



DET KONGELIGE
JUSTIS- OG POLITIDEPARTEMENT

Lovavdelingen

Arbeids- og inkluderingsdepartementet
Postboks 8019 Dep
0030 OSLO

Arbeids- og inkluderingsdepartementet	
Saksnr.: 200600691	Dok.nr.: 8
Arkivkode: 531.3	Dato: 22.03.06
Avd.: INN/PRE	Saksbeh.:
U.off.:	

Deres ref.
200600691 HBO

Vår ref.
200602290 EO ATV/TRR/bj

Dato
21.03.2006

Spørsmål knyttet til når et vedtak kan anses som ugyldig

Vi viser til Arbeids- og inkluderingsdepartementets brev 13. mars 2006 og til møte mellom Arbeids- og inkluderingsdepartementet og Justisdepartementets lovavdeling 14. mars 2006.

I brevet går det frem at Arbeids- og inkluderingsdepartementet ønsker Lovavdelingens vurdering av muligheten for å omgjøre Utlendingsdirektoratets (UDI) vedtak om å innvilge midlertidig arbeidstillatelse i medhold av lov 24. juni 1988 nr 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) § 8 annet ledd til en gruppe irakere som tidligere har hatt begrenset og midlertidig arbeidstillatelse. Da det dreier seg om omgjøring som vil være til skade for søkerne, er det som utgangspunkt en forutsetning at vedtaket må anses ugyldig, jf. forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c. I det følgende vil vi først vurdere om de konkrete vedtakene kan anses ugyldige fordi UDI manglet hjemmel etter utlendingsloven § 8 annet ledd for å innvilge søknadene (punkt 2). Deretter vil vi gjøre rede for departementets adgang til å instruere UDI om lovtolking og skjønnsutøvelsen (punkt 3), og vurdere hvorvidt det er gitt en slik instruks i forhold til denne gruppen søkere og hvilke følger dette eventuelt får for gyldigheten av vedtakene (punkt 4).

1. Bakgrunn

På slutten av 1990-tallet kom det en større gruppe kurdere fra Irak til Norge og søkte asyl. De fleste av dem fylte ikke vilkårene for asyl, men fikk på bakgrunn av den daværende situasjonen i Irak en midlertidig tillatelse begrenset til ett år som ikke dannet grunnlag for familiegjennforening eller bosettingstillatelse (populært kalt MUF-

tillatelse). Etter ett år med slik tillatelse fikk de fleste i denne gruppen avslag på søknad om fornyet tillatelse.

I 2004 beordret departementet UDI om å stille alle søknader fra personer som hadde hatt MUF-tillatelse, i bero. I februar 2005 ble det gitt en midlertidig forskrift der det fremgår at lang botid i riket for irakere som hadde hatt MUF-tillatelse, ikke skulle anses som "særlig tilknytning" etter utlendingsloven § 8 annet ledd, jf. midlertidig forskrift 24. februar 2005 nr. 165 om irakere som tidligere har hatt midlertidig og begrenset arbeidstillatelse i Norge § 1.

I juni 2005 ble det tilføyd en ny § 2 i den midlertidige forskriften. § 2 åpnet for at tidligere innehavere av MUF-tillatelse som var i fast arbeid, og som derfor kunne forsørge seg selv, skulle gis anledning til å søke og å få arbeidstillatelse i Norge. Forskriften § 2 setter klare vilkår for hvem som omfattes av bestemmelsen, og hovedvilkåret er at arbeidsforholdet var påbegynt senest 1. april 2005. Dersom søkeren tidligere har hatt et arbeidsforhold av minst ett års varighet i riket, er det likevel tilstrekkelig at nytt arbeidsforhold er påbegynt før 1. mai 2005, jf. forskriften § 2 tredje ledd annet og tredje punktum. Etter forskriften § 2 fjerde ledd gis slik tillatelse for ett år og kan fornyes.

Per 15. januar 2006 hadde nesten 700 personer søkt tillatelse etter den midlertidige forskriften. Over 500 søknader er innvilget i medhold av forskriften § 2. UDI har imidlertid også innvilget over 175 søknader der vilkårene i forskriften § 2 ikke er oppfylt. Arbeidstillatelsene er da gitt i medhold av utlendingsloven § 8 annet ledd.

2. Har vedtakene hjemmel i utlendingsloven § 8 annet ledd?

Vedtakene vil kunne anses ugyldige dersom UDI ved å innvilge søknadene har gått utenfor sin kompetanse etter utlendingsloven § 8 annet ledd.

Utlendingsloven § 8 annet ledd gir utlendingsmyndighetene en skjønnsmessig adgang til å gi arbeids- eller oppholdstillatelse selv om vilkårene for slik tillatelse ellers ikke er oppfylt. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

"Når sterke menneskelige hensyn taler for det, eller når utlendingen har særlig tilknytning til riket, kan arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse gis selv om vilkårene ikke er oppfylt."

Midlertidig forskrift om irakere som tidligere har hatt midlertidig og begrenset arbeidstillatelse § 1 fastslår at tilknytning opparbeidet gjennom botid i riket etter at slik tillatelse ble gitt, ikke skal tillegges vekt ved vurderingen av hvorvidt det foreligger en særlig tilknytning til riket etter lovens § 8 annet ledd. Forskriften oppstiller derimot ingen begrensninger eller retningslinjer for vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn.

Fremmedlovutvalget la i NOU 1983: 47 s. 293 til grunn at det var behov for en bestemmelse som ga adgang til å ta humanitære hensyn og innvilge opphold etter en rimelighetsvurdering både i forhold til asylsøkere som ikke oppfylte vilkårene for beskyttelse, og i forhold til utlendinger generelt:

"Det gir seg selv at det ikke er mulig å gi humanitært begrunnede rettsregler som er uttømmende i den forstand at de vil ivareta alle humanitære hensyn som kan tenkes å foreligge på et område. Uansett hvilket innhold man gir flyktningereglene, kan man derfor ikke slå seg til ro med at man alltid vil handle humanitært hvis man følger dem. Regler av denne art gis for å ivareta humanitære hensyn og ikke for å sette grenser for dem. At en utlending ikke er flyktning, bør derfor ikke være til hinder for at han helt eller delvis kan behandles som om han er det. På samme vis er det med utlendinger i sin alminnelighet; selv om reglene tilsier at de ikke skal gis oppholdstillatelse, bør det ikke medføre avslag når dette vil virke urimelig eller umenneskelig. Det må både i forhold til utlendinger i sin alminnelighet og utlendinger i en flyktningeliknende situasjon være plass for å ta humanitære hensyn og foreta rimelighetsoverveielser ved et skjønn som ikke bindes av loven. Fremmedkontrollmyndighetene vil aldri være avskåret fra å utøve slik ("diskresjonær") myndighet til gunst for partene. Det vil derfor være rettslig unødvendig å gi en lovhjemmel om dette. Av prinsipielle grunner bør imidlertid behovet for at deres myndighet utøves på denne måten komme til uttrykk i loven. Dette bør skje i en lovbestemmelse som gjelder for alle utlendinger som kan gjøre gjeldende sterke menneskelige hensyn for at de skal tillates å ta opphold i riket, enten deres situasjon minner om flyktningenes eller om vanlige innvandreres."¹

Fremmedlovutvalget foreslo at bestemmelsen skulle gis følgende ordlyd:

"Oppholdstillatelse kan gis uavhengig av reglene i §§ 10 og 11. Det skal legges vekt på om utlendingen har særlig tilknytning til riket eller om særlig sterke menneskelige hensyn taler for det."²

I de spesielle motivene til bestemmelsen ble det gitt følgende omtale av begrepet "særlig sterke menneskelige hensyn":

"[] '[S]ærlig sterke menneskelige hensyn', er vesentlig mer skjønnspreget [enn særlig tilknytning til riket], og vil måtte omfatte en uensartet gruppe av tilfelle. Allerede under den nåværende lov foreligger det en relativt rikholdig praksis hvor slike hensyn ikke bare har ført til at en søknad er blitt realitetsbehandlet, men også blitt innvilget. Det er ikke ment at den uttrykkelige lovfestingen av 'særlig sterke menneskelige hensyn' skal innebære noen forandring av betydning av gjeldende rett. Som eksempler på slike menneskelige hensyn kan nevnes at avslag vil ramme uforholdsmessig hardt fordi søkeren med grunn har trodd at oppholdstillatelse ville bli gitt og i mellomtiden er kommet i en uholdbar situasjon, f.eks er blitt utnyttet, er kommet i en hjelpeløs tilstand, eller vil bli utsatt for alvorlig forfølgelse eller lidelse i et annet land om opphold avslås."

¹ NOU 1983: 47 s. 293.

² Utkast § 12.

Departementet sløyfet i sitt lovforslag uttrykket "særlig" foran "sterke menneskelige hensyn". Utover dette er omtalen av begrepet i Ot.prp. nr. 46 (1986-87) knapp, og den gir lite veiledning for tolkningen av bestemmelsen.³

Fremmedlovutvalget forutsatte opprinnelig at den generelle unntaksbestemmelsen skulle anvendes "med stor forsiktighet".⁴ Gjennom praksis har utlendingsloven § 8 annet ledd likevel fått en sentral funksjon, særlig som hjemmel for oppholdstillatelse i asylsaker, men også som grunnlag for arbeids- og oppholdstillatelse i andre typer saker.⁵

I St.meld. nr. 17 (2000-2001) Asyl- og flyktningpolitikken i Noreg er det gitt en beskrivelse av hvilke hensyn som kan komme i betraktning i vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn:

"Sterke menneskelege omsyn i utlendingslova § 8 andre ledd femner om eit vidt spekter av grunnar. I nokre tilfelle er årsaka til at ein asylsøkjjar får arbeids- eller opphaldsløyve at dei blir gitt vern utan at dei fyllar vilkåra for å få asyl, jf. utlendingslova § 15. Det kan òg mellom anna vere at dei generelle tryggleiksforholda i heimlandet til asylsøkjaren er særst vanskelege. Andre grunnar kan vere alvorlege helseproblem. Omsyn til barn er alltid eit viktig moment i vurderinga. Ei rad ulike velferdsomsyn vil vere relevante, og det blir gjort ei brei vurdering av dei ulike omsyna, som aleine eller saman med andre omsyn kan vere avgjerande for om opphaldsløyve på humanitært grunnlag blir gitt."⁶

Bestemmelsen i utlendingsloven § 8 annet ledd gir dermed anvisning på et bredt skjønn. Forståelsen av bestemmelsen er utdypet slik av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2003 s. 1287 (premiss 33):

"Spørsmålet i denne saken er om familien A skal gis rett til opphold etter utlendingsloven § 8 annet ledd fordi "sterke menneskelige hensyn taler for det". Domstolene vil i slike saker kunne prøve hva som er vurderingstemaet etter § 8 annet ledd, men den konkrete avgjørelse av hvorvidt oppholdstillatelse skal gis, hører under forvaltningens frie skjønn, se Rt. 1997 s. 1784 på side 1795."

Vi nevner at problemstillingen i den saken var om et avslag, og ikke et positivt vedtak, kunne kjennes ugyldig.

Vi finner ikke grunn til i detalj å gjøre rede for hvor vid kompetanse utlendingsforvaltningen har etter alternativet "sterke menneskelige hensyn" til å gi utlendinger arbeids- eller oppholdstillatelse. Det er forutsatt i forarbeidene at bestemmelsen skal anvendes med forsiktighet. Situasjoner som et flertall eller et stort antall av personene som søker opphold i Norge befinner seg i, vil som hovedregel ikke

³ Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 69.

⁴ NOU 1983: 47 s. 193.

⁵ NOU 2004: 20 Ny utlendingslov s. 262.

⁶ St. meld. nr. 17 (2000-2001) s. 35.

være tilstrekkelig for å gi grunnlag for arbeids- eller oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 8 annet ledd. Om en skal si at dette utgjør en direkte rettslig skranke for forvaltningens kompetanse, kan kanskje diskuteres. Det må i alle fall foretas en utpreget skjønnsmessig helhetsvurdering etter bestemmelsen, der en rekke ulike forhold vil være relevante.

Lovavdelingen har ikke sett UDIs avgjørelser i de konkrete sakene. I et internt notat om retningslinjer, praksis og rutiner i MUF-sakene utarbeidet i oktober 2005, har UDI gitt følgende eksempler på sterke menneskelige hensyn som kan komme i betraktning i disse sakene:

- søkeren tjener ikke så mye som 70 kr timen, og jobber kun deltid,
- søkeren har mistet arbeidet fordi UDI ikke ga midlertidig arbeidstillatelse da praksis var slik, slik at søkeren uforskyldt ikke var i jobb på det tidspunkt som skal legges til grunn etter den midlertidige forskriften § 2,
- søkeren er blitt syk og har ikke lenger mulighet til å jobbe,
- søkeren har aleneomsorg for barn,
- søkeren er ufør,
- søkeren er en eldre person eller kvinne som det er urimelig å forvente at skal jobbe

Videre har UDI i notatet gitt følgende generelle retningslinjer for vurderingen av sterke menneskelige hensyn:

"Det er vesentlig i vurderingen av hvorvidt en søker skal gis tillatelse etter § 2, ledd, er å se på vedkommendes vilje og evne til å arbeide for å forsørge seg selv, og hvorvidt han uforskyldt har kommet i en situasjon hvor dette ikke lar seg gjøre. Det kan også gis tillatelse hvis søkeren har vært i et langvarig arbeidsforhold tidligere og fremlegger nå tilbud om jobb hvis han får arbeidstillatelse.

Et annet forhold som er viktig i vurderingen, er hvorvidt søkeren har familie som har kommet til Norge i ettertid og som har opparbeidet seg tilknytning til riket, særlig gjennom barna."

Verken forarbeidene eller praksis gir etter vår oppfatning grunnlag for å utelukke de typer hensyn som er nevnt i kulepunktene foran.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet gir uttrykk for at UDI ved å innvilge søknadene etter § 8 annet ledd i de tilfellene der søkeren falt utenfor vilkårene i den midlertidige forskriften § 2, har handlet i strid med intensjonene bak forskriften og klare politiske signaler. UDI har selv gitt uttrykk for at det skal legges en liberal praksis til grunn når det gjelder vurderingen av utlendingsloven § 8 annet ledd i disse sakene er. Det er således enighet om at man befinner seg i den nedre del av sjiktet for hvilke tilfeller bestemmelsen omfatter. Vi finner altså likevel at de hensyn UDI har lagt vekt på, og som det er redegjort for foran, er lovlige i en vurdering etter utlendingsloven § 8 annet ledd. Vi kan, på grunnlag av de redegjørelsene vi har mottatt, heller ikke se at de helhetsvurderingene som er foretatt, er av en slik karakter at vedtakene kan sies å ligge

utenfor de skranker for UDI's kompetanse som § 8 annet ledd eventuelt måtte oppstille, idet disse skrankene i alle fall er beskjedne. Det er derfor ikke grunnlag for å fastslå at UDI har gått utenfor sin kompetanse, og at vedtakene av den grunn skulle være ugyldige.

Hvis en forutsetter at vedtakene kunne kjennes ugyldige, oppstår spørsmål om hvem som kan treffe vedtak om dette, og hvem som eventuelt har rett til å sette i gang en slik prøving og å opptre i en sak. På bakgrunn av den konklusjonen vi er kommet til, er det ikke nødvendig å gå inn på disse spørsmålene.

3. Departementets adgang til å gi instruks om anvendelsen av utlendingsloven § 8 annet ledd

Etter en lovendring som trådte i kraft 9. september 2005, har departementet etter utlendingsloven § 38 adgang til å instruere UDI om lovtolking og skjønnsutøvelse. Det er således klart at departementet som utgangspunkt har adgang til å gi instruks om hvilke hensyn som innenfor lovens rammer kan eller skal tillegges vekt ved vurderingen etter utlendingsloven § 8 annet ledd i forhold til søkere som faller utenfor den midlertidige forskriften § 2.

Hvorvidt den midlertidige forskriften kan anses som en instruks behandles i punkt 4 under. Når det gjelder muligheten for å gi en ny instruks med virkning for de saker som ennå ikke er avgjort, har UDI i brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet 13. mars 2006 opplyst at av de 858 søknader om arbeidstillatelse etter midlertidig forskrift som er kommet inn, er 39 saker fortsatt ikke ferdigbehandlet. Dersom en instruks om skjønnsutøvelsen ved vurderingen etter § 8 annet ledd gis anvendelse også på disse sakene, vil det kunne innebære en forskjellsbehandling av disse søkerne i forhold til søkere som allerede er innvilget arbeidstillatelse i medhold av bestemmelsen. Det må likevel legges til grunn at dette ikke i seg selv avskjærer forvaltningen fra en generell praksisomlegging med virkning for søknader som er kommet inn, men som ikke er ferdigbehandlet.

Departementet har, i samsvar med utlendingsloven § 38, adgang til å instruere UDI om lovtolking og skjønnsutøvelse når det gjelder anvendelsen av utlendingsloven § 8 annet ledd på søknader om arbeidstillatelse etter den midlertidige forskriften § 2 og på søknader om fornyelse av slik tillatelse.

4. Kan forskriften anses som en instruks, og får dette i så fall følger for vedtakenes gyldighet?

Det gjenstående spørsmålet er om den midlertidige forskriften slik den lyder etter endringsforskriften 15. juni 2005 nr. 671, eventuelt tolket i lys av høringsbrevet, kan anses som en instruks til UDI om hvordan vilkåret "sterke menneskelige hensyn" i

utlendingsloven § 8 annet ledd skal tolkes og anvendes i forbindelse med søknader fra irakere som tidligere har hatt midlertidig og begrenset arbeidstillatelse.

Som det går frem av punkt 1 ovenfor, setter forskriften klare vilkår for når arbeidstillatelse skal gis. Forskriften innebar en oppmykning av de alminnelige kravene for å få oppholdstillatelse, basert på denne gruppens helt spesielle bakgrunn og situasjon. Det er i høringsbrevet 13. april 2005 fremhevet at det "er signalisert fra en rekke arbeidsgivere at arbeidstakere som tilhører denne gruppen gjør en svært viktig jobb som ikke lett kan fylles av andre". Videre er det i høringsbrevet uttalt at

"i og med at tillatelsene utelukkende vil knyttes opp mot et arbeidsforhold i Norge, vil tillatelser til denne gruppen ikke medføre en utgiftspost eller belastning for det norske samfunnet".

Det fremgår således tydelig av høringsbrevet at det har vært en forutsetning at arbeidstillatelse utelukkende skulle gis til irakere som var i arbeid på de fastsatte datoer og ellers tilfredsstilte vilkårene i forskriften.

Samtidig har alle som søker en arbeids- eller oppholdstillatelse, krav på en vurdering i medhold av utlendingsloven § 8 annet ledd. Det er verken i forskriften eller i høringsbrevet gitt føringer for praktiseringen av kriteriet "sterke menneskelige hensyn" i § 8 annet ledd for de tilfeller der en søker faller utenfor vilkårene i forskriften § 2. Arbeids- og inkluderingsdepartementet har også uttalt at utgangspunktet har vært at § 8 annet ledd kunne vurderes subsidiært i disse sakene, med den begrensning som følger av forskriften § 1.

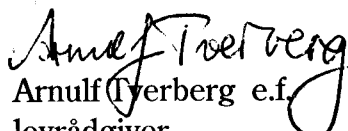
Vilkåret om at søkerens arbeidsforhold må være påbegynt 1. april 2005, er i høringsbrevet begrunnet i behovet for å unngå at det etableres arbeidsforhold som ikke er reelle. Spørsmål knyttet til søkere som uforskyldt ikke tilfredsstiller kravene til arbeidsforhold på grunn av sykdom eller lignende, er ikke behandlet i høringsbrevet.

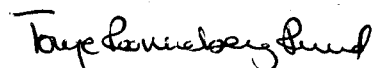
På denne bakgrunn er det etter vår oppfatning ikke naturlig å anse forskriften som også å være en instruks til UDI om behandlingen av søknader etter utlendingsloven § 8 annet ledd der søkeren ikke tilfredsstiller vilkårene i forskriften § 2. Det faktum at det er gitt en forskriftsbestemmelse med vilkår som gir lite rom for skjønn, kan ikke i seg selv innebære en innskrenkning i UDIs skjønnskompetanse ved anvendelsen av en helt annen bestemmelse, her utlendingsloven § 8 annet ledd. Dersom departementet hadde ønsket å gi en instruks om anvendelsen av § 8 annet ledd, måtte det ha kommet klarere til uttrykk.

Vi vil for øvrig tilføye at selv om forskriften hadde vært å anse som en instruks vedrørende anvendelsen av utlendingsloven § 8 annet ledd, er utgangspunktet at en instruks bare innebærer en plikt for UDI til å rette seg etter instruksene, men ingen begrensning i kompetansen som følger av lovgrunnlaget. Brudd på instruks om innholdet av vedtak medfører som hovedregel ikke at vedtak som er fattet i strid med

instruksen, kan kjennes ugyldige. Selv om det hadde foreligget en instruks, ville vedtakenes gyldighet bero på om UDI har holdt seg innenfor sin kompetanse etter utlendingsloven § 8 annet ledd.

Med hilsen


Arnulf Tverberg e.f.
lovrådgiver


Tonje Rønneberg Ruud
førstekonsulent

JUSTIS- OG POLITIDEPARTEMENTET

Lovavdelingen

Til Arbeids- og inkluderingsdepartementet

Dato: 21.03.2006

Vedr. snr.: 200602290 EO ATV/TRR/bj

Deres ref: 200600691 HBO

SPØRSMÅL OM PUBLISERING AV VEDLAGTE TOLKNINGSUTTALELSE PÅ INTERNETT (ODIN)

Lovavdelingens tolkningsuttalelser blir publisert på internett (på "odin.dep.no"), hvis de ikke er unntatt fra offentlighet. Tolkningsuttalelser avgitt til andre departementer kan unntas fra offentlighet etter offentlighetsloven § 5 annet ledd bokstav c. Lovavdelingen praktiserer i disse tilfellene meroffentlighet i samsvar med offentlighetsloven § 2 tredje ledd etter samråd med mottakerdepartementet. Dersom mottakerdepartementet har et reelt og saklig behov for å unnta uttalelsen fra offentlighet, vil den derfor ikke bli publisert.

Vi ber med dette om tilbakemelding om hvorvidt vedlagte tolkningsuttalelse kan publiseres på internett ved at det krysses av i rubrikkene nedenfor:

- () Uttalelsen kan publiseres.
Hvis uttalelsen kan publiseres, men likevel slik at dette ikke skal gjøres før etter et bestemt tidspunkt, angis tidspunktet for publisering her.....
- () Uttalelsen kan ikke publiseres.
- () Spørsmålet om publisering kan ikke avgjøres nå.

Det siste alternativet om at spørsmålet om publisering ikke kan avgjøres nå, kan f.eks. være aktuelt i tilfeller hvor uttalelsen er avgitt i forbindelse med mottakerdepartementets interne saksforberedelse, men hvor det kan forventes at saken senere blir offentlig. I slike tilfeller ber vi om at mottakerdepartementet tar kontakt så snart publiseringsspørsmålet er avgjort.

For nærmere spørsmål kan det tas kontakt med vedkommende saksbehandler for tolkningsuttalelsen, eller med Lovavdelingens forværelse.

Skjemaet returneres Justisdepartementets lovavdeling så snart som mulig, og helst innen 14 dager. Dersom skjemaet ikke er returnert innen fire uker, vil Lovavdelingen selv vurdere om det er noe til hinder for å publisere uttalelsen.