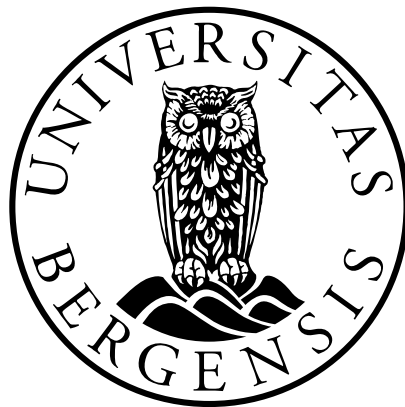


Grunnloven § 110 som skranke for
statens adgang til å nekte ureturnerbare
asylsøkere å arbeide

*Er utlendingsloven § 55 et ulovlig inngrep i Grl.
§ 110 jf. Grl. § 98 og ØSK art. 6?*

Kandidatnummer: 18

Antall ord: 13 074



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.20

Innholdsfortegnelse

1. Introduksjon	4
2. Sentrale utgangspunkt for drøftelsen	5
2.1 Innledning	5
2.2 Generelle tolkningsprinsipper. Grunnlovstolkning	5
2.3 Særlig om internasjonale rettskilder	6
2.3.1 Det dualistiske prinsipp og presumsjonsprinsippet	6
2.3.2 Menneskerettsloven av 1999	6
2.3.3 Etter 2014. Grunnloven § 92	7
2.4 Adgang til overprøving av en lovs grunnlovsmessighet	8
3. Grunnloven § 110.....	9
3.1 Innledning. Presentasjon av bestemmelsen.....	9
3.2 Bestemmelsens tilblivelse. Et politisk fellesskapsprosjekt.....	9
3.3 Om tolkningen av § 110. Rettskilder og sentrale prinsipper	11
3.3.1 Presentasjon av rettskildene.....	11
3.3.2 Særlig om ØSK art. 6 som tolkningsmoment.....	12
3.4 Har § 110 rettslig innhold?	13
3.4.1 Rettslig innhold som forutsetning for overprøving	13
3.4.2 Ordlyd.....	13
3.4.3 Forarbeider frem til 1954.....	15
3.4.4 Grunnlovsrevisjonen i 2014.....	16
3.4.5 Rettspraksis.....	18
3.4.6 Oppsummering. Fra politisk programerklæring til rettslig bestemmelse	19
3.5 Nærmere om bestemmelsens innhold	19
3.5.1 Rettskildebildet.....	19
3.5.2 En individuell rett til arbeid?	20
3.5.3 Hva skal det tilrettelegges for?	21
3.5.4 Hvem skal det tilrettelegges for?	22
3.5.5 Tilretteleggingskravets nedre grense	23
3.6 Videre vurderinger	24
4. Adgangen til å begrense § 110	25
4.1 Betydning for fremstillingen.....	25

4.2 Den generelle adgangen til å begrense menneskerettighetene	25
4.3 Særlig om diskrimineringsforbudet i § 98	26
4.3.1 Relevans for fremstillingen	26
4.3.2 Likhetsprinsippet og diskrimineringsforbudet.....	27
4.3.3 Vilkår for diskriminering. Usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling	27
4.4 Oppsummering. Vilkår for begrensninger av Grl. § 110	29
5. Overprøving av utlendingslovens § 55 jf. Grl. § 110	29
5.1 Problemstillingen	29
5.2 Gjeldende rett. Utlendingslovens system for de ureturnerbare	29
5.2.1 Særlig om begrepet «ureturnerbare asylsøkere»	29
5.2.2 Gjeldende rett. Utlendingsloven § 55 jf. utlendingsforskriften § 8-7.....	31
5.3 Er spørsmålet allerede avklart?	32
5.3.1 Forarbeidene	32
5.3.2 Rettspraksis. Stålsett-saken og Viste-saken.....	32
5.4 Foreligger et inngrep i Grl. § 110?	34
5.4.1 Utgangspunkt for overprøvingen.....	34
5.4.2 Utlendinger. Krav etter Grl. § 110.....	35
5.4.3 Arbeid	35
5.4.4 Tilretteleggingskravet.....	35
5.4.5 Forskjellsbehandling.....	36
5.4.6 Vurderingen videre	36
5.5 Er inngrepet lovlig?	36
5.5.1 Vurderingen	36
5.5.2 Lovhjemmel.....	36
5.5.3 Uthuling av rettigheten	37
5.5.4 Ivaretar et legitimt formål.....	37
5.5.5 Forholdsmessighet	39
5.6 Konklusjon.....	42
6. Oppsummering og refleksjon.....	42
7. Litteraturliste	44
7.1 Lover	44
7.2 Forskrifter	44
7.3 Konvensjoner	44

7.4 Forarbeider	45
7.5 Stortingsdebatter	46
7.6 Uttalelser fra internasjonale organer	46
7.7 Litteratur	47
7.7.1 Leksikon og statistikk	47
7.7.2 Bøker og artikler	47
7.7.3 Kronikker	48
7.7.4 Pressemeldinger	49
7.8 Rettspraksis	49
7.8.1 Høyesterett	49
7.8.2 Lagmannsrett	49
7.8.3 Tingrett	49
7.8.4 Forvaltning	49

1. Introduksjon

[...] Arbeidsløyse bør det ikke være i et samfunn så lenge vi har samfunnsbehov som ikke er dekt. Arbeidsløyse er i virkeligheten et uttrykk for mangelfull organisasjon av samfunnsnyttig produksjon. Så lenge samfunnet trenger mer enn det virkelig blir produsert, skulle arbeidsløyse være en ukjent ting.¹

For de fleste mennesker er arbeid en sentral forutsetning for et fullverdig liv. Det er fra arbeid man får inntekt til å forsørge seg selv og sine nærmeste, og det er gjennom arbeid man kan bidra til samfunnet. At arbeid ansees som et samfunns gode i dagens Norge, kommer tydelig frem av § 110 i Grunnloven sitt menneskerettighetskapittel E:²

§ 110

Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for at ethvert arbeidsdyktig menneske kan tjene til livets opphold ved arbeid eller næring. Den som ikke selv kan sørge for sitt livsopphold, har rett til støtte fra det offentlige.

Nærmere bestemmelser om ansattes medbestemmelsesrett på sin arbeidsplass fastsettes ved lov.

Norge har i forhold til de fleste andre land nokså lav arbeidsledighet, og andelen av befolkningen uten arbeid har de siste 20 årene frem til 2019 vært på under 5%.³ Det er likevel ikke slik at det norske arbeidsmarkedet er tilgjengelig for alle. Utlendinger må etter utlendingsloven § 55 ha oppholdstillatelse for å kunne arbeide i Norge.⁴ Bestemmelsen, og konsekvensene den får for mennesker i spesielt sårbare situasjoner, har ved flere anledninger vært debattert i den norske offentligheten. Spørsmålet ble særlig aktualisert av to rettssaker høsten 2019, TOSLO-2019-59563 (Viste-saken) og TOSLO-2019-177664 (Stålsett-saken). Begge sakene gjaldt arbeidsgivere som ansatte utlendinger uten lovlig opphold som en protest mot dagens rettstilstand. Selv om begge tiltalte tapte i retten,

¹ Paal Berg, *Retten til arbeid i Sak og samfunn* (1945) nr. 3, John Griegs forlag, Bergen s. 21.

² Kongeriket Norges Grunnlov, 17. mai 1814 (Grunnloven – Gr1.).

³ Statistisk Sentralbyrå, *Arbeid og lønn - faktside*, <https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/faktside> (lest 19. november 2020).

⁴ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven – utlendl.).

aktualiserte de to sakene viktige spørsmål om Grunnlovens spilleregler for statsmaktens sysselsettings- og innvandringspolitikk.

Denne oppgaven vil ta for seg de konstitusjonelle skrankene for myndighetenes frihet til å vedta en begrensning i adgangen til å kunne arbeide. Mer spesifikt skal det vurderes hvorvidt utlendingsloven § 55 medfører et ulovlig inngrep i Grl. § 110 første ledd første punktum jf. Grl. § 98 og ØSK art. 6, med særlig fokus på rettstilstanden for ureturnerbare asylsøkere. Det nærmere innholdet i begrepet «ureturnerbare asylsøkere» vil jeg komme tilbake til i punkt V.2.2.

2. Sentrale utgangspunkt for drøftelsen

2.1 Innledning

Problemstillingen befinner seg i et metodisk grenseland med både lov, Grunnlov og internasjonal rett. Det er derfor hensiktsmessig å presentere noen generelle metodiske utfordringer, og redegjøre for de hensyn som må vektlegges gjennomgående i drøftelsen. Aller først vil det foretas en kort presentasjon av den metodiske fremgangsmåten for grunnlovstolkning mer generelt.

2.2 Generelle tolkningsprinsipper. Grunnlovstolkning

Det klare utgangspunkt for rettsanvendelsen er etter norsk juridisk metode å alltid starte med ordlyden. Dette gjelder både for lov og Grunnlov, og er et tydelig utslag av prinsippet om at den lovgivende makt skal utledes fra folket og nasjonalforsamlingen. Man skal ta utgangspunkt i en naturlig forståelse av ordlyden. Etter grunnlovsrevisjonen i 2014 står dette utgangspunktet enda sterkere; Grunnloven er ikke lengre preget av utdatert språk og begrepsbruk, og dagens tekst er et uttrykk for grunnlovgivers vilje anno 2014.⁵

Også forarbeider vil være en relevant rettskilde ved fortolkningen av Grunnlov, særlig når disse er grundige. Dersom en grunnlovsbestemmelse er behandlet i praksis, vil dette naturlig nok også tillegges vekt. Den konkrete vekten av rettspraksis vil likevel måtte vurderes med

⁵ Johannes Andenæs og Arne Fiflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2017 s. 54.

bakgrunn i demokratihensyn, all den tid det er Stortingets ansvar å vedta og endre Grunnloven.

Visse momenter vil tillegges mer vekt ved grunnlovstolkning enn ved alminnelig lovtolkning, blant annet bestemmelsens formål og hensynet til sammenheng i systemet.⁶ Ved fortolkning av Grunnloven må man også ta hensyn til de sentrale statsrettslige prinsippene som folkesuverenitetsprinsippet, maktfordelingsprinsippet og menneskerettighetene, jf. Grl. § 2.

I tillegg til disse nevnte momentene, gjør Grunnloven kapittel E sin internasjonale karakter at internasjonale rettskilder for disse bestemmelsene må vektlegges i større grad enn hva som er tilfellet for resten av konstitusjonen.

2.3 Særlig om internasjonale rettskilder

2.3.1 Det dualistiske prinsipp og presumsjonsprinsippet

Det sentrale utgangspunktet i norsk rett er det dualistiske prinsipp, som medfører at internasjonale rettsregler må vedtas som norsk lov for å kunne gjøres gjeldende i det norske rettssystemet. Slik gjennomføring kan skje enten gjennom inkorporering eller transformasjon.

Selv med et skille mellom internasjonal og norsk rett, gjør det norske presumsjonsprinsippet at internasjonal rett kan vektlegges internt også der nasjonal gjennomføring ikke har skjedd. Prinsippet medfører at norsk lov så langt det er mulig skal tolkes under den forutsetning at norsk rett samsvarer med Norges internasjonale forpliktelser. Presumsjonsprinsippet er viktig for internasjonal retts posisjon som rettskilde i den norske metodelæren, men gir likevel konvensjonsrettighetene begrenset selvstendig gjennomslagskraft.

2.3.2 Menneskerettsloven av 1999

Siden vedtakelsen av menneskerettsloven har de internasjonale menneskerettighetene fått en mer selvstendig posisjon i norsk rett, og etter dennes § 3 har konvensjonsrettighetene ved konflikt forrang fremfor annen lovgivning.⁷ Ved fortolkning av menneskerettsloven viser

⁶ Ibid. s. 59-60.

⁷ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.).

forarbeidene at internasjonale rettskilder kan bidra til å fastsette et minimumsvern for de inkorporerte konvensjonsrettighetene, men kan ikke gi grunnlag for en eventuell innskrenkende tolkning av rettighetsvernet etter norsk lov.⁸

2.3.3 Etter 2014. Grunnloven § 92

Etter Grunnlovsrevisjonen i 2014 har menneskerettighetene fått en enda sterkere stilling i norsk rett. Gjennom opprettelsen av Grunnlovens kapittel E Menneskerettigheter, kodifiserte og samlet grunnlovsgiver enkelte sentrale menneskerettigheter. Selv om grunnlovslovgiver i denne omgang valgte å transformere rettighetene i stedet for å inkorporere, vil de fleste grunnlovsfestede menneskerettighetene enten bygge på eller samsvare med tilsvarende konvensjonsrettighet. Denne tydelige koblingen til internasjonal rett kommer også tydelig frem i Grl. § 92:

§ 92

Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.

Gjennom denne prinsippbestemmelsen anerkjenner lovgiver grunnlovsrettighetenes internasjonale side, og åpner slik for en konvensjonskonform fortolkning også på grunnlovs nivå.⁹ I forarbeidene til § 92 kommer dette synspunktet tydelig frem, og det fremholdes at Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser «i fremtiden må tolkes i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og praksis knyttet til disse», og at konvensjonene kan bidra til å «kaste lys over forståelsen av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser».¹⁰

Også for grunnlovsbestemmelsene må utgangspunktet være at konvensjonsbestemmelsene fremsetter et minstekrav, og at det ikke ligger noe i veien for å la rettighetsvernet etter Grunnloven rekke videre. Samtidig er det klart at rettsanvenderen ikke kan innfortolke helt nye rettigheter i Grunnloven fordi de følger av konvensjonene.¹¹ Ved manglende samsvar,

⁸ Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) s. 22, sml. Dok. 16. (2011-2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven* s. 87.

⁹ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* (2018), 5. utgave, Fagbokforlaget, Bergen s. 46.

¹⁰ Dok. 16. (2011-2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven* s. 90.

¹¹ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* (2018), 5. utgave, Fagbokforlaget, Bergen s. 46.

fremhever forarbeidene at det må «utvises et kyndig skjønn når praksis relatert til [konvensjonsbestemmelsen] skal nyttes ved tolkning av [grunnlovsbestemmelsen]», under henvisning til forholdet mellom Grl. § 105 og EMK P1-1.¹² Den nærmere vurderingen av vekten til en internasjonal rettskilde må altså avgjøres konkret, basert på en sammenligning av de foreliggende rettighetene. Det fremstår likevel som klart at de grunnlovsfestede menneskerettighetene i stor grad kan utpensles og utfylles av sine parallelle konvensjonsbestemmelser.¹³

2.4 Adgang til overprøving av en lovs grunnlovsmessighet

Et viktig utgangspunkt for behandlingen av oppgavens problemstilling er hvor langt retten skal gå i å overprøve Stortingets beslutninger, og hvilke momenter som må vektlegges ved vurdering av overprøvingens intensitet.

At det finnes visse skranker for Stortingets handlefrihet, er tydelig allerede etter Grunnlovens formålsparagraf, som viser at Grunnloven ikke bare skal sikre «demokratiet», men også «rettsstaten og menneskerettighetene» jf. § 2. At Stortingets kompetanse begrenses av menneskerettighetene er også uttrykkelig nedfelt i Grl. § 92. Spørsmålet om hvordan disse begrensningene skal kontrolleres, er ikke like klart. På den ene siden finner vi hensynet til at Grunnlovens rettigheter faktisk overholdes og kontrolleres, mens maktfordelingsprinsippet og folkesuverenitetsprinsippet taler for å utvise forsiktighet ved å gripe inn i Stortingets kompetanse.

Norge har ingen konstitusjonsdomstol, men det fremgår uttrykkelig av Grl. § 89 at domstolene har kompetanse til å overprøve hvorvidt en lov strider mot Grunnloven i konkrete saker. En helt sentral dom om rekkevidden av denne overprøvingsretten er Rt. 1976 s. 1 (Kløfta). Saken gjaldt erstatning ved ekspropriasjon, og i domspremissene introduserer Høyesterett en tredeling av prøvingsintensitet for ulike typer rettigheter.¹⁴ Etter Kløftadommens modell får Grunnloven mest gjennomslagskraft ved overprøving av bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, mens for bestemmelser om statsmaktene kompetanse og arbeidsmåte, vil Stortinget ha betydelig

¹² Dok. 16. (2011-2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven* s. 89.

¹³ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* (2018), 5. utgave, Fagbokforlaget, Bergen s. 50.

¹⁴ Rt. 1976 s. 1 (Kløfta-dommen) på s. 5.

skjønn. Mellom disse to står bestemmelser til vern om økonomiske rettigheter. Dommen viser også at der Stortinget ikke har vurdert en lovs grunnlovsmessighet, vil det foreligge en friere adgang til overprøving.¹⁵

Intensiteten i overprøvingen av en lovs grunnlovsmessighet vil altså variere utfra en rekke momenter, blant annet lovens politiske og skjønnsmessige karakter og grunnlovsrettighetens art. En manglende vurdering av lovens grunnlovsmessighet fra Stortingets side vil også tale for en friere adgang til overprøving. At disse holdepunktene må være retningsgivende for overprøvingen er lagt til grunn også i forarbeidene til § 89.¹⁶

3. Grunnloven § 110

3.1 Innledning. Presentasjon av bestemmelsen

For å svare på oppgavens overordnede spørsmål er det nødvendig å gå helt til kjernen av problemstillingen, nemlig om det finnes noen konstitusjonelle skranker for statsmaktens sysselsettingspolitikk. I denne sammenheng er Grl. § 110 det sentrale rettsgrunnlaget.

Før den konkrete behandlingen av om utlendingslovens system bryter med bestemmelsen, må man se på Grl. § 110 i seg selv. Gjennom å tolke bestemmelsens karakter og generelle innhold kan man undersøke om den inneholder noen skranker for myndighetenes handlefrihet, og hva disse eventuelt er. Denne oppgaven fokuserer på bestemmelsens første ledd første punktum, og det avgrenses dermed mot en mer inngående redegjørelse for både sosialstøtte (første ledd annet punktum) og medbestemmelsesrett på arbeidsplassen (annet ledd).

3.2 Bestemmelsens tilblivelse. Et politisk fellesskapsprosjekt

For å forstå Grl. § 110, må man starte med et overblikk over bestemmelsens tilblivelse på midten av 1900-tallet, og den spesielle politiske konteksten i denne perioden.

¹⁵ Ibid. på s. 6.

¹⁶ Dok. 16. (2011-2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven* s. 81.

Prosessen frem mot vedtakelsen begynte allerede i 1948, da Sosialdepartementet foreslo et nytt tillegg til Grunnloven om en «Ret og Plikt» til arbeid.¹⁷ Forslaget ble fremmet bare tre år etter slutten av andre verdenskrig, og gir på mange måter et godt bilde av etterkrigstidens økonomiske og politiske fellesskapsprosjekt. Det var en tverrpolitisk samarbeidsvilje til å bygge opp samfunnet etter krigen, og dette kom blant annet til uttrykk i fellesprogrammet *Arbeid for alle* fra sommeren 1945. Programmet, som hadde tilslutning fra samtlige stortingspartier, hadde som formål å skape enhet om de store gjenreisningsoppgavene, og ga tydelig uttrykk for prinsippet om arbeid som et samfunnsgode.¹⁸

Justiskomiteén fulgte opp Sosialdepartementets forslag i 1948, og fikk støtte av flertallet i Utenriks- og konstitusjonskomiteen fire år senere, i 1952.¹⁹ Spørsmålet kom opp til behandling ved Stortinget samme år. Etter en lang debatt, hovedsakelig om bestemmelsens utforming og plassering, ble forslaget nedstemt med 61 mot 77 stemmer.²⁰ Det var imidlertid bred enighet om å forsøke å utarbeide et nytt forslag, som resulterte i Innst. S. nr. 220 (1954) om å ta inn § 110 i Grunnloven med endret ordlyd, tilsvarende slik bestemmelsen står i dag. Grunnlovsforslaget ble vedtatt av Stortinget 16. november 1954 med 135 mot 9 stemmer.²¹ § 110 gikk da inn i det gamle Kapittel E: Alminnelige bestemmelser.

Bestemmelsen har siden 1954 gjennomgått tre grunnlovsendringer. Annet ledd om ansattes medbestemmelsesrett ble lagt til den 5. mai 1980, mens mindre språklige endringer ble foretatt 3. mars 2006.²² Ved den mer omfattende Grunnlovsrevisjonen i 2014 ble tidligere § 101 om retten til sosial trygghet satt inn som § 110 første ledd annet punktum, og bestemmelsen ble flyttet til i det nye kapittel E om Menneskerettigheter.

¹⁷ Ibid s. 227.

¹⁸ Norgeshistorie.no, *Fellesprogrammet*, sist redigert 10. mars 2020, <https://www.norgeshistorie.no/kilder/velferdsstat-og-vestvending/K1815-fellesprogrammet.html>. (lest 21. sep. 2020).

¹⁹ St. prp. nr. 140 (1948); Innst. S. nr. 373 (1952).

²⁰ Stortingstidende, *Sak nr. 13 i Stortingsforhandlinger*, Vol. 96 nr. 7b, Centraltrykkeriet, Oslo, 1952, s. 3259.

²¹ Stortingstidende, *Sak nr. 2 i Stortingsforhandlinger*, Vol. 98 nr. 7b, Centraltrykkeriet, Oslo, 1954, s. 2649.

²² Innst. S. nr. 74 (2005-2006) *Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag [...] om endringer i Grunnloven [...] (retting av språklige feil)* og Dok. 16. (2011-2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven* s. 227.

3.3 Om tolkningen av § 110. Rettskilder og sentrale prinsipper

3.3.1 Presentasjon av rettskildene

Ved fortolkningen av Grl. § 110 må man ta utgangspunkt i den generelle metoden for grunnlovstolkning. Som vist er ordlyden et naturlig startpunkt for å forstå bestemmelsens innhold.

Videre er § 110 også nokså spesiell i sammenligning med øvrige grunnlovsbestemmelser i den forstand at det finnes omfattende forarbeider, både fra vedtakelsestidspunktet og fra senere tids endringer og oppdateringer. For det opprinnelige innholdet i bestemmelsen er særlig St. prp. nr. 140 (1948), Innst. S. nr. 373 (1952) og Innst. S. nr. 220 (1954) egnet til å klargjøre bakgrunnen for vedtakelsen i 1954. Også stortingsdebattene fra 1952 og 1954 kan kaste lys over de politiske standpunktene ved vedtakelsen, uten at disse dokumentene vil tillegges selvstendig rettskildemessig vekt.

I forkant av den omfattende Grunnlovsrevisjonen i 2014 nedsatte Stortingets presidentskap et utvalg som skulle utrede menneskerettighetenes stilling i Grunnloven, samt gi forslag til endringer i anledning Grunnlovens 200-årsjubileum. Arbeidet kumulerte i *Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*. Rapporten fremstiller en grundig redegjørelse for menneskerettighetene både generelt og spesielt, og gir et godt bilde både på rettstilstanden frem til 2014, og premissene for endringene ved revisjonen.

Grl. § 110 har så langt ikke vært oppe for Høyesterett, og det nærmere innholdet i bestemmelsen har dermed ikke blitt klargjort i praksis. Vi har imidlertid noen underrettsdommer som kan bidra til å vise enkelte oppfatninger om rettstilstanden.

Også internasjonal rett kan bidra til å utpensle innholdet i Grl. § 110, og i denne sammenheng er særlig FNs Konvensjon om økonomiske sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) art. 6 relevant.

3.3.2 Særlig om ØSK art. 6 som tolkningsmoment

Historien om § 110 er spesiell ikke bare som følge av den spesielle politiske situasjonen den ble skapt i, men også fordi den trådte i kraft over 20 år før sin internasjonale parallell i ØSK art. 6. I motsetning til menneskerettighetene som ble lagt til i Grunnloven ved 2014-revisjonen, er dermed ikke § 110 et produkt av en internasjonal rettsutvikling, men en forløper.²³ At bestemmelsen stod så lenge på egne ben er et moment det er viktig å ha i tankene når det nå skal foretas en dypere juridisk analyse av § 110.

Vi kan likevel ikke se helt bort fra de internasjonale rettskildene når vi skal behandle Grl. § 110 slik den er i dag. Den 13. september 1972 ratifiserte Norge ØSK.²⁴ Artikkel 6 i ØSK klare likhetstrekk med vår egen § 110:

Art. 6

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right.

2. The steps to be taken by a State Party to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include technical and vocational guidance and training programmes, policies and techniques to achieve steady economic social and cultural development and full and productive employment under conditions safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual.

Selv om både ØSK art. 6 og Grl. § 110 tar for seg arbeid som gode i en rettsstat, har de to bestemmelsene nokså ulik ordlyd. Der Grl. § 110 hovedsakelig retter seg mot «statens myndigheter», fremholder ØSK art. 6 en «right to work». Det fremgår imidlertid av ØSK-komiteéns uttalelser at denne individuelle dimensjonen av ØSK art. 6 ikke skal forstås som et absolutt krav på arbeid for den enkelte, men heller gir enkeltpersoner rettigheter i

²³ Arnulf Tveberg, *Grunnloven og velferdsstatens menneskerettigheter*, 17. juni 2014, https://lovdata.no/artikkel/grunnloven_og_velferdsstatens_menneskerettigheter/1440 (lest 10. september 2020).

²⁴ Fn.no, *Konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter*, sist redigert 05.08.19, <https://www.fn.no/om-fn/avtaler/menneskerettigheter/konvensjon-om-oekonomiske-sosiale-og-kulturelle-rettigheter> (lest 1. oktober 2020).

arbeidsforholdet.²⁵ Det mer konkrete innholdet i artikkel 6 sin individuelle side følger av art. 7 og 8, og er i norsk rett hovedsakelig gjennomført i arbeidsmiljøloven og øvrige grunnlovsrettigheter, se f.eks. Grl. §§ 93 og 98, samt Grl. § 110 annet ledd.²⁶

Selv om ØSK art. 6 og Grl. § 110 ikke er likt utformet, har likevel de to bestemmelsene såpass materiell nærhet på enkelte punkter at § 110 må sees som gjennomføringen av den generelle delen av ØSK art. 6 i norsk rett. Samtidig er det viktig å ikke blande sammen denne delen av ØSK art. 6 med de mer individuelle sidene av bestemmelsen, som må ansees gjennomført i annen norsk lovgivning.

Det fremstår dermed som naturlig at ØSK art. 6 kan bidra til å utpensle innholdet i Grl. § 110, men kun der bestemmelsene overlapper materielt sett. Konvensjonen kan ikke medføre en innskrenking av rettighetsvernet etter Grl. § 110, og skal heller ikke brukes som holdepunkt for å innfortolke nye rettigheter i grunnlovsbestemmelsen. I de mer konkrete tolknings spørsmål må man derfor vurdere hvorvidt de to bestemmelsene behandler spørsmålet likt, før man kan gå videre til den nærmere fortolkningen av innholdet i rettigheten.

3.4 Har § 110 rettslig innhold?

3.4.1 Rettslig innhold som forutsetning for overprøving

Det første spørsmålet som må avklares før man går løs på innholdet i § 110, er om bestemmelsen i det hele tatt kan overprøves. I dette ligger en vurdering av hvorvidt § 110 har et rettslig innhold.

3.4.2 Ordlyd

Som ved all rettslig tolkning, må man starte med ordlyden. § 110 er adressert til «statens myndigheter», og det kreves at disse «skal legge forholdene til rette» for at «ethvert arbeidsdyktig menneske» skal kunne «tjene til livets opphold ved arbeid eller næring».

²⁵ Economic and Social Council, General comment No 18: Article 6 (The right to work), adopted 24 November 2005, GE.06 -40313 (E) 080206 punkt II.6 sml. punkt I.2.

²⁶ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv (arbeidsmiljøloven).

Bestemmelsen krever altså at staten «skal» legge til rette for arbeid. Ordet «skal» kan sies å inneholde et visst imperativ, og dermed en forpliktelse til å følge ordlydens instruks. I motsetning til mer skjønnsmessige formuleringer som «bør» eller «kan», tilsier «skal» i større grad at det foreligger et krav. Videre vil det være praktisk mulig for domstolene å vurdere et «skal»-vilkår, da spørsmålet vil være hvorvidt rettssubjektet rent faktisk har fulgt denne instruksen. Ordet legger ikke i seg selv opp til en skjønnsmessig vurdering, hvilket isolert sett kan tale for at det foreligger en rettslig plikt til å følge bestemmelsen. Denne forståelsen tilsier at bestemmelsen oppstiller en overprøvbar pliktnorm for staten.

Bestemmelsen kan også forstås som en kompetansenorm. Statsmaktens kompetanse utledes fra konstitusjonen, og det er også her man finner kompetansens yttergrenser.²⁷ Forstås § 110 som en kompetansenorm, finnes det flere mulige tolkninger av hvilke grenser denne setter. En måte å forstå ordlyden på i dette lys, er at det er statens myndigheter, og ingen andre, som skal tilrettelegge for sysselsetting. Slik kan bestemmelsen imidlertid neppe leses, da det ville ha vært lite gunstig å hindre private aktører å initiere sysselsettingstiltak i samfunnet. En annen forståelse er at myndighetene handler utenfor sitt kompetanseområde dersom de ikke «[legger] forholdene til rette» for sysselsetting. Det foreligger etter denne tolkningen en grense for statens adgang til å selv bestemme sysselsettingspolitikken, og eventuelle handlinger utenfor denne kompetanse vil være grunnlovsstridig.

Uansett om det foreligger en pliktnorm og/eller en kompetansenorm, er det sentrale spørsmålet her om det å «legge forholdene til rette» for sysselsetting er en forpliktelse som kan overprøves rettslig.

Tilrettelegging er i seg selv en svært generell formulering, og det vil være utfordrende for domstolene å vurdere hvorvidt kravet er oppfylt. Andre punktum er motsetningsvis tydeligere, og oppstiller en «rett til støtte fra det offentlige». Forskjellen i bestemmelsens to deler kan sies å tale for at § 110 ikke oppstiller en rettslig plikt.

På den annen side er ikke formuleringen helt innholdsløs. Å «legge forholdene til rette» tilsier at staten må ha et visst positivt insentiv til å realisere formålet om sysselsetting, og en rent negativ tilnærming vil dermed kunne sies å falle utenfor. Å overprøve bestemmelsen vil i

²⁷ Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati*, 4. utgave, Fagbokforlaget, Bergen, 2017 s. 34.

slike tilfeller være mulig - å forhindre er jo det motsatte av å tilrettelegge, og der staten aktivt forhindrer sysselsetting og individets mulighet til å arbeide, vil § 110 oppstille en skranke. Det er vanskeligere å definere hva som kreves av positive tiltak for at tilretteleggingskravet anses oppfylt, men at direkte hindringer åpenbart vil være i strid med de krav som følger av ordlyden, kan tale for at § 110 inneholder visse rettslige skranker for statens handlemåte.

Selv om den mer konkrete vurderingen vil være utfordrende, er det klart at enkelte forhold vil stride mot de krav som stilles til staten etter Grl. § 110. Ordlyden i seg selv tilsier dermed at bestemmelsen har et rettslig innhold. Forarbeidene skaper imidlertid usikkerhet knyttet til om dette kan legges til grunn.

3.4.3 Forarbeider frem til 1954

Den første gangen Stortinget behandlet § 110, ble forslaget nedstemt som følge av uenighet om ordlyden. Selve innholdet i bestemmelsen var det imidlertid enighet om. Bestemmelsen var ment som en programerklæring som fremholdt en moralsk forpliktelse for staten til å arbeide for sysselsetting, men uten rettigheter og plikter for enkeltpersoner.²⁸ Flertallet på Stortinget stemte mot forslaget fordi de mente bestemmelsens prinsipielle og uforpliktende karakter ikke kom tydelig nok frem av ordlyden, og ved 1954-forslaget var ordlyden derfor endret til å i større grad presentere § 110 som en programerklæring rettet mot staten, og ikke en individuell rettighet og plikt til arbeid.²⁹

Når det gjelder adgangen til å overprøve statens etterfølgelse av bestemmelsen, er imidlertid forarbeidene noe mer uklare. Av 1954-forarbeidene følger det at bestemmelsen «overlater til myndighetene selv å bestemme hvordan forholdene skal legges slik til rette at alle kan skaffe seg arbeid og utkomme», men at det samtidig ikke kan «vedtas lover eller treffes disposisjoner som åpenbart eller bevisst hindrer eller vanskeliggjør realiseringen av Grunnlovens pålegg».³⁰ Komitéen ser altså ikke bort fra at statens handlingsfrihet rettslig begrenses som følge av forslaget. Tvert imot kan dette se ut til å være et viktig poeng med den nye bestemmelsen. Forarbeidene er således ikke helt tydelige på omfanget av rettsplikten etter § 110, men kan samtidig sies å gi holdepunkter for at bestemmelsen i 1954 var ment å skulle medføre visse begrensninger i myndighetenes handlefrihet.

²⁸ Innst. S. nr. 373 (1952) s. 840.

²⁹ Innst. S. nr. 220 (1954) s. 584.

³⁰ Ibid. s. 585.

Forarbeidene til de etterfølgende endringene i 1980 og 2006 er av mindre betydning i denne sammenheng, da de omhandler første ledd annet punktum og annet ledd, og går lite inn på forståelsen av første ledd første punktum.³¹ Mer relevant er det å se til utviklingen som ledet frem mot 2014-revisjonen - en utvikling preget av globalisering, internasjonalisering og styrking av internasjonale rettslige institusjoner og deres rettsgrunnlag.

3.4.4 Grunnlovsrevisjonen i 2014

For mange av de eldre menneskerettighetene medførte 2014-revisjonen en oppdatering, og forarbeidene gir derfor et viktig grunnlag for forståelsen av gjeldende rett i dag. Om utviklingen til § 110 siden 1954 er utvalget kortfattet, og påpeker bare at bestemmelsen har vært lite behandlet i forarbeider og litteratur.³² Videre konkluderer utvalget med at det ikke er behov for å styrke retten til arbeid utover gjeldende rett.

Selv om forarbeidene viser en nokså begrenset utvikling av Grl. § 110, fremhever utvalget imidlertid et svært viktig moment som er høyst relevant for spørsmålet om det rettslige innholdet til § 110:

Utvalget vil likevel påpeke at dagens grunnlovsbestemmelse bør forstås i lys av den internasjonale rettsutviklingen på dette området. Det innebærer bl.a. at den skepsis som enkelte jurister ga uttrykk for da spørsmålet om en eventuell domstolsprøving av bestemmelsen ble behandlet i forarbeidene, nå må leses i lys av at statens myndigheter er forpliktet gjennom de internasjonale konvensjonene til å respektere, beskytte og oppfylle rettigheter knyttet til arbeid. I prinsippet bør det fortsatt være en meget høy terskel for domstolsprøving av bestemmelsen.³³

Forarbeidsuttalelsen inneholder to sentrale poeng. For det første tydeliggjør utvalget at også internasjonal rettsutvikling må trekkes inn ved tolkningen av § 110, selv om bestemmelsen er laget før de fleste av de viktigste konvensjonene. Enda viktigere for vårt spørsmål er at

³¹ Se Innst. S. nr. 74 (2005-2006) *Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag [...] om endringer i Grunnloven [...] (retting av språklige feil)* og Dok. 16. (2011-2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven* s. 227.

³² Dok. 16. (2011-2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven* s. 228.

³³ *Ibid.* s. 231.

uttalelsen gir et klart og tungtveiende materielt holdepunkt for at bestemmelsen nå må ansees som rettslig bindende for staten, selv om terskelen for overprøving er høy. At utvalget i dette avsnittet direkte adresserer den tidligere «skepsis som enkelte jurister» har hatt om temaet, viser at bemerkningen er vel gjennomtenkt, og er ment for å gi et tydelig uttrykk for gjeldende rett.

Resultatet av 2014-revisjonen var for § 110 et nytt første ledd annet punktum om retten til sosial trygghet, samt at «næring» ble lagt inn i bestemmelsens første ledd. For den aktuelle problemstillingen er disse endringene av mindre relevans. Mer interessant er imidlertid opprettelsen av Kapittel E: Menneskerettigheter, og det faktum at § 110 ble plassert i det nye kapitlet. I sin vurdering av den nye strukturen av Grunnloven, fremholder Menneskerettighetsutvalget at et samlet kapittel vil medføre «at det vil komme tydelig frem hvilke bestemmelser som utgjør menneskerettigheter».³⁴ Samlingen av rettighetene i det nye kapittel E var altså ikke tilfeldig, men begrunnet i et ønske om å holde lignende bestemmelser sammen.

Etter kapitlets første paragraf, § 92, er statens myndigheter pålagt å «respektere og sikre» menneskerettighetene i Grunnloven. At § 110 inngår i kapitlet som § 92 sikter på å ivareta, medfører at § 110 må kunne overprøves. Den tosidige forpliktelsen som fremkommer av § 92 sier oss også noe om karakteren til bestemmelsene i kapitlet. At staten både skal «respektere» og «sikre» menneskerettighetene på et generelt plan medfører både en begrensning i statens handlefrihet og oppstiller samtidig en handlingsplikt. At myndighetene etter § 92 skal «respektere og sikre» § 110 tilsier således at bestemmelsen inneholder både en kompetansenorm og en pliktnorm. En kontekstuell tolkning taler dermed for en løsning hvor myndighetene ikke kan gå utover sin kompetanse gjennom å motarbeide sysselsetting, og de har samtidig en plikt til å tilrettelegge for at flest mulig skal være i arbeid.

Overprøvingsretten etter § 92 er en gjennomføring av EMK art. 13, som fremholder at alle hvis konvensjonsrettigheter har blitt brutt har rett til «an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity». For § 110 gjaldt, som vist, ingen konvensjonsrettigheter da den ble vedtatt. I løpet av bestemmelsens lange liv har det imidlertid kommet til nye

³⁴ Ibid. s. 98.

konvensjonsforpliktelser, blant disse retten til arbeid etter ØSK art. 6. Som vist må Grl. § 110 ansees som gjennomføringen av den generelle delen av ØSK art. 6. Adgang til overprøving er dermed påkrevd både etter Grl. § 92 og etter EMK art. 13.

3.4.5 Rettspraksis

Selv om bestemmelsen altså må sies å ha en viss rettslig side som følge av overprøvningskravet i Grunnloven og EMK, har slik overprøving i praksis vært svært begrenset. Som nevnt har ikke § 110 blitt behandlet i Høyesterett, og det finnes kun et fåtall dommer i de lavere instanser.

I lagmannsrettsdommen LB-1995-2823 mente en skatteyder at hans ligning var ugyldig som følge av motstrid med § 110. Staten ble i denne sak frifunnet fordi lagmannsretten fant det «åpenbart at denne bestemmelse ikke kan påberopes av den enkelte borger».³⁵

Lagmannsrettsdommen er samtidig ikke avvisende til at § 110 inneholder visse rettslige krav, og at brudd på bestemmelsen i ytterste konsekvens kan medføre riksrettsansvar.³⁶

Lagmannsretten anerkjenner altså at § 110 inneholder visse etterprøvbare plikter, men slår samtidig fast at overprøving ved de alminnelige domstoler ikke kan finne sted. Dommens alder er relevant i dette henseende. Selv om den internasjonale rettsutviklingen hadde gjennomgått store endringer i perioden mellom 1954 og 1995, kan den ikke sies å ha nådd samme nivå som i 2014. På tidspunktet for domfellelsen var ikke forpliktelsen om overprøving av menneskerettighetene inkorporert i norsk rett, verken i Grunnloven eller i menneskerettsloven. Uttalelsen kan dermed ikke sees som annet enn et bilde på den rådende rettsoppfatningen på tidspunktet, og som følge av etterfølgende utvikling vil den ikke tillegges vekt for forståelsen av gjeldende rett i dag.

Av nyere dato er tingrettssakene fra 2019, TOSLO-2019-177664 (Stålsett-saken) og TOSLO-2019-59563 (Viste-saken), relevante. Begge sakene gjaldt straffansvar for arbeidsgiver for brudd på utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav a gjennom ansettelse av utlendinger med ulovlig opphold i Norge. I begge sakene avviser domstolen tiltaltes anførsler av Grl. § 110. Til sammenligning med den eldre Borgarting-dommen, er ikke de nyere dommene like kontante i relasjon til overprøving generelt. Tvert imot viser den nokså grundige

³⁵ LB-1995-2823 s. 4.

³⁶ Ibid.

gjennomgangen av § 110 i Viste-saken at tingretten finner spørsmålet mulig å overprøve. Stålsett-sakens domspremisser er noe mer kortfattet, men også her er konklusjonen at det ikke foreligger motstrid mellom den aktuelle lovanvendelsen og Grl. § 110.³⁷ At tingretten i begge disse sakene i det hele tatt vurderer spørsmålet om motstrid forutsetter at dette er et rettssspørsmål de har adgang til å overprøve. Hadde § 110 vært helt uten rettslig innhold, ville jo spørsmålet blitt stanset allerede der.

3.4.6 Oppsummering. Fra politisk programerklæring til rettslig bestemmelse

Selv om § 110 i utgangspunktet ikke inneholdt noen rettslig plikt, tilsier nyere rettsutvikling at gjeldende rett nå har endret seg. Dette er også synlig både i forarbeidene til 2014-revisjonen, samt nyere underrettspraksis. Gjennom sine 66 år i Grunnloven har § 110 gått fra å være en selvstendig norsk bestemmelse til å bli en del av et større rettighetsystem, hvis innhold må tolkes i lys av kravet om gjennomføring av ØSK art. 6 jf. Grl. § 92 og EMK art. 13. Fra å være en programerklæring uten rettslig innhold, kan § 110 som følge av både nasjonal og internasjonal rettsutvikling nå sies å være en rettslig bestemmelse som kan overprøves jf. Grl. § 89.

3.5 Nærmere om bestemmelsens innhold

3.5.1 Rettskildebildet

Det er nå klargjort at § 110 fremstiller rettslige krav, og det neste steget blir dermed å kartlegge hva disse kravene faktisk er. Fordi § 110 er lite behandlet i rettspraksis, finnes det få retningslinjer for hvordan man skal forstå bestemmelsens innhold. Øvrige rettskilder kan imidlertid bidra til å utpensle forståelsen, og gi oss visse generelle utgangspunkt for rettsanvendelsen. En rekke spørsmål aktualiseres i denne sammenheng: Hvem er beskyttet av § 110? Hva skal det tilrettelegges for? Hvor mye tilrettelegging kreves av staten?

I det følgende vil det redegjøres for disse generelle tolkningsspørsmålene i tilknytning til § 110. Før en fortolkning av de enkelte delene av bestemmelsens ordlyd, er imidlertid et sentralt spørsmål hvorvidt § 110 fremholder en individuell rett til arbeid, eller retter seg mot myndighetene alene. Spørsmålet er viktig med tanke på søksmålsadgangen for enkeltpersoner dersom denne eventuelle retten skulle bli forhindret eller vanskeliggjort. Et individuelt krav

³⁷ Se redegjørelse for dommene under punkt 5.3.2.

om arbeid vil også stille betydelig strengere krav til myndighetene, og har derfor betydning for også de øvrige tolkningsspørsmålene.

3.5.2 En individuell rett til arbeid?

Et viktig overordnet spørsmål er altså om § 110 fremholder en individuell rett til arbeid. Ordlyden i § 110 første ledd første setning retter seg mot «statens myndigheter». Sett i sammenheng med annet punktum, som gir borgerne en «rett til» sosialstøtte, fremstår første setning motsetningsvis som en bestemmelse kun knyttet til staten. Ordlyden i seg selv taler dermed mot at det foreligger en individuell rett til arbeid.

Når det gjelder forarbeidene er også disse nokså tydelige på dette punktet. Det har konsekvent fremstått som utilsiktet at bestemmelsen skal inneholde en individuell rettighet, og dette kommer tydelig frem i samtlige forarbeider, fra 1948 til 2014.

Ved 2014-revisjonen vurderte Menneskerettighetsutvalget hvorvidt individets rettigheter etter § 110 burde styrkes gjennom å innføre en individuell rett til arbeid. Utvalget anså det ikke nødvendig å innføre en slik rettighet, og 2014-revisjonen endret dermed ikke rettstilstanden på dette punktet.³⁸

De få gangene Grl. § 110 har vært oppe for domstolene, har et sentralt tema gjennomgående vært hvorvidt bestemmelsen inneholder en individuell rettighet. Samtlige av de nevnte underrettsdommene har behandlet dette spørsmålet, og det konsekvente svaret er at det ikke foreligger noen individuell rettighet til arbeid etter § 110.³⁹ Selv om disse dommene skal tillegges begrenset vekt, er de et tydelig uttrykk for gjeldende rett. Også i teorien er denne forståelsen lagt til grunn.⁴⁰

Både ordlyd, forarbeider, praksis og teori fremholder tydelig at § 110 ikke kan forstås eller overprøves som en individuell rettighet. Bestemmelsen kan dermed kun aktualiseres dersom det blir spørsmål om grunnlovsmessigheten av statens maktutøvelse.

³⁸ Dok. 16. (2011-2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven* s. 231

³⁹ Se LB-1995-1823 s. 4, TOSLO-2019-177664 s. 3, TOSLO-2019-59563 s. 7-8.

⁴⁰ Henriette Sinding Aasen og Nanna Kildal, *Kapittel 7: Grunnloven og retten til arbeid i Grunnloven og velferdsstaten* (2014), Fagbokforlaget, Bergen, s. 113.

3.5.3 Hva skal det tilrettelegges for?

Vi går så videre til å se på de vilkår som følger direkte av § 110 første ledd første setning. Bestemmelsen krever tilrettelegging for at man «kan tjene til livets opphold ved arbeid eller næring». Det sentrale spørsmålet for dette vilkåret er hva som faller innenfor arbeids- og næringsbegrepene, og dermed hva det kreves tilretteleggelse for.

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at bestemmelsen inneholder både et krav om tilstrekkelig lønn ved at man skal kunne «tjene til livets opphold», og at denne lønnen kan opptjenes gjennom «arbeid eller næring».

Dette første aspektet ved bestemmelsen adresserer Arne Fliflet i kommentarutgaven til Grunnloven fra 2005, og fremholder at vilkåret innebærer at man skal kunne tjene «tilstrekkelig til å dekke en rimelig levestandard for arbeidstakeren og de han forsørger».⁴¹ Den konkrete vurderingen av hva som må ansees som rimelig lønn til enhver tid, vil ikke behandles her.

Videre kreves at opptjeningen skal skje gjennom «arbeid eller næring». Adgangen til arbeidsmarkedet er altså et gode i seg selv, og ordlyden sikter til at man skal kunne utøve et yrke. En slik forståelse av bestemmelsen støttes ytterligere av at første ledd annet punktum inneholder en rett til sosialstøtte dersom man ikke kan arbeide. Hadde første punktum hatt som eneste målsetting å tilrettelegge for en økonomisk ytelse, ville det ikke vært behov for annet ledd. En viktig side av § 110 første ledd er altså verdigheten knyttet til å selv kunne tjene inn egne midler. Andenæs og Fliflet støtter denne forståelsen av første punktum, og fremhever at «[myndighetene] skal sørge for arbeid, det er ikke nok å utbetale trygd».⁴²

«Arbeid» vil normalt vise til en situasjon hvor man yter en tjeneste og deretter mottar en motytelse fra en arbeidsgiver, enten dette er staten eller private. Alternativet «næring» viser på sin side til alternativet der man selv driver en virksomhet. Næringsalternativet ble lagt til i § 110 samtidig som den tidligere § 101 om næringsfrihet ble opphevet. Et spørsmål som har aktualisert seg i relasjon til Grl. § 110 er om den oppstiller en rett til fritt valg av yrke. Jeg nøyer meg i denne sammenheng med å vise til at Grl. § 98 og § 113 i stor grad fanger opp de

⁴¹ Arne Fliflet, *Grunnloven. Kommentaarutgave*, Oslo, 2005, s. 460.

⁴² Johannes Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2017, s. 614.

tilfeller hvor manglende valgfrihet ikke skal aksepteres, og siden § 110 ikke fremholder noen individuell rettighet kan det vanskelig tenkes at slike anførsler om konkret beskyttelse vil føre frem.

§ 110 første ledd første punktum inneholder altså både et krav til lønnsnivå, samt et krav om at man skal kunne delta i arbeidslivet, enten gjennom lønnet arbeid eller egen næring. De nærmere kravene til arbeidet og næringen reguleres blant annet i arbeidsmiljøloven. Også de øvrige menneskerettighetene i Grunnloven vil være viktige for de mer konkrete krav til arbeidsforhold, se særlig § 110 annet ledd, § 98 og § 113.

3.5.4 Hvem skal det tilrettelegges for?

Det er nå klart hva det skal tilrettelegges for, og det neste spørsmålet blir hvem det skal tilrettelegges for. Mer spesifikt blir spørsmålet hvem som er å regne som «ethvert arbeidsdyktig menneske» jf. Grl. § 110, og som staten dermed plikter å tilrettelegge for.

Det er på det rene at «ethvert arbeidsdyktig menneske» kun sikter til fysiske personer.⁴³ Ordlyden er ellers åpen, og stiller kun krav til arbeidsdyktighet. En naturlig forståelse av «arbeidsdyktig» tilsier at vedkommende person må kunne arbeide, og innebærer dermed både en psykisk og en fysisk kapasitet til å utføre en jobb.

At «ethvert [...] menneske» som er «arbeidsdyktig» omfattes, tilsier at alle personer som reelt sett kan jobbe også kan forvente tilrettelegging fra staten jf. § 110. En naturlig avgrensning av denne forståelsen er likevel at tilretteleggingsansvaret ikke kan strekkes lengre enn statens egen jurisdiksjon. En slik plikt ville vært vanskelig for myndighetene å oppfylle. Utenlandske statsborgere i utlandet kan jo naturlig nok ikke sies å kunne ha en berettiget forventning om at Norge skal tilrettelegge for at de skal kunne arbeide i sitt hjemland. Personkretsen kan dermed sies å være «ethvert arbeidsdyktig menneske» innenfor norsk jurisdiksjon.

Ordlyden åpner ikke for ulik tilrettelegging av hensyn til mer personlige forhold som statsborgerskap, alder, nasjonalitet, kjønn, språk osv. At menneskerettighetene er universelle, ligger også helt i kjernen av begrepet: et menneske har menneskerettigheter i kraft av sitt

⁴³ Dok. 16. (2011-2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven* s. 233.

menneskeverd, og dette faktum alene. I forarbeidene til 2014-revisjonen står det derfor tydelig at «[under] dagens rettstilstand må hovedregelen være at Grunnloven verner om alle mennesker, ikke bare norske statsborgere».⁴⁴ At menneskerettighetene gjelder for alle innenfor statens jurisdiksjon, uavhengig av statsborgerskap, er også i tråd med internasjonal rett. Etter EMK er konvensjonsstatene forpliktet til å sikre menneskerettighetene for «everyone within their jurisdiction» jf. art. 1. ØSK art. 2 tredje ledd åpner for at «developing countries» kan forbeholde økonomiske rettigheter for egne statsborgere, hvilket forutsetter at utgangspunktet er at disse rettighetene gjelder også for andre statsborgere.

I forarbeidene til 2014-revisjonen fremkommer det at det nevnte utgangspunktet om universalitet ikke er helt absolutt, og utvalget uttaler at «i noen grad må utlendinger tåle at det legges større begrensninger på deres rettigheter enn statsborgeres rettigheter».⁴⁵ Hvorvidt en slik innskrenking kan finne sted, må imidlertid vurderes konkret. Utgangspunktet er i alle tilfeller at «ethvert arbeidsdyktig menneske» omfatter samtlige personer med faktisk arbeidsevne.

3.5.5 Tilretteleggingskravets nedre grense

Det mest skjønnsmessige vilkåret i § 110 er at staten skal «legge forholdene til rette». At det kreves tilrettelegging sier relativt lite om når staten har gjort tilstrekkelig, og når den ikke har gjort nok. En naturlig lesing av ordlyden tilsier likevel at direkte forhindring vil havne under grensen til § 110. En slik forståelse legges som vist også til grunn i forarbeidene, som fremholder at det ikke kan «vedtas lover eller treffes disposisjoner som åpenbart og bevisst hindrer eller vanskeliggjør realiseringen av Grunnlovens pålegg».⁴⁶

Å «legge forholdene til rette» tilsier imidlertid en plikt også utover bare å avstå fra inngrep. Hva som konkret ligger i denne positive plikten, er likevel ikke klart. Det finnes som nevnt ingen dommer fra norsk høyesterettspraksis som gir noe svar på hvor vi finner tilretteleggingsplikten nedre grense.

Vi kan imidlertid finne noen flere holdepunkter ved å se til internasjonal rett, og den generelle delen av ØSK art. 6 kan bidra til å utpensle innholdet i statens tilretteleggingsplikt

⁴⁴ Ibid. s. 45.

⁴⁵ Ibid. s. 45.

⁴⁶ Innst. S. nr. 220 (1954) s. 585.

etter § 110. I likhet med § 110 oppstiller ikke ØSK retten til arbeid en absolutt eller betingelsesløs rettighet. Art. 6 er imidlertid langt mer konkret i sin redegjørelse for statens plikt, og gir i annet ledd en ikke-uttømmende liste over mulige tiltak staten skal gjennomføre, deriblant «technical and vocational guidance and training programmes», «policies and techniques to achieve steady economic social and cultural development» og «full and productive employment under conditions safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual». ØSK art 6. er altså betydelig mer spesifikk enn Grl. § 110 når det gjelder statens plikter. De eksemplene ØSK art. 6 nevner er imidlertid ikke utenfor ordlyden til Grl. § 110, men virker heller som tiltak som også vil kreves under kravet om å «legge forholdene til rette». At staten har forpliktet seg til å føre en økonomisk politikk med et mål om full sysselsetting, vil jo nettopp medføre utarbeidelse av retningslinjer og planer for å motarbeide arbeidsløshet.

Det vil være vanskelig å trekke opp en konkret grense som bestemmer når kravet etter Grl. § 110 er oppfylt uten tilstrekkelig praksis om tematikken, men det fremstår likevel som klart at bestemmelsen i lys av ØSK art. 6 ikke bare medfører en negativ plikt, men også en klar positiv plikt til å føre en politikk og utarbeide et system som muliggjør sysselsetting og fanger opp de som faller utenfor.

3.6 Videre vurderinger

De krav som stilles i Grl. § 92 sammenholdt med internasjonal rett medfører altså at det foreligger både en plikt til tilrettelegging for sysselsetting, og samtidig en avgrensning av myndighetenes kompetanse til å motarbeide sysselsetting. Dersom et forhold går utover de skranker som følger av disse retningslinjene, vil det følgelig kunne konstateres et inngrep i Grl. § 110. Disse retningslinjene er imidlertid ikke absolutte. I vurderingen av om utlendingsloven § 55 medfører et ulovlig inngrep i Grl. § 110, må vi først klargjøre på hvilke vilkår et slikt inngrep er lovlig.

4. Adgangen til å begrense § 110

4.1 Betydning for fremstillingen

Fordi utlendingsloven potensielt utgjør et inngrep i Grl. § 110, må vi altså redegjøre for når et slikt inngrep vil være lovlig. Vilkårene for lovlige inngrep i menneskerettighetene følger av ulovfestet rett. Diskrimineringsforbudet i Grl. § 98 medfører også særlige begrensninger i de tilfeller hvor inngrep medfører forskjellsbehandling. Den foreliggende problemstillingen gjelder behandlingen av en spesiell gruppe mennesker, og som vi skal se i del V vil dette kunne medføre forskjellsbehandling. Det vil først redegjøres for vilkårene etter den generelle adgangen til å begrense menneskerettighetene, før det sees til vilkårene etter Grl. § 98.

4.2 Den generelle adgangen til å begrense menneskerettighetene

Vi har per i dag ingen generell hjemmel for inngrep i Grunnlovens menneskerettigheter, selv om et forslag til en slik begrensningshjemmel har vært oppe til behandling ved flere anledninger.⁴⁷ Det er også kun Grl. § 100 som uttrykkelig oppstiller vilkår for de tilfeller hvor begrensninger ansees lovlige. At det likevel finnes en mer generell adgang til begrensning av menneskerettighetene, kan ikke være tvilsomt. Selv om visse bestemmelser må ansees absolutte, for eksempel forbudet mot tortur, vil de fleste andre menneskerettighetene ofte havne i motstrid med hverandre eller andre nødvendige interesser. Grl. § 110 er klart nok ikke å regne som en absolutt menneskerettighet, og inngrep kan dermed gjøres på visse vilkår.

For Grunnlovens bestemmelser har retningslinjene for slike begrensninger kommet til hovedsakelig gjennom praksis, med unntak av nevnte Grl. § 100. EMK følger samme modell som § 100, og begrensningsadgangen er inntatt i de konkrete bestemmelser, se f.eks. art. 8 annet ledd. Selv om vilkårene for begrensning ikke fremkommer direkte av Grunnloven, finnes det klare holdepunkter for gjeldende rett i forarbeidene til 2014-revisjonen. Menneskerettighetsutvalgets foreslo en ny begrensningshjemmel, og selv om bestemmelsen ikke ble vedtatt, gir utvalget en grundig redegjørelse for gjeldende rett slik den er utviklet i praksis, og fremholder at vilkårene for begrensninger er at det foreligger lovhjemmel, at

⁴⁷ Johannes Andenæs og Arne Fiflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2017, s. 493-494.

begrensningen ikke uthuler rettigheten, at inngrepet er forholdsmessig, og at det har som formål å ivareta hensynet til andres menneskerettigheter eller til allmenne interesser.⁴⁸

At det er disse vilkårene som må legges til grunn for begrensninger av menneskerettighetene, fremkommer også av etterfølgende rettspraksis. Rt. 2015 s. 93 gjaldt en kenyansk kvinne som ble besluttet utvist av UNE samtidig som hun fikk avslag på søknad om familiegjenforening med sin norske datter. I dommens avsnitt 60 uttaler Høyesterett at grunnlovsvernet etter § 102 kan begrenses «dersom tiltaket har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig», og at forholdsmessighetsvurderingen må ta utgangspunkt i «de beskyttede individuelle interessene på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre».⁴⁹

I tillegg til disse generelle vilkårene for begrensninger i de grunnlovfestede menneskerettighetene, oppstiller menneskerettighetskapitlet selv enkelte krav som vil påvirke også de andre bestemmelsene. Særlig sentralt i denne sammenheng står Grl. § 98, om forbudet mot diskriminering og usaklig forskjellsbehandling.

4.3 Særlig om diskrimineringsforbudet i § 98

4.3.1 Relevans for fremstillingen

I tillegg til de generelle vilkårene for begrensninger i de grunnlovfestede menneskerettighetene, setter Grl. § 98 særlige begrensninger for forskjellsbehandling. Dersom en begrensning i en menneskerettighet oppfyller de alminnelige vilkår for inngrep, men medfører forskjellsbehandling, vil det altså likevel kunne være ulovlig som følge av Grl. § 98.

Grl. § 110 krever tilrettelegging for sysselsetting generelt. Dersom myndighetene tilrettelegger mer eller mindre for enkelte grupper i samfunnet foreligger det dermed forskjellsbehandling, og vilkårene etter Grl. § 98 vil aktualisere seg som ytterligere skranker for inngrepet. Det vil i det følgende redegjøres for disse skrankene.

⁴⁸ Dok. 16 (2011-2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven* s. 73-74.

⁴⁹ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60

4.3.2 Likhetsprinsippet og diskrimineringsforbudet

Bestemmelsen kom til først ved 2014-revisjonen, men både likhetsprinsippet og diskrimineringsforbudet ansees å ha vært gjeldende rett i lang tid.⁵⁰ § 98 har følgende ordlyd:

§ 98

Alle er like for loven.

Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.

Av forarbeidene fremkommer det tydelig at bestemmelsen er ment som en «skranke for både lovgiver, domstoler og forvaltning», og at konsekvensen av dette er at «lovgiver ikke vil ha adgang til å gi privilegier til enkelte personer eller grupper i samfunnet».⁵¹ Likhetsprinsippet suppleres av det negativt definerte diskrimineringsforbudet i annet ledd.

4.3.3 Vilkår for diskriminering. Usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling

4.3.3.1 Forskjellsbehandling

En forutsetning for at § 98 skal gjøres gjeldende er at det foreligger «forskjellsbehandling». En naturlig forståelse av begrepet tilsier at det må være snakk om ulik behandling av like tilfeller. Hvorvidt det foreligger «forskjellsbehandling», må vurderes gjennom en konkret sammenligning av de faktiske forhold og den foreliggende interessen. I forarbeidene til lov 16. juni 2017 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) tydeliggjøres det at det ikke stilles et krav om identiske situasjoner, og at også tilnærmet like situasjoner vil omfattes.⁵² Et slikt synspunkt vil være forsvarlig også etter § 98.

4.3.3.2 Usaklig

Videre kan ikke denne forskjellsbehandlingen være «usaklig». At en forskjellsbehandling er saklig tilsier at den må tjene et anerkjent formål. «Usaklig» forskjellsbehandling vil dermed foreligge der den ulike behandlingen ikke kan begrunnes på en forsvarlig måte. Grl. § 98

⁵⁰ Ibid. s. 143.

⁵¹ Ibid. s. 144.

⁵² Prop. 81 L (2016-2017) *Lov om likestilling og forbud mot diskriminering* s. 314.

fremholder at «intet menneske» skal diskrimineres, hvilket tilsier at forbudet rammer generelt, og at det ikke stilles noen krav til diskrimineringsgrunnlaget. Dette synspunktet legges til grunn i forarbeidene, og Menneskerettighetsutvalget uttalte i forarbeidene til 2014-revisjonen at den generelle formuleringen var et bevisst valg for å unngå ugrunnet prioritering og synliggjøring av visse typer diskriminering, samt sikre Grunnlovens fleksibilitet.⁵³

Selv om Menneskerettighetsutvalget ikke ønsket å grunnlovsfeste en liste over diskrimineringsgrunnlag, viser de til at forskjellsbehandling på bakgrunn av «kjønn, etnisitet, språk, funksjonsevne, seksuell orientering, kjønnsuttrykk, religion, livssyn, politisk syn, helse, alder eller andre liknende vesentlige forhold ved en person» ofte vil være å anse som diskriminering.⁵⁴

Også øvrige formål kan som vist være usaklige, og dermed medføre diskriminering. Menneskerettighetsutvalget påpeker på et generelt plan at forskjellsbehandling knyttet til «vesentlige forhold ved en person» omfattes, og under fremstillingen av internasjonal rett fremholdes det at «forskjellsbehandlingen [må] ha sammenheng med et kjennetegn ved en person, alternativt et kjennetegn ved noen som denne personen assosieres med» for at det skal foreligge diskriminering.⁵⁵ Dette tilsier at forskjellsbehandling som følge av rene handlinger normalt ikke vil inkluderes, med mindre disse gir uttrykk for mer generelle trekk ved personen som utfører dem.

4.3.3.3 Uforholdsmessig

At forskjellsbehandlingen ikke kan være «uforholdsmessig» tilsier at det også må foretas en rimelighetsvurdering, hvor man holder begrunnelsen for forskjellsbehandlingen opp mot konsekvensene det får for den forskjellsbehandlede. En forskjellsbehandling med bakgrunn i et ellers akseptert formål, kan således sies å være diskriminerende dersom den går utover det som er nødvendig. Vilkåret virker ved første øyekast betydelig strengere enn usaklighetsvilkåret - det sentrale momentet er ikke begrunnelsen til, men omfanget av forskjellsbehandlingen. En uforholdsmessig forskjellsbehandling av enkeltpersoner vil imidlertid ofte også mangle et saklig formål, og de to vilkårene må dermed sies å være tett

⁵³ Dok. 16. (2011-2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven* s. 149-150

⁵⁴ *Ibid.* s.150-152.

⁵⁵ *Ibid.* s. 142.

knyttet til hverandre. Det sentrale må også her være å foreta en helhetsvurdering av de faktiske forhold og den foreliggende interessen.

4.4 Oppsummering. Vilkår for begrensninger av Grl. § 110

En begrensning av § 110 kan følgelig tillates dersom det foreligger tilstrekkelig hjemmel, inngrepet ikke uthuler rettigheten, men er forholdsmessig og ivaretar et legitimt formål. Videre kan ikke inngrepet medføre «usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling» jf. Grl. § 98.

5. Overprøving av utlendingslovens § 55 jf. Grl. § 110

5.1 Problemstillingen

Etter å ha redegjort for innholdet i Grl. § 110, samt vilkårene for å foreta inngrep i denne bestemmelsen, skal det nå vurderes hvorvidt utlendingsloven § 55 medfører et ulovlig inngrep i Grl. § 110 første ledd første punktum jf. Grl. § 98 og ØSK art. 6, med særlig fokus på rettstilstanden for ureturnerbare asylsøkere.

Begrepet «ureturnerbare asylsøkere» er ikke uproblematisk å anvende, og det må først foretas en avklaring av hva som legges i dette begrepet i oppgavens drøftelse. Det skal så redegjøres for gjeldende rett, og i hvilken grad spørsmålet allerede er avklart, før oppgaven går inn i en mer konkret drøftelse og overprøving av utlendl. § 55.

5.2 Gjeldende rett. Utlendingslovens system for de ureturnerbare

5.2.1 Særlig om begrepet «ureturnerbare asylsøkere»

Begrepet «ureturnerbare asylsøkere» er ofte brukt i offentlige diskusjoner, men har ingen rettslig forankring, og brukes heller ikke av UDI. Utlendingsloven skiller bare mellom de som har rett på beskyttelse, og dermed skal få beskyttelse etter utlendingslovens kapittel 4, og de som får avslag, og dermed oppholder seg ulovlig i Norge. Asylsøkere som har fått endelig avslag på sin søknad, plikter å forlate landet frivillig innen en gitt frist jf. utlendl. § 90 sjette

ledd, eventuelt gjennom assistert retur ved hjelp fra International Organization for Migration (IMO). Som siste løsning kan mennesker som har fått avslag på asylsøknad bli tvangsreturnert av politiet etter § 90 syvende ledd.

Det finnes imidlertid noen situasjoner hvor ingen av disse løsningene vil være mulige, og det foreligger praktiske returhindringer. Eksempler på dette vil være dersom utlendingens hjemland benekter de opplysninger som er gitt om identitet og statsborgerskap, utlendingen er statsløs, eller utlendingens hjemland nekter å ta imot egne borgere som har søkt asyl i utlandet.⁵⁶ I tillegg kan utlendingen selv motarbeide returen, og slik vanskeliggjøre prosessen.

I forarbeidene til utlendingsloven anvendes ikke begrepet «ureturnerbar», men det vises til utlendinger med avslag som samarbeider om retur, men hvor det likevel ikke er mulig å gjennomføre returen.⁵⁷ I forarbeidene til et lovforslag fra 2005 vedrørende endringer i utlendingsloven kommenterte Kommunal- og regionaldepartementet begrepet, og også de fremholdt at begrepet kun kan anvendes om de som selv aktivt samarbeider om retur, men likevel hindres i å returnere til hjemlandet over tid.⁵⁸

Drøftelsen vil videre ta utgangspunkt i denne strenge definisjonen av begrepet «ureturnerbare asylsøkere», nemlig der utlendingen selv samarbeider, men likevel ikke kan returnere. Hvor mange som faktisk faller innenfor denne kategorien i dag, finnes det ingen offisielle tall på, fordi kategorien ikke eksisterer i myndighetenes system. Det fremkommer likevel av utlendingslovens forarbeider at antallet personer som faller innenfor denne kategorien er «svært lavt».⁵⁹ Også politiet fremholder at «svært få er ureturnerbare».⁶⁰

Spørsmålet om arbeidstillatelse for denne gruppen mennesker er også nært knyttet til andre rettigheter som krever oppholdstillatelse, blant annet helsehjelp og utdanning. Jeg vil ikke gå inn på betydningen et krav om tilrettelegging for arbeid vil få for disse øvrige sektorene.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) *Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)* s. 161.

⁵⁷ *Ibid.* s. 165.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 112 (2004-2005) *Om lov om endringer i utlendingsloven (innkvartering ved søknad om asyl mv)* s. 5-6.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) *Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)* s. 165.

⁶⁰ Politiets Utlendingsenhet, *Svært få er ureturnerbare*, sist redigert 26.06.17, <https://www.politiet.no/aktuelt-tall-og-fakta/aktuelt/nyheter/2017/06/26/svart-fa-er-ureturnerbare> (lest 19. november 2020).

5.2.2 Gjeldende rett. Utlendingsloven § 55 jf. utlendingsforskriften § 8-7

Utlendingsloven regulerer etter § 2 rettstilstanden til «utlendinger». Etter § 5 inkluderer dette «enhver som ikke er norsk statsborger». Bestemmelsen viser også at det gjelder visse unntak for nordiske borgere.

Arbeid for utlendinger reguleres etter lovens § 55, som fremholder at enhver utlending som «akter å ta arbeid mot eller uten vederlag, eller som vil drive ervervsvirksomhet i riket», må ha «oppholdstillatelse som gir rett til å ta arbeid eller drive ervervsvirksomhet». Enhver som ansetter en utlending uten slik oppholdstillatelse, risikerer straffansvar etter utlendingsloven § 108 annet ledd bokstav a. De nærmere krav til oppholdstillatelse for asylsøkere følger av lovens kapittel 4, og den konkrete vurderingen av om opphold skal innvilges ligger hos forvaltningen.

For de ureturnerbare asylsøkerne følger det av utlendingsforskriften § 8-7 at utlendingsnemnda kan ta opp igjen saken og gi oppholdstillatelse ved praktiske returhindringer utenfor asylsøkerens kontroll, og der det ikke er spørsmål om utlendingens identitet.⁶¹ Forskriften oppstiller imidlertid ingen rett til opphold dersom vilkårene er oppfylt, men viser at nemnda «kan» gi oppholdstillatelse i slike situasjoner. Vurderingen legges dermed til forvaltningens skjønn også i de tilfeller der vilkårene er oppfylt. Hovedregelen om oppholdstillatelse består, og forskriften fremholder kun visse særregler for den forvaltningsrettslige vurderingen av oppholdstillatelse.

Etter den offentlige debatten om rettstilstanden for mennesker med langvarig ulovlig opphold i Norge i kjølvannet av de to sakene i 2019, kom regjeringen i desember 2019 frem til en engangsløsning for utlendinger med samlet alder og oppholdstid i Norge på minst 65 år, hvor oppholdstiden i Norge er på minst 16 år.⁶² Engangsløsningen har per november 2020 ikke trådt i kraft.

⁶¹ Forskrift 15. oktober 2009 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften)

⁶² Justis- og beredskapsdepartementet, *Engangsløsning for utlendinger med 16 år eller lenger oppholdstid*, publisert 19.12.19, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/engangslosning-for-utlendinger-med-16-ar-eller-lenger-oppholdstid/id2683719/> (lest 19. november 2020)

Rettsstilstanden er i dag dermed slik at mennesker som har fått endelig avslag på oppholdstillatelse, men som oppholder seg i Norge fordi de ikke kan returnere til landet hvor de har sitt statsborgerskap, ikke kan arbeide uten oppholdstillatelse jf. utlendl. § 55.

5.3 Er spørsmålet allerede avklart?

5.3.1 Forarbeidene

Som vist i Kløfta-saken, må man ta stilling til Stortingets egen vurdering av en lovs grunnlovmessighet i overprøvingen. Vekten av Stortingets synspunkter vil variere blant annet utfra hvor god og grundig vurderingen er, men også i disse tilfeller kan domstolene dømme saken annerledes.⁶³

Forarbeidene til utlendingsloven bidrar ikke til å oppklare problemstillingen. I Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) nevnes ikke Grl. § 110 en eneste gang, og forholdet til ØSK art. 6 blir heller ikke kommentert. Forarbeidenes stillhet i spørsmålet kan muligens tilsa at lovgiver ikke anså motstrid som aktuelt. Uten en uttalelse om dette kan man imidlertid ikke tillegge lovgiver slike meninger, og må heller anta at lovgiver ikke har vurdert forholdet i det hele tatt. Forarbeidene åpner dermed opp for en nokså selvstendig rettslig overprøving på dette punktet.

5.3.2 Rettspraksis. Stålsett-saken og Viste-saken

5.3.2.1 Presentasjon av sakene

Spørsmålet om hvorvidt utlendl. § 55 medfører et ulovlig inngrep i Grl. § 110 har så langt ikke blitt behandlet i Høyesterett, og det foreligger dermed ingen bindende presedens som kan gi oss veiledning i vurderingen. Spørsmålet kom imidlertid opp for tingretten i de to tidligere nevnte sakene fra 2019, TOSLO-2019-59563 (Viste-saken) og TOSLO-2019-177664 (Stålsett-saken), som begge gjaldt straffansvar for arbeidsgiver etter § 108 annet ledd bokstav a. Både Viste og Stålsett anførte at utlendingsloven er i strid med Grl. § 110, og i begge tilfellene benektet tingretten slik motstrid. Viste-saken ble forsøkt tatt videre til både Lagmannsretten og til Høyesterett, men anken ble avvist i begge instanser.

⁶³ Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 4. utgave, Fagbokforlaget, Bergen, 2017 s. 323.

5.3.2.2 Om den rettskildemessige vekten generelt

På generelt grunnlag vil tingrettsdommer ha begrenset rettskildemessig vekt. Fordi Høyesterett ikke har behandlet tematikken, og de to dommene samsvarer på en rekke punkter, er de likevel interessante som oppfatninger om gjeldende rett. Høyesterett avviste Viste-sakens anke, men avslaget i seg selv kan ikke tillegges betydelig rettskildemessig vekt, da Høyesterett i liten grad gjør rede for sine synspunkter om rettsspørsmålet.⁶⁴

5.3.2.3 Hva kan trekkes ut?

Av de to dommene er Viste-saken mest grundig i sin begrunnelse. I sine avsluttende premisser ved behandlingen av Grl. § 110, fremholdt tingretten at bestemmelsen «[ikke gir] enkeltpersoner en ubetinget rett til arbeid, og er ikke til hinder for at norske myndigheter kan fastsette begrensninger for hvilke utlendinger som kan ta arbeid og på hvilke vilkår det kan skje».⁶⁵

I spørsmålet om diskriminering etter ØSK art. 2 og SP art. 26, som fremsetter tilsvarende vilkår for diskriminering som Grl. § 98, uttalte tingretten at ulovlig opphold må ansees som en objektiv og rimelig grunn til forskjellsbehandling, og at forskjellsbehandlingen er forholdsmessig i lys av de innvandringsregulatoriske hensyn som ligger til grunn for utlendl. § 108 tredje ledd bokstav a jf. § 55.⁶⁶ Stålsett-saken la i all hovedsak til grunn de samme premisser som Viste-saken, og fremholdt at Grl. § 110 ikke er «til hinder for at norske myndigheter kan fastsette begrensninger for hvilke utlendinger som kan ta arbeid og på hvilke vilkår det skal skje».⁶⁷

Begge de to dommene går altså nokså langt i sine uttalelser om Grl. § 110 sin begrensede gjennomslagskraft, og har også møtt motstand fra flere stemmer i fagmiljøet.⁶⁸ Dommene tar utgangspunkt i en drøftelse av om § 110 oppstiller en individuell rettighet, og avviser tiltalens anførsler når dette spørsmålet besvares benektende. Dommene går imidlertid i liten grad inn på de krav som stilles til staten etter § 110, og om disse er oppfylt. Drøftelsen i det følgende

⁶⁴ HR-2020-1040-U.

⁶⁵ TOSLO-2019-59563 (Viste-saken) s. 9.

⁶⁶ Ibid. s. 12.

⁶⁷ TOSLO-2019-177664 (Stålsett-saken) s. 3.

⁶⁸ Se som eksempel Nils-Henrik Pettersson, *Stålsett har tilstått - men har han gjort noe straffbart?* i Rett24, sist redigert 17.12.19, <https://rett24.no/articles/stalsett-har-tilstatt--men-har-han-gjort-noe-straffbart> (lest 17. august 2020) og Henriette Sinding Aasen, *Grunnloven og retten til arbeid* i Rett24, sist redigert 17.12.19, <https://rett24.no/articles/stalsett-grunnloven-og-retten-til-arbeid> (lest 17. august 2020).

har en noe annen innfallsvinkel. I motsetning til dommene, vil det først vurderes hvorvidt utlendl. § 55 objektivt sett medfører en begrensning i Grl. § 110, og så om denne begrensningen likevel kan være lovlig. Synspunktene fra 2019-sakene vil derfor, som følge av den ulike problemformuleringen, ikke tillegges rettskildemessig vekt.

5.4 Foreligger et inngrep i Grl. § 110?

5.4.1 Utgangspunkt for overprøvingen

En eventuell motstrid adresseres altså ikke i utlendingslovens forarbeider, Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), og er heller ikke klargjort i Høyesterettspraksis. Det er dermed adgang til å foreta en mer selvstendig overprøving med utgangspunkt i de vilkår som har blitt presentert i del IV.

Vi har allerede fastslått at Grl. § 110 medfører en rettslig forpliktelse for staten, og at overprøving kan skje. Fordi bestemmelsen er rettet mot «statens myndigheter» og ikke inneholder noen individuell rettighet, gjelder den etter Kløfta-dommens tredeling «de andre statsmaktens arbeidsmåte».⁶⁹ Selv uten å fremsette en individuell rett til arbeid, fremstår det likevel som klart at bakgrunnen for bestemmelsen er å finne i grunnleggende individuelle hensyn. At bestemmelsen er ment som et generelt vern om individuelle rettigheter, er også i tråd med den internasjonale parallellen til ØSK art. 6, samt bestemmelsens plassering i menneskerettighetskapitlet. Bakgrunnen for bestemmelsen kan således tilsi at den til en viss grad også kan karakteriseres som en grunnlovsbestemmelse «til vern om økonomiske rettigheter», som etter Kløfta-dommen befinner seg i en «mellomstilling».⁷⁰

Som vist oppstiller forarbeidene til bestemmelsen en «meget høy terskel for overprøving».⁷¹ Denne uttalelsen er i tråd med at det i første rekke er snakk om en begrensning i statsmaktens myndighet. En høy terskel er også velbegrunnet som følge av at sysselsettingstematikk og innvandringspolitiske spørsmål normalt er mer egnet for politisk enn rettslig behandling.

⁶⁹ Rt. 1976 s. 1 (Kløfta) s. 6

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Dok. 16. (2011-2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven* s. 231.

Det legges dermed til grunn en meget høy terskel for den rettslige overprøvingen, hvilket medfører at myndighetene må tillegges betydelig skjønn. Ved de mer åpenbare overtredelser vil det likevel være nærliggende å konstatere rettsstrid, da sikring av menneskerettighetene er påkrevd etter Grl. § 92.

5.4.2 Utlendinger. Krav etter Grl. § 110

Utlendingsloven § 55 retter seg mot «utlendinger», og gjelder dermed en begrenset gruppe mennesker med visse særtrekk i form av at de ikke har «norsk statsborgerskap» jf. § 5. Grl. § 110, viser derimot til «ethvert menneske». Også utlendinger skal dermed tas med i vurderingen av statens tilretteleggingsplikt etter Grl. § 110.

5.4.3 Arbeid

Det Grl. § 110 krever tilrettelegging for er «arbeid» og «næring». Som vist inneholder bestemmelsen både et krav til lønnsnivå, samt et krav om at man skal kunne delta i arbeidslivet gjennom lønnet arbeid eller egen næring.

Utlendl. § 55 fremsetter vilkår for utlendingers adgang til å «ta arbeid mot eller uten vederlag, eller som vil drive ervervsvirksomhet». Bestemmes rammer altså både betalt og frivillig arbeid, og går således noe videre enn de forhold som er beskyttet av Grl. § 110. Kjernen i § 55 er likevel den alminnelige arbeids- eller næringssituasjonen, hvor man bytter ytelse mot et vederlag. Det er også denne typen arbeid som er beskyttet av Grl. § 110.

Utlendl. § 55 regulerer altså i alle fall delvis det samme rettsgodet som Grl. § 110. Det må så vurderes om denne reguleringen er i tråd med de krav som stilles etter konstitusjonen.

5.4.4 Tilretteleggingskravet

Kravet etter Grl. § 110 er at staten «skal legge forholdene til rette» for arbeid. Den mer konkrete grensen for tilretteleggingsterskelen kan vanskelig fastsettes generelt, men den rene motarbeidelse vil som vist være utenfor.

Utlendingsloven § 55 krever oppholdstillatelse for å kunne arbeide. Å søke om å få oppholdstillatelse, og å få innvilget slik søknad, er en tidkrevende og kostbar prosess. Den nærmere prosessen for anskaffelse av oppholdstillatelse vil ikke behandles her, men det er i

alle tilfeller klart at et krav om oppholdstillatelse medfører et betydelig hinder for å «tjene til livets opphold ved arbeid eller næring». Bestemmelsen er altså en direkte motarbeidelse av tilretteleggingskravet i Grl. § 110, og medfører slik et inngrep i bestemmelsen.

5.4.5 Forskjellsbehandling

Etter Grl. § 110 er utlendinger og norske statsborgere likestilt. At de to gruppene mennesker blir behandlet ulikt etter utlendingsloven § 55 medfører dermed at det foreligger en «forskjellsbehandling». Etter Grl. § 98 kreves det at denne forskjellsbehandlingen er både saklig og forholdsmessig.

5.4.6 Vurderingen videre

Utlendl. § 55 medfører et hinder for utlendingers adgang til arbeidsmarkedet, mens Grl. § 110 krever at myndighetene skal jobbe med det utgangspunkt at alle skal sysselsettes - også utlendinger. Det foreligger dermed et inngrep i Grl. § 110, og spørsmålet er om inngrepet likevel er å anse som lovlig. Fordi inngrepet medfører en forskjellsbehandling mellom utlendinger og norske statsborgere, må grunnlovsmessigheten vurderes både etter de alminnelige reglene om begrensninger i menneskerettighetene, og etter skrankene for forskjellsbehandling i Grl. § 98.

5.5 Er inngrepet lovlig?

5.5.1 Vurderingen

Som vist kan en begrensning av eller et inngrep i Grl. § 110 likevel være lovlig på visse vilkår. Inngrepet må ha tilstrekkelig hjemmel, ikke uthule rettigheten, være forholdsmessig og ivareta et legitimt formål, og ikke medføre «usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling» jf. Grl. § 98. Siden inngrepet i seg selv er en hjemmel for forskjellsbehandling, vil saklighetskravet og forholdsmessighetskravet etter de alminnelige reglene for inngrep og etter diskrimineringsforbudet i Grl. § 98 i det følgende behandles under ett.

5.5.2 Lovhjemmel

Kravet om lovhjemmel vil i hovedsak være aktuelt der inngrepet skjer i form av forvaltningsvedtak eller faktiske handlinger. Det foreliggende inngrepet er i seg selv en

lovbestemmelse. Det bestrides ikke at vedtakelsesprosessen oppfyller alle de krav som følger av Grunnloven og EMK, og at ordlyden i bestemmelsen er tilstrekkelig tydelig.

Hjemmelskravet er oppfylt.

5.5.3 Uthuling av rettigheten

Et inngrep som uthuler menneskerettigheten, vil i utgangspunktet ikke være et inngrep, men en fravikelse.⁷² En uthuling foreligger dersom man griper inn i kjernen av rettigheten, og tapper bestemmelsen for et reelt innhold.

Kjernen til Grl. § 110 er som vist å beskytte arbeid som et gode i samfunnet. Bestemmelsen er rettet mot staten, og setter retningslinjer for hva myndighetene skal prioritere i sin politikk. En uthuling av rettigheten ville vært aktuelt dersom det ikke lenger ble mulig for staten å tilrettelegge for sysselsetting. Utlendingsloven medfører ingen begrensninger i statens adgang til å tilrettelegge for sysselsetting, men er heller et utslag av Stortingets kompetanse til å selv regulere innvandringspolitiske spørsmål. Inngrepet som følger av utlendl. § 55 kan således ikke sies å uthule Grl. § 110.

5.5.4 Ivaretar et legitimt formål

Videre kreves det at inngrepet ivaretar et legitimt formål om å ivareta enten andres menneskerettigheter eller allmenne interesser.

Formålet bak utlendl. § 55 fremgår i første rekke av utlendingslovens formålsparagraf § 1. Bestemmelsen er delt i tre, og viser slik tre ulike hensyn bak utlendingsloven: regulering og kontroll (første ledd), ivaretagelse av rettssikkerheten til utlendinger (annet ledd), samt grunnlag for vern av særlig sårbare grupper (tredje ledd). I seg selv må samtlige av disse formålene ansees legitime.

Forarbeidene sier lite om den konkrete begrunnelsen for § 55, men det vises til behovet for regulering av utenlandsk arbeidskraft under behandlingen av formålsparagrafen.⁷³

Arbeidsinnvandring kan være både en styrke og en utfordring for et land, og adgangen til å

⁷² Dok. 16. (2011-2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven* s. 73.

⁷³ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) *Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)* s. 43.

regulere omfanget av og vilkårene for slik migrasjon må ansees som en forutsetning for å kunne styre enhver stat. Den innvandringspolitiske begrunnelsen bak reguleringen av arbeidstillatelse etter utlendingslovens § 55 er således dypt forankret i allmenne interesser, og må klart nok være å anse som et legitimt formål.

Også forskjellsbehandlingen dette inngrepet medfører, kan sies godt begrunnet. At et land kan behandle egne statsborgere annerledes enn utenlandske statsborgere, er en forutsetning for hele den folkerettslige samfunnsmodellen, deriblant både suverenitetsprinsippet og de folkerettslige jurisdiksjonsregler.

Både inngrepet i seg selv og forskjellsbehandlingen som oppstår etter utlendingslovens § 55, kan i utgangspunktet dermed sies å være saklig.

Situasjonen er likevel noe særegen hva gjelder de ureturnerbare asylsøkerne som har fått avslag på sin søknad, men som ikke kan returnere til sitt hjemland. Ved frivillig samarbeid til retur etter avslag, kan man vanskelig begrunne utesperring fra arbeidslivet i innvandringsregulatoriske hensyn. Et av insentivene bak reguleringsordningen i utlendl. § 55 er å gjøre det vanskeligere, og dermed mindre attraktivt, å velge å oppsøke arbeid i Norge. For ureturnerbare asylsøkere er det imidlertid ikke snakk om et valg. Videre vil det neppe være en nevneverdig belastning for det norske arbeidsmarkedet å innvilge ureturnerbare asylsøkere en adgang til arbeid, da det som vist er få mennesker som kan sies å være ureturnerbare.⁷⁴ Heller ikke samfunnsøkonomiske hensyn kan dermed begrunne inngrepet overfor ureturnerbare asylsøkere etter utlendingsloven § 55.

Den mer generelle begrunnelsen for oppholdstillatelse som vilkår for å kunne arbeide står dermed svakt når det kommer til de ureturnerbare asylsøkerne. Forarbeidene er ellers tause hva gjelder bakgrunnen for inngrepet overfor de ureturnerbare, og man står dermed igjen med en nokså uklar begrunnelse for begrensningen i adgangen til arbeidsmarkedet. Den uklare begrunnelsen for inngrepet tilsier at det ikke foreligger et saklig formål.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) *Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)* s. 165.

Heller ikke den forskjellsbehandling inngrepet medfører for de ureturnerbare i forhold til norske statsborgere kan ansees begrunnet i forarbeidene. Mennesker som faller innenfor kategorien ureturnerbare asylsøkere vil i større grad enn alminnelige asylsøkere være knyttet til Norge som følge av langtidsopphold og manglende muligheter for retur til sitt opprinnelige hjemland. Som permanent ulovlige beboere i Norge vil dette forbudet medføre en større grad av forskjellsbehandling i forhold til norske statsborgere enn hva som er tilfellet for de som kun befinner seg i landet midlertidig. De ureturnerbare vil heller ikke kunne benytte seg av adgangen til arbeid i sitt eget land, og blir således stående uten mulighet til å arbeide i det hele tatt. At denne gruppen har større likhetstrekk med norske statsborgere, tilsier at det må en grundigere begrunnelse til for å forskjellsbehandle. En slik begrunnelse er ikke å finne i forarbeidene, hvilket tilsier at det ikke foreligger et saklig formål for forskjellsbehandlingen jf. Grl. §98.

Hverken inngrepet eller forskjellsbehandlingen ansees etter denne vurderingen velbegrunnet overfor ureturnerbare asylsøkere, og det foreligger dermed ikke et saklig formål. Inngrepet er derfor ikke lovlig etter de ulovfestede regler om inngrep i menneskerettighetene, og medfører samtidig et brudd på Grl. §98. Dersom man likevel kommer til at inngrepet og forskjellsbehandlingen overfor ureturnerbare asylsøkere er godt begrunnet, må man gå videre til å vurdere hvorvidt begrensningen er forholdsmessig.

5.5.5 Forholdsmessighet

I forholdsmessighetsvurderingen må formålet holdes opp mot konsekvensene inngrepet får for de det rammer. Man må i denne sammenheng se på alternative handlingsmåter og lovgivers egen forholdsmessighetsvurdering. Først vurderes forholdsmessigheten til § 55 mer generelt, deretter forholdsmessigheten for ureturnerbare asylsøkere.

Formålet bak utlendingsloven § 55 er generelt, som vist, å regulere arbeidsinnvandringen til Norge. Et absolutt forbud mot at utlendinger kan arbeide ville sannsynligvis vært et uforholdsmessig strengt inngrep. Etter § 55 foreligger imidlertid intet slikt forbud, men heller en «ventil» for myndighetene til å selv sette vilkår for hvem som skal gis arbeidstillatelse. Generelt må Stortinget sies å ha et betydelig skjønn hva gjelder regulering av innvandring, og en adgang til å begrense utenlandsk arbeidskraft vil på mange måter stå i sammenheng med muligheten til å tilrettelegge for nasjonal arbeidskraft. Utlendingsloven § 55 vil derfor for de

aller fleste normaltillfeller ikke medføre et ulovlig brudd på grunnlovens krav om tilrettelegging, og Stortingets praksis på dette området vil normalt ligge utenfor hva domstolene kan tilsidesette.

Saken blir likevel også her av en noe annen karakter for de såkalte ureturnerbare asylsøkerne. I en situasjon hvor retur er umulig og opphold er ulovlig, vil det for disse menneskene være snakk om en ubegrenset tidsperiode uten adgang til arbeidsmarkedet. Fra et individperspektiv vil både økonomi, integrering, aktivisering og en mulighet til selvrealisering være nært knyttet opp mot en adgang til arbeidsmarkedet. Fordi det ikke foreligger noe reelt annet alternativ enn å bli i Norge, vil manglende adgang til arbeidsmarkedet for mange medføre en desperat situasjon. De omfattende konsekvensene utlendl. § 55 får for de ureturnerbare asylsøkerne, tilsier at det må foreligge tungtveiende holdepunkter som taler for at inngrepet er forholdsmessig.

I forarbeidene til utlendingsloven nevnes ikke de ureturnerbare som en egen gruppe ved behandlingen av § 55. Det fremkommer som nevnt ingen tydelig begrunnelse for et inngrep overfor denne gruppen, og det vurderes dermed heller ikke hvorvidt inngrepet er forholdsmessig. Denne manglende vurderingen fra Stortingets side tilsier at problemet ikke har blitt behandlet på en tilfredsstillende måte, og taler for at inngrepet ikke er forholdsmessig.

Fordi inngrepets forholdsmessighet ikke behandles konkret, vurderes det heller ikke om andre handlemåter kunne gitt en tilfredsstillende løsning. Systemet for adgang til arbeid gjennom oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 55 virker dermed nokså vilkårlig hva gjelder de ureturnerbare asylsøkerne, hvilket taler for at inngrepet ikke er forholdsmessig.

Som vist er også forskjellsbehandlingen inngrepet medfører svakt begrunnet, samtidig som den har store konsekvenser for enkeltpersonene. Ureturnerbare asylsøkere vil på samme måte som nordmenn bo og leve i den norske økonomien, med det relativt høye prisnivå som legges til grunn her. Den store forskjellen i muligheten til å legge til rette for et verdig liv taler for at også forskjellsbehandlingen er uforholdsmessig. Heller ikke dette problemet er adressert i forarbeidene, hvilket taler for at inngrepet, og den forskjellsbehandlingen det medfører, ikke er forholdsmessig.

Generelt kan det se ut som om myndighetene ikke har ansett Grl. § 110 som en skranke for sin egen handlefrihet til å forhindre utlendingers adgang til arbeid, hvilket igjen fører til at inngrepet ikke er tilstrekkelig begrunnet opp mot de krav som følger av bestemmelsen. De omfattende konsekvensene utlendl. § 55 får for de ureturnerbare fremstår således som uintenderte og svakt begrunnede.

En innvending mot å konstatere at inngrepet ikke er forholdsmessig, er at tematikken vanligvis vil reguleres politisk, og ikke juridisk. Fordi innvandringspolitikk normalt er Stortingets ansvar, må man utvise forsiktighet ved å rettsliggjøre tematikken i for stor grad. Det er imidlertid flere holdepunkter for at myndighetene selv anser dagens rettstilstand lite tilfredsstillende.

Gjennom vedtakelsen av utlendingsforskriften § 8-7 oppstilles det egne vilkår for oppholdstillatelse for de ureturnerbare. Departementet viser i forarbeidene til utlendingsloven at en slik forskrift bør vedtas fordi tungtveiende grunner taler for en særbehandling der det foreligger returhindringer.⁷⁵ At departementet vurderer denne gruppen annerledes uten at dette adresseres i vedtakelsen av inngrepet i utlendl. § 55, er et holdepunkt for at departementet selv anser inngrepet i seg selv som uforholdsmessig overfor denne gruppen. Videre har myndighetene også valgt å ta tak i problemet gjennom den nevnte engangsløsningen.⁷⁶ Engangsløsningen kan tolkes som et tydelig uttrykk for at det er enighet om at gjeldende rett ikke ivaretar disse menneskenes rettssikkerhet i tilfredsstillende grad. En engangsløsning kan vanskelig sees på som en oppfyllelse av kravene til Stortinget etter Grl. § 110 mer generelt, særlig når denne kun vil gjelde for de som oppfyller kravene innen en viss tidsfrist. Selv om disse etterarbeidene ikke kan tillegges nevneverdig vekt i den foreliggende overprøvingen, bekrefter de at spørsmålet om forholdsmessigheten av utlendl. § 55 i utgangspunktet ikke ble grundig vurdert. Man sitter igjen med et inntrykk av at myndighetene gjennom ulike løsninger forsøker å begrense konsekvensene av et inngrep de selv har vedtatt, men som de ikke klart kan vise er velbegrunnet eller forholdsmessig hva gjelder de ureturnerbare asylsøkerne.

⁷⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) *Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)* s. 165.

⁷⁶ Justis- og beredskapsdepartementet, *Engangsløsning for utlendinger med 16 år eller lenger oppholdstid*, publisert 19.12.19, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/engangslosning-for-utlendinger-med-16-ar-eller-lenger-oppholdstid/id2683719/> (lest 19. november 2020)

Lovgiver har altså ikke vurdert utlendingslovens § 55 konsekvenser for de ureturnerbare asylsøkeres adgang til å arbeide. Generelt er det få holdepunkter for hva begrunnelsen bak et inngrep overfor denne gruppen faktisk er. Det foreligger ingen vurdering av om andre, mindre inngripende handlingsmåter kunne vært tilfredsstillende, og forholdsmessigheten til inngrepet er heller ikke behandlet. Samtidig får utlendl. § 55 betydelige og langvarige konsekvenser for den rammede gruppen. Den sikkerhetsventilen som følger av utlendingsforskriften § 8-7 og engangsløsningen som utarbeides kan ikke sies å rettfærdiggjøre en manglende begrunnelse for inngrepet i utgangspunktet. Tvert imot er disse beslutningene uttrykk for at også lovgiver anser inngrepet for uforholdsmessig overfor de ureturnerbare. Inngrepet overfor ureturnerbares adgang til arbeidsmarkedet etter utlendl. § 55 må følgelig anses som dårlig begrunnet opp mot de konsekvenser det får, og er således ikke forholdsmessig.

5.6 Konklusjon

Begrensningen som følger av utlendl. § 55 har på et generelt plan tilstrekkelig hjemmel, uthuler ikke Grl. § 110, er forholdsmessig og ivaretar et legitimt formål, og medfører ikke «usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling» jf. Grl. § 98. Systemet er dermed ikke grunnlovsstridig.

Et unntak fra dette kan likevel sies å gjelde ureturnerbare asylsøkere, hvor inngrepet og forskjellsbehandlingen etter denne vurderingen må anses usaklig og uforholdsmessig. Begrensningen er dermed ikke lovlig etter de alminnelige reglene om adgangen til inngrep i menneskerettighetene, og man faller tilbake på utgangspunktet om at myndighetene må «legge forholdene til rette for» sysselsetting for «ethvert arbeidsdyktig menneske». Kravet er ikke oppfylt for denne særlig utsatte gruppen mennesker, og systemet for ureturnerbare asylsøkeres adgang til arbeidsmarkedet kan dermed etter min vurdering sies å være grunnlovsstridig jf. Grl. § 110.

6. Oppsummering og refleksjon

Introduksjonen av menneskerettighetene i Grunnloven har på mange måter medført store endringer i den norske rettstilstanden. Menneskerettighetene har fått en særlig gjennomslagskraft og trinnhøyde, og det er i større grad enn før begrensninger knyttet til hva

Stortinget selv kan bestemme. Selv med de begrensninger som følger av Grunnlovens kapittel E, er det likevel ikke fritt frem for domstolene å tilsidesette Stortingets avgjørelser. Grl. § 110 har anno november 2020 ikke blitt behandlet i Høyesterett, og det rettslige innholdet i bestemmelsen er fortsatt nokså uklart. Den økte debatten i kjølvannet av 2019-sakene har likevel satt tematikken på dagsordenen, og viser at Grunnloven etter 2014-revisjonen i større grad enn før blir ansett som et positivrettslig verktøy som kan påberopes og overprøves. Stortinget risikerer nå å holdes juridisk ansvarlig når de vedtar rent politiske erklæringer i Grunnlovs form.

Med en stadig mer polarisert innvandringsdebatt, er det likevel lite sannsynlig at domstolene vil se det som sin rolle å sette rettslige skranker for Stortingets handlefrihet på akkurat dette området. Mye tilsier derfor at Grl. § 110 i realiteten fortsetter å benyttes som en politisk programerklæring, selv om den rettslig sett kan sies å være noe mer. At bestemmelsen skal komme ureturnerbare asylsøkere til unnsetning på et mer generelt nivå, er tvilsomt. Også Stortinget ser ut til å vise tilbakeholdenhet med å anerkjenne ureturnerbare asylsøkere som en egen kategori i loven, og disse menneskene fortsetter dermed å falle mellom to stoler. Situasjonen for papirløse migranter og ureturnerbare asylsøkere står høyt på dagsordenen, men spørsmålet fortsetter likevel å være preget av usikkerhet, manglende rettssikkerhet og politisk mistenkeliggjøring.

Det er samtidig ikke sikkert at rettsliggjøring av politikken er rette veien å gå. En slik tendens kan medføre store demokratiske problemer, og bidra til å viske ut skillet mellom Storting og domstoler. Det må likevel være klart at det er ønskelig at jussen reflekterer den faktiske rettstilstanden, og er i tråd med rettsoppfatningen og rettsfølelsen til folk flest. Med den økte debatten om rettssikkerheten til ureturnerbare asylsøkere kan Grl. § 110 slik den er i dag vise seg å bli et problem, og en mer grundig vurdering av bestemmelsens skranker for myndighetenes handlefrihet bør i fremtiden inngå som et viktig moment i den politiske debatten.

7. Litteraturliste

7.1 Lover

Kongeriket Norges Grunnlov, 17. mai 1814 (Grunnloven)

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

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv (arbeidsmiljøloven)

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

Lov 16. juni 2017 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

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

7.2 Forskrifter

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

7.3 Konvensjoner

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

International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966 (entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter)

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966 (entered into force 3 January 1976) 993 UNTS 3. (Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter)

7.4 Forarbeider

St. prp. nr. 140 (1948) *Om endringer i Grunnloven*

Innst. S. nr. 373 (1952) *Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomitéen om forslag til ny § 110 i Grunnloven*

Innst. S. nr. 220 (1954) *Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomitéen om forslag til ny § 110 i Grunnloven*

NOU 1993:18 *Lovgivning om menneskerettigheter*

Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) *Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett*

Ot.prp. nr. 112 (2004-2005) *Om lov om endringer i utlendingsloven (innkvartering ved søknad om asyl mv)*

Innst. S. nr. 74 (2005-2006) *Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag [...] om endringer i Grunnloven [...] (retting av språklige feil)*

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

Dok. 16. (2011-2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*

Innst. 187 S (2013-2014) *Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag [...] om grunnlovfesting av økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettigheter, med unntak av romertall IX*

Innst. 263 S (2014-2015) *Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag [...] om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, romertall X (forbud mot dobbeltstraff) og romertall XXIV (domstolenes prøvingsrett)*

Innst.165 S (2015–2016) *Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om Grunnlovsforslag [...] om grunnlovfesting av økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettigheter (romertall IX – begrensninger i de grunnlovfestede rettigheter)*

Prop. 81 L (2016-2017) *Lov om likestilling og forbud mot diskriminering*

7.5 Stortingsdebatter

Stortingstidende, *Sak nr. 13 i Stortingsforhandlinger*, Vol. 96 nr. 7b, Centraltrykkeriet, Oslo, 1952, s. 3228-3259. Lest på <https://www.nb.no/statsmaktene/nb/9f49773098270ec7e598feb4ad86b65a?index=1#0> den 02.09.20.

Stortingstidende, *Sak nr. 2 i Stortingsforhandlinger*, Vol. 98 nr. 7b, Centraltrykkeriet, Oslo, 1954, s. 2627-2649. Lest på <https://www.nb.no/statsmaktene/nb/2e552c3e38d8083c3cb1ee4c088a9d7e?index=1#1005> den 14.09.20.

Stortingstidende, *Sak nr. 1 i Stortingsforhandlinger*, Vol. 124 nr. 7c, Centraltrykkeriet, Oslo, 1980, s. 2951-2959. Lest på <https://www.nb.no/statsmaktene/nb/ee7bee1d6c0a0954d6170b54876f51df?index=5#325> den 23.09.20.

7.6 Uttalelser fra internasjonale organer

Economic and Social Council, General comment No 18: Article 6 (The right to work), adopted 24 november 2005, GE.06 -40313 (E) 080206

7.7 Litteratur

7.7.1 Leksikon og statistikk

Lødrup, Peter, *Paal Berg* i Store Norske Leksikon, 13. februar 2009, https://nbl.snl.no/Paal_Berg (lest 21.09.20)

Myhre, Jan Eivind og Tønnessen, Marianne, *Innvandring* i Store Norske Leksikon, 31. desember 2019, <https://snl.no/innvandring> (lest 17.11.20)

Sejersted, Francis, *Norge i etterkrigstiden* i Store Norske Leksikon, 9. april 2019, https://snl.no/Norge_i_etterkrigstiden (lest 21.09.20)

Statistisk Sentralbyrå, *Arbeid og lønn - faktaside*, <https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/faktaside> (lest 19.11.20)

7.7.2 Bøker og artikler

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter* (2018), 5. utgave, Fagbokforlaget, Bergen

Aasen, Henriette Sinding og Kildal, Nanna, *Kapittel 7: Grunnloven og retten til arbeid i Grunnloven og velferdsstaten* (2014), Fagbokforlaget, Bergen, s. 109-118

Andenæs, Johs. og Fliflet, Arne, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2017

Baklund, Kenneth A., Bordvik, Sigurd og Røyneber, Øyvind, *Utvvisning, tvangsmidler og straff* (2019), 1. utgave, Gyldendal

Berg, Paal, *Retten til arbeid i Sak og samfunn* (1945) nr. 3, John Griegs forlag, Bergen

Bernt, Jan Fridthjof, *Grunnlovsrevisjon og frykten for rettsliggjøring* i *Nytt Norsk Tidsskrift* (2012), Universitetsforlaget, s. 403-412, <https://lovdata.no/pro/#document/JUS/bernt-jf-2012-01> (lest 2. september 2020)

Eide, Maren, *Diskriminering av ureturnerbare asylsøkere* i *Kritisk juss 01* (2006), Volum 32, https://www.idunn.no/kritisk_juss/2006/01/diskriminering_av_ureturnerbare_asylsoekere, (lest 19.11.20)

Fiflet, Arne, *Grunnloven. Kommentartutgave*, Oslo, 2005

Fn.no, *Konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter*, sist redigert 05.08.19, <https://www.fn.no/om-fn/avtaler/menneskerettigheter/konvensjon-om-oekonomiske-sosiale-og-kulturelle-rettigheter> (lest 1. oktober 2020)

Norgeshistorie.no, *Fellesprogrammet*, publisert 7. mars 2019, sist redigert 10. mars 2020, <https://www.norgeshistorie.no/kilder/velferdsstat-og-vestvending/K1815-fellesprogrammet.html> (lest 21. sep. 2020)

Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati*, 4. utgave, Fagbokforlaget, Bergen, 2017

Strand, Vibeke Blaker og Larsen, Kjetil Mujezinović, *Menneskerettigheter i et nøtteskall*, Gyldendal Juridisk, Oslo, 2016

Tveberg, Arnulf, *Grunnloven og velferdsstatens menneskerettigheter*, 17. juni 2014, https://lovdata.no/artikkel/grunnloven_og_velferdsstatens_menneskerettigheter/1440 (lest 10. september 2020)

7.7.3 Kronikker

Aasen, Henriette Sinding, *Grunnloven og retten til arbeid* i Rett24, sist redigert 17.12.19, <https://rett24.no/articles/stalsett-grunnloven-og-retten-til-arbeid> (lest 17.08.20)

Politiets Utlendingsenhet, *Svært få er ureturnerbare*, sist redigert 26.06.17, <https://www.politiet.no/aktuelt-tall-og-fakta/aktuelt/nyheter/2017/06/26/svart-fa-er-ureturnerbare> (lest 19.11.20)

Pettersson, Nils-Henrik, *Stålsett har tilstått - men har han gjort noe straffbart?* i Rett24, sist redigert 17.12.19, <https://rett24.no/articles/stalsett-har-tilstatt--men-har-han-gjort-noe-straffbart> (lest 17.08.20)

7.7.4 Pressemeldinger

Justis- og beredskapsdepartementet, *Engangsløsning for utlendinger med 16 år eller lenger oppholdstid*, publisert 19.12.19, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/engangslosning-for-utlendinger-med-16-ar-eller-lenger-oppholdstid/id2683719/> (lest 19.11.20)

7.8 Rettspraksis

7.8.1 Høyesterett

Rt. 1976 s. 1 (Kløfta)

Rt. 2015 s. 93

7.8.2 Lagmannsrett

LB-1995-2823

7.8.3 Tingrett

TOSLO-2019-177664 (Stålsett-saken)

TOSLO-2019-59563 (Viste-saken)

7.8.4 Forvaltning

SOMB 2008-27 om *ID-kort for tilsatte ved norske lufthavner – behandlingen av utenlandsk vandelsdokumentasjon*

SOM-2020-326 om *Utlendingsdirektoratets behandlingstid i sak om permanent oppholdstillatelse og tilbakekall*