

FAGFELLEVDERT ARTIKKEL

Barnets tilknytning til riket: En analyse av juridisk argumentasjon i utlendingsforvaltningen

Av Janne Thu Ilstad¹

Interesseavveiningen mellom hensynet til barnets beste (og herunder tilknytningen til riket) og innvandringsregulerende hensyn i asylsaker som angår lengeværende barn, har i lang tid vært gjenstand for debatt. I artikkelen undersøkes hvordan både Utlendingsnemnda og søkernes advokater argumenterer innenfor et tvetydig skjønnsrom, der disse to motstridende hensynene trekker i hver sin retning. Hvordan argumenterer Utlendingsnemnda og advokatene for å underbygge sitt standpunkt i saken? Og hvilke overbevisningseffekter har de ulike argumentasjonsteknikkene? Analysen viser at advokatene forsøker å henlede leseren mot helheten i vurderingen av sterke menneskelige hensyn, ved å argumentere for at flere momenter til sammen må føre til at en tillatelse innvilges. Utlendingsnemnda på sin side leder leserens bevissthet mot de enkelte momentene i vurderingen, som hver for seg ikke er tilstrekkelig til at en tillatelse kan innvilges. Samtidig henledes leserens bevissthet mot de innvandringsregulerende hensynene. Konsekvensen blir at det for leseren virker overbevisende at de sistnevnte hensynene må tillegges avgjørende vekt.

1 Stipendiat, Institutt for sosialfag, Fakultet for samfunnsfag, Høgskolen i Oslo og Akershus. E-post: janne-thu.ilstad@hioa.no.

INTRODUKSJON

I februar 2013 var det 647 barn med utreiseplikt som hadde bodd på norske asylmottak i over tre år.² Dette er et tall som har økt regelmessig de siste årene.³ De er barn av foreldre som har fått endelig avslag på asylsøknaden i klagebehandling hos Utlendingsnemnda. Det vil si at de ikke oppfyller vilkårene for asyl etter utlendingslovens § 28, og plikter å forlate Norge.⁴ Etter avslaget har foreldrene brutt utlendingsloven ved å oppholde seg ulovlig i landet. Derfor foreligger det innvandringsregulerende hensyn i saken. Like fullt har de såkalt lengeværende barna i løpet av botiden utviklet en sosial og emosjonell tilknytning til Norge. Etter utlendingslovens § 38 kan det gis opphold ut fra sterke menneskelige hensyn, eller ved særlig tilknytning til riket, selv om de alminnelige vilkårene for opphold ikke er til stede. Det oppstår dermed en konflikt mellom innvandringsregulerende hensyn på den ene siden og hensynet til barnets beste og tilknytningen til riket på den andre. Lovreglene er imidlertid slik utformet at det overlates et vidt skjønnsrom til forvaltningen, istedenfor detaljerte regler for vektingen mellom de to motstridende hensynene.⁵

I denne artikkelen vil jeg undersøke hvordan Utlendingsnemnda og søkernes advokater argumenterer innenfor dette skjønsmessige spillerommet, der to motstridende hensyn trekker i hver sin retning. Istedenfor å følge alminnelig juridisk metode og rettskildelærens⁶ premisser i lesningen av tekstene ønsker jeg å bidra med et samfunnsvitenskapelig og språkvitenskapelig perspektiv på juridisk argumentasjon. Empirien består av beslutninger og vedtak fra Utlendingsnemnda, samt omgjøringsbegjæringer fra søkernes advokater, i asylsaker der det er gjort en vurdering av barnets tilknytning til riket, etter utlendingslovens § 38 og utlendingsforskriftens § 8-5. Hovedfokus for artikkelen er de sakene der barnet til tross for sin tilknytning til Norge ikke innvilges oppholdstillatelse fordi «innvandringsregulerende hensyn taler mot at tillatelse gis».

Spørsmål som utforskes i artikkelen, er: Hvordan argumenterer søkernes advokater for at familien må innvilges oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn, barnets beste og tilknytning til riket? Hvordan argumenterer Utlendingsnemnda for å underbygge konklusjonen om at de innvandringsregulerende hensynene må tillegges avgjørende vekt? Og hvilke

2 Utlendingsdirektoratet, statistikk over asylsøkerbarn som har vært i Norge lenger enn tre år (2013).

3 Terje Einarsen, «Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn?», *Jussens Venner* 48 2013, s. 291.

4 Utlendingsloven, lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

5 Einarsen 2013, s. 293.

6 Torstein Eckhoff og Jan Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 2001.

konsekvenser får de ulike argumentasjonsteknikkene for argumentasjonens overbevisningskraft? I analysen av tekstene har jeg sett etter hvilke påstander som tones ned og svekkes, og hvilke som fremheves og styrkes gjennom argumentasjonens gang, samt på hvilken måte dette skjer.

Det finnes noen juridiske analyser som tar for seg forholdet mellom barnets beste, barns tilknytning til Norge og innvandringsregulerende hensyn.⁷ Disse har bidratt med innsiktsfull kunnskap, som jeg bygger på i herværende studie. Mens de nevnte juridiske analysene utforsker temaet i domstolenes praksis, lovverk og andre rettskilder, er mitt bidrag derimot å utforske det samme temaet i utlendingsforvaltningens praksis, og fra et retorisk perspektiv. Både Hans Petter Graver og Ánde Somby har studert juridisk argumentasjon med et retorisk blikk.⁸ Sombys beskrivelse av en retorisk metode for å studere juridiske begrunnelser har bidratt med nyttig inspirasjon. Verken Graver eller Somby har imidlertid rettet et retorisk blikk mot *forvaltningens* argumentasjon generelt eller *utlendingsforvaltningens* spesielt, slik jeg gjør i denne artikkelen.

Fordi høyesterettspraksis og dommer skaper presedens, er det ofte dette som studeres i den tradisjonelle rettskildelæren.⁹ Det er imidlertid gode grunner for å studere utlendingsforvaltningens vedtak og beslutninger når det gjelder barnets tilknytning til riket. Det er hovedsakelig Utlendingsnemndas egen praksis som legger grunnlaget for presedens i sakene, fordi Høyesterett ikke kan prøve forvaltningens *konkrete* vurdering av barnets beste eller den *konkrete* interesseavveiningen mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn.¹⁰ Dermed er det opp til Utlendingsnemnda å avgjøre de nærmere grensedragningene i hver enkelt sak.¹¹ Dette betyr at nemndas egen praksis er et viktig forskningsobjekt når jeg skal studere hvordan avveiningen mellom innvandringsregulerende hensyn og hensynet til barnets

7 Kirsten Sandberg, «Asylsøkende barns rettigheter». I: N. Høstmælingen, E. Kjørholt og K. Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*, Oslo 2012; Einarsen 2013; Jan Fridtjof Bernt, «Høyesterett som politisk arena – noen refleksjoner med utgangspunkt i to høyesterettsdommer om norsk utlendingspolitikk», *Jussens Venner* 48 2013; Arild Humlen og Jonas W. Myhre, *Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett 2007–2014. Rapport fra virksomheten og forslag om regelendringer*, Oslo 2014; Elisabeth Gording Stang og Hilde Lidén (2014), *Barn i asylsaker. Evaluering og kartlegging av hvordan barns situasjon blir belyst i Utlendingsnemndas saksbehandling, herunder høring av barn*. Nova-rapport nr. 1 2014.

8 Jonas Bakken og Hans Petter Graver, *Juss, språk og retorikk*, Bergen 2013; Hans Petter Graver, *Juridisk overtalelseskunst*, Bergen 2008, Ánde Somby, *Juss som retorikk*, Oslo 1999.

9 Knut Berge, *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*, Oslo 2002.

10 Se Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 77, Rt. 2009 s. 1374 avsnitt 56 og Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 149.

11 St.meld. nr. 27 (2011–2012) avsnitt 6.4.5.

beste begrunnes. Fordi det er deres beslutninger og vedtak som legger grunnlaget for praksisen, mener jeg det er viktig å anlegge et kritisk retorisk blikk på hvordan nemnda i disse tekstene begrunner avgjørelsene de har kommet frem til. Formålet med artikkelen er å bidra til å belyse debatten om avveiningen mellom de to hensynene ved å si noe om hvordan både advokatene og Utlendingsnemnda argumenterer når de begrunner avveiningen, samt hvilke konsekvenser argumentasjonen deres får.

EMPIRI

Empirien består hovedsakelig av saksdokumenter i 16 asylsaker fra perioden 2002–2012, der barnets tilknytning til riket er vurdert. Både omgjøringsanmodningene og Utlendingsnemndas vedtak og beslutninger fra perioden 2010–2012 analyseres i artikkelen. 14 av sakene inneholder dokumenter fra denne perioden. 11 av sakene er trukket ut fra Utlendingsnemndas praksisdatabase, og anonymisert av Utlendingsdirektoratet, mens 5 saker er innhentet med bistand fra Norsk Organisasjon for Asylsøkere. Utvalgsriteriet for sakene var at tilknytningen til riket skulle være et sentralt vurderingstema.

Mengden av dokumenter i sakene varierer, men de fleste av sakene er relativt omfattende, det vil si at de inneholder mange omgjøringsbegjæringer og beslutninger. Den mest omfattende saken inneholder 8 vedtak/beslutninger og 6 omgjøringsbegjæringer. I de fleste av sakene mangler noen av omgjøringsbegjæringer. Disse har ikke latt seg rekvirere, men skal være utførlig oppsummert i beslutningene og vedtakene til Utlendingsnemnda. Det har derfor ikke hatt noen videre innvirkning på analysen. Selv om materialet ikke egner seg til å generalisere utover sakene i utvalget, vil jeg kunne peke på noen tendenser i Utlendingsnemndas og advokatenes måte å argumentere på. Den store mengden standardsitater i nemndas dokumenter tyder på at de utvalgte sakene ikke skiller seg vesentlig fra andre liknende saker.

Tekstanalysen fokuserer på hvordan det argumenteres i sakene. Jeg har lagt vekt på å nærlese sakene nøye, ved å se på hvordan advokatene og utlendingsnemnda svarer hverandre gjennom hele saksgangen. Jeg har derfor analysert samtlige omgjøringsanmodninger og beslutninger/vedtak i sakene. I utvelgelsen av materialet har jeg derfor heller lagt vekt på sakens kompleksitet enn antallet saker. Fordi formålet er å si noe kvalitativt om hvordan det argumenteres, har jeg valgt heller å gå i dybden på argumentasjonen gjennom hele sakens gang fremfor å gjøre en mer generell innholdsanalyse av et større antall saker.

Etter den første lesningen av saksdokumentene gjennomførte jeg i 2013 semistrukturerte kvalitative intervjuer av 3 nemndledere og 3 advokater som jobber med saker der barnets tilknytning til riket vurderes. Intervjuene er blitt brukt for å få et innblikk i den institusjonelle konteksten som utgjør rammen for dokumentenes tilblivelsesprosess og den senere lesning, tolkning og bruk

av dem.¹² Intervjuene ble gjennomført etter den første lesningen av saksdokumentene, slik at intervjuguiden ble utarbeidet med utgangspunkt i temaer og problemstillinger som fremstod som sentrale gjennom lesningen av tekstene. På denne måten har intervjuene bidratt til en kontekstualisert lesning av sakene.

RETTLIG UTGANGSPUNKT

Utlendingslovens § 38 gir ingen ubetinget rett til opphold, men forplikter utlendingsmyndighetene til å gjøre en skjønnsmessig vurdering av om asylsøkere som ikke oppfyller vilkårene for asyl, likevel kan innvilges oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket.¹³ Det skal gjøres en totalvurdering, der det blant annet kan legges vekt på om det «foreligger tvingende helsemessige forhold som gjør at utlendingen har behov for opphold i riket», og om det «foreligger sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen som gir grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse», jamfør utlendingslovens § 38 annet ledd bokstavene b og c.¹⁴ Barnets beste «skal» være et grunnleggende hensyn i vurderingen, og barn kan gis oppholdstillatelse selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen. Dette kommer direkte til uttrykk i utlendingslovens § 38 tredje ledd. At barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, følger også av FNs barnekonvensjon (BK) artikkel 3, som Norge er forpliktet til å følge, jamfør menneskerettslovens § 2.¹⁵ Ved grunnlovsendring i 2014 er det samme prinsippet tatt inn i Grunnlovens § 104. Bestemmelsen er utformet som en pliktregel for forvaltningen, jamfør «skal». Forvaltningen plikter således å la barnets beste være et grunnleggende hensyn. I denne vurderingen skal barnets tilknytning til riket tillegges «særlig vekt», jamfør utlendingsforskriftens § 8-5.¹⁶ Forskriftsbestemmelsen fra 2007 er ment for å senke terskelen for å innvilge barn opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn.¹⁷

12 Margaretha Järvinen og Nanna Mik-Meyer, *Kvalitative metoder i et interaksjonistisk perspektiv: intervju, observasjoner og dokumenter*, København 2005, s. 198.

13 Jamfør utlendingslovens § 28, syvende ledd.

14 Utlendingslovens § 38 annet ledd bokstavene b og c.

15 FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 artikkel 3, jamfør Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) av 4. november 1950 § 2.

16 Forskrift 15. oktober 2010 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

17 Rundskriv A – 25/2007. Ikraftsetting av forskrift om endringer i utlendingsforskriften (sterkere vektlegging av barns tilknytning til riket, oppholdstillatelse når det foreligger praktiske hindringer for retur).

I vurderingen «kan» forvaltningen legge vekt på innvandringsreguleringen hensyn, herunder «mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag, de samfunnsmessige konsekvensene, hensynet til kontroll, og hensynet til respekten for lovens øvrige regler», jamfør utlendingslovens § 38 fjerde ledd bokstavene a–d. Utlendingsmyndighetene skal derfor ta stilling til om barnet har en slik tilknytning til riket at det må gis opphold, for å kunne ivareta at barnets beste er et grunnleggende hensynet i vurderingen, eller om innvandringsregulerende hensyn kan gå foran hensynet til barnets beste.

Barnets tilknytning til riket og sterke menneskelige hensyn

Når det skal tas stilling til om barnets tilknytning til riket er så sterk at det av hensyn til barnets beste må gis opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn, sier ikke loven hvilke kriterier som skal legges til grunn. Ved ikrafttredelse av utlendingsforskriftens § 8-5 utferdiget Justisdepartementet et rundskriv, A – 25/2007 (tidligere AI-5/2006), som sier noe om hvordan departementet forstår «tilknytning til riket».¹⁸ Ifølge rundskrivet følger tilknytning til riket av lang oppholdstid. Hva som er lang oppholdstid, må vurderes individuelt i hver enkelt sak, men i utgangspunktet vil ikke oppholdstid på under tre år være tilstrekkelig, slik departementet forstår regelen. Rundskrivet sier videre at barn i skolepliktig alder vil lettere opparbeide tilknytning til Norge enn yngre barn. Det ses også hen til om barnet har gått i barnehage/skole, snakker norsk, deltar i fritidsaktiviteter, og om situasjonen for øvrig tilsier at barnet er særlig knyttet til det norske samfunnet.¹⁹

Ofte vil også andre sterke menneskelige hensyn enn barnas tilknytning (knyttet til helse, omsorgssituasjonen, situasjonen i hjemlandet, osv.) inngå i helhetsvurderingen av sterke menneskelige hensyn.²⁰ Selv om særlig tilknytning til Norge og sterke menneskelige hensyn i utgangspunktet er to alternative selvstendige vilkår, må de altså også ses i sammenheng. Ifølge forarbeidene vil det ofte være grunn til å vurdere søkerens tilknytning til riket *som en del av* vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn.²¹ Selv om et barn kan få opphold på grunn av tilknytningen alene, og det skal gjøres en selvstendig vurdering av tilknytningen, inngår den også som et moment i helhetsvurderingen både av hvorvidt det foreligger sterke menneskelige hen-

18 Selv om et rundskriv ikke formelt sett er en rettskilde, er mange av reglene i utlendingsforskriften utfyllende regulert i rundskriv, som gir uttrykk for forvaltningens praksis (Bunæs, Kvigne og Vandvik 2004, s. 55). Rundskrivet blir referert i Utlendingsnemndas saker, og er det eneste dokumentet som sier noe konkret om hva som menes med tilknytning til Norge.

19 Rundskriv A – 25/2007.

20 St.meld. nr. 27 (2011–2012) punkt 6.4.6.

21 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) punkt 7.6.3.5.

syn, og av hva som er til barnets beste.²² I forarbeidene uttales det at også mindre alvorlige helsemessige lidelser kan inngå i den helhetlige vurderingen dersom «det foreligger også andre forhold som er sentrale i forhold til spørsmålet om oppholdstillatelse».²³

Det at vurderingen av barnets tilknytning til riket er en del av den helhetlige vurderingen av sterke menneskelige hensyn, må bety at barnets tilknytning til riket kan være *ett av flere* momenter som taler for at det foreligger sterke menneskelige hensyn, slik at en tillatelse bør innvilges. I tillegg kan det være andre momenter i saken (som for eksempel helsemessige forhold og sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen) som taler for at det foreligger sterke menneskelige hensyn, slik at en tillatelse må innvilges. Ifølge forarbeidene er det i loven presisert at det skal gjøres en *totalvurdering* av sterke menneskelige hensyn nettopp for å tydeliggjøre at flere ulike forhold som isolert sett ikke nødvendigvis utgjør sterke menneskelige hensyn, etter en samlet vurdering kan gi grunnlag for oppholdstillatelse.²⁴ Dette vil si at de ulike forholdene som taler for opphold, må legges sammen i en kumulativ vurdering, før de veies opp mot de innvandringsregulerende hensynene. Dette ser også ut til å stemme overens med Utlendingsnemndas oppfatning av hvordan vurderingene skal gjøres: «Det må i alle saker skje en avveining mellom omstendigheter som taler henholdsvis for og mot at det innvilges en tillatelse. [...] Det er imidlertid ikke slik at det må foreligge ett avgjørende moment i en sak, tillatelse kan også gis der man etter en samlet vurdering av flere momenter i den aktuelle saken, finner at vilkårene er oppfylt.»²⁵

Utlendingsnemndas praksis viser at barn i skolepliktig alder, med minst ett års skolegang og minst fire og et halvt års oppholdstid i utgangspunktet anses å ha tilstrekkelig tilknytning.²⁶ Denne praksisen er videreført også etter stortingsmeldingen «Barn på flukt».²⁷ Likevel er det en del av disse barna som ikke innvilges oppholdstillatelse fordi Utlendingsnemnda legger avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn fremfor hensynet til barnets beste og tilknytning til riket.²⁸ Jeg skal da gå over til å se hva på som ligger i «innvandringsregulerende hensyn».

22 Utlendingsnemndas praksisnotat: Betydningen av «barnets beste» i asylsaker, 19.10.2009.

23 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) punkt 7.6.3.2.

24 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 420.

25 Dette er et sitat som gjengis i flere av asylsakene i utvalget mitt.

26 Utlendingsnemnda, «Ett år etter 'Barn på flukt' – Utlendingsnemndas rapport til Justisdepartementet om tiltak 3 i stortingsmeldingen», 17. juni 2013, s. 5.

27 Ibid., s. 14.

28 Ibid., s. 10.

Innvandringsregulerende hensyn

Etter utlendingslovens § 38 kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn. Og i departementets rundskriv fremgår det at foreldrenes mangel på samarbeid med hensyn til å muliggjøre retur, avklare identitet mv., innvandrings- og allmennpreventive hensyn kan tale imot at det innvilges tillatelse.²⁹ De lengeværende barnas foreldre har ofte oppholdt seg i Norge i flere år etter endelig avslag på asylsøknaden, og mange av dem har ikke medvirket til retur ved å legge frem reisedokumenter (pass). Disse forholdene faller inn under innvandringsregulerende hensyn som kan tillegges vekt etter utlendingslovens § 38 fjerde ledd bokstav d – «hensynet til respekten for lovens øvrige regler».³⁰ Ifølge utlendingslovens § 90 sjette ledd plikter søkerne å forlate Norge innen en angitt frist etter endelig avslag på asylsøknaden sin. De er også forpliktet til å fremskaffe gyldig reisedokument slik at de kan returnere til hjemlandet, jamfør utlendingslovens § 90 syvende ledd. Hensynet til å sikre respekt for lovens øvrige regler vil være et relevant innvandringsregulerende hensyn ved vurdering av om oppholdstillatelse skal gis etter utlendingslovens § 38.³¹ Et annet relevant innvandringsregulerende hensyn i disse sakene kan være hensynet til «omfanget av søknader på liknende grunnlag», jamfør utlendingslovens § 38 fjerde ledd bokstav a. Om en innvilgelse vil gi potensielt økt tilstrømning av betydning, vil det være mindre rom for å innvilge en oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn.³²

Også oppholdstid etter endelig avslag i Utlendingsnemnda (såkalt ulovlig opphold) skal imidlertid telle med i vurderingen.³³ Stortingsmelding 27 skiller mellom tungtveiende og mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Ulovlig opphold og oversittet utreiseplikt skal forstås som mindre tungtveiende hensyn, mens bruk av falsk identitet og aktiv motarbeidelse av retur regnes som tungtveiende innvandringsregulerende hensyn.³⁴ Dette har Utlendingsnemnda forholdt seg til i sin praksis etter at stortingsmeldingen forelå.³⁵ Asylsakene som danner grunnlaget for denne artikkelen, er imidlertid innhentet før den tid, men det foreligger ikke det som nå regnes som tungtveiende innvandringsregulerende hensyn i disse sakene.

29 Rundskriv A – 25/2007.

30 Jamfør utlendingslovens § 38, fjerde ledd, bokstav d.

31 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) punkt 7.6.2.

32 Ibid.

33 Vedlegg 8 til rundskriv A-63/09 om ikrafttredelse av ny utlendingslov og ny utlendingsforskrift fra 1. januar 2010 – «Oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket».

34 St.meld. nr. 27 (2011–2012) punkt 6.4.6.

35 Utlendingsnemnda 2013, s. 22.

Vektingen mellom innvandringsregulerende hensyn og hensynet til barnets beste

I vurderingen av om familien skal få opphold eller ikke, skal det legges vekt på hensynet til barnets beste som et grunnleggende hensyn, og det kan legges vekt på innvandringsregulerende hensyn, jamfør utlendingslovens § 38. De hensyn som taler for opphold – tilknytningens styrke og styrken av sterke menneskelige hensyn – skal avveies mot hensynet til en kontrollert og regulert innvandring.³⁶ Det må skje en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering i hver enkelt sak.³⁷ Utfordringen med å vekte de to hensynene mot hverandre er imidlertid at de øker proporsjonalt. Samtidig som barnets tilknytning øker, øker også de innvandringsregulerende hensynene, fordi det ulovlige oppholdet blir lenger.

I forarbeidene bemerker departementet at innvandringsregulerende hensyn er helt grunnleggende ved vurderingen av om det skal gis oppholdstillatelse etter de skjønnsmessige unntaksreglene i loven. Det fryktes fra politisk hold at en liberalisering av praksis når det gjelder vektleggingen av hensynet til barnets beste og tilknytning til riket, kan få konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag. Man antar at det vil føre til at flere foreldre bryter med utreiseplikten i håp om å oppnå en tillatelse på grunn av barnas tilknytning, og at dette igjen vil føre til en økt tilstrømning av barnefamilier som søker opphold på dette grunnlag.³⁸ Det fryktes også at en «belønning» av foreldre som har brutt utlendingsloven ved ikke å etterkomme utreisepåbud eller bidra til å skaffe reisedokumenter, vil underminere utlendingsmyndighetenes arbeid.³⁹

Når det gjelder vektingen mellom størrelsene, er det lite veiledning å hente i rettskildematerialet, foruten at loven sier at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, jamfør utlendingsloven § 38 fjerde ledd. Forarbeidene inneholder også klare motsigelser når det gjelder vektingen av de to hensynene.⁴⁰ På den ene siden uttales det at hensynet til en kontrollert og regulert innvandring i utgangspunktet vil kunne tillegges like stor eller større vekt enn hensynet til barnets beste. På den andre siden konstateres det at «det ville innebære en krenkelse av konvensjonen [Barnekonvensjonen] å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn dersom dette ikke er forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste».⁴¹

På dette området har vi heller ikke domstolens praksis å forholde oss til, fordi Høyesterett har bestemt at domstolen kun har en begrenset prøvings-

36 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) punkt 7.6.1; NOU 2004: 20 s. 264.

37 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) punkt 7.6.3.

38 Einarsen 2013, s. 289; St.meld. nr. 27 (2011–2012) s. 49.

39 Humlen og Myhre 2014, s. 37.

40 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) punkt 7.6.4; Stang 2011, s. 33.

41 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) punkt 7.6.4.

adgang i disse sakene.⁴² Domstolen kan slik bare prøve om forvaltningen har tolket loven riktig, og at hensynet til barnets beste (og herunder tilknytningen til riket) er forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn. Det må fremgå av Utlendingsnemndas vedtak at hensynet til barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn, ellers vil vedtaket bli ansett ugyldig. Den konkrete interesseavveining mellom de to hensynene kan Høyesterett imidlertid ikke overprøve.⁴³ Dermed er det opp til Utlendingsnemnda å avgjøre de nærmere grensedragningene i hver enkelt sak.⁴⁴ Dette er et rettsikkerhetsproblem for barna, og det er en rettskildemessig utfordring fordi forvaltningen mister domstolenes praksis som rettskildefaktor.

Den etterfølgende stortingsmeldingen «Barn på Flukt», som skulle bidra til å klargjøre bestemmelsene om opphold på grunn av barns tilknytning til Norge, inneholder de samme motsetningene.⁴⁵ Meldingen bidrar derfor ikke nevneverdig til en avklaring, og er uansett kun et etterarbeid til loven. Dette bekreftes av de intervjuede nemndlederne, som også gir uttrykk for at de har få retningslinjer å forholde seg til. At barnets beste på et eller annet tidspunkt skal gå foran hensynet til innvandringsregulering, finner de lite veiledende.⁴⁶

Advokatforeningens prosedyregruppe etterlyser også en tydeliggjøring av når hensynet til barnets beste kan fravikes.⁴⁷ Foreningen konkluderer i sin rapport med at regelverket er uklart, at Utlendingsnemndas praksis er uensartet, og at like saker behandles ulikt. De mener at Utlendingsnemndas vide spillerom er et hinder for at Barnekonvensjonens verdigrunnlag får gjennomslag.⁴⁸ Derfor foreslås konkrete endringer i utlendingsforskriftens § 8-5, som kan bidra til å klargjøre hovedspørsmålene knyttet til barnets beste i lengeværende barns asylsaker.⁴⁹ Kravet om en tydeliggjøring av regelverket har vært fremmet også fra andre, både forskere og interesseorganisasjoner.⁵⁰ Regjeringen har sendt et forslag til en forskriftsendring på høring denne høsten.⁵¹

Oppsummert ser vi at det er vanskelig å finne klare retningslinjer for de avveiningene som skal foretas. Dette gjør at sakene til de lengeværende barna

42 Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 149, med videre henvisninger.

43 Se Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 149.

44 St.meld. nr. 27 (2011–2012) punkt 6.4.5.

45 St.meld. nr. 27 (2011–2012) punkt 6.3.3.

46 Intervju med nemndleder 2.

47 Humlen og Myhre 2014, s. 90–91.

48 Ibid., s. 99.

49 Ibid., s. 111–112.

50 Nerina Weiss (2013), *Normalitet i limbo. Asylbarn med endelig avslag*. Fafo-rapport 2013:47, s. 70; Stang og Lidén 2014, s. 20–21; Norsk Organisasjon for Asylsøkere (NOAS), Antirasistisk Senter, Norges Røde Kors, Redd Barna, Norsk Folkehjelp, PRESS – Redd Barna Ungdom mfl.

51 Se «Høring – endringer i utlendingsforskriften, varig ordning for lengeværende barn og begrunnelse i vedtak som berører barn», med høringsfrist 06.09.14.

lenge har vært et omdiskutert tema.⁵² I stortingsmeldingen «Barn på flukt» kritiseres Utlendingsnemnda for at praksis fremstår som lite entydig, og at de i en del saker legger mer vekt på innvandringsregulerende hensyn enn det som var forutsatt da regelverket ble vedtatt.⁵³ Også Høyesterett har vært kritisert for at de tillegger de innvandringsregulerende hensynene avgjørende vekt. Jan Fridtjof Bernt mener at Høyesterett setter lovens ordlyd i parentes til fordel for en nærlesning av for- og etterarbeidene i de to plenumsdommene av 21.12.2012.⁵⁴ Til tross for at lovens § 38 gir uttrykk for at barnets beste er et viktigere hensyn enn de innvandringsregulerende hensynene, ved bruken av ordene «skal» og «grunnleggende», finner Høyesterett i forarbeidene støtte for å tillegge innvandringsregulerende hensyn avgjørende vekt.⁵⁵ Også Stang og Lidén påpeker at forarbeidenes formulering tilsier en strengere tolkning av lovteksten enn den som naturlig fremgår av en språklig forståelse.⁵⁶ De mener også at en praksis der innvandringsregulerende hensyn som hovedregel går foran hensynet til barnets beste, ikke vil være i samsvar med Barnekonvensjonen fordi barnets beste da ikke lenger vil være et grunnleggende hensyn.⁵⁷

Fra dette rettslige utgangspunktet går jeg over til å analysere dokumentene som leder frem til konklusjonen opphold eller ikke opphold for de lenge-værende barna.

ANALYSESTRATEGI

Analysen av saksdokumentene er inspirert av den polske filosofen Chaim Perelman og den franske antropologen Bruno Latour. Perelman knyttes ofte til ny-retorikken,⁵⁸ mens Latour knyttes til aktør-nettverk-teorien.⁵⁹ Jeg vil imidlertid kun benytte meg av de aspekter ved disse perspektivene som jeg mener er nyttige for mitt formål. Jeg har spesielt vært opptatt av hvordan man ved hjelp av språklige virkemidler kan overbevise leseren av en tekst, det vil si hvilke effekter argumentasjonen kan ha på leseren.

52 Se for eksempel avisartikler: Geir Bekkevold og Trine Skei Grande, «Barnets beste skal få større vekt», *Dagbladet* 7.3.2014; Marianne Borgen, «Barn er ikke foreldres bagasje» *Dagbladet* 22.6.2006; Rt. 2012 s. 1985 og Rt. 2012 s. 2039; Bernt 2013; Einarsen 2013; Humlen og Myhre 2014; Stang og Lidén 2014; St.meld. nr. 27 (2011–2012).

53 St.meld. nr. 27 (2011–2012) punkt 6.4.6.

54 Rt. 2012 s. 1985 og Rt. 2012 s. 2039.

55 Bernt 2013, s. 328.

56 Stang og Lidén 2014, s. 68.

57 Ibid., s. 68.

58 Chaïm Perelman, *Retorikkens rige: retorik og argumentation*, København 2005.

59 Bruno Latour, *Science in action: how to follow scientists and engineers through society*, Massachusetts 1987.

Et grunnleggende premiss for analysen av saksjournalene er at ikke bare søkerens advokater, men også Utlendingsnemnda *argumenterer*. Nemndas begrunnelser i vedtakene og beslutningene betraktes i analysen som argumentasjon. Flere forfattere påpeker at det juridiske språket er utpreget retorisk og at det i retten ikke dreier seg om å etablere «sannheter», men å komme frem til den mest sannsynlige løsningen gjennom argumentasjon.⁶⁰ At advokater benytter seg av retoriske teknikker for å argumentere for sin sak, kan derfor ikke sies å være en særlig omstridt påstand. At Utlendingsnemnda, derimot, skulle benytte seg av retoriske teknikker i sine vedtak og beslutninger, kan bestrides. Utlendingsnemnda er et politisk uavhengig beslutningsorgan, ikke en part i saken. De er derfor nøytrale og trenger ikke å argumentere i like stor grad for sin sak, kan det hevdes.

Jeg vil derimot, med bakgrunn i Perelman, hevde at det verken er tilfeldig eller likegyldig hvordan Utlendingsnemnda formulerer begrunnelsene for sine konklusjoner. Perelman legger vekt på at all kommunikasjon er retorisk. Han mener at enhver taler (eller tekst i denne sammenheng) er nødt til å argumentere for sine påstanders gyldighet, det vil si overbevise sitt publikum om at de er rette, for at publikum skal godta deres sannhetsverdi.⁶¹ Om en følger Perelman i dette, betyr det at Utlendingsnemnda er nødt til å *argumentere* for å overbevise leserne av vedtakene og beslutningene (søkerne og deres advokater, saksbehandlere, nemndledere og eventuelt dommere) om at konklusjonen de har kommet til, ifølge loven er den rette. Advokatene underbygger sine anførsler i saken med argumenter som støtter opp under anførselene, mens Utlendingsnemnda underbygger konklusjonen i saken med argumenter som støtter opp under konklusjonen.

Utlendingsnemndas argumentasjon er imidlertid ikke alltid like åpenbar og lett å få øye på som advokatenes argumentasjon. Nemndas posisjon som et nøytralt beslutningsorgan kan bidra til en antagelse om at deres tekster er frie for argumentasjonsteknikker. Også den upersonlige skrivestilen, med en utstrakt bruk av passiv,⁶² kan bidra til å tilsløre det at nemnda argumenterer for å overbevise leseren om noe. Det er nemlig ikke likegyldig hvorvidt det som står i vedtaket, er «Innvandringsregulerende hensyn taler mot at det gis tillatelse», eller «Utlendingsnemnda har etter en vurdering kommet frem til at innvandringsregulerende hensyn taler mot at det gis tillatelse». I den første formuleringen brukes et upersonlig juridisk språk. Nemnda unnlater å referere til seg selv og den vurderingen de har gjort. Dermed kan en, med Latour, si at det gis inntrykk av at påstanden er en «objektiv» og nøytral

60 Bakken og Graver 2013; Sverre Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme*, Oslo 2004; Graver 2008; James Boyd White, «Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life», *The University of Chicago Law Review* 52 1985; Somby 1999.

61 Perelman 2005, s. 41.

62 Hans Petter Graver, *Hva er rett?*, Oslo 2011, s. 56.

kjensgjerning fritatt fra noen subjekter som har gjort en vurdering ved å veie argumenter opp mot hverandre.⁶³ I den andre setningen, derimot, fremgår det både at det er gjort en vurdering, og at det er Utlendingsnemnda som har gjort den. Den passive forfatterstemmen gjør at teksten oppfattes som objektiv og faktisk, og tilslører det retoriske aspektet ved språket som brukes.⁶⁴ Å fremstille sitt språk som «ikke-retorisk» kan derfor paradoksalt nok være nettopp et *retorisk* grep for å autorisere sine argumenter.⁶⁵

På denne subtile måten kan Utlendingsnemnda ved hjelp av retoriske virkemidler fremstille sine avgjørelser som mer eller mindre objektive og faktiske. Nettopp fordi Utlendingsnemndas argumentasjon er så vanskelig å få øye på, mener jeg det er viktig ikke bare å påpeke at Utlendingsnemnda argumenterer, men også undersøke *hvordan* de argumenterer, og hvilke konsekvenser argumentasjonen får. Med bakgrunn i dette vil jeg i analysen av saksdokumentene undersøke hvordan Utlendingsnemnda argumenterer for å overbevise leseren om at konklusjonen de har kommet til, er den rette. Tilsvarende undersøker jeg hvordan advokatene argumenterer for å overbevise nemnda om at vedtaket bør omgjøres slik at søkerne innvilges oppholdstiltalelse. Dette undersøker jeg ved å se på hvordan nemnda svarer på argumentasjonen fra advokatene, og vice versa.

I analysen benytter jeg meg av ordet «argumentasjonsteknikk», fremfor «argumentasjonsstrategi», fordi sistnevnte gir assosiasjoner til bevisste strategier som benyttes for å «forføre» leseren til å tro på en påstand. Jeg anser evnen til å overbevise mer som en egenskap ved språket selv enn som en bevisst strategi fra individets side. Dette må ikke forstås dit hen at jeg mener at mennesker aldri bevisst benytter seg av strategier for å overbevise. Det er imidlertid ikke alltid at disse prosessene skjer bevisst og med overlegg. Det ligger i Utlendingsnemndas mandat som et beslutningsorgan at de er *nødt* til å ta en avgjørelse. For at avgjørelsen som er tatt, ikke skal møtes med for mange innvendinger fra leserens side, er nemnda også nødt til å underbygge konklusjonen med gode argumenter.⁶⁶ Noen begrunnelsers funksjon kan snarere være å legitimere det rettslige standpunkt enn å gi en kausalforklaring på det. I en slik sammenheng blir det viktig å fremheve de momenter som taler for, og tone ned de momenter som taler mot standpunktet.⁶⁷ Jeg mener likevel ikke at dette er gjort i et bevisst forsøk på å «forføre» leseren, men av nødvendighet, fordi situasjonen krever det.

Med bakgrunn i dette har jeg i lesningen av dokumentene sett etter hvilke påstander som tones ned og svekkes, og hvilke som fremheves og styrkes gjennom argumentasjonen, samt på hvilken måte dette skjer. Et effektivt vir-

63 Latour 1987, s. 22–29.

64 Somby 1999, s. 103; Perelman 2005, s. 74.

65 Perelman 2005, s. 185–186.

66 Latour 1987, s. 52.

67 Somby 1999, s. 99.

kemiddel for å styrke sine påstander er å gjøre visse elementer ekstra nærværende for leseren, slik at det blir umulig å neglisjere dem. Ved å dvele lenge ved de elementene man ønsker å fremheve, kan man anbringe dem forrest i leserens bevissthet, slik at leseren tilskriver dem større betydning enn øvrige elementer i teksten.⁶⁸

ANALYSE

I analysen har jeg tatt utgangspunkt i to bestemte påstander, for deretter å undersøke hvordan de enten svekkes eller styrkes gjennom argumentasjonens gang i sakene. Disse påstandene er: 1. *Familien må innvilges en oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn.* 2. *Innvandringsregulerende hensyn må tillegges avgjørende vekt, slik at tillatelse ikke kan innvilges.*

Advokatenes argumentasjon

I det følgende vil jeg undersøke hvordan den førstnevnte påstanden blir svekket eller styrket gjennom argumentasjonen. Påstanden om at familien må innvilges en oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn, er advokatenes hovedpåstand i alle sakene. Advokatene fremsetter i omgjøringsanmodningene ulike argumenter som støtter opp under denne påstanden. Argumentene tilsvarer de momentene som skal inngå i vurderingen av sterke menneskelige hensyn etter § 38, det vil si barnets tilknytning til riket, helsemessige forhold og forhold ved retursituasjonen. I alle sakene i utvalget argumenterer advokatene med at ett eller flere av barnas tilknytning til Norge taler for at oppholdstillatelse innvilges. I de fleste av sakene er det imidlertid også anført andre argumenter for å innvilge oppholdstillatelse. Argumenter som anføres i tillegg til at barnet har en tilknytning til riket, dreier seg om helsemessige forhold og/eller sosiale og humanitære forhold ved retursituasjonen. Følgende sitat er et eksempel på at hovedpåstanden underbygges både med et argument som dreier seg om barnets tilknytning til Norge, et som dreier seg om barnets og mors helse, og et som dreier seg om vanskelige sikkerhetsforhold og humanitære forhold ved retursituasjonen:

«I tillegg til denne tilknytningen til Norge og hans integrering i det norske samfunnet kommer hans diagnose [...]. I tillegg til ovennevnte momenter, vises også til den svært vanskelige sikkerhets- og humanitære situasjonen i hjemlandet, klagers helsesituasjon, og manglende nettverk i hjemlandet og muligheter til å få hjelp til sønnen. [...] Det må således etter en helhetsvurdering åpenbart anses å foreligge sterke menneskelige hensyn, jevnfør

68 Perelman 2005, s. 69–71.

Utlendingslovens § 38, hvor hensynet til barnets beste må tillegges avgjørende vekt» (sak A5, februar 2010, s. 10–11).

Advokatene forsøker å styrke påstanden om at familien må innvilges oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn, ved å argumentere for at de ulike forholdene i saken må legges sammen:

«I flere saker⁶⁹ ble det gitt tillatelse etter en helhetsvurdering, der andre momenter i tillegg til barnets tilknytning ble vektlagt. Sikkerhetssituasjonen i hjemlandet, [...] psykiske eller fysiske lidelser hos barn og/eller foreldre, barnets beste og hensynet til en stabil livssituasjon, retursituasjonen og forholdene i hjemlandet for øvrig, er momenter som i tillegg til barnets tilknytning kan tilsa at det foreligger sterke menneskelige hensyn. [...] Det anføres at ved at man kumulerer de forskjellige forholdene i denne saken, så må summen av de anførte forholdene medføre at klagerne får tillatelse i medhold av lovens § 38, jevnfør Utlendingsforskriftens § 8-5» (sak B3, juni 2011, s. 14).

Advokatenes argumentasjonsteknikk går altså ut på å argumentere for at flere ulike forhold i saken *til sammen* må føre til en tillatelse, selv om ett moment alene ikke er sterkt nok:

«Selv om nemnda kommer til at anførselene hver for seg ikke er tilstrekkelig til å få innvilget tillatelse i Norge må nemnda vurdere om ikke situasjonen totalt sett tilsier at søkerne gis en tillatelse i Norge. Ved en slik helhetsvurdering må også sikkerhetsmessige og menneskerettslige forhold, som ikke i seg selv er tungtveiende til å begrunne vern etter Utlendingsloven, vektlegges» (sak B1, april 2010, s. 5).

På denne måten forsøker advokatene å styrke påstanden om at familien må innvilges oppholdstillatelse, ved å henlede leserens oppmerksomhet mot *helheten* i vurderingen av sterke menneskelige hensyn.

Utlendingsnemndas argumentasjon

I omkring en tredel av sakene i utvalget *svekket* imidlertid påstanden om at familien må innvilges en oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn, gjennom Utlendingsnemndas argumentasjon. Dette skjer ved at de ulike argumentene som støtter opp under påstanden, ikke legges sammen, men derimot skilles fra hverandre. En effektiv fremgangsmåte for å gjendrive argumentasjon er ifølge Charlotte Jørgensen og Merete Onsberg å ta motpartens argumenter og utsagn opp enkeltvis og besvare og avvise dem ett for ett,

69 Her snakker advokaten om tidligere tilsvarende saker som skaper presedens.

slik at motstanderens hovedpåstand svekkes.⁷⁰ Denne argumentasjonsteknikken kan jeg spore i beslutninger og vedtak i omkring en tredel av sakene i utvalget. Den nedenfor siterte saken er et eksempel på dette. Advokaten anfører i omgjøringsanmodningen to argumenter som støtter opp under påstanden om at mor og barn må innvilges en oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn. Det første argumentet dreier seg om barnets tilknytning til Norge, det andre om mors dårlige helse. I Utlendingsnemndas beslutning skiller de to argumentene fra hverandre og besvares hver for seg. Nemndas svar på det første argumentet lyder:

«Ved psykiske lidelser er utgangspunktet i henhold til praksis at det må dreie seg om en alvorlig sinnslidelse som innebærer at klageren vil være vedvarende psykotisk uten nødvendig behandling for at lidelsen alene skal gi grunnlag for opphold. [...] Utlendingsnemnda kan ikke se at opplysningene om [mors] helsesituasjon tilsier at denne er av et slik alvor [...] at opphold bør innvilges på dette grunnlag» (sak A6, januar 2010, s. 6).

Først besvares og avvises argumentet om mors helseproblemer med at «hennes helsesituasjon *alene* ikke er alvorlig nok til at opphold bør innvilges på dette grunnlag». Når dette først er konstatert, besvares argumentet om at barnet har en tilknytning til Norge på følgende måte:

«UNE legger til grunn at sønnen har en viss tilknytning til riket, men finner at denne tilknytningen alene ikke er tilstrekkelig til å gi grunnlag for en tillatelse i denne saken» (sak A6, januar 2010, s. 7).

Heller ikke tilknytningen til riket er *alene* tilstrekkelig til å gi grunnlag for en tillatelse. I den nedenfor siterte saken besvares advokatens argumenter, som dreier seg om henholdsvis barnets tilknytning til riket og barnets helseproblemer, i hver sin beslutning. Saken det dreier seg om, er den samme som er sitert på side 9, men for ordens skyld gjentar jeg hovedargumentene i advokatens omgjøringsanmodning:

«I tillegg til denne tilknytningen til Norge og hans integrering i det norske samfunnet kommer hans diagnose [...]. I tillegg til ovennevnte momenter, vises også til den svært vanskelige sikkerhets- og humanitære situasjonen i hjemlandet, klagers helsesituasjon, og manglende nettverk i hjemlandet og muligheter til å få hjelp til sønnen» (sak A5, februar 2010, s. 10–11).

Advokaten underbygger her hovedpåstanden om at *familien må innvilges en tillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn* med argumenter som både

70 Charlotte Jørgensen og Merete Onsberg, *Praktisk argumentation*, København 1999, s. 74.

dreier seg om barnets tilknytning til riket og barnets helsesituasjon (i tillegg til andre argumenter). I den påfølgende beslutningen skiller Utlendingsnemnda ut det ene argumentet som dreier seg om barnets helsemessige situasjon som «det vesentligste», og besvarer kun dette. Argumentet besvares med at helsesituasjonen ikke er så alvorlig at den *alene* kan gi grunnlag for opphold:

«Omgjøringsanmodningen er i det vesentligste begrunnet med klagers barns helsemessige situasjon. [...] Ved psykiske lidelser er dertil et utgangspunkt at det må dreie seg om en alvorlig sinnslidelse for at denne alene kan danne grunnlag for opphold. Utlendingsnemnda har merket seg fremlagte dokumentasjon. Utlendingsnemnda kan imidlertid ikke se at de foreliggende opplysningene om klagerens barn tilsier at de helsemessige problemene er av en slik art, omfang og/eller alvorlighetsgrad, at en tillatelse kan gis på dette grunnlag alene» (sak A5, oktober 2009, s. 8).

Det andre argumentet, om barnets tilknytning til Norge, besvares ikke i denne beslutningen. Det blir imidlertid besvart i den neste beslutningen, etter at advokaten har påpekt mangelen.

«Omgjøringsanmodningen er i det vesentligste begrunnet i klagerens barns tilknytning til riket [...]. Klagerens barn har per i dag oppholdt seg i riket i nærmere syv år, og er ellers i ferd med å avslutte første skoleår. Barnet har dermed opparbeidet en form for tilknytning til riket, som ellers kunne danne grunnlag for en tillatelse etter utlendingslovens § 38» (sak A5, mai 2010, s. 13).

Deretter konkluderes det med at barnets tilknytning likevel ikke *i seg selv* er tilstrekkelig til å omgjøre Utlendingsnemndas avslag:

«Styrkingen av barnets tilknytning gjennom ytterligere opphold i Norge etter Utlendingsnemnda avslag har imidlertid som hovedregel ikke i seg selv vært tilstrekkelig for å gjøre om de tidligere avslagene» (sak A5, mai 2010, s. 13).

I denne beslutningen besvares kun argumentet om barnets tilknytning til riket. Barnets helsemessige problemer tas ikke opp. I denne saken skilles de ulike argumentene fra hverandre og besvares og avvises hver for seg i *hver sin beslutning*.⁷¹

Utlendingsnemnda argumenterer altså med at hvert enkelt moment *alene* ikke er tilstrekkelig til at det kan innvilges en tillatelse. De enkelte momen-

71 Det er viktig å påpeke at dette forekommer kun i én av sakene i materialet. Som hovedregel besvares de fleste av advokatens anførsler i den påfølgende beslutningen/vedtaket.

tene er imidlertid ikke alene i saken. I de siterte sakene ovenfor har advokatene anført både to og tre argumenter som støtter opp under påstanden om at *familien må innvilges en tillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn*.

Det forekommer imidlertid i en av sakene der Utlendingsnemndas avslagsvedtak blir omgjort, at nemnda benytter seg av den samme argumentasjonensteknikken som advokatene. I saken konkluderes det med at familien kan innvilges opphold på grunn av en kombinasjon av den lange oppholdstiden, mors helsesituasjon og den usikre retursituasjonen til barnet, selv om hvert enkelt av momentene ikke er sterke nok i seg selv:

«Selv om det i utgangspunktet må legges til grunn at barn under skolealder må antas å ha sin sterkeste tilknytning til foreldrene og ikke til samfunnet og omgivelsene ellers, finner nemnda i dette tilfellet å legge avgjørende vekt på den lange oppholdstiden kombinert med klagerens dårlige helse. I forhold til vurderingen av barnets situasjon ved en retur til hjemlandet, har nemnda også lagt en viss vekt på at denne for nemnda fremstår som usvis» (sak B5 januar 2011, s. 5).

Det er interessant at nemnda i denne ene saken benytter seg av den samme fremgangsmåten som advokatene når de argumenterer for en innvilgelse. Empirien kan imidlertid ikke gi noe klart svar på hvorvidt det er vanlig at Utlendingsnemnda legger vekt på helheten og kumulerer de ulike momentene når de skal argumentere for at det innvilges oppholdstillatelse.

Analysen har så langt vist at advokatene forsøker å styrke påstanden om at familien må innvilges en oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn, ved å understreke at de ulike momentene som taler for en tillatelse, må legges sammen i en helhetlig vurdering. Utlendingsnemnda på sin side svekker påstanden om at familien må innvilges en oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn, ved å skille de ulike argumentene som støtter påstanden, fra hverandre. De ulike argumentene besvares og avvises hver for seg, istedenfor at de legges sammen. De ulike argumentene er, ifølge nemnda, *alene* ikke tilstrekkelig til at en tillatelse kan innvilges. I det følgende vil jeg gå over til å undersøke hvordan påstanden om at «innvandringsregulerende hensyn må tillegges avgjørende vekt», enten svekkes eller styrkes gjennom argumentasjonens gang.

De innvandringsregulerende hensynene

Søkernes advokater fremhever de momentene som taler for å gi en oppholdstillatelse, mens de toner ned de innvandringsregulerende hensynene ved sjelden å nevne dem. På denne måten forsøker de å svekke påstanden om at de innvandringsregulerende hensynene må tillegges avgjørende vekt. Dette er imidlertid ikke særlig overraskende i og med at advokaten representerer søkerne i saken og skal tale deres sak.

Utlendingsnemnda på sin side gir mye plass til de innvandringsregulerende hensynene. Som tidligere nevnt kan man, ifølge Perelman, forsterke visse elementers nærvær i lesernes oppmerksomhet og bevissthet ved å dvele lenge ved de aktuelle elementene.⁷² I utvalget av asylsaker finnes det ni saker der barnet – til tross for at det enten tilskrives en god tilknytning til riket eller anses å være oppunder grensen – likevel ikke innvilges en oppholdstillatelse. I syv av de nevnte sakene forsterkes de innvandringsregulerende hensynenes nærvær i leserens bevissthet. Dette forekommer i hele perioden mellom 2010 og 2012. Nærværet skapes på ulik måte i sakene. I følgende sitat brukes gjentakelse for å fremheve visse elementer, som gjentas flere ganger, men med forskjellige ord. Dette kalles, ifølge Perelman, en *metabole*:⁷³

«1. Nemnda peker på at klagerne ikke har innrettet seg etter Utlendingsnemndas tidligere avgjørelser. 2. Etter endelig avslag i mars 2007, er det fremsatt seks omgjøringsanmodninger. 3. Klagerne har oppholdt seg i riket ulovlig i ca. to og et halvt år. [forbindelse med omgjøringsanmodningene er det ikke gitt utsatt iverksetting]. [...] 4. Foreldrene har heller ikke samarbeidet med norske myndigheter om retur. 5. De har blant annet ikke fremlagt identitetsdokumenter og de har ikke reist frivillig» (sak A8 september 2009, s. 4).⁷⁴

Setning 1, «[K]lagerne [har ikke] innrettet seg etter Utlendingsnemndas tidligere avgjørelser» og 3, «[K]lagerne har oppholdt seg i riket ulovlig i ca. to og et halvt år», kan her leses som to ulike forhold. Det ulovlige oppholdet er imidlertid en *følge* av at foreldrene ikke har innrettet seg etter nemndas avslag på søknaden om asyl og reist ut av Norge, slik de etter utlendingsloven er forpliktet til. Når det ikke refereres til årsakssammenhengen mellom de to setningene, får leseren inntrykk av at det er snakk om to ulike forhold som taler for å tillegge innvandringsregulerende hensyn avgjørende vekt. Videre skriver Utlendingsnemnda (i setningene 4 og 5): «Foreldrene har heller ikke samarbeidet med norske myndigheter om retur. De har blant annet ikke fremlagt identitetsdokumenter og de har ikke reist frivillig.» Det at foreldrene ikke har samarbeidet med myndighetene om retur, er i praksis det samme som at de ikke har fremlagt identitetsdokumenter, fordi disse kreves for at det skal være mulig for myndighetene å returnere asylsøkerne. Her nevnes et moment (at asylsøkerne ikke har samarbeidet om retur) på to forskjellige måter. Argumentet «og de har ikke reist frivillig» fremstilles som ytterligere et forhold som taler mot oppholdstillatelse, mens det faktisk allerede inngår i sitatets første setning, fordi det å innrette seg etter utlendingsnemndas avgjørelse i praksis består av å reise ut av landet frivillig.

72 Perelman 2005, s. 69–71.

73 Perelman 2005, s. 72.

74 Tallene er satt inn av forfatteren.

Det som ovenfor fremstår som fire eller fem ulike argumenter som taler for å tillegge innvandringsregulerende hensyn vekt, kan også fremstilles som to: 1. Klagerne har ikke innrettet seg etter utreiseplikten og har således oppholdt seg ulovlig i riket i to og et halvt år. 2. Klagerne har ikke samarbeidet med norske myndigheter om retur ettersom de ikke har fremlagt identitetsdokumenter. Ved å bruke bindeordene *således* og *ettersom* kommer årsaks-sammenhengen mellom de ulike forholdene tydeligere frem, istedenfor at de fremstår som flere uavhengige forhold som taler for å tillegge innvandringsregulerende hensyn vekt. Måten de innvandringsregulerende hensynene beskrives på i det første eksempelet, gir inntrykk av at de er flere og alvorligere enn i det andre (konstruerte) eksempelet.

Tilsvarende skjer i andre saker ved at ett og samme argument som støtter påstanden om at innvandringsregulerende hensyn taler mot å innvilge oppholdstillatelse, gjentas flere ganger med mer eller mindre de samme ordene.⁷⁵ I følgende eksempel nevnes to argumenter som taler for å tillegge innvandringsregulerende hensyn vekt, først én gang, før de gjentas:

- «1. Une finner at innvandringsregulerende hensyn må tillegges vekt i denne saken da foreldrene for det første unndrar seg plikten til å returnere frivillig til sitt hjemland og for det andre nekter å dokumentere sin identitet overfor norske myndigheter.» «Det vises til at familien ikke har hatt lovlig opphold i riket etter august 2007.
2. Klageren har således overtrådt bestemmelsen i utlendingsloven grovt ved at de har *unnlatt å rette seg etter norske utlendingsmyndigheters avgjørelser om at de plikter å forlate riket*. Dette er forhold som kan danne grunnlag for utvisning jf. utlendingslovens § 66 første ledd bokstav a. Klager har *heller ikke fremlagt noen form for dokumentasjon på sin identitet slik de er forpliktet til etter utlendingslovens § 83*» (sak B5 mai 2012, s. 10).

Gjennom gjentakelse fremstilles de innvandringsregulerende hensynene som flere og alvorligere enn de ville fremstått om de kun hadde vært nevnt én gang.

ARGUMENTASJONENS OVERBEVISNINGSEFFEKT

Hvilke konsekvenser har så de ulike argumentasjonsteknikkene for argumentasjonens overbevisningskraft? Hvilke følger får Utlendingsnemndas argumentasjonsteknikker for deres evne til å overbevise leseren om at konklusjonen de har kommet til, er den rette?

Analysen har vist at Utlendingsnemnda og søkerens advokater benytter seg av ulike argumentasjonsteknikker for å overbevise leseren om sitt stand-

⁷⁵ Perelman (2005), 71–72.

punkt i saken. Advokatene understreker at de ulike momentene – barnets tilknytning til riket, helsemessige forhold og forhold ved retursituasjonen – å kumuleres i en helhetlig vurdering. På denne måten forsøker de å styrke påstanden om at familien må innvilges en tillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn. Effekten av denne strategien er at leserens oppmerksomhet ledes mot *helheten* i vurderingen etter § 38. Det fremstår dermed som overbevisende og sannsynlig at en tillatelse kan innvilges på grunn av flere forhold som til sammen tilsier at en tillatelse bør gis, selv om hvert enkelt moment i seg selv ikke er tilstrekkelig.

Gjennom Utlendingsnemndas argumentasjon svekkes påstanden om at familien må innvilges en oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn. De ulike argumentene som støtter opp under denne påstanden, skilles fra hverandre, besvares og avvises hver for seg i omkring en tredel av sakene i utvalget. Effekten av Utlendingsnemndas argumentasjonsteknikk er at leserens oppmerksomhet ledes bort fra helheten (som advokatene forsøker å skape) og mot de enkelte delene (hvert enkelt moment eller argument) som ifølge Nemnda *i seg selv* ikke er sterke nok til at en tillatelse kan innvilges. Hvert enkelt moment blir på denne måten isolert fra helheten og blir stående alene, og alene er det ikke sterkt nok til at en tillatelse kan innvilges.

Det kan se ut som Utlendingsnemnda legger vekt på at det må foreligge ett avgjørende moment som alene er så sterkt at tillatelse kan gis, til tross for at de i sine egne retningslinjer uttaler at «det ikke må foreligge ett avgjørende moment i en sak, men at det også kan gis en tillatelse etter en samlet vurdering av flere momenter».⁷⁶ Dette gjelder spesielt anførsler om at det foreligger helsemessige forhold i saken. Uttalelsen om at søkers helsesituasjon alene ikke er alvorlig nok til at det kan innvilges en tillatelse, går igjen i sakene, og fremstår nærmest som et standardsitat. Når helseanførsler er det eneste argumentet for at opphold må gis på grunn av sterke menneskelige hensyn, gir dette mening. Det er imidlertid få av sakene i utvalget der dette er tilfellet. I de fleste sakene er det som sagt anført flere grunner til at tillatelse bør innvilges, i tillegg til de helsemessige. I tillegg understreker mange av advokatene at momentene må legges sammen i en helhetlig vurdering.

Ytterligere en effekt av Utlendingsnemndas argumentasjon er at hovedpåstanden om at de innvandringsregulerende hensynene må tillegges avgjørende vekt, styrkes. Konsekvensen av at ett og samme forhold som taler for å tillegge innvandringsregulerende hensyn vekt, gjentas flere ganger, er at disse hensynene anbringes forrest i leserens bevissthet. Leserens oppmerksomhet ledes dermed mot de innvandringsregulerende hensynene. Derfor er det, om vi skal tro Perelman, sannsynlig at leseren tilskriver dem større betydning enn øvrige elementer i teksten.⁷⁷ Ved at leserens oppmerksomhet henledes

76 Se s. 7.

77 Perelman 2005, s. 69–71.

mot de innvandringsregulerende hensynene, gis det dermed styrke til hovedpåstanden om at disse hensynene må tillegges avgjørende vekt.

For å overbevise leseren må forfatteren, ifølge Latour, forsikre seg på forhånd mot leserens innsigelser. Om forfatteren klarer å imøtegå alle leserens innsigelser i teksten, blir leseren stående målløs tilbake, og har ikke noe annet valg enn å ta teksten til seg. Leserens er dermed overbevist.⁷⁸ Kombinasjonen av de to argumentasjonsteknikkene Utlendingsnemnda benytter seg av, kan antas å ha en sterk overbevisningseffekt på leseren. Når leserens oppmerksomhet ledes mot de innvandringsregulerende hensynene samtidig som de momentene som taler for en tillatelse, stykkes opp og tillegges liten vekt hver for seg, kan det virke troverdig og overbevisende på leseren at de innvandringsregulerende hensynene må tillegges avgjørende vekt. Konsekvensen av denne teknikken blir dermed at det for leseren vil se ut som at mye taler for at en tillatelse ikke kan gis. Ved å forsterke de innvandringsregulerende hensynene i leserens bevissthet forsikrer nemnda seg mot innvendinger mot at disse hensynene tillegges avgjørende vekt fremfor hensynet til barnets beste.

Formålet med artikkelen er imidlertid ikke å påstå at Utlendingsnemnda ikke tar gode avgjørelser og ikke bestreber seg på å være så nøytrale som mulig. Det har jeg gjennom intervjuene både med advokater og nemndledere fått et klart inntrykk av at de gjør. Poenget er kun det at når en konklusjon er tatt, må nemnda for å overbevise leseren av vedtakene og beslutningene argumentere godt for at denne konklusjonen skal godtas av leseren, og fremstå som den rette konklusjonen. Derfor mener jeg at det er viktig å vise hvordan nemnda fremhever visse momenter og nedtoner andre, alt avhengig av hvilken konklusjon de forsøker å underbygge. Har Utlendingsnemnda kommet til den konklusjonen at innvandringsregulerende hensyn må tillegges avgjørende vekt, så må de også underbygge denne konklusjonen med argumenter som fremhever de innvandringsregulerende hensynene, for at leseren ikke skal protestere.

I denne sammenheng er det viktig å påpeke at leserne av vedtakene og beslutningene er søkerne selv, deres advokater, andre nemndledere, saksbehandlere og eventuelle domstoler. Det er disse leserne som skal overbevises om at konklusjonen nemnda har kommet til, er den rette. Overbevises ikke leserne, kan nemnda risikere å bli stevnet for domstolene, eller de kan risikere at flere omgjøringsbegjæringer sendes inn av søkerne. Derfor er de avhengig av å argumentere godt for å overbevise om at den konklusjonen de har kommet til, er den rette. For å argumentere for en innvilgelse av asylsøknaden kan det derfor lønne seg å lede leserens oppmerksomhet mot helheten. Skal en derimot begrunne og underbygge et avslag, kan det lønne seg å lede leserens oppmerksomhet mot de enkelte delene (det enkelte argument eller moment) og avvise dem hver for seg med at de «alene ikke er tilstrekkelig til at en tillatelse kan innvilges».

78 Latour 1987, s. 53.

LITTERATUR

- Arbeids- og inkluderingsdepartementet. 2007. Rundskriv A-25/2007. Ikraftsetting av forskrift om endringer i utlendingsforskriften (sterkere vektlegging av barns tilknytning til riket, oppholdstillatelse når det foreligger praktiske hindringer for retur).
- Bakken, J. og H.P. Graver. 2013. *Juss, språk og retorikk*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Bergo, K. 2002. *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag.
- Bernt, J.F. 2013. Høyesterett som politisk arena – noen refleksjoner med utgangspunkt i to høyesterettsdommer om norsk utlendingspolitikk. *Jussens Venner* 48.
- Blandhol, S. 2004. *Nordisk rettspragmatisme*. Universitetet i Oslo.
- Bunæs, R., K.O. Kvigne og B. Vandvik, red. 2004. *Utlendingsrett*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Eckhoff, T. og J.E. Helgesen. 2001. *Rettskildelære*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Einarsen, T. 2008. Barns rettsstilling i utlendingsretten – et domstolsperspektiv. I: M.A. Hedlund, red. *Barnerett – i et internasjonalt perspektiv*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Einarsen, T. 2013. Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn? *Jussens Venner* 48.
- Graver, H.P. 2001. *Hva er rett?* Oslo: Universitetsforlaget.
- Graver, H.P. 2008. *Juridisk overtalelseskunst*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Humlén, A. og J.W. Myhre. 2014. Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett 2007–2014. Rapport fra virksomheten og forslag om regelendringer. Oslo: Advokatforeningen.
- Justisdepartementet. 2010. Vedlegg 8 til rundskriv A-63/09 om ikrafttredelse av ny utlendingslov og ny utlendingsforskrift fra 1. januar 2010 – Oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket.
- Järvinen, M. og N. Mik-Meyer. 2005. Kvalitative metoder i et interaksjonistisk perspektiv: interview, observationer og dokumenter. København: Reitzel.
- Jørgensen, C. og M. Onsberg. 1999. *Praktisk argumentation*. København: Ingeniøren/bøger.
- Kvale, S. og S. Brinkmann. 2009. *Det kvalitative forskningsintervju*. Oslo: Gyldendal Akademisk.
- Latour, B. 1987. *Science in Action: How to follow scientists and engineers through society*. Cambridge: Harvard University Press.
- Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

- Meld. St. 27. (2011–2012) Barn på flukt. Tilråding av 8. juni 2012. Oslo: Justis- og beredskapsdepartementet.
- NOU 2004: 20. Ny utlendingslov. Oslo: Kommunal- og regionaldepartementet.
- Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven). Oslo: Arbeids- og inkluderingsdepartementet.
- Perelman, C. 2005. *Retorikkens rige: retorik og argumentation*. København: Hans Reitzel.
- Sandberg, K. 2012. Asylsøkende barns rettigheter. I: N. Høstmælingen, E.S. Kjørholt og K. Sandberg, red. *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Somby, Å. 1999. *Juss som retorikk*. Oslo: Tano Aschehoug.
- Stang, E.G. 2008. *Barn, tortur og retur: den rettslige betydningen av barnespesifikk tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling i asylsaker, herunder barns returvern*. Oslo: Unipub.
- Stang, E.G. 2011. Juss og praksis i behandlingen av mindreårige asylsøkere. *Materialisten – tidsskrift for forskning, fagkritikk og teoretisk debatt* 39.
- Stang, E.G. og H. Lidén. 2014. *Barn i asylsaker. Evaluering og kartlegging av hvordan barns situasjon blir belyst i Utlendingsnemndas saksbehandling, herunder høring av barn*. Nova-rapport nr. 1 2014.
- Utlendingsdirektoratet. 2013. Statistikk over asylsøkerbarn som har vært i Norge lenger enn tre år.
- Utlendingsnemnda. 19.10.2009. Praksisnotat: Betydningen av «barnet beste» i asylsaker.
- Utlendingsnemnda. 2013. Ett år etter «Barn på flukt» – Utlendingsnemndas rapport til Justisdepartementet om tiltak 3 i stortingsmeldingen, 17. juni 2013.
- Weiss, N. 2013. *Normalitet i limbo. Asylbarn med endelig avslag*. Fafo-rapport 2013:47.
- White, J.B. 1985. Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life. *The University of Chicago Law Review* 52.