspunktet være avgjørende. Departementet baserte instruksjonen på en endret tolkning av utlendingsloven § 62 første ledd bokstav b. Ved å henvise til at instruksjonen bare gjaldt saker som behandles etter instruks GI-03/2019, ville tolkningsendringen bare gjelde saker hvor tidligere oppholdstillatelse var gitt på grunnlag av flyktningsstatus og denne statusen ble revurdert, og ikke oppholdstillatelser på annet grunnlag.

Instruksjonen tilsa at sakene i Somaliaporteføljen ville kunne ende med opphør av flyktningsstatus selv om søkerne ut fra gjeldende praksis til da sammenholdt med UNEs fastsettelse av skjæringstidspunktet til 27. mars 2017, ville hatt rett til permanent oppholdstillatelse. Dette som følge av at instruksjonen flyttet vurderingstidspunktet for om beskyttelsesbehov fortsatt forelå, fra søknadstidspunktet – som i det store flertallet av sakene var før skjæringstidspunktet 27. mars 2017 – til et fremtidig vedtakstidspunkt som nødvendigvis ville være etter 27. mars 2017.

I praksis ble likevel ikke resultatet slik. Per 6. november 2020 hadde UDI ifølge departementet behandlet totalt 1363 Somalia-saker etter instruks GI-03/2019 (nå GI-15/2020). De fleste av søkerne er etter telefonopplysninger fra UDI, innvilget permanent oppholdstillatelse. Dette skyldes at UDI anså at behandlingstiden hadde vært i strid med forvaltningsloven § 11 a første ledd, og at sakene derfor falt utenfor virkeområdet for instruksjonen om tolkningsendring, se instruksens pkt. 2 referert over.

Sivilombudet har likevel funnet grunn til å ta opp flere sider av departementets fremgangsmåte i den aktuelle saken.

Våre undersøkelser

Etter svaret fra UDI om at søknaden fremsatt av klageren i SOM-2018-2956 ikke ville bli behandlet før departementet hadde avklart om UDI skulle legge skjæringstidspunktet fra UNEs praksis til grunn ved sin saksbehandling, ba vi i brev 22. januar 2020 departementet om å redegjøre for hvorfor brevet fra UDI ennå ikke var blitt besvart og når svar ville foreligge.

Departementet svarte i brev 12. februar 2020 at det særlig var «behovet for interne utredninger og avklaringer, bl.a. knyttet til mulige regelverksendringer og disses ev. anvendelse på porteføljen» som var årsaken til at svar ennå ikke var gitt.

På bakgrunn av departementets svar, spurte vi i brev 18. februar 2020 om hvilke mulige regelverksendringer som var utredet og om departementet mente endringene ville kunne få betydning for behandlingen av søknader om permanent oppholdstillatelse fremsatt før 27. mars 2017. Vi spurte også om utredningen av de mulige regelverksendringene kunne anses som et grunnnet opphold ved behandlingen av søknaden som var fremsatt 24. september 2015 fra klageren i SOM-2018-2956 og øvrige søknader om permanent oppholdstillatelse i Somaliaporteføljen, jf. forvaltningsloven § 11 a første ledd.

Departementet svarte i brev 10. mars 2020 at de ikke ønsket å uttale seg nærmere om hvilke konkrete regelverksendringer som var utredet, da det foreløpig dreide seg om interne forslag som ikke var besluttet gjennomført. De kunne likevel opplyse at deler av arbeidet hadde bestått i å utrede om de mulige endringene skulle fastsettes i lov, forskrift eller i form av en instruks til UDI (om lovtolkning, jf. utlendingsloven § 76 annet ledd). Det hadde gått med tid til interne foreleggelse mellom departementsavdelinger. Videre hadde det blant annet vært vanskelige avveininger av om de mulige regelverksendringene ville kunne ha betydning for denne store gruppen personer som hadde vært i en uavklart situasjon over lang tid. Utredningene og avklaringene, med både tidligere og nåværende politisk ledelse i departementet, var hovedårsaken til at det hadde tatt vesentlig lenger tid enn «normalfristen» på åtte uker, jf. GI-22/2010. Departementet understreket at arbeidet med å besvare praksisforeleggelsen hadde høy prioritert, og at den ville bli besvart så snart som mulig.

Departementet mente videre at tiden som var gått med til utredningene utgjorde et grunnnet opphold som var helt nødvendig for å kunne besvare praksisforeleggelsen. Departementet bemerket at instruksene som ble gitt i 2016 om opphør og tilbakekall av flyktingstatus og midlertidig oppholdstillatelse når beskyttelsesbehovet bortfalt, hadde vært en omlegging av langvarig forvaltningspraksis på utlendingsfeltet, og at det derfor oppsto et særskilt behov for utredning knyttet til UDIs praksisforeleggelse. Departementet kommenterte ikke hvorfor behovet først oppsto såpass lenge etter instruksene fra 2016.

På spørsmålet om de aktuelle regelendringenes betydning for behandlingen av søknader om permanent oppholdstillatelse fremsatt før 27. mars 2017, svarte departementet at regelendringer generelt kan gis virkning for allerede innkomne søknader som ikke er ferdigbehandlet på tidspunktet regelendringen trer i kraft.

Dersom bruk av nye og strengere regler er muliggjort ved at saksbehandlingstiden er ulovlig lang, må søknadene likevel behandles etter de gamle reglene. Spørsmålet om det foreligger ulovlig lang behandlingstid, måtte vurderes konkret i hver enkelt sak.

Etter at Sivilombudet ble kjent med instruksene som var gitt 20. mars 2020, fant vi grunn til å stille ytterligere spørsmål til departementet.

Spørsmålene gjaldt sammenhengen mellom de mulige regelendringene departementet hadde opplyst at de arbeidet med og instruksene om endret praksis, samt årsaken til oppstart av

arbeidet med regelendringer. Vi spurte videre om hvorfor tolkningsendringen bare skulle gjelde søkere omfattet av GI-03/2019 (nå GI-15/2020), og ikke for andre som søker om permanent oppholdstillatelse, dvs. på andre grunnlag enn flyktningstatus. Det ble også stilt spørsmål om hvor fast og langvarig gjeldende praksis var og om den hadde fått karakter av rettsregel.

Departementets svar på den siste undersøkelsen er innarbeidet nedenfor under Sivilombudets syn på saken.

Sivilombudets syn på saken

Innledning

Det sentrale spørsmålet for Sivilombudet var i utgangspunktet departementets behandlingstid for praksisforeleggelsen fra UDI. Departementets henvisning til arbeidet med regelverksendringer som begrunnelse for behandlingstiden, ledet til spørsmålet om arbeidet med regelverksendringer var saklig grunn for at UDI skulle avvente med behandling av søknadene i Somaliaporteføljen med over åtte måneder, jf. kravene til behandlingstid i forvaltningsloven § 11 a første ledd. Etter at departementet samme dag som praksisforeleggelsen ble besvart, instruerte UDI om endret vurderingstidspunkt for vilkårene for permanent oppholdstillatelse i utl. § 62 første ledd bokstav b, ble saken for Sivilombudet utvidet til å også omhandle departementets endrede lovtolkning i instruks GI-05/2020, og spørsmål i forlengelse av dette.

For det første er det spørsmål om det var tilstrekkelig rettslig grunnlag for innholdet i instruksen. Departementet kunne bare gi en slik instruks dersom en slik endring av praksis var basert på en lovtolkning som er i samsvar gjeldende rett. Slik saken ligger an, er dette først og fremst et spørsmål om betydningen av den forutgående forvaltningspraksis der søknadstidspunktet var avgjørende. Spørsmålet er nærmere bestemt om denne forvaltningspraksisen hadde vært så fast og langvarig at en eventuell endring, uavhengig av hva som ellers måtte følge av loven, måtte skje ved lov eller forskriftsendring, se pkt. 3.2 og 3.3. Innholdet i instruksen reiser også spørsmål om det rettslige grunnlaget for at den endrede lovtolkningen instruksen var basert på bare ble gjort gjeldende for en bestemt gruppe saker, og om dette var i strid med prinsipper om likebehandling, se pkt. 3.4.

Videre reiser saken spørsmål om departementets saksbehandling. Det gjelder spørsmålet om instruksen var resultat av en tilstrekkelig forsvarlig utredning og saksbehandling. Det dreier seg både om den lovforståelse instruksen bygget på og om den eksisterende forvaltningspraksis burde føre til at det ble gitt en eller annen form for forhåndsvarsel. Under forutsetning av at endringen av vurderingstidspunktet var lovlig, er det etter ombudets syn også spørsmål om instruksen kunne gis virkning for allerede innkomne søknader. Disse spørsmålene er behandlet i pkt. 4.

Avslutningsvis behandles spørsmålet om departementets arbeid med regelendringer var saklig grunn til å vente med å svare på praksisforeleggelsen fra UDI om sikkerhetssituasjonen i

Somalia, eller om departementets lange saksbehandlingstid var i strid med forvaltningsloven § 11 a om saksbehandlingstid, se pkt. 5.

Før behandling av de nevnte spørsmålene i pkt. 3 – 5, gis det i pkt. 2 en kort beskrivelse av reglene om midlertidig og permanent oppholdstillatelse i asylsaker, samt noen rettslige utgangspunkter for departementets instruksjonsadgang.

Noen rettslige utgangspunkter

Midlertidig og permanent oppholdstillatelse i asylsaker

Når en utlending har krav på beskyttelse (asyl) etter utlendingsloven § 28 første ledd, har vedkommende rett til å få innvilget en midlertidig oppholdstillatelse, jf. utl. § 60 første ledd. En slik tillatelse gjelder for et tidsrom på inntil fem år (tre år før lovendringen vedtatt 11. desember 2020) og kan fornyes. Innvilgelse av beskyttelse innebærer at utlendingen får status som flyktning.

For å få en permanent oppholdstillatelse med rett til varig opphold var grunnvilkåret frem til 18. desember 2020 at utlendingen har oppholdt seg i Norge i tre år med midlertidig oppholdstillatelse som danner grunnlag for permanent tillatelse, jf. utlendingsloven § 62 første ledd. (Botidskravet ved oppholdstillatelser i medhold av § 28 og § 38 ble hevet fra tre til fem år i lovendring vedtatt av Stortinget 11. desember 2020.) I tillegg må utlendingen oppfylle vilkårene i første ledd bokstav a-f. Et av disse vilkårene er at utlendingen fortsatt oppfyller vilkårene for en midlertidig oppholdstillatelse, jf. bokstav b. Der den midlertidige tillatelsen var begrunnet med behov for beskyttelse, må altså beskyttelsesbehovet fortsatt være til stede.

Inntil 2016 ble det normalt ikke foretatt noen revurdering av beskyttelsesbehovet ved behandlingen av søknader om permanent oppholdstillatelse. Ved departementets instruks GI-04/2016 ble det derimot som nevnt bestemt at det skal foretas en revurdering av beskyttelsesbehovet der det foreligger indikasjoner på at beskyttelsesbehovet ikke lenger er til stede. I så fall skal det opprettes egen sak om opphør/tilbakekall av flyktningstatus og oppholdstillatelse.

Utlendinger som hadde rett til permanent oppholdstillatelse var ikke omfattet av instruksens om revurdering, og opphør/tilbakekall var derfor ikke aktuelt for disse. I instruks GI-03/2019, som avløste instruksens fra 2016, var dette presisert slik:

«Utlendinger som har rett til permanent oppholdstillatelse omfattes ikke av instruksens. I henhold til forvaltningspraksis vil en utlending som på søknadstidspunktet fortsatt fyller vilkårene for en midlertidig oppholdstillatelse som danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse, jf. utl. § 62 første ledd bokstav b, kunne ha rett til permanent oppholdstillatelse, så fremt de øvrige vilkårene i § 62 er oppfylt. Etter lovens § 62 kreves det bl.a. tre års botid. I dag kan en utlending i utgangspunktet påregne varig opphold i Norge etter tre års opphold med midlertidig tillatelse som danner grunnlag for permanent tillatelse.»

En revurdering av beskyttelsesbehovet foretas ut fra bestemmelsen om opphør av flyktningstatus i utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e. Etter bestemmelsen kan

flyktningstatus opphøre og oppholdstillatelse kalles tilbake dersom forholdene som førte til at utlendingen ble anerkjent som flyktning og fikk midlertidig oppholdstillatelse, ikke lenger er til stede. Det kreves at endringene er vesentlige og av en viss varighet.

Etter fast og langvarig praksis for behandling av søknader om permanent oppholdstillatelse, ble vurderingen av om utlendingen fortsatt oppfyller vilkårene for midlertidig tillatelse, jf. § 62 første ledd bokstav b, foretatt ut fra forholdene på søknadstidspunktet, eventuelt senere dersom dette var til gunst for søkeren, se nærmere om dette i pkt. 3. Det hadde derfor ikke noen betydning om grunnlaget for den midlertidige tillatelsen bortfalt mellom søknads- og vedtakstidspunktet.

Departementets instruks fra 20. mars 2020, GI-05/2020, nevnt ovenfor, innebar at denne praksisen ble endret. I saker hvor det foretas revurdering av beskyttelsesbehovet etter instruks GI-04/2016 og senere instruks, er det avgjørende om utlendingen fortsatt oppfyller vilkårene for midlertidig tillatelse på det tidspunkt det fattes vedtak i saken om permanent oppholdstillatelse. En konsekvens av dette er at det ikke vil bli gitt permanent oppholdstillatelse i saker der beskyttelsesbehovet er bortfalt før det er fattet vedtak i saken om permanent oppholdstillatelse.

Departementets adgang til å instruere om lovtolkning

Et overordnet departement har i alminnelighet full adgang til å styre underliggende etater, herunder å instruere om lovtolkning. Instruksjonsadgangen hviler på Grunnloven § 3, og sedvanerett, jf. Graver, Alminnelig forvaltningsrett (5. utg. 2019), side 178 flg. På utlendingsfeltet følger instruksjonsadgangen også motsetningsvis av utlendingsloven § 76 annet ledd som bestemmer at departementets alminnelige instruksjonsadgang ikke gir adgang til å instruere om avgjørelsen i enkeltsaker.

Instruksjonsadgangen er vid. I forarbeidene til utlendingsloven, Ot.prp.nr.75 (2006-2007), særmerknaden til § 76, er det presisert at departementet kan gi UDI generelle instruksjoner om skjønnsutøvelse, saksbehandling, prioriteringer og lovtolkning.

En generell instruks om hvilken lovtolkning som skal følges, forutsetter at tolkningen er innenfor lovens ramme. Lovtolkning foretas ut fra allment aksepterte rettskilder, og tolkningsprinsippene i rettskildelæren.

En tolkningsendring vil normalt være et resultat av en oppfatning om at tidligere tolkning er feil. I slike tilfeller vil enhver rettsanvender ha plikt til å rette seg etter den nye og korrekte tolkningen.

Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor loven åpner for at forvaltningen har adgang til å velge ulike alternativer innenfor lovens ramme. For eksempel kan det i noen tilfeller være akseptabelt at forvaltningen praktiserer lempeligere krav eller vilkår enn det loven stiller opp som krav eller vilkår for at en søker skal ha et ubetinget rettskrav. I slike tilfeller kan det også tenkes at den lempelige tolkningspraksisen på et tidspunkt kan skjerpes. Dette vil imidlertid forutsette at den etablerte forvaltningspraksisen ikke har fått en rettslig bindende karakter. I så fall vil en endring av praksis forutsette at loven endres.

Dersom den samme lovbestemmelsen skal praktiseres forskjellig for ulike sakstyper, må det foreligge et grunnlag for en slik forskjellsbehandling i rettskildene eller i saklige forskjeller mellom sakstypene. Noe annet vil kunne innebære en usaklig forskjellsbehandling, jf. HR-2007-397-A og HR-2019-273-A.

Det rettslige grunnlaget for tolkningsendringen i instruks GI-05/2020

Departementets syn på det rettslige grunnlag for instruksens

Bakgrunnen for instruksens og departementets syn på instruksens rettslige grunnlag er omtalt i instruksens pkt. 2.

Departementet viser til at det er manglende samsvar mellom utlendingslovens forarbeider og den praksis som er fulgt i utlendingsforvaltningen om å legge søknadstidspunktet til grunn ved vurderingen av vilkåret i utl. § 62 første ledd b. Det vises til Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) der det i særmerknaden til § 62 er sagt at «Vilkårene for oppholdstillatelse – både midlertidig og permanent – må være oppfylt på vedtakstidspunktet». Det vises også til at «ordlyden i utl. § 62 første ledd bokstav b, om at utlendingen 'fortsatt' må oppfylle vilkårene for en midlertidig oppholdstillatelse som danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse, er godt forenelig med et slikt standpunkt, dvs. at vedtakstidspunktet skulle legges til grunn.». I tillegg legger departementet til grunn at det ut fra pkt. 11.2 i samme proposisjon ser ut til at de faktiske omstendighetene på vedtakstidspunktet skulle legges til grunn ved søknad om bosettingstillatelse etter utlendingsloven av 1988, og at det ikke fremgår av proposisjonen at det ble tatt sikte på å endre denne rettstilstanden.

Departementet viser til at praksis i både UDI og UNE lenge har vært å legge søknadstidspunktet til grunn for når vilkårene etter utl. § 62 første ledd bokstav b må være oppfylt, og at departementet også selv har vist til denne praksisen. Ifølge departementet er det derved manglende samsvar mellom lovens forarbeider og praksis i utlendingsforvaltningen.

Departementet bemerker avslutningsvis at betydningen av hvilket skjæringstidspunkt som legges til grunn først kom på spissen etter at departementet instruerte UDI om å opprette sak om opphør og tilbakekall av flyktningsstatus og midlertidig oppholdstillatelse etter utl. § 37 dersom beskyttelsesbehovet er bortfalt.

Etter spørsmål fra ombudet om det kun var ett riktig tolkningsalternativ for hvilket faktumtidspunkt som skal legges til grunn, viste departementet til det forarbeidene sa om vedtakstidspunktet. Da dette ikke hadde kommet direkte til uttrykk i lovbestemmelsen, mente imidlertid departementet at utlendingsforvaltningens langvarige og uttalte praksis medførte at også søknadstidspunktet lovlig kan legges til grunn for tolkningen.

Departementet ga videre uttrykk for at forvaltningspraksis, sett hen til den uttrykkelige forutsetningen i lovforarbeidene, ikke var av en slik karakter at den måtte anses bindende.

Ombudet forstår departementet slik at det mener at utlendingsloven § 62 første ledd bokstav b i dag åpner for både søknadstidspunktet og vedtakstidspunktet som lovlige vurderingstidspunkt for det faktiske beskyttelsesbehovet. Bestemmelsen er etter departementets syn derfor ikke til

hinder for at forvaltningen brukte søknadstidspunktet som vurderingstidspunkt, selv om riktig tolkning slik departementet ser det i dag, er at vedtakstidspunktet er avgjørende – i alle fall for saker om revurdering av beskyttelsesbehov for flyktninger.

Betydningen av den aktuelle forvaltningspraksis

Spørsmålet i det videre er om den forvaltningspraksis som forelå var til hinder for å anse forholdene på vedtakstidspunktet som avgjørende.

Om forvaltningspraksisen er blitt rettslig bindende beror på en konkret vurdering av praksisen og det øvrige rettskildelildet. Ifølge Høyesterett vil vekten av forvaltningspraksis blant annet bero på hvor fast, langvarig og omfattende praksis er. Som omtalt i Eckhoff/Helgesen, Rettskildelære (5. utg.) s 233 flg. og Høgberg/Sunde, Juridisk metode og tenkemåte s. 319 flg., viser Høyesteretts avgjørelser at vekten også beror på om en fravikelse av praksis er til den private gunst eller ugunst, i hvilken grad det dreier seg om regler som det er viktig for folk å kunne innrette seg etter, praksisens tilgjengelighet, rettsoppfatningens kvalitet og om praksisen skriver seg fra organer med særlig kyndighet på området.

Ved siden av forvaltningspraksis' såkalte egenvekt er det øvrige rettskildelildet sentralt for avgjørelsen av om forvaltningspraksis har dannet en rettsregel. Høyesterett har for eksempel gitt uttrykk for at en forvaltningspraksis til skade for borgeren og som representerer en klart innskrenkende tolkning av ordlyden i en lovbestemmelse, ikke kan tillegges «nevneverdig vekt», jf. Rt-2003-1821 avsnitt (39). Når loven kan tolkes på flere måter, er Rt. 1992 s. 1263 et eksempel på at forvaltningspraksis kan få avgjørende vekt ved presiserende tolkning. Ved tolkningen av en bestemmelse i skatteloven, la Høyesterett avgjørende vekt på hva som var lagt til grunn i ligningspraksis, selv om en annen tolkning ble ansett å være mest nærliggende og var støttet av forarbeider og sammenhengen i skattereglene.

På det tidspunkt instruks GI-05/2020 ble gitt var forvaltningspraksis at søker hadde rett til permanent oppholdstillatelse dersom vilkåret i utl. § 62 første ledd b var oppfylt på søknadstidspunktet. Dersom det var til gunst for søkeren, var det likevel tilstrekkelig at vilkåret var oppfylt på et senere tidspunkt, før eller på vedtakstidspunktet.

Denne forvaltningspraksisen var blant annet beskrevet i UDIs rundskriv RS 2017-006:

«Dersom søkeren ikke lenger fyller vilkårene for sin midlertidige tillatelse i perioden mellom søknadstidspunktet og vedtakstidspunktet, får dette ikke betydning så lenge endringene skjer etter at søkeren oppfylder kravet til sammenhengende oppholdstid og de øvrige vilkårene for permanent oppholdstillatelse er oppfylt.»

I brev til departementet 13. september 2017 orienterer UDI om den eksisterende forvaltningspraksis slik:

«I henhold til langvarig fast forvaltningspraksis i UDI, politiet og UNE vil en person ha rettskrav på permanent oppholdstillatelse hvis han eller hun fylte vilkårene på søknadstidspunktet. Søknader om permanent oppholdstillatelse skal derfor som hovedregel innvilges i tilfeller der vilkårene for permanent oppholdstillatelse var oppfylt på søknadstidspunktet.

...

UDI legger til grunn at søknader som er omfattet av instruks [GI-14/2016] skal behandles i tråd med andre saker etter utlendingsloven § 62 og at søknader om permanent oppholdstillatelse derfor kun skal avslås i tilfeller der grunnlaget for tilbakekall etter utlendingsloven § 37 var til stede på søknadstidspunktet, eller senest på tidspunktet de øvrige vilkårene for permanent oppholdstillatelse ellers var oppfylt.

UDI vil derfor kun avslå søknader om permanent oppholdstillatelse i henhold til instruks punkt 6 nummer 11 dersom endringen som er grunnlaget for tilbakekall etter utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e) eller f) var til stede før søkeren fylte de øvrige vilkårene for permanent oppholdstillatelse (tidligst på søknadstidspunktet). Det vil ikke ha betydning om vedtaket om tilbakekall er fattet på et senere tidspunkt. Det avgjørende er at vilkårene for tilbakekall var oppfylt før retten til permanent oppholdstillatelse inntraff.»

Som det fremgår orienterte UDI departementet om at den etablerte praksisen også ville bli lagt til grunn i saker om revurdering av beskyttelsesbehov etter instruks GI-14/2016 (dagjeldende instruks om revurdering av beskyttelsesbehov). I brevet ble det dessuten orientert om hvilken betydning praksisen hadde for sakene i Somaliaporteføljen.

I svar til UDI 9. oktober 2017 bekreftet departementet den praksis UDI beskrev:

«Det fremgår av instruksens pkt. 6. nr. 11 at dersom vilkårene for tilbakekall er oppfylt, skal det ikke gis permanent oppholdstillatelse, jf. utl. § 62 første ledd bokstav b. Grunnlaget for tilbakekall må imidlertid være til stede før utlendingen fyller vilkårene for permanent oppholdstillatelse, dvs. tidligst på søknadstidspunktet, for at en søknad om permanent opphold kan avslås på grunnlag av instruks, jf. UDIs brev pkt. 2.4. Vi presiserer at instruks ikke er ment å endre den praksis som ellers følger i saker om permanent oppholdstillatelse.»

I etterkant av dette brevet har departementet gitt uttrykk for den samme vurderingen i en ny versjon av instruks om revurdering av beskyttelsesbehov, GI-03/2019 (nå avløst av GI-15/2020), se ovenfor under punkt 2.1

At det var tilstrekkelig at vilkårene for den midlertidige tillatelsen var oppfylt på søknadstidspunktet, ble også lagt til grunn av departementet overfor Stortinget, i departementets forlag til endring av blant annet botidskravet i § 62 i punkt 8.2.1 i Innstramminger II Prop. 90 L (2015-2016). I lovproposisjonens beskrivelse av botidskravet i gjeldende rett uttales det at «[u]tlendingen må på søknadstidspunktet fremdeles fylle vilkårene for den midlertidige tillatelsen...».

UDIs og departementets beskrivelser av den eksisterende forvaltningspraksis tilsier at den var fast, langvarig og konsekvent.

Den eksisterende forvaltningspraksis var dessuten tilgjengelig og antagelig vel kjent for søkere. Instruks om endring av eksisterende praksis var til søkerens ugunst. Forvaltningspraksis skrev seg videre fra organer med særlig kyndighet og ansvar på området.

Det er for ombudet likevel ikke helt klart hvor langvarig praksis har vært. På spørsmål fra ombudet om hvor fast og langvarig praksisen var med å legge faktum på søknadstidspunktet til grunn for de aktuelle avgjørelsene, svarte departementet at praksisen ble etablert under utlendingsloven av 1988, uten å vite nøyaktig når.

Departementets svar til ombudet samsvarer derimot dårlig med departementets omtale av bakgrunnen for praksisendringen i instruks GI-05/2020. Det sies der, som nevnt i pkt. 3.1, at det så ut til at vedtakstidspunktet var avgjørende etter utlendingsloven 1988 § 12 om bosettingstillatelse. Etter ombudets syn er det imidlertid neppe grunnlag for et slikt synspunkt. Utsagnet i den nevnte instruksen baseres på en uttalelse i forarbeidene til ny utlendingslov, Ot.prp.nr.75 (2006–2007) punkt 11.2 (side 243), som knytter seg til bestemmelsen i den gamle utlendingsforskriften § 45 om adgangen til unntaksvis å innvilge permanent opphold i saker der kravet til oppholdstid ikke er oppfylt. Ombudet kan ikke se at forarbeidene sier noe om tolkningen av bestemmelsen om rett til opphold etter 3 års botid i den gamle utlendingsforskriften § 43. Det må derfor legges til grunn, slik departementet selv nå opplyser, at praksis ble etablert under utlendingsloven av 1988.

I tilknytning til spørsmålet om praksisens varighet og fasthet, har departementet trukket fram at vurderingstidspunktet ved søknader om permanent oppholdstillatelse ikke kom på spissen så lenge det ikke var praksis å vurdere tilbakekall av den midlertidige oppholdstillatelsen som følge av endringer i beskyttelsesbehovet. At praksisendringen omfatter saker hvor det inntil 2016 i liten grad ble foretatt noen ny vurdering av oppholdsgrunnlaget ved søknad om permanent opphold, betyr imidlertid ikke at den generelle langvarige praksisen for behandlingen av saker etter utl. 62 første ledd bokstav b ikke vil kunne være bindende for disse sakene. Som ombudet kommer tilbake til i punkt 3.3 har ikke departementet pekt på noen tilstrekkelig saklige grunner til at praksis skal være annerledes i disse sakene. Det er dessuten liten tvil om at oppfatningen i utlendingsforvaltningen var at endringer i beskyttelsesbehovet ikke var avgjørende for retten til permanent opphold med mindre vilkårene for tilbakekall var oppfylt før søkeren oppfylt botidskravet. Dette ble også, som beskrevet over, i første omgang bekreftet av departementet.

Som nevnt forstår Sivilombudet departementets svar slik at det mener at både vedtakstidspunktet og søknadstidspunktet i dag er lovlige tolkningsalternativer. Det er uvanlig at rettighetsbestemmelser tolkes slik at de lar det være opp til forvaltningen å velge på hvilket tidspunkt vilkårene må være oppfylt, noe som kan tilsi at en slik tolkning krever et klart lovgrunnlag.

Verken i rundskrivet eller i andre tidligere beskrivelser av praksis fra UDI som ombudet er kjent med, fremgår det at utlendingsforvaltningen bevisst har valgt en lempeligere praksis enn det de har ansett som å følge av loven, eller at de har ment at loven åpner for praksis basert på begge tolkningsalternativer. Slik ombudet ser det, synes praksis å ha bygget på en oppfatning om at utlendingen etter loven opparbeidet seg en «rett» til permanent opphold når kravet til botid var oppfylt, med den tilknytning til Norge det gir, og søknad er levert. UDIs omtale av forvaltningspraksis i praksisforeleggelsen til departementet tyder også på det. Som referert under «sakens bakgrunn» skriver UDI at «[d]et følger av fast forvaltningspraksis at en person har rettskrav på permanent oppholdstillatelse dersom han eller hun fylte vilkårene etter

utlendingsloven § 62 på søknadstidspunktet». Oppfatningen synes videre å ha vært at en slik rett ikke kan falle bort ved senere endringer i oppholdsgrunnlaget, herunder i sikkerhetssituasjonen i hjemlandet.

Slik ombudsmannen forstår tidligere praksis var den utøvd ut fra en forståelse av at den fulgte av loven. En slik praksis vil gjerne ha mer vekt enn en praksis som er utslag av forvaltningens skjønnsmessige valg, da borgerne i større grad vil ha berettigede forventninger om forutsigbarhet.

Samlet sett er det flere momenter som med tyngde tilsier at forvaltningspraksis er bindende, selv om uttalelsen i spesialmerknadene til § 62 Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) og forvaltningsrettens hovedregel trekker i en annen retning. At departementets forarbeider ikke gir noen begrunnelse for hvorfor den faste praksis som ble etablert under utlendingsloven av 1988 skulle endres reduserer dessuten i noen grad uttalelsens vekt. Videre er lovens ordlyd etter ombudets syn forenlig med det tolkningsalternativet som har fulgt av forvaltningspraksis.

Som nevnt har Sivilombudet ikke full kunnskap om varigheten av og omfanget av praksis hvor søknadstidspunktet er lagt til grunn. Sivilombudet har heller ikke full kunnskap om hvordan det har vært informert om dette. Det er likevel tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at det er begrunnet tvil om departementet fritt kunne endre praksis uten å gå veien om lov- eller forskriftsendring.

Grunnlaget for tolkningsinstruksens avgrensede anvendelsesområde og forholdet til likhetsprinsippet

Ombudet har også funnet grunn til å stille spørsmål ved grunnlaget for at instruksen bare ble gjort gjeldende med virkning for en avgrenset gruppe av de sakene som behandles etter utl. § 62 første ledd bokstav b.

Departementets instruks gjelder ikke for alle saker om permanent oppholdstillatelse, bare saker som behandles etter instruks GI-03/2019 (nå GI-15/2020). Dette innebærer at endringen ikke vil gjelde der oppholdsgrunnlaget er et annet enn beskyttelsesbehov, f.eks. ved arbeidsinnvandring eller familieinnvandring, og heller ikke der det ikke er opprettet opphørssak.

Under forutsetning av at forvaltningspraksis rettslig sett ikke er til hinder for å endre tolkningen av utl. § 62, jf. drøftelsen i pkt. 3.2 over, er det spørsmål om endringen lovlig kunne gjøres gjeldende bare for en avgrenset gruppe av de sakene som faller inn under bestemmelsen i § 62 første ledd bokstav b.

Årsaken til avgrensningen av tolkningsendringen, og dermed instruksens, virkeområde er ifølge departementet at sakene etter instruksene om revurdering av oppholdsgrunnlag skiller seg fra andre saker om permanent oppholdstillatelse. Departementet viser til at det for andre søkere normalt ikke vil være opprettet saker om opphør/tilbakekall, og videre at så lenge beskyttelsesbehovet er bortfalt på vedtakstidspunktet, «vil utlendingens opprinnelige grunnlag for midlertidig opphold – og dermed kjernen i det faktiske forholdet som tidligere ga grunnlag for en forventning om innvilgelse av oppholdstillatelse – ikke lenger kunne begrunne innvilgelse av permanent oppholdstillatelse».

Ombudet har vanskelig for å følge denne begrunnelsen. Også for andre søkere kan grunnlaget for det midlertidige oppholdet ha falt bort i tiden mellom søknads- og vedtakstidspunktet. «[K]jernen i det faktiske forholdet» som tidligere ga grunnlag for opphold, vil være bortfalt også i disse sakene. Hvis søkeren for eksempel fikk innvilget midlertidig oppholdstillatelse som fagarbeider, og slutter i slikt fagarbeid i tiden mellom søknadstidspunktet og vedtakstidspunktet, vil grunnlaget for tillatelsen ikke lenger være til stede når søknaden om permanent oppholdstillatelse behandles. I sak om familieinnvandring med ektefelle vil grunnlaget for tillatelsen være ekteskapet. Hvis ektefellene skilles og flytter fra hverandre i tiden mellom søknadstidspunktet og vedtakstidspunktet, er heller ikke «kjernen i det faktiske forhold» som tidligere ga grunnlag for opphold, lenger til stede på vedtakstidspunktet.

Det er også vanskelig å se at det faktum at utlendingsforvaltningen har valgt å opprette opphørssak, skal kunne ha betydning for på hvilket tidspunkt vilkårene for permanent oppholdstillatelse skal vurderes.

Under ombudssaken ble departementet spurt om det finnes rettskilder som tilsier at de aktuelle sakene må eller kan behandles annerledes enn de øvrige, uten at departementet har pekt på noen slike kilder. Utover argumentene om at det er to lovlige alternativer for vurderingstidspunkt, kan ikke ombudet se at det er gitt noen forklaring på hvordan de rettskildene departementet har begrunnet praksisendringen med, skulle kunne tilsa at den tidligere praksisen er riktigere i andre saker enn de som omfattes av instruks GI-15/2020 og forløperne til denne.

Departementet har ikke vist til kilder som tilsier at utlendingsloven § 62 første ledd bokstav b skal forstås slik at forvaltningen kan velge om den vil legge søknadstidspunktet eller vedtakstidspunktet til grunn avhengig av sakstype. Selv om loven rett forstått skulle åpne for to lovlige tolkningsalternativer, betyr ikke dette at forvaltningen selv står fritt til å velge forskjellige tolkninger for ulike saksgrupper som behandles etter samme bestemmelse.

I svar på et skriftlig spørsmål fra Stortinget 23. april 2020, dok nr. 15:1411, opplyser Justis- og beredskapsministeren at formålet med instruks GI-05/2020 var å bringe utlendingsforvaltningens praksis i samsvar med uttalelser i forarbeidene til utlendingsloven. Dette er også angitt som formålet i selve instruksens. Det er derfor overraskende at departementet instruerer om endring i praksis for bare noen sakstyper.

Departementet har opplyst at de arbeider med å utrede om tolkningsendringen bør legges til grunn for alle søknader og for alle vilkår i saker om permanent oppholdstillatelse. En del av utredningen er også å vurdere om en slik tolkningsendring bør fremgå av loven. Dette har imidlertid ikke betydning for vurderingen av den instruks som allerede er gitt.

Etter Sivilombudets syn har departementet ikke oppgitt noen tilfredsstillende saklig grunn til å legge ulikt vurderingstidspunkt i samme bestemmelse til grunn for forskjellige grupper av søkere. Endringen av vurderingstidspunkt for bare en bestemt type saker, synes derfor å være i strid med prinsippet om likebehandling. Et slikt prinsipp gjelder også ved rettsanvendelsesskjønn, jf. HR-2019-273-A avsnitt 68. Uten en bedre begrunnelse for at riktig vurderingstidspunkt etter utl § 60 første ledd bokstav b, skal tolkes ulikt for flyktninger der

beskyttelsesbehovet revurderes og andre som søker permanent oppholdstillatelse, er Instruks GI-05/2020 etter Sivilombudets syn i strid med disse kravene til likebehandling.

Kravene til forsvarlig saksbehandling og god forvaltningsskikk

Rettslig utgangspunkt

Forvaltningsloven regulerer krav til utredning, høring og kunngjøring av enkeltvedtak og forskrifter i forvaltningsloven § 17, § 37 og § 39. Verken instruks, veiledninger eller retningslinjer er underlagt forvaltningslovens krav. Dette er heller ikke foreslått i NOU 2019:5 om ny forvaltningslov, som omtaler dette spørsmålet slik i pkt 31.6.3:

«...Når det er tale om å utarbeide interne regelverk, vil det være lite naturlig å ha lovfestede regler om forberedelsen av dette. Forvaltningsorganet bør her kunne basere seg på sin interne erfaring med sikte på det som skal oppnås, uten å være strengt bundet av den utredningsplikten som gjelder for forskrifter. Det er heller ikke rimelig å lovfeste noen plikt til høring av utkast til instruks, veiledninger eller rundskriv. Men forvaltningsorganet kan finne at en sakkyndig utredning av de spørsmål som skal behandles, og en høring av et utkast, særlig innenfor relevante faglige eller administrative miljøer, kan være et middel til å kvalitetssikre nytt internt regelverk. Utvalget mener at forvaltningsorganet bør stå fritt i sin vurdering her, og foreslår ikke lovregler om utredningsplikt og høring av instruks, veiledninger eller rundskriv.»

Begrunnelsen for ikke å gi lovfestede regler for utarbeidelse av internt regelverk, synes knyttet til at internt regelverk er så mangfoldig at det er behov for at forvaltningsorganet står fritt. Det kan ha gode grunner for seg. Alminnelige krav til forsvarlig saksbehandling kan likevel tilsi at de prinsippene reglene i forvaltningsloven bygger på også er relevante ved forvaltningens beslutninger som ikke er regulert der.

I juridisk teori er det blant annet antatt at ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper kan kreve at forvaltningen gir et visst forhåndsvarsel eller gjennomfører en overgangsordning «dersom det skal foretas en omlegning av en festnet og kjent praksis som vedkommende borgere har innrettet seg etter», jf. Frihagen, Forvaltningsrett Bind I (3. utg. 1991), s. 204. De hensyn som kan tilsi en slik fremgangsmåte er i stor grad de samme som tilbakevirkningsforbudet for lover i Grunnloven § 97 bygger på, nemlig å beskytte individenes behov for forutberegnelighet. Se også forvaltningslovens § 39 med krav om kunngjøring eller annen bekjentgjøring før en forskrift kan påberopes overfor den enkelte.

Der det gjelder en instruks med stor og direkte betydning for mange private parter, og som har mange likhetstrekk med avgjørelser som etter forvaltningsloven er å anse som forskrift, er det grunn til særlig oppmerksomhet rettet mot at saksbehandlingen er forsvarlig.

Ombudets kontroll av forvaltningen omfatter ikke bare om forvaltningen har opptrådt i strid med loven, men også om forvaltningsorganet har «handlet uforsvarlig eller opptrådt i strid med god forvaltningsskikk», se ombudsloven § 16, jf. § 12. Ombudet har derfor funnet grunn til også å se nærmere på den aktuelle instruksen i lys av dette.

Var betydningen av forvaltningspraksis forsvarlig utredet og vurdert?

Selv om Sivilombudet ikke konkluderer i spørsmålet om den foreliggende forvaltningspraksis var til hinder for å endre praksis uten lov- eller forskriftsendring, er det grunn til å stille spørsmål ved om det rettslige grunnlaget for departementets konklusjon var tilstrekkelig utredet og forsvarlig vurdert.

Departementet har opplyst at det brukte noe av tiden før det ble gitt svar på praksisforeleggelsen som gjaldt endret sikkerhetssituasjon i Somalia, til å vurdere om endringen av vurderingstidspunkt fra søknadstidspunktet til vedtakstidspunktet kunne foretas i instruks, eller måtte vedtas ved lov eller forskrift. Hva som var årsaken til og innholdet i disse vurderingene, er det ikke redegjort nærmere om for ombudet.

Slik saken er opplyst, er det uansett grunn til å stille spørsmål ved om departementet før instruks ble gitt, foretok den nødvendige vurdering av betydningen av foreliggende forvaltningspraksis. I redegjørelsen til ombudet svarte ikke departementet på spørsmålet om betydningen av den faste og langvarige praksisen, fra både før og etter utlendingsloven fra 2008. Det fremgår heller ikke av begrunnelsen i instruks at dette er vurdert. Departementet har kun vist til uttalelsen i forarbeidene og den alminnelige regel i forvaltningsretten om at vedtakstidspunktet er avgjørende, som begrunnelse overfor Sivilombudet for hvorfor forvaltningspraksis ikke var bindende. Uten å holde disse faktorene opp mot fast og langvarig forvaltningspraksis og kriteriene trukket opp i rettspraksis, som er beskrevet ovenfor i punkt 3.2, fremtrer tolkningen av utl. § 62 og spørsmålet om hvilken adgang departementet hadde til å endre praksis, som ufullstendig behandlet.

Ut fra svaret til ombudet fremgår det heller ikke at departementet hadde konkret kunnskap om hvor lenge utlendingsforvaltningen hadde praktisert søknadstidspunktet som avgjørende for om vilkårene for å få permanent oppholdstillatelse var oppfylt. Dette burde vært undersøkt nærmere som ledd i en vurdering av om den foreliggende faste forvaltningspraksis utgjorde et rettslig hinder for å endre praksis ved instruks.

Ombudet utelukker ikke at departementet internt har gjort mer omfattende vurderinger av forvaltningspraksis og dens status. Dette har departementet som nevnt ikke redegjort for overfor ombudet. På denne bakgrunn fremstår spørsmålet om betydningen av den langvarige og faste forvaltningspraksisen som utilstrekkelig utredet. Arbeidet med tolkningsendringen var dermed ikke i samsvar med kravene til forsvarlig saksbehandling og god forvaltningsskikk.

Forholdet til forvaltningsrettslige prinsipper om forutberegnelighet og innrettelse

Departementet har i svaret til Sivilombudet som nevnt vist til at deler av arbeidet forut for tilbakemeldingen til UDI på praksisforeleggelsen, besto i å utrede om de mulige endringene skulle fastsettes i lov, forskrift eller i form av en instruks til UDI (om lovtolkning, jf. utlendingsloven § 76 annet ledd).

Som saken viser, resulterte departementets vurderinger i at endringen av vurderingstidspunkt ble fastsatt i instruks. Etter departementets syn fulgte endringen av en lovtolkning og var

dermed ikke en avgjørelse som var «bestemmende for rettigheter og plikter», jf. forvaltningsloven § 2 a, slik at lov- eller forskriftsendring var nødvendig. Endringen falt derfor ikke inn under lovfestede krav til utredning, høring og kunngjøring.

Departementet har pekt på at en regelendring normalt kan gis virkning for allerede innkomne søknader som ikke er ferdigbehandlet på det tidspunktet regelendringen trer i kraft. Slik Sivilombudet forstår det, er synspunktet at det samme også vil gjelde der endringen skjer ved en omlegging av praksis som følge av en endret lovtolkning.

Mye taler for at en regelendring i dette tilfelle ikke ville kunne gjøres gjeldende for allerede innkomne søknader. Dersom en regelendring var nødvendig ville dette bygge på at den tidligere forvaltningspraksis var bindende, slik at det forelå en rett til permanent oppholdstillatelse dersom vilkårene var oppfylt på søknadstidspunktet. En regelendring som grep inn i en slik allerede oppstått rettighet, ville antagelig ikke kunne gjøres gjeldende overfor allerede innkomne søknader uten å støte an mot tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97.

Konkret er imidlertid departementets standpunkt at forvaltningspraksis ikke har etablert en rett til permanent oppholdstillatelse der vilkårene er oppfylt på søknadstidspunktet. Det faktum at det har foreligget en lang og fast praksis, taler imidlertid uansett med tyngde mot at den praksisendringen departementet mente det var grunn til, skulle gjøres gjeldende også for allerede innkomne søknader.

Ifølge departementet talte gode grunner for at departementet kan legge om praksisen ved å gi en instruks, i alle fall for behandlingen av fremtidige søknader. Departementet viste her til gjennomgangen av lovforarbeidene i instruks GI-05/2020 punkt 2, men la til at det er langt større betenkeligheter for en slik omlegging av praksis uten lov- eller forskriftsendring for behandlingen av allerede innkomne søknader. Generelt kunne det derfor være nødvendig å gjennomføre en overgangsordning eller gi et visst forhåndsvarsel. I denne saken mente departementet imidlertid at det ikke var tungtveiende grunner som talte for dette. Dels skyldtes dette, ifølge departementet, den uttrykkelige forutsetningen i lovforarbeidene om hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for vurderingen av vilkårene i utl. § 62 første ledd bokstav b, samt at praksisendringen ikke ville gjelde for saker som på tidspunktet for instruksens ikrafttredelse hadde en ulovlig lang behandlingstid.

Departementet bemerket i tillegg at de var i gang med å utrede om tolkningsendringen burde legges til grunn for alle søknader og for alle vilkår i saker om permanent oppholdstillatelse. De vurderte også om «en slik praksisendring bør fremgå direkte av regelverket, bl.a. for å ivareta hensynet til forutberegnelighet for søkerne og for å sikre lik praksis i UDI og Utlendingsnemnda (UNE).» Dette arbeidet hadde tatt lengre tid enn først planlagt, blant annet som følge av andre prioriterte arbeidsoppgaver i departementet.

Det er dårlig sammenheng mellom de behov for forutberegnelighet og betenkeligheter ved omlegging av praksis for allerede innkomne søknader som departementet her peker på, og departementets oppfatning om at «det [ikke] var tungtveiende grunner som talte for» at det ble gjennomført en overgangsordning eller ble gitt et visst forhåndsvarsel for søkere omfattet av tolkningsendringen som saken for Sivilombudet gjelder. Hensynet til forutberegnelighet og lik

behandling i utlendingsforvaltningen gjør seg like sterkt gjeldende for alle saker om permanent oppholdstillatelse. Det er vanskelig å se hvorfor dette hensynet ikke var en «tungtveiende grunn» også i relasjon til den gruppen søkere instruksen gjaldt.

Rettsikkerhetshensyn som forutsigbarhet og innrettelse taler for at departementet ved tvil om en praksis er blitt rettslig bindende, heller tar initiativ til en lov- eller forskriftsendring. Dersom man likevel mener at lovtolkningen i et tilfelle som det aktuelle kan endres uten lov- eller forskriftsendring, burde det før det gis en instruks om dette, vurderes om alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper tilsier at det gis et visst forhåndsvarsel eller at det gjennomføres en overgangsordning.

Ut fra den redegjørelse departementet har gitt, kan Sivilombudet ikke se at hensynet til forutberegnelighet og innrettelse ble tilstrekkelig utredet og hensyntatt ved avgjørelsen om at instruksen også skulle gjelde for søknader som allerede var innkommet. Sivilombudet mener det derfor er begrunnet tvil om instruksen kunne gjøres gjeldende for allerede innkomne søknader.

Departementets behandlingstid og berostillelsen av Somaliaporteføljen

Reglene om saksbehandlingstid

Kravene til behandlingstid følger av forvaltningsloven § 11 a første ledd, hvor det heter at «[f]orvaltningsorganet skal forberede og avgjøre saken uten ugrunnet opphold».

Innholdet i § 11 a første ledd har i tidligere ombudssaker vært presisert slik:

«Bestemmelsen stiller krav til både saksbehandlingstiden og hva som er akseptable årsaker til opphold i saksbehandlingen. Vilkåret 'uten ugrunnet opphold' er skjønnsmessig og det nærmere innholdet vil kunne variere etter blant annet saksområde og sakstype. De øvrige saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven, blant annet kravet til en forsvarlig opplysning av saken i forvaltningsloven § 17 første ledd, vil kunne begrunne en lengre behandlingstid i kompliserte og prinsipielle saker enn i enklere saker.»

At behandlingen av en sak trekker ut, er ikke i seg selv i strid med forvaltningsloven § 11 a første ledd, så lenge det er tilstrekkelig saklige grunner for dette. Hvor tungtveiende grunner som kreves for at en fortsatt forsinkelse skal kunne aksepteres, vil bero på en helhetsvurdering, hvor blant annet sakens art, hensynet til parten og den tid som allerede har gått, må tas i betraktning.

Saksbehandlingstiden i sakene i Somaliaporteføljen

Kravene til behandlingstid i § 11 a første ledd gjelder de enkelte sakene i Somaliaporteføljen, og ikke behandlingen av praksisforeleggelsen som sådan. Det er UDI som i utgangspunktet har ansvaret for behandlingstiden i den enkelte sak. UDI er imidlertid underlagt Justis- og beredskapsdepartementet, som i denne sammenheng må anses som en del av utlendingsforvaltningen, med et ansvar også for den totale behandlingstiden i de sakene som ble stilt i bero.

Departementet brukte i denne saken mer enn åtte måneder på å besvare UDIs praksisforeleggelse. Dette er i seg selv lenge, og vesentlig lengre enn forutsatt i departementets rundskriv GI-22/2010 om praksisforeleggelse. Etter rundskrivet skal praksisforeleggelse normalt besvares innen åtte uker.

Behandlingstiden i departementet må sees i sammenheng med den forutgående behandlingen av de aktuelle sakene i UDI. Departementet var kjent med at de aktuelle sakene i Somaliaporteføljen var stilt i bero i påvente av praksisforeleggelsen. Departementet var også klar over at dette gjaldt et stort antall saker som var innkommet før 27. mars 2017, og som dermed var godt over to år gamle da departementet mottok foreleggelsen. Flere av sakene var også vesentlig eldre. F. eks. hadde saken ombudet behandlet i SOM-2018-2956 vært til behandling siden 2015.

Sett i lys av den lange tiden som alt var gått, må det stilles strenge krav til hva som eventuelt kunne begrunne ytterligere å forsinke behandlingen. Det arbeidet departementet gjorde må utgjøre en saklig grunn for forsinkelsen for ikke å være i strid med lovens vilkår om at saken skal behandles «uten ugrunnet opphold».

Vurdering av behandlingstiden og berostillelsen

Hovedårsaken til at behandlingen av praksisforeleggelsen dro ut i tid var ifølge departementet arbeidet med utredning av mulige regelendringer, og ikke de spørsmålene som UDI tok opp i praksisforeleggelsen. En vesentlig del av perioden på 8 måneder var med andre ord en følge av dette regelarbeidet. Spørsmålet er om regelarbeidet var en saklig grunn til det manglende svaret som førte til at UDI fortsatt avvirket behandling av sakene i Somaliaporteføljen, jf. forvaltningsloven §11 a første ledd.

I forarbeidene til utlendingsloven, Ot.prp.nr.75 (2006-2007), er det i merknadene til § 76 annet ledd om departementets instruksjonsadgang skrevet: «Presiseringen av at departementet kan instruere om prioriteringen av saker, er beholdt. Dette innebærer at departementet blant annet vil kunne instruere om at en bestemt type saker skal stilles i bero, for eksempel i påvente av endringer i lov eller forskrift». Bestemmelsen er en videreføring av tidligere utlendingslov § 38.

En instruks fra departementet eller beslutning fra UDI om å stille en bestemt type saker i bero, kan imidlertid ikke være i strid med lov eller ulovfestede krav til saksbehandlingen. Forvaltningsloven § 11 a første ledd begrenser dermed den adgang forvaltningen har til å stille saker i bero.

Lovavdelingen uttalte i JDLOV-2002-9807 at det ville være i strid med § 11 a første ledd å instruere UDI om å stille familieinnvandringssaker i bero i påvente av et forslag om å skjerpe underholdskravet i slike saker. Det aktuelle lovforslaget hadde ennå ikke blitt sendt på høring. Om dette spørsmålet uttalte lovavdelingen blant annet:

«Det sentrale siktemålet med en fremgangsmåte som denne, hvor saker stilles i bero i flere måneder, er å påvirke utfallet av et omfattende antall saker systematisk uten at reglene er endret først. Utfallet av saker avgjøres normalt innenfor rammen av et vedtatt regelverk som regulerer hvilke rettigheter og plikter borgerne har. En fremgangsmåte som den foreliggende vil ikke være i

samsvar med de intensjonene som ligger til grunn for det eksisterende regelverket om rettigheter og plikter i denne typen saker.»

[...]

Å stille saker i bero i påvente av endringer i regelverket på et område har også en mer direkte side mot forbudet mot tilbakevirkende lovgivning. En søker som oppfyller vilkårene for familiegjenforening på søknadstidspunktet og som ville ha fått innvilget søknaden dersom saken hadde blitt behandlet på vanlig måte, vil miste sin rett på grunnlag av rettsregler som først gis på et senere tidspunkt. I denne sammenheng er det av betydning at det dreier seg om en rettighet vedkommende søker har direkte i kraft av loven, uten at myndighetene er tillagt skjønnsmessig myndighet ved avgjørelsen. Etter vårt syn vil det å stille saker i bero på dette grunnlag være lite i samsvar med de grunnleggende hensyn som ligger bak forbudet mot tilbakevirkning.»

Sivilombudet er enig i at behandling av saksporteføljer som hovedregel ikke vil kunne stilles i bero i påvente av regelendringer som vil være til ugunst for de som har søkt om en lovbestemt rettighet.

Selv om departementet hadde lovlig adgang til å instruere om endring i tolkning og praksis, er de hensyn Lovavdelingen peker på i uttalelsen relevante. Endringen var ikke en følge av at tidligere praksis var feil, men av at departementet mente de sto fritt til å velge mellom to alternative lovlige tolkninger. Overfor ombudet har departementet beskrevet arbeidet som ledet til instruksjonen som en vurdering av regelendringer, herunder utredning av om de mulige regelverksendringene bør fastsettes i lov eller forskrift. Selv om Lovdelingens tolkningsuttalelse gjelder tidsbruk knyttet til egentlig regelendringer er hensynene de peker på også relevante i et tilfelle som dette.

En kortere forsinkelse for å klarlegge tolkningsspørsmål som departementet mente praksisforeleggelsen utløste, kan være akseptabelt. Men her dreide det seg om en lengre periode. Sentralt for vurderingen av behandlingstiden er også at sakene som ventet allerede var minimum 27 måneder gamle da praksisforeleggelsen fra UDI ble mottatt av departementet. Mange saker var også vesentlig eldre. Søknadene gjaldt en lovbestemt rettighet som for søkerne må ha fremstått som svært viktig, selv om de i mellomtiden fikk forlenget den midlertidige tillatelsen.

Selv om det ikke var departementet som instruerte om berostillelse, var de likevel kjent med at UDI ikke kom til å ferdigbehandle den aktuelle porteføljen før praksisforeleggelsen ble besvart. Under disse omstendighetene hadde departementet en særskilt plikt til å svare på praksisforeleggelsen så raskt som mulig, eller til å be UDI om å oppheve berostillelsen.

Etter ombudets syn var ikke 8 måneder tilstrekkelig raskt for å avklare de tolkningsspørsmålene departementet mente oppsto. Departementets arbeid utgjorde dermed ikke en saklig grunn til å forsinke sakene i Somaliaporteføljen så lenge som 8 måneder, og innebar et brudd på kravene i forvaltningsloven § 11 a for disse sakene.

Konklusjon

Instruks GI-05/2020 endret en fast og langvarig praksis i utlendingsforvaltningen til ugunst for de søkerne den gjelder. Den ble gjort gjeldende også for et stort antall søknader som allerede var kommet inn og der søkere med kunnskap om myndighetenes praksis hadde grunn til å tro at de ville få permanent oppholdstillatelse.

Etter Sivilombudets syn er det flere momenter som taler for at tidligere forvaltningspraksis var så fast, langvarig og omfattende at den var blitt rettslig bindende. Det er derfor begrunnet tvil om departementet kunne endre praksis uten å gå veien om lov- eller forskriftsendring. Departementet har uansett ikke utredet tilstrekkelig om tidligere forvaltningspraksis hadde en slik bindende karakter.

Etter Sivilombudets syn har departementet ikke oppgitt noen tilfredsstillende saklig grunn til å legge ulikt vurderingstidspunkt i samme bestemmelse til grunn for forskjellige grupper av søkere. Uten en bedre begrunnelse for at riktig vurderingstidspunkt etter utl. § 60 første ledd bokstav b skal tolkes ulikt for flyktninger der beskyttelsesbehovet revurderes og andre som søker permanent oppholdstillatelse, er Instruks GI-05/2020 etter Sivilombudets syn i strid med kravene til likebehandling.

Sivilombudet kan ikke se at hensynet til forutberegnelighet og innrettelse ble tilstrekkelig utredet og hensyntatt ved avgjørelsen om at instruksen også skulle gjelde for søknader som allerede var innkommet. Sivilombudet mener det derfor er begrunnet tvil om instruksen kunne gjøres gjeldende for allerede innkomne søknader.

Etter Sivilombudets syn var arbeidet med de tolkningsspørsmål departementet mente praksisforeleggelsen reiste, ikke tilstrekkelig saklig grunn til å forsinke sakene i Somaliporteføljen ytterligere 8 måneder. Behandlingstiden innebar et brudd på kravene i forvaltningsloven § 11 a første ledd for disse sakene.

På bakgrunn av saken ber Sivilombudet departementet om å vurdere tolkningsinstruks GI-16/2020 (som nå har erstattet GI-05/2020) på nytt. Departementet må sikre likebehandling av saker som omfattes av utlendingsloven § 62 første ledd bokstav b. En eventuell ny instruks som gjelder alle saker etter bestemmelsen, forutsetter en grundigere vurdering av om forvaltningspraksis på området er til hinder for en instruks med samme innhold som den som er gitt. Det bes om en tilbakemelding på hvordan departementet vil følge opp saken innen 8. oktober 2021.

18.8.2021 (2020/766)