

UNIVERSITETET I BERGEN

Institutt for administrasjon og organisasjonsvitenskap

AORG350

Masteroppgave

VÅR 2016

Forholdet mellom rett og demokrati

- Hva er rettens rolle i flyktningpolitikken?

Anna Josefin Bang

Førord

Arbeidet med denne masteroppgaven har vært kunnskapsrikt og utfordrende. Jeg har satt meg inn i spennende temaer og områder som har gitt meg ny innsikt og forståelse for oppbyggingen av Høyesterett og deres rolle som institusjon i samfunnet. Jeg har opparbeidet kunnskap om lovverket innenfor asyl –og innvandringsfeltet samt fått innsikt i argumentasjonsteori og ulike diskurser.

Jeg har vært utrolig heldig da jeg har hatt Marit Skivenes som veileder og jeg vil takke henne for gode tilbakemeldinger og innspill. Hun har motivert meg og alltid vært der samt støttet meg gjennom hele masterperioden. Jeg vil også takke mine medstudenter for råd og gode ord i stressende perioder og familien min som har støttet meg hele veien.

Bergen, 28.05.2016

Anna Josefin Bang

Sammendrag

I denne masteroppgaven har jeg studert forholdet mellom rett og demokrati. Jeg har tatt for meg fire Høyesterettsdommer som omhandler familier med barn som ønsker oppholdstillatelse på humanitært grunnlag i Norge. Jeg har studert hvordan domstolen balanserer og vurderer hensynene som faller inn under Utlendingsloven §38. Hensynene som er fremtredende er innvandringsregulerende hensyn, sterke menneskelige hensyn og hensynet til barnets beste. Problemstillingen min er *”hva er rettens rolle i flyktningspolitikken?”*

Som forskningsmetode har jeg brukt kvalitativ innholdsanalyse og argumentasjonsanalyse av fire Høyesterettsdommer fra 2012-2015. Jeg har brukt argumentasjonsteori med sikte på juridisk, moralsk, etisk og pragmatisk diskurs som verktøy samt utført en deltakende observasjon av den siste Høyesterettsdommen i november 2015.

Hovedfunnene i dette studiet er at konsekvenstenkning, altså pragmatisk diskurs, blir vektlagt i større grad i den siste dommen fra 2015 enn hva det ble gjort i 2012. Flyktningsstrømmen Norge står ovenfor i dag kan tenkes å påvirke dette. Det viser seg også at det kun er i særskilte situasjoner at hensynet til barnets beste får gjennomslag i saken da innvandringsregulerende hensyn får gjennomslag i tilsynelatende normale saker.

For å kunne knytte dette opp mot rett og demokrati må man se på forholdet mellom lovgiver og domstol, altså Regjeringen og Høyesterett. Regjeringen utgjør demokratiet og Høyesterett representerer retten. Både retten og demokratiet kan avgjøre på hvilket grunnlag utlendinger skal få oppholdstillatelse i Norge. Regjeringen vet at Utlendingsloven er vag, men de gjør allikevel inngenting for å tydeliggjøre dette. Det skjer en form for rettsliggjøring da det kan se ut som om Regjeringen dytter problemene samt sakene over på domstolen slik at domstolen må fatte en beslutning. Så hvem er det som utfører den norske flyktningspolitikken i praksis? Er det Høyesterett eller Regjeringen? Rettens rolle innenfor flyktningspolitikken er omfattende. På den ene siden skjer det en ekspansjon av lover samt en økende domstolmakt, mens det på den andre siden skjer en økende tilpasning til Regjeringens signaler og ønsker.

Innholdsfortegnelse

1.0 INNLEDNING	1
1.1 TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.2 AVGRENSNING	3
1.3 OPPBYGGING AV STUDIEN	4
2.0 BAKGRUNN	7
2.1 UTLENDINGSFORVALTNINGEN	7
2.1.1 UDI	7
2.1.2 UNE	8
2.3 REGELVERKET	9
2.3.1 EUROPAS MENNESKERETTIGHETSKONVENSJON	9
2.3.2 FNS BARNEKONVENSJON OG HENSYNET OM BARNETS BESTE	10
2.3.3 UMLENDINGSLOVEN	12
2.3.4 GRUNNLOVEN	16
2.4 DOMSTOLEN SINE RAMMER FOR PRØVING	16
2.5 RETTSLIGGJØRING	17
2.6 STATLIGE DOKUMENTER MED FOKUS PÅ HENSYNENE	22
2.6.1 STORTINGSMELDINGEN ”BARN PÅ FLUKT”	22
2.6.2 ”ETT ÅR ETTER ”BARN PÅ FLUKT”	24
2.6.3 OT.PRP.NR 75 (2006-2007)	27
2.7 DE FIRE HØYESTERETTSDOMMENE	29
2.7.1 SHABAZI-DOMMEN	29
2.7.2 DELIC-DOMMEN	32
2.7.3 MARIA-DOMMEN	33
2.7.4 FAMILIEN FRA AFGHANISTAN	34
2.8 TIDLIGERE FORSKNING	35
3.0 TEORETISK TILNÆRMING	41
3.1 DEMOKRATI I TEORI OG PRAKSIS	41
3.2 ARGUMENTASJONSTEORI	43
4.0 METODISK TILNÆRMING	51
4.1 DEN SAMFUNNSVITENSKAPELIGE FORSKNINGSPROSESSEN	51
4.2 BAKGRUNN FOR VALG AV METODE OG FORSKNINGSDESIGN	52
4.3 UTVELGELSE AV DATAMATERIELL	53
4.4 KVALITATIV INNHOLDSANALYSE	55
4.4.1 KATEGORISERING OG REGISTRERING AV DATA	56
4.4.1 KILDEKRITISK OG KONTEKSTUELLE VURDERINGER	57
4.5 ARGUMENTASJONSANALYSE	57
4.6 DELTAKENDE OBSERVASJON	60
4.7 ANALYTISK TILNÆRMING	63
4.8 DATAKVALITET	64
4.8.1 VALIDITET	64
4.9 FORSKNINGSETISKE REFLEKSJONER	66
5.0 FUNN	68

5.1 Rt. 2012 s. 1985 SHABAZI-DOMMEN – DEN FØRSTE PLENUMSDOMMEN	69
5.1.1 INNVANDRINGSREGULERENDE HENSYN	69
5.1.2 STERKE MENNESKELIGE HENSYN	71
5.1.3 HENSynet TIL BARNETS BESTE	75
5.2 Rt.2012 s. 2039 DELIC-DOMMEN – DEN ANDRE PLENUMSDOMMEN	78
5.2.1 INNVANDRINGSREGULERENDE HENSYN	79
5.2.2 EUROPAS MENNESKERETTIGHETSKONVENSJON ARTIKKEL 8 – RETTEN TIL RESPEKT FOR PRIVATLIV OG FAMILIELIV	80
5.2.3 STERKE MENNESKELIGE HENSYN	81
5.2.4 HENSynet TIL BARNETS BESTE	83
5.3 Rt. 2015 s. 93 MARIA-DOMMEN	85
5.3.1 EUROPAS MENNESKERETTIGHETSKONVENSJON ARTIKKEL 8, GRUNNLOVEN §102 OG §104	85
5.3.2 INNVANDRINGSREGULERENDE HENSYN	87
5.3.3 STERKE MENNESKELIGE HENSYN	88
5.3.4 HENSynet TIL BARNETS BESTE	89
5.4 Rt. 2015 s. 1388 AFGHANSK FAMILIE	90
5.4.1 INNVANDRINGSREGULERENDE HENSYN	91
5.4.2 UTLENDINGSLOVEN §28	93
5.4.3 STERKE MENNESKELIGE HENSYN	94
5.4.4 HENSynet TIL BARNETS BESTE	95
5.5 TABELL 1. INNVANDRINGSREGULERENDE HENSYN	100
5.6 TABELL 2. STERKE MENNESKELIGE HENSYN	101
5.7 TABELL 3. HENSynet TIL BARNETS BESTE	101
6.0 ANALYSE	104
<hr/>	
6.1 HVA KAN VI FASTSLÅ UNDER DE ULIKE HENSYNENE?	104
6.2 ER DET KONSEKVENSER, ALTSÅ DEN PRAGMATISKE DISKURSEN, SOM LIGGER TIL GRUNN I AVGJØRELSENE ELLER ØNSKER HØYESTERETT Å SE PÅ SELVE INNHOLDET/BEGREPET I HENSYNENE?	109
6.3 ER DET VARIASJON ELLER ENDRING I HENSYNENE OVER TID?	113
6.4 HAR FLYKTNINGSTRØMMEN SOM NORGE STÅR OVENFOR I DAG NOEN INNVIRKNING PÅ AVGJØRELSENE?	120
7.0 AVSLUTNING	122
<hr/>	
8.0 KILDELISTE	129
<hr/>	

1.0 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Denne masteroppgaven studerer forholdet mellom rett og demokrati. Mer konkret drives oppgaven min av problemstillingen ”*hva er rettens rolle i flyktningpolitikken?*” gjennom en analyse av norske Høyesteretts vurdering og avgjørelser når det kommer til oppholdstillatelse for barn som kommer med familie til Norge og søker beskyttelse (asyl). Tre typer vurderingstemaer er fremtredende i disse sakene; innvandringsregulerende hensyn; sterke menneskelige hensyn og hensynet til barnets beste. Jeg skal studere hvordan Høyesterett balanserer og vurderer disse hensynene. Datagrunnlaget mitt er fire Høyesterettsdommer fra perioden 2012-2015, og observasjon av rettsforhandlingene (november 2015) forut den siste av de fire dommene. Min metodiske tilnærming er dermed innholdsanalyse med argumentasjonsanalyse og deltakende observasjon. Mitt teoretiske verktøy er argumentasjonsteori og jeg vil undersøke hvilke typer argumenter som blir lagt frem i vurderingene og begrunnelsene for vedtak, det vil si om det er pragmatiske, etiske, moralske eller juridiske argumenter som presenteres. I analysen av dommene så vil jeg undersøke følgende spørsmål:

1. Hva kan vi fastslå under de ulike hensynene?

Her vil jeg undersøke hvorvidt det er visse standarder som er fastsatt under innvandringsregulerende hensyn, sterke menneskelige hensyn og hensynet til barnets beste. Jeg ønsker å analysere hvorvidt det er visse retningslinjer, tidspunkt, faktorer eller argumenter som følges i alle de fire Høyesterettsdommene, noe som igjen vil sette en viss standard eller praksis for senere saker.

2. Er det konsekvenser som ligger til grunn for avgjørelsene, altså den pragmatiske diskursen, eller ønsker Høyesterett å si noe om selve innholdet/begrepet under hensynene?

Her ønsker jeg å undersøke hvorvidt Høyesterett eksempelvis ser på selve begrepet barnets beste eller om de knytter barnets situasjon opp mot hvilke konsekvenser den aktuelle avgjørelsen vil ha for samfunnet. Jeg vil se nærmere på hvorvidt Høyesterett vurderer familien og barnets situasjon opp mot de ulike hensynene uavhengig av konsekvenser eller om konsekvenstenkning tillegges

stor vekt.

3. Er det variasjon eller endring i hensynene over tid?

Siden jeg undersøker fire Høyesterettsdommer fra 2012-2015 har jeg mulighet til å se om det er noen endring over tid. Jeg vil dermed undersøke om Høyesterett balanserer hensynene forskjellig eller om vurderingene og argumentene er nokså like og dermed ikke endrer eller varierer seg i stor grad.

4. Har flyktningstrømmen Norge står ovenfor i dag noen innvirkning på utfallet og eventuelt selve vurderingene av hensynene?

Det siste spørsmålet jeg ønsker å undersøke omhandler flyktningssituasjonen Norge og Europa står ovenfor i dag. Det kan tenkes at den økende tilstrømming av flyktninger har ført til at innvandringsregulerende hensyn tillegges større vekt i de senere dommene enn eksempelvis dommene fra 2012. Jeg ønsker å undersøke hvorvidt Høyesterett vektlegger dette og dermed fører en noe mer streng tolkning og vurdering av hensynene enn tidligere.

Asyl- og innvandringsfeltet har de siste årene vært et omstridt felt med mange spenninger. Det har vært mye fokus på flyktningstrømmen som Europa og Norge står ovenfor i dag og dette har skapt mange avisoverskrifter. Det har vært en toppsak i nyhetene og vekket en enorm interesse også i Norge. Antall flyktninger som har søkt om asyl i Norge det siste året har økt betraktelig. Det er Utlendingsdirektoratet (UDI) som behandler søknaden til personer som ønsker beskyttelse i Norge. Dersom UDI avslår søknaden blir den sendt videre til Utlendingsnemnda (UNE) som fungerer som et klageorgan. UDI (2016) viser til statistikk hvor man kan se at det i 2014 var 11 480 personer som søkte asyl, mens det i 2015 var hele 31 145 personer. Dette er en tredobling av antall søknader og presset på både forvaltningen, politikerne og domstolen har dermed økt. Østby (2015) presenterer via Statistisk sentralbyrå at UDI hadde en økning fra ca. 500 søknader i måneden til mer enn 8000 søknader i oktober og november i 2015. Dette har stilt enorme krav til asylopolitikken, behandlingsprosessen og lovtolkningen til både forvaltningen og domstolen. (UDI, 2016) (Østby, 2015).

Det har igjennom media blitt fremstilt oppsiktsvekkende saker hvor barn har oppholdt seg i Norge i mer enn ni år og blir returnert til et hjemland de ikke har noen kjennskap til. Sakene blir fremstilt på en måte som gjør at man sitter igjen med spørsmål som hvordan dette kan være riktig og på hvilket grunnlag dette lar seg gjøre. Tar de eksempelvis ikke hensyn til barnets beste? Asylfeltet er komplekst på lik linje er lovverket og konvensjonene på feltet vage. Argumentasjonen har vært styrt av følelser og sympati fra befolkningen samt innstramming og fokus på samfunnskonsekvenser fra politikerne. Sakene vekket interesse og jeg bestemte meg dermed for å undersøke Høyesterettsdommene på feltet nærmere. Motivasjonen bak denne oppgaven var først og fremst drevet av opparbeidet kunnskap og ny innsikt i hverdagen til asylsøkerne som kommer til Norge. Jeg har lenge jobbet som frivillig for Redd Barna med asyl – og flyktningbarn og møtet med disse barna har vært med på å danne visse tanker rundt deres situasjon. Jeg er interessert i å finne ut hvilke elementer og faktorer under de ulike hensynene som viser seg å være avgjørende samt hvilket hensyn som tilsynelatende får mer oppmerksomhet eller vektlegging enn de andre hensynene. Hvordan Høyesterett balanserer de ulike hensynene opp mot hverandre vil på lik linje være interessant å kunne si noe om. Hva som er rettens rolle innenfor feltet samt hvilket tankesett hos dommerne som er avgjørende skal studiet hjelpe meg å si noe mer konkret om.

1.2 Avgrensning

Dette er et stort og omfattende felt og jeg bestemte meg derfor for å kun fokusere på Høyesterett sin argumentasjon for å avgrense oppgaven. Høyesterett (2016) utgjør det øverste statsorganet i Norge sammen med Regjeringen og Stortinget. Høyesterett er blitt tildelt en lovgivende, dømmende og utøvende makt gjennom Grunnloven. Høyesterett er i tillegg helt selvstendig som dømmende virksomhet. Det er kun de viktigste og særskilte sakene som blir anket helt opp til Høyesterett, disse sakene vil dermed være viktige og betydningsfulle for videre praksis og anvendelse samt tolkning av lovverket. Datamaterialet mitt er av en juridisk diskurs da jeg skal studere dommer som åpenbart bringer meg inn i jussen. Det vil derfor være en juridisk ramme på oppgaven da dette henviser til hva som blir sett på som rettslig (Norges Høyesterett, 2016). Studiet mitt tar for seg rettens rolle i flyktningpolitikken. Når man snakker om rett viser Magnussen (2007) til at man først og fremst vil tenke seg at retten er styrt av et bundet mandat i motsetning til demokratiet som har et åpent mandat. Hvilke argumenter som viser seg å være

relevante er det den juridiske metoden og tradisjonen som skal regulere. Verdier som lojalitet, upartiskhet og objektivitet vil være sentrale (Magnussen, 2007: 157).

1.3 Oppbygging av studien

Deler av dette studie vil være basert på innspill fra felt og design oppgavene som ble skrevet i Aorg 322 og Aorg 323 våren 2015. Disse oppgavene er ment som forberedende oppgaver og de aktuelle delene av dette studiet som har innspill fra disse vil hovedsakelig være bakgrunn – og teori kapittelet. Jeg vil redegjøre for hvilke deler dette gjelder underveis i studie. Oppgaven vil etter innledningen ta for seg studiets bakgrunn. Her vil jeg først legge frem en kort redegjørelse av UDI og UNE sine oppgaver samt roller innenfor asylfeltet da disse representerer utlendingsforvaltningen. UDI og UNE utgjør den første instansen utlendingene møter i søknadsprosessen for asyl i Norge. Deretter vil jeg presentere selve lovverket og konvensjonene som det blir henvist til på feltet. De tre hensynene; innvandringsregulerende hensyn, sterke menneskelige hensyn og hensynet til barnets beste vil bli vektlagt. Jeg vil deretter kort si noe om domstolens sin ramme for prøving samt legge frem teori om rettsliggjøring. Jeg velger her å presentere rettsliggjøringsteori slik at domstolens institusjonelle rolle i samfunnet tydeliggjøres samt at relevansen mellom rett og demokrati fremtrer mer tydelig. De fire Høyesterettsdommene vil deretter blir presentert. Høyesterettsdommene henviser til stortingsmeldinger og rapporter skrevet av forvaltningen og de ulike departementene som gjennom disse dokumentene utfyller sine retningslinjer og praksis innenfor de ulike hensynene. Jeg vil derfor kort redegjøre for disse dokumentene da de senere skal knyttes opp mot argumentasjonen og begrunnelsene som er blitt uttalt i Høyesterettsdommene. Deretter vil jeg legge frem hva som er blitt gjort av tidligere forskning.

Kapittel tre vil ta for seg den teoretiske tilnærmingen for oppgaven. Demokrati i teori og praksis vil kort bli redegjort for deretter vil argumentasjonsteori bli presentert. Argumentasjonsteorien vil fungere som verktøy for selve analyseringen av datamaterialet mitt, denne teorien vil dermed blir vektlagt. Jeg vil presentere bidrag fra Stephen Toulmin (2003) og deretter fra Robert Alexy gjennom artikkelen til Marit Skivenes ”Judging the Child’s Best Interests- *Rational Reasoning or Subjective Presumptions?*”, 2010. Toulmin sin argumentasjonsteori skal hjelpe meg med å si noe om selve holdbarheten til argumentet samt hvilken rolle argumentet har i diskusjonen. Teorien sier noe om svakhetene eller styrkene til argumentet og vil dermed hjelpe meg med å danne en

forståelse av hvor sentralt argumentet viser seg å være. Skivenes (2010) tar for seg de ulike diskursene som faller inn under teorien og det er hovedsakelig disse som skal bli diskutert i analysen. Den etiske og pragmatiske diskursen vil bli trukket frem. Jeg har valgt å ta med innspill fra Eriksen og Weigård (1999) da jeg ønsker å ta med både juridisk og moralsk diskurs i analysen. Altså vil det være fire fremtredende diskurser i analysen; pragmatisk, etisk, juridisk og moralsk.

Kapittel fire vil presentere den metodiske tilnærmingen til oppgaven. Som tidligere nevnt skal jeg utføre en kvalitativ innholdsanalyse av de fire Høyesterettsdommene med hjelp av argumentasjonsanalyse og deltakende observasjon. Det blir her redegjort for fremgangsmåte og avgrensning av oppgaven. Kategorier og systematisk gjennomgang av tekstene samt utfordringer knyttet til metoden blir redegjort for. Avslutningsvis vil både intern –og ekstern validitet samt forskningsetiske hensyn ved studiet bli presentert.

Kapittel fem tar for seg studiets funn. Jeg vil presentere Høyesterettsdommene hver for seg med gjennomgang av argumentasjonen under de tre hensynene. Argumentene vil bli delt inn både materielle og prosedurale forhold og avslutningsvis bli oppsummert ved hjelp av tabeller.

Kapittel seks vil presentere studiets analyse. Jeg vil analysere datamaterialet mitt ved hjelp av de fire forskningsspørsmålene;

1. Hva kan vi fastslå under de ulike hensynene?
2. Er det konsekvenser som ligger til grunn for avgjørelsene, altså den pragmatiske diskursen, eller ønsker Høyesterett å si noe om selve innholdet/begrepet under hensynene?
3. Er det variasjon eller endring i hensynene over tid?
4. Har flyktningstrømmen Norge står ovenfor i dag noen innvirkning på utfallet og eventuelt selve vurderingene av hensynene?

Kapittel syv vil være avslutning og konklusjon. Her vil jeg svare på problemstillingen *”hva er rettens rolle innenfor flyktningpolitikken?”* ved hjelp av diskusjonen i analysedelen. Jeg vil redegjøre for hvilke kunnskapshull jeg har dekket samt hvorvidt funnene i studiet var som

forventet. Jeg ønsker å si noe om hva studiet har bidratt med samt hva som vil være interessant for senere forskning.

2.0 Bakgrunn

2.1 Utlendingsforvaltningen

2.1.1 UDI

¹Den sentrale etaten i utlendingsforvaltningen er Utlendingsdirektoratet (UDI). Når en utlending skal søke om beskyttelse (asyl) er det UDI som behandler søknaden. Innvandrings – og flyktningpolitikken til Regjeringen blir satt til verk og utviklet gjennom UDI (UDI, 2015a).²

UDI ble opprettet i 1988, det samme året som Utlendingsloven ble vedtatt. NOAS (Norsk organisasjon for asylsøkere) skriver i et notat ”*Asyldebatten og sentrale asylpolitiske hendelser 1980-2013*” (2013) at Utlendingsloven fastslo visse retningslinjer som UDI skulle holde samt reduserte omfanget av skjønn til forvaltningen når det skulle avgjøres hvorvidt en utlending innvilget kravene til oppholdstillatelse eller ikke. Utlendingsloven ble dermed et redskap for innvandringspolitikken og gav innvandrerne visse rettigheter. Hvorvidt en utlending oppfyller kravene for å få innvilget oppholdstillatelse eller ikke er det Utlendingsloven og fastsatte mål som skal avgjøre, UDI må dermed utøve et godt skjønn i tråd med dette (NOAS, 2013).

Arbeids – og inkluderingsdepartementet kommer senere med en rapport ”*En bedre utlendingsforvaltning*” (2007) hvor de vektlegger omfanget av skjønn hos UDI. Fra opprettelsen av UDI i 1988 til i dag har skjønnsutøvelsen til forvaltningen variert, men rommet for fritt skjønn er nokså stort hos UDI på enkelte områder. Både når det kommer til ytringer fra politisk hold samt viljeserklæringer som omhandler saksforhold som blir dekket av en underliggende etat må UDI holde seg oppdatert. Slike ytringer blir omtalt som politiske signaler, dersom departementet mener at dette signalet skal følges opp gjennom tiltak i etaten blir det omgjort til et styringssignal. Dersom det er uklart eller uenigheter rundt hvorvidt et politisk signal skal fungere som et styringssignal må UDI be departementet om en avklaring angående dette. Det er ledelsen i UDI som har hovedansvaret for at skjønnsutøvelsen, oppgaveløsningen og styringssignalene blir fulgt innenfor de fastsatte rammene. Når det kommer til skjønnsutøvelsen i UDI må forvaltningen ha

¹ Deler av beskrivelsene av både UDI og UNE er tatt fra mine forberedende oppgaver våren 2015 i Aorg 322 og Aorg 323

² Hentet fra ”Hvem gjør hva i utlendingsforvaltningen?” <http://www.udi.no/om-udi/om-udi-og-utlendingsforvaltningen/hvem-gjor-hva-i-utlendingsforvaltningen/#link-4253>

en god og bred forståelse av innholdet i fastsatte mål innenfor flyktning-, asyl –og innvandringspolitikken. På lik linje vil det kreves at forvaltningen har en forståelse til hva som er viktige spørsmål som i større grad krever politiske avveininger og vurderinger (Arbeids-og inkluderingsdepartementet, 2007).

2.1.2 UNE

I NOU 2006:14 blir Utleidningsnemnda (UNE) beskrevet som et uavhengig forvaltningsorgan med domstollignende trekk (NOU 2006:14, (2006)). UDI (2015) skriver videre at dersom UDI sitt vedtak påklages blir den endelige avgjørelsen til asylsaken tatt av UNE. UNE fungerer som et overordnet organ mens UDI er et lovtolkende organ. Det vil tilsi at praksis i UNE vil være retningsgivende og sette visse rammer for UDI sin praksis (UDI, 2015a). På utlendingsnemnda sin egen hjemmeside står det under *"Endring av praksis"* (2005) at både UNE og UDI skal forholde seg til lover og konvensjoner som er en del av det norske regelverket og dermed å fatte den mest riktige beslutningen ut ifra det gjeldende lovverket (UNE, 2005a).

UNE (2015) legger videre frem at dersom en sak omhandler spørsmål og elementer det blir satt en viss tvil rundt skal saken bli avgjort i nemndmøte. Et nemndmøte vil inneholde tre deltakere som sammen fatter et vedtak, to nemndmedlemmer (lekfolk) og en nemndleder. Nemndmedlemmene blir innkalt etter behov da de kun har verv i UNE og dermed ikke er ansatt. Et slikt verv kan man tenke seg vil være sammenlignbart med meddommere i en domstol. Det er forslag fra humanitære organisasjoner, Norges Juristforbund, Utenriksdepartementet og det departementet som har hovedansvaret for utlendingsforvaltningen som utgjør nemndmedlemmene. Saker som kan tenkes å ha store konsekvenser, samfunnsmessige eller økonomiske, samt saker som omhandler tendenser til ulik praksis, vil bli vedtatt i det UNE kaller for stornemnd. For likartede saker i ettertid vil avgjørelser i stornemnd ha presedensvirkning for både UDI og UNE (UNE, 2015).

Skjønnsutøvelsen til UNE vil variere. UNE skriver i innlegget *"Sjelden et helt fritt skjønn"* (2005) at det vil være elementer og faktorer som kontinuerlig er under endring, som for eksempel landinformasjonen til den aktuelle asylsøkeren, skjønnsbruken vil på lik linje endre seg og nokså like saker kan dermed få ulike utfall. Saker som tidligere har endt med avslag kan ende med innvilgelse da krav som tidligere ikke har blitt oppfylt nå må legges til grunn. NOAS (2013) skriver at både UNE og UDI sin praksis har i visse perioder blitt strammet inn som en følge av

politiske instruksjoner og UNE sin skjønnsutøvelse har alltid vært streng (UNE, 2005b) (NOAS, 2013).

UNE (2005) presiserer at beslutningstakere innenfor UNE har rammer som avgrenser den frie bruken av skjønn, på lik linje som det i visse saker vil være en beslutningstakers rett og plikt å utøve skjønn. Man kan med trygghet si at dersom skjønnnet skulle vært helt åpent og fritt hadde det ikke vært behov for regler. Da ville verdier som rettferdig og urettferdig samt rimelighet og urimelighet være avgjørende og beslutningstakerne ville tillegges en enorm makt. Dette ville være motstridende med demokratiet hvor rammene settes av folkevalgte. Man ønsker her en rettsstat som har et ideal om likebehandling, man er opptatt av likhet for loven samt internasjonale konvensjoner som skal være med på å sikre enkeltpersoner rettigheter som selv ikke staten kan oppheve, et fritt skjønn uten noen form for rammeverk til dermed harmonisere dårlig med demokratiet (UNE, 2005b).

2.3 Regelverket

2.3.1 Europas menneskerettighetskonvensjon

Både UDI og UNE skal tolke regelverket ut i fra tidligere praksis og eget skjønn. Utlendingsloven, Europas Menneskerettighetskonvensjon og FNs Barnekonvensjon vil stå sentralt her. Lovdata (2015) henviser til Menneskerettsloven som ble ratifisert inn i norsk lov i 1953, konvensjonen skulle være en felles forståelse av hva som blir vektlagt når det kommer til menneskers rettigheter samt hva som vil være grunnleggende for rettferdighet og fred. Konvensjonen skulle på lik linje sikre at de rettighetene konvensjonen vektlegger blir anerkjent og etterlevd (Lovdata, 2015). Når det kommer til asylsaker og grunnlag for oppholdstillatelse og beskyttelse i Norge blir det ofte henvist til Europas menneskerettslov artikkel 8:

Artikkel 8. Retten til respekt for privatliv og familieliv

1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter. (Menneskerettsloven artikkel 8, 1999)

2.3.2 FNs barnekonvensjon og hensynet til barnets beste

FN utarbeidet senere Barnekonvensjonen som ble inkorporert i norsk lov i 2003. FN-sambandet (2015) presenterer FNs konvensjon om barns rettigheter og understreker at Barnekonvensjonen vektlegger at barn har spesielle behov for beskyttelse og rettigheter. Rettighetene gjelder alle barn under 18 år og er økonomiske, politiske, kulturelle og sosiale. Prinsippet som blir vektlagt i konvensjonen er *barnets beste*. Barnets beste er artikkel 3 i Barnekonvensjonen og er særdeles relevant i saker som omhandler barn og oppholdstillatelse. Barnets beste skal alltid komme først i alle situasjoner som omhandler barn, over alt i verden. Medlemslandene vil selv være forpliktet til å anerkjenne og respektere barns liv, utvikling, deltakelse og beskyttelse samt de grunnleggende rettighetene dette innebærer. Barnekonvensjonen er den mest detaljerte og omfattende menneskerettighetskonvensjonen som er blitt forhandlet frem i regi av FN. Dette både styrker og svekker konvensjonen. Det vil på den ene siden være en styrke da vernet for konvensjonen er såpass omfattende så det vil bli oppfattet som svært betydningsfullt å være medlem av konvensjonen, mens det på den andre siden gjør at reservering mot visse deler av innholdet har blitt godtatt for en rekke stater. Disse reservasjonene tydeliggjør og vektlegger hvor problematisk det vil være å redegjøre for en felles lov og mening av hva som vil være barnets beste. Prinsippet om barnets beste er gjentakende i konvensjonen, en felles forståelse av hva som vil definere en god barndom er vanskelig på lik linje som at barn ikke nødvendigvis i alle samfunn kan ha sine egne rettigheter. Konvensjonen kan man tenke seg har vært et forsøk på å vektlegge at barn er selvstendige individer, da de har særskilte rettigheter og behov. Før konvensjonen trådte i kraft i 1990 var disse rettighetene ofte knyttet opp til foreldrenes rett og deres rettigheter til å kunne bestemme over sine egne barn (FN-Sambandet, 2015).

Barnekomitéen (2014) skriver videre hvordan staten er knyttet til Barnekonvensjonen gjennom konvensjonsforpliktelsen. Barnekomitéen sørger for at rettighetene til barna blir opprettholdt. Barnekomitéen er en komité for barns rettigheter og har kommet med 14 "*General comments*" eller "*Generelle kommentarer*" som er tolkninger og kommentarer til visse bestemmelser i konvensjonen. Disse kommentarene har som hensikt å være veiledende da staten ikke er bundet til dem, men norsk rett har uttalt at kommentarene skal vektlegges ved anvendelse av Barnekonvensjonen (FN's Barnekomite, 2014).

I Høyesterettsdommene blir det henvist til de generelle kommentarene fra FNs barnekomité.

Kommentaren som blir vektlagt er hovedsakelig generell kommentar nummer 12 og nummer 14. Generell kommentar nr. 12 omhandler *”barnets rett til å bli hørt”*. Barnekomitéen mener man skal se på barn som selvstendige rettsobjekter og dermed gi dem rett til å uttale seg om forhold og situasjoner som berører dem. Dette er for å få frem synspunktene til barnet og ta med uttalelsene videre i helhetsvurderingen av barnets beste (FNs Barnekomité, 2009)

FNs barnekomité (2013) sin generelle kommentar nr. 14 *”om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn”* tar for seg barnets beste som en rett, et prinsipp og en prosedyreregulering. Barnekomitéen mener her at begrepet barnets beste vil være en rettighet til barna, en selvstendig rettighet som skal gi barnet en garanti for at hans eller hennes interesser blir vurdert samt at deres beste, i den gitte situasjonen, blir vurdert som en grunnleggende verdi. Barnets beste vil her bli sett på som et hensyn som staten har forpliktet seg til (FNs Barnekomité, 2013:3-4).

Videre i Barnekomitéens generelle kommentar nr. 14 henvises det til hvordan hensynet om barnets beste også er et prinsipp;

”Et grunnleggende, fortolkende juridisk prinsipp: Hvis en juridisk bestemmelse er åpen for mer enn én tolkning, skal den tolkningen som mest effektivt tjener barnets beste velges. Rettighetene som er nedfelt i konvensjonen og dens valgfrie protokoller angir rammene for tolkning.” (FNs Barnekomité, 2013:4)

Den tredje formen som blir vektlagt i den generelle kommentaren nr. 14 er at hensynet er en prosedyreregulering. Altså må mulige konsekvenser av avgjørelsen (både negative og positive) bli vurdert i beslutningsprosessen. Avgjørelsene som omhandler barn skal ha prosessuelle garantier samt ha en tydelig begrunnelse som viser at barnets beste har blitt vektlagt slik det skal. Hvilke interesser som er blitt vektlagt, hva som menes å være barnets beste samt hvilke kriterier dette bygger på må fremlegges i begrunnelsen (FNs Barnekomité, 2013:4).

FNs Barnekonvensjon vil være sentral i asylsaker som omhandler personer under 18 år. Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn som UDI, UNE og domstolen skal ta høyde for. Hva som legges i dette hensynet samt hva som definerer barnets beste skal jeg komme nærmere inn på senere i oppgaven.

2.3.3 Utlendingsloven

Utlendingsloven fra 1988 ble fornyet og en ny Utlendingslov trådte i kraft i 2010. UNE (2010) redegjør for at den nye loven skulle være mer presis og vilkårene som gir oppholdstillatelse skulle nå stå i loven istedenfor at man som tidligere henviste til Flyktningkonvensjonen. Begrepet *beskyttelse* er i mye større grad vektlagt i den nye loven istedenfor begrepet *asyl* (UNE, 2010). Dersom man slår opp begrepet asyl i Store norske leksikon blir det beskrevet slik ”... et fristed mot forfølgelse. Utlendinger som frykter for å bli forfulgt i sine hjemland kan få asyl i Norge dersom de oppfyller vilkårene for det” (Bahus, 2015). Altså vil de utlendingene som har behov for beskyttelse kunne få asyl i Norge. Utlendingsloven §28 utfyller dette:

§28. Oppholdstillatelse for utlendinger som trenger beskyttelse (asyl)

En utlending som er i riket eller på norsk grense, skal etter søknad anerkjennes som flyktning dersom utlendingen

- a) har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse, jf. flyktningkonvensjonen 28. juli 1951 artikkel 1 A og protokoll 31. januar 1967, eller
- b) uten å falle inn under bokstav a likevel står i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved tilbakevending til hjemlandet.

En utlending som anerkjennes som flyktning etter første ledd, har rett til oppholdstillatelse (asyl).

Ved vurderingen etter første ledd skal det tas hensyn til om søkeren er barn.

Søkeren skal som hovedregel anerkjennes som flyktning etter første ledd også når beskyttelsesbehovet har oppstått etter at søkeren forlot hjemlandet, og skyldes søkerens egne handlinger. Ved vurderingen av om det skal gjøres unntak fra hovedregelen, skal det særlig legges vekt på om beskyttelsesbehovet skyldes handlinger som er straffbare etter norsk lov, eller om det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med handlingene har vært å oppnå oppholdstillatelse.

Retten til anerkjennelse som flyktning etter første ledd gjelder ikke dersom utlendingen

kan få effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet enn det området søkeren har flyktet fra, og det ikke er urimelig å henvise søkeren til å søke beskyttelse i disse delene av hjemlandet.

Med de unntakene som er fastsatt av Kongen i forskrift, har også ektefelle eller samboer til en utlending som gis oppholdstillatelse som flyktning etter annet ledd, og flyktingens barn under 18 år uten ektefelle eller samboer, rett til oppholdstillatelse som flyktning.

Når en utlending har fått avslag på søknad om oppholdstillatelse etter denne bestemmelsen, skal vedtaksmyndigheten av eget tiltak vurdere om bestemmelsene i § 38 skal anvendes.

Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om anvendelsen av denne paragrafen og §§ 29 og 30.

(Utlendingsloven §28, 2010).

Det blir videre understreket av UNE (2010) at det tidligere ble gitt oppholdstillatelse til de personene som oppfylte kravene som anerkjennelse av flyktning slik det sto beskrevet i Flyktningkonvensjonen (UNE, 2010). FN sin definisjon på flyktning lyder som følger:

”En flyktning er en person som har flyktet fra sitt hjemland og med rette frykter for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, politisk oppfatning eller tilhørighet til en bestemt sosial gruppe” (FN, 2015).

UNE (2010) understreker at i dag vil også andre personer blir gitt flyktningstatus dersom de har rett på beskyttelse i forhold til andre internasjonale konvensjonsforpliktelser som for eksempel FNs Barnekonvensjon. Tidligere var det eksempelvis slik at dersom en person risikerte å bli utsatt for tortur, straff eller nedverdiggende behandling kunne denne personen få oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Den nye loven tilsier derimot nå at denne personen skal få flyktningstatus. Når personer faller inn under begrepet flyktning tilsier det at personen har behov for beskyttelse og dermed ikke har fått oppholdstillatelse på humanitære og skjønnsmessige grunnlag. Det vil også være personer som får oppholdstillatelse selv om de ikke oppfyller kravene som anerkjennes med flyktning, dette kan være personer med særlig tilknytning til riket eller grunnet i sterke menneskelige hensyn. Sterke menneskelige hensyn hadde så vidt en formulering i den tidligere Utlendingsloven (UNE, 2010). I den nye loven fra 2010 står det klart og tydelig listet opp punkt sterke menneskelige hensyn innebærer.

§38. Oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket

Det kan gis oppholdstillatelse selv om de øvrige vilkårene i loven ikke er oppfylt dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller utlendingen har særlig tilknytning til riket. For å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn skal det foretas en totalvurdering av saken. Det kan blant annet legges vekt på om

- a) utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur,
- b) det foreligger tvingende helsemessige forhold som gjør at utlendingen har behov for opphold i riket,
- c) det foreligger sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen som gir grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse, eller
- d) utlendingen har vært offer for menneskehandel.

I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Barn kan gis oppholdstillatelse etter første ledd selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen.

Ved vurderingen av om tillatelse skal gis, kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn, herunder

- a) mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag,
- b) de samfunnsmessige konsekvensene,
- c) hensynet til kontroll, og
- d) hensynet til respekten for lovens øvrige regler.

Når det er tvil om utlendingens identitet, når behovet er midlertidig, eller når andre særlige grunner tilsier det, kan det fastsettes at

- a) tillatelsen ikke skal kunne danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse,
- b) tillatelsen ikke skal kunne danne grunnlag for oppholdstillatelse etter lovens kapittel 6 for utlendingens familiemedlemmer,
- c) tillatelsen ikke skal kunne fornyes, eller
- d) at tillatelsens varighet skal være kortere enn ett år.

Kongen kan fastsette nærmere regler i forskrift (Utlendingsloven §38, 2010).

Her ser man at FNs Barnekonvensjon artikkel 3, hensynet til barnets beste, er innskrevet som et grunnleggende hensyn og både sterke menneskelige hensyn samt innvandringsregulerende

hensyn er innskrevet med klare retningslinjer for hva som skal vurderes under det aktuelle hensynet. Utlendingsloven §38 er derfor den mest relevante paragrafen i studiet og vil dermed tillegges stor vekt.

I saker som omhandler barn, eksempelvis de Høyesterettsdommene jeg skal se på, vil Utlendingsforskriften §8-5 også være relevant da den støtter opp om sterke menneskelige hensyn i Utlendingsloven §38. Det står her skrevet:

§8-5 Vurdering av sterke menneskelige hensyn i lovens §38 ved søknad om oppholdstillatelse fra barn.

Ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn etter lovens § 38, skal barns tilknytning til riket tillegges særlig vekt. Lengden av barnets opphold i Norge, sammenholdt med barnets alder, skal være et grunnleggende hensyn. Videre skal blant annet følgende vektlegges:

- a) barnets behov for stabilitet og kontinuitet,
- b) hvilke språk barnet snakker,
- c) barnets psykiske og fysiske helsesituasjon,
- d) barnets tilknytning til familie, venner og nærmiljø i Norge og i hjemlandet,
- e) barnets omsorgssituasjon i Norge,
- f) barnets omsorgssituasjon ved retur, og
- g) den sosiale og humanitære situasjon ved retur.

Innvandringsregulerende hensyn vurderes etter lovens § 38 fjerde ledd.

Som tungtveiende innvandringsregulerende hensyn etter denne bestemmelsen regnes blant annet om barnets foreldre aktivt har motarbeidet avklaring av egen identitet etter ankomst til landet, og om de har begått alvorlige straffbare handlinger.

Som mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn etter denne bestemmelsen regnes blant annet ulovlig opphold, oversittet utreisefrist og at barnets foreldre ikke har klart å sannsynliggjøre egen identitet.

Jo sterkere barnets tilknytning etter første ledd er, desto mer skal det til for å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn.

Ved avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn, skal et avslag være forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste (Utlendingsforskriften §8-5, 2009).

2.3.4 Grunnloven

Når det kommer til Grunnloven var det i 2014 en grunnlovsreform hvor hensynet til barnets beste ble skrevet inn under §104:

Grunnloven §104

Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling. Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Barn har rett til vern om sin personlige integritet. Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie (Grunnloven §104, 2014).

Man kan altså se at FNs Barnekonvensjon artikkel 3 har blitt innskrevet i det norske lovverket og konvensjonen har med det blitt nasjonal. §102 blir også henvist til i to av Høyesterettsdommene og denne paragrafen bygger opp om EMK (Europas Menneskerettighetskonvensjon) artikkel 8 - *retten til respekt for privatliv og familieliv* da det står følgende:

Grunnloven § 102

Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon. Husransakelse må ikke finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller. Statens myndigheter skal sikre et vern om den personlige integritet (Grunnloven §102, 2014).

Med utgangspunkt i de fire Høyesterettsdommene jeg skal vektlegge kan man se at det hovedsakelig er disse lovene og konvensjonene det blir henvist til. Jeg skal videre kort redegjøre for domstolen sine rammer for prøving samt hvilke proposisjoner og stortingsmeldinger de ulike Høyesterettsdommene vektlegger slik at det blir lettere å presentere og gjennomgå dommene senere i oppgaven.

2.4 Domstolen sine rammer for prøving

Domstolens kompetanse når det kommer til prøving vil variere. Diskusjonen rundt dette blir tatt opp i den første Høyesterettsdommen fra 2012. I dette tilfellet er det snakk om Utlendingsloven §38 der det er med en *kan* bestemmelse da det står skrevet:

”Ved vurderingen av om tillatelse skal gis, kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn,

herunder...” (Utlendingsloven §38, 2010)

§38 inneholder også en *skal* bestemmelse:

”I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.” (Utlendingsloven §38, 2010)

Videre er sterke menneskelige hensyn også en *skal* bestemmelse da det står skrevet i Utlendingsforskriften §8-5:

”Ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn etter lovens §38, skal barnas tilknytning til riket tillegges særlig vekt” (Utlendingsforskriften §8-5, 2009)

Innvandringsregulerende hensyn *kan* dermed vektlegges og hensynet er basert på fritt skjønn fra forvaltningen. UDI og UNE må detaljert gå igjennom sin vurdering samt begrunne hvorfor eventuelt dette hensynet skal være avgjørende i saken. Domstolen kan her se på rettsanvendelsen til forvaltningen, saksbehandlingen og om det er riktig empirisk fakta som vedtaket bygger på. Med mindre vedtaket åpenbart fremstår som urimelig vil ikke domstolen prøve det konkrete skjønn som er blitt brukt. Hensynet til barnets beste *skal* være grunnleggende på lik linje som sterke menneskelige hensyn hvor det står skrevet at barnets tilknytning til riket *skal* tillegges særlig vekt. Domstolens oppgave vil være å kontrollere at hensynet til barnets beste er forsvarlig vurdert samt se på selve forståelsen til forvaltningen av begrepet barnets beste. Hensynet skal ha blitt forsvarlig avveid mot motstående hensyn samt tillegges vekt som et grunnleggende hensyn. Domstolen må på lik linje se på forvaltningens skjønn og vurdering av tilknytningen barnet har til Norge og vurdere begrunnelsen ut ifra barnets beste og innvandringsregulerende hensyn (Rt. 2012 s.1985, 2012).

2.5 Rettsliggjøring

³Rettsliggjøring sier noe om forholdet mellom rett og politikk og jeg velger derfor å presentere denne teorien i bakgrunns kapittelet. Teorien sier noe om den institusjonelle rollen til domstolen og dermed også domstolens rolle i samfunnet. Rettsliggjøring eksisterer på ulike felt i samfunnet da det sier noe om hvem som ilegges påvirkning og skjønn i ulike situasjoner. Slik det står skrevet i Store norske leksikon:

³ Redegjørelsen av ”*Maktutredningens rettsliggjøringsbegrep*” (2006) er blitt gjort med innspill fra mine forberedende oppgaver våren 2015 i Aorg 322 og Aorg 323.

”Rettsliggjøring kan i en forstand bety at nye samfunnsområder blir regulert av rettssystemet, som for eksempel familieforhold og oppdragelsesmetoder. Denne utviklingen bestemmes gjennom politiske vedtak” (Østerud, 2014).

I artikkelen “*Maktutredningens rettsliggjøringsbegrep*” (2006), skrevet av Lars Blichner og Anders Molander legges det frem fem ulike oppfatninger av rettsliggjøring. Konstitutiv rettsliggjøring er den første formen for rettsliggjøring som blir presentert i artikkelen. Rettsliggjøring blir her sett på som en prosess hvor man endrer eller etablerer en ny rettsorden ved å ilegge mer kompetanse til rettssystemet. Altså vil rettsliggjøringen skapes i det man etablerer en ny rettsorden. Blichner og Molander mener man skal sette tre krav til rettsorden, den må være forpliktende og presis samt at det skal være en dømmende tredjepart. Når en ny grunnlov eller rettsorden blir etablert vil det være et innlysende tilfelle av rettsliggjøring da utøvelsen av den politiske makten blir rettsliggjort (Blichner and Molander, 2006:602-604).

Den andre formen for rettsliggjøring vil være oppfattet som en ekspansjon av lover, altså at man utvider lovverket. Det er i dag en økning av nye lover på områder som ikke har vært underlagt lov tidligere. Lovene blir mer detaljerte og omfattende noe som fører til at domstolen i større grad må henviser til disse lovene samt vise til ulike hensyn og vedtak som støtter opp om lovene. Dette kan man se i både UDI og UNE sine utredelser og vurderinger av ulike vedtak. Det blir hovedsakelig henvist til Utlendingsloven §38, herunder innvandringsregulerende hensyn, sterke menneskelige hensyn og hensynet til barnets beste. For å støtte opp om disse hensynene samt begrunne vekten de ulike hensynene skal tillegges bruker forvaltningen rapporter, stortingsmeldinger, lovforskrifter og tidligere praksis. Domstolen må på lik linje henviser til disse dokumentene for å underbygge sine påstander og vurderinger. Utlendingsloven §38 er vag og det blir derfor et større behov for å henviser til andre vedtak og forskrifter (Blichner and Molander, 2006: 602-604).

Blichner og Molander viser til en tredje oppfatning av rettsliggjøring som utgjør den faktiske bruken av loven. Rettsliggjøring blir her brukt ved problem – og konfliktløsning med henvisning til lovverket (Blichner and Molander, 2006:602-604)

Den fjerde formen for rettsliggjøring er økt domstolmakt. Kompleksiteten til rettsorden øker da fortolkningsrommet til lovene blir større og dermed øker også makten til domstolen. Et eksempel

på dette er sterke menneskelige hensyn, her står det skrevet at i saker som omhandler barn skal tilknytningen til riket tillegges særlig vekt, men hva vil definere selve tilknytningen? Hva vil regnes som sterk og svak tilknytning for barnet? Her må dommerne selv ta utgangspunkt i forvaltningens begrunnelser, som på visse områder er bygget på fritt skjønn, og dermed vurdere på grunnlag av sitt eget skjønn hva dommerne selv mener vil være barnets beste samt vise til innvandringsregulerende hensyn. Denne oppfatningen av rettsliggjøring kan være vanskelig å faktisk si noe om da det er komplekst å måle den konkrete utøvelsen av makten domstolen, UNE og UDI tillegges. Den økte makten vil her ligge i ett større fortolkningsrom, det vil dermed være vanskelig å identifiserer hvor stor makt domstolen faktisk har (Blichner and Molander, 2006:602-604). NOAS (2013) mener Utlendingsloven ble vedtatt som et svar på dette da loven skulle gi innvandrere visse rettigheter samt redusere omfanget av skjønn ved å innsette visse rammer når det kom til om en person hadde rett til opphold eller ikke. Oppfyllelsen av rammene og kravene som ble redegjort for i loven skulle avgjøre utfallet. Forvaltningen har allikevel betydelig rom for skjønn innenfor dagens regelverk og Utlendingsloven åpner opp for en økende domstolmakt (NOAS, 2013).

Til slutt blir det lagt fram en form for rettsliggjøring som en type innramming eller ”framing”. Som sivile borgere oppfatter vi oss selv i økende grad som rettsobjekter nå enn tidligere og dermed tillegger vi oss selv tilhørende rettigheter og plikter. Rettssystemets legitimitet og stabilitet er avhengig av en slik form for rettsliggjøring (Blichner and Molander, 2006:602-604).

Blichner og Molander har tatt utgangspunkt i forskning som er produsert rundt begrepet og konkludert med disse fem formene for rettsliggjøring. Forholdet mellom rett og politikk er komplekst og rettsliggjøring blir brukt til å forklare ulike prosesser innenfor balanseringen mellom rett og politikk. Anne-Mette Magnussen (2007) fokuserer på Blichner og Molander sin andre og fjerde oppfatningen av rettsliggjøring, ekspansjon av lover og økt domstolmakt. Magnussen tar for seg forholdet mellom rett og politikk og sier at det alltid vil være prinsipper som på den ene siden binder disse sammen, som grunnleggende menneskerettigheter og demokratiske prosedyrer. Det vil på den andre siden også være faktorer som skiller dem fra hverandre. Demokratiet skal for eksempel være åpent da det skal føres en fri debatt. Man kan tenke seg at en fri meningsdannelse er målet og oppslutningen skal være basert på nettopp dette. Retten vil derimot være mer bundet da argumentenes relevans er regulert av den juridiske

metoden. Det er generelle regler som skal løse konflikter. Verdier som objektivitet, lojalitet, upartiskhet og faglighet vil være sentrale, mens i politikken vil det være verdier som økonomisk effektivitet, rimelighet og rettferdighet som er sentrale. Man kan derfor tenke seg at dersom retten skal få større plass i samfunnet i form av rettsliggjøring vil det oppstå en spenning mellom rett og politikk. Det vil bli en endring i samfunnets maktfordeling, noe som igjen vil forandre balanseforholdet mellom politikken og retten (Magnussen, 2007:156-157).

Magnussen (2007) skriver videre hvordan forholdet mellom rett og politikk vil være avgjørende for samfunnets utvikling samt kvaliteten på demokratiet. For at vi som borgere skal oppnå den samfunnsutviklingen vi ønsker er det viktig at vi finner et gunstig balanseforhold mellom det rettslige og det politiske feltet. Magnussen trekker inn hvordan en ekspansjon av lover vil føre til en økt rettsliggjøring hvor retten styrkes mens politikken svekkes. Magnussen mener man i dag kan se en økt form for rettsliggjøring av politikken da det i større grad er en kompetanseoverføring i dag enn tidligere til overnasjonale organer. Det skjer en internasjonalisering da det har blitt inkorporert stadig flere konvensjoner i det norske lovverket fra overnasjonale myndigheter som Norge må forholde seg til. Det overnasjonale lovverket samt fortolkningene av disse lovene setter sine spor også i det norske lovverket da det påvirker domstolens tolkninger og rettspraksis. Mange samfunnsforhold står i dag ovenfor en økt globalisering, dette fører også til at retten blir utsatt for en økt internasjonalisering. Når det kommer til innvandringsfeltet kan man se at FNs Barnekonvensjon og FNs Barnekomité er eksempler på dette da Barnekonvensjonen er innskrevet i den norske Utlendingsloven §38 og de generelle kommentarene til Barnekomitéen blir brukt som tolkningsorgan til hensynet til barnets beste. Barnekomitéen fungerer som en vokter av Barnekonvensjonen som skal tilse at alle landene som er innskrevet under konvensjonen ivaretar barnas rettigheter og oppfyller plikten som konvensjonen krever (Magnussen, 2007: 158-159).

Dilemmaet til domstolen vil være at den i større grad nå enn tidligere befinner seg midt i mellom de internasjonale lovene og det norske lovverket skriver Magnussen (2007). Maktposisjonen til domstolen tilsier at de skal tolke og gjøre en rettskildevurdering, dette kan komme i konflikt med den norske politikken. Man kan tenke seg at det mest ønskelige for Regjeringen vil være at domstolen skal legge lojalitet til de norske myndighetene i større grad enn til de internasjonale. Enkelte vil hevde problematikken domstolen står ovenfor har ført til en økende utvikling av

rettighetslovgivning, dette vil eksempelvis være trygderettigheter, likestillingsrettigheter og forbruksrettigheter. Når områder som dette får en økende lovgivning i form av rettigheter fører det til at områdene hvor politikk kan utøves kollektivt blir mindre. Dette kan igjen tenkes å påvirke hver enkelt borgers motivasjon når det kommer til å delta i kollektive handlinger. Som borger vil man hovedsakelig ha tre rettigheter, (1) juridiske/sivile rettigheter, (2) politiske rettigheter og (3) sosiale rettigheter. Magnussen mener det vil være de politiske rettighetene som er mest truet av den økte rettsliggjøring i form av ekspansjon av lover da det fører til mindre deltakelse i det kollektive. Men det kan også tenkes at de sosiale rettighetene, som skal sikre borgernes materielle behov, etter hvert vil bli styrt av domstolen dersom rettsliggjøringen fortsetter å øke, det vil altså være en økt domstolmakt (Magnussen, 2007: 160-162).

Magnussen (2007) skriver også i sin artikkel at en ekspansjon av lover kan tilsi en maktforskyvning den andre veien, altså at retten svekkes men politikken styrkes. I dag vil det være felt som tidligere var under domstolskapt rett som i større grad er styrt av et omfattende lovverk. Domstolens rolle blir redusert og domstolen vil nå i større grad utføre detaljerte lovtolkninger. Domstolen som samfunnsinstitusjon må kunne tilpasse seg visse endringer i samfunnet for å opprettholde tillit fra borgerne. Dersom domstolen tilpasser seg disse endringene slik at politikken og lovgivers oppfatning samsvarer med dette vil domstolen kunne styrke politikken. Det er en økende vektlegging i Høyesterett av det som går inn under "*reelle hensyn*", altså vil politiske vurderinger som rimelighet, rettferdighet og nytte være med i beslutningene som blir vedtatt av Høyesterett. Konsekvensvurderinger er i større grad med i beslutninger truffet av domstolen i dag enn hva det har vært tidligere. Dette kan man se eksempel på under innvandringsregulerende hensyn hvor det ene punktet fokuserer på de samfunnsmessige konsekvensene samt omfanget av liknende saker på feltet. Domstolen må dermed tenke på at avgjørelsene vil ha betydning for samfunnet samt senere praksis (Magnussen, 2007: 166-167).

Domstolen som institusjon blir utfordret når den skal sette ulike interesser og rettigheter mot hverandre samt ta hensyn til verdier som rettferdighet og nytte mener Magnussen (2007). Dersom domstolen fatter en avgjørelse som vil føre til endringer i lovverket kan tilliten svekkes. Befolkningen vil legge sin tillit til domstolen ut ifra at beslutninger blir fattet i tråd med regler som er allment kjent. Altså vil autonomien, legitimiteten og tilliten domstolen har i samfunnet være avhengig av at befolkningen stoler på dem, nye avveininger og beslutninger som ikke

samsvarer med lovverket vil medføre at dette svekkes (Magnussen, 2007: 166-169).

Hvem utfører dermed politikken i praksis? Regjeringen utformer lovverket og domstolen må tolke og vurdere dette i sine beslutninger. Verdier som rettferdighet og rimelighet vil stå sentralt og domstolen må dermed avveie dette mot ulike hensyn samt tenke på omfanget av konsekvenser. Det kan tenkes at politikerne drar nytte av denne formen for rettsliggjøring da de står overfor en rekke omstridte og vanskelige områder i samfunnet som skal rettferdiggjøres. Asyl –og innvandringspolitikken er omstridt, lovverket på feltet er vagt og domstolen må i større grad vurdere barnets situasjon ut i fra eget skjønn samt ta en avgjørelse basert på hvilke samfunnsmessige konsekvenser dette kan ha. Domstolen skal i tillegg vurdere hvor stort omfanget av familier i liknende situasjoner er, hvorvidt det ulovlig oppholdet skal ha avgjørende vekt, hvor sterk tilknytning barnet har til riket samt hva som vil være til barnets beste sett ut ifra barnets interesser og situasjon. Politikerne synes dette er vanskelig å ta noe konkret standpunkt til og kompleksiteten i sosiale problemer som staten står ovenfor i dag øker. Eriksen (2011) presenterer Niklas Luhmann sin tolkning av dette hvor Luhmann mener at det politiske – og rettslige systemet i dag blir overbelastet. Staten må fatte avgjørelser rundt sosiale problemer uavhengig om de kan si noe konkret om eventuelle konsekvenser eller ikke. Dersom det fremtrer tydelig at det er stor usikkerhet rundt mulige utfall og konsekvenser vil det oppstå et stort press på politikerne da de skal fatte rasjonelle beslutninger. Enkelte vil derfor hevde at politikerne til en viss grad dytter problemene og beslutningene over til rettssystemet og forvaltningen. Beslutninger blir fattet selv om kunnskapsgrunnlaget er lavt da det er tidsrammer og visse hensyn som må overholdes. Argumenter og kunnskap kombineres fra ulike områder og sammenhenger uavhengig om de er fullstendige eller ikke noe som fører til at evnen til å løse problemene politisk blir lav og dermed blir problemløsningen overført til rettssystemet og forvaltningen som igjen har faglige og rettslige funksjoner. Forvaltningen får større rom for skjønn noe som gjenspeiler seg hos domstolen når de skal fatte en beslutning (Eriksen, 2011:207-220)⁴.

2.6 Statlige dokumenter med fokus på hensynene

2.6.1 Stortingsmeldingen ”Barn på flukt”

Det ble i 2012 gitt ut en stortingsmelding, ”*Barn på flukt*”, av Justis –og

⁴ Deler av avsnittet som er tatt fra Eriksen (2011) er hentet fra forberedende oppgaver våren 2015 i Aorg 322 og Aorg 323

beredskapsdepartementet. Stortingsmeldingen vektlegger barn som søker beskyttelse i Norge samt nødvendigheten rundt det å sikre gode vilkår for disse barna. Problematikken rundt barn på flukt er bred og Regjeringen ønsket med denne meldingen å samle de sentrale problemstillingene slik at det lettere blir en helhetlig diskusjon rundt tema (Meld. St. 27, (2011-2012):2).

Videre i stortingsmeldingen blir det lagt vekt på nødvendigheten av en rask og rettssikker saksbehandling for alle som søker asyl i Norge. Det blir vektlagt at barn er individer som krever individuell vurderinger samt å bli hørt. Det er her viktig at saksbehandlerne innhenter nok kunnskap til å kunne si noe om barnets situasjon og rettigheter. God barnefaglig kompetanse vil derfor være en plikt hos både UDI og UNE når det kommer til vedtaksfetting og saksforberedelser. Det står videre at barn raskt knytter seg til nye steder og miljøer, barnets tilknytning til riket skal derfor tillegges særlig vekt, altså sterke menneskelige hensyn. Det blir påpekt at det ofte er her det oppstår problemer mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn for forvaltningen og domstolen. Innvandringsregulerende hensyn blir ofte vektlagt når det kommer til familier og barn som har oppholdt seg i Norge etter at de har fått endelig avslag, ulovlig opphold vil igjen bidra til sterkere tilknytning for barnet til Norge, noe som igjen vil føre til at hensynet til barnets beste må vektlegges. For å unngå at familier og barn oppholder seg i Norge uten oppholdstillatelse vil det være vesentlig og avgjørende at asylsøknadene har en rask behandlingstid. Familier og barn som ikke får oppholdstillatelse må forlate landet frivillig eller bli uttransportert så raskt som mulig etter endelig avslag. Det er her hovedfokuset må være når det kommer til lengeværende barn mener Regjeringen. Dagens regelverk som tilsier at barn, gjennom lang botid i Norge, kan få oppholdstillatelse på grunnlag av tilknytningen de har opparbeidet seg til landet mener Regjeringen er hensiktsmessig. Tidligere praksis viser derimot at UNE vektlegger innvandringsregulerende hensyn i større grad enn barnets beste og Regjeringen ønsker derfor å klargjøre hva som legges i bestemmelsen om opphold som en følge av barns tilknytning til riket (Meld. St. 27, (2011-2012):10-16).

Videre i stortingsmeldingen blir det lagt frem tiltak regjeringen ønsker å gjennomføre. Disse tiltakene er blant annet kortere saksbehandlingstid, oppholdstillatelse som følge av barns tilknytning til Norge, barnefaglig kompetanse, høring av barn, assistert frivillig retur, tvungen retur, tiltak i hjemland og utvikle metoder for oppsporing og returløsninger i hjemlandet (Meld.

St. 27, (2011-2012):16-22).

2.6.2 ”Ett år etter ”Barn på flukt”

I 2013 skrev UNE til Justis –og beredskapsdepartementet om tiltak 3 i stortingsmeldingen ”*Barn på flukt*” Justis –og beredskapsdepartementet (2012) og kalte denne rapporten for ”*Ett år etter ”Barn på flukt*”. Tiltak 3, ”*oppholdstillatelse som følge av barns tilknytning til riket*” lyder som følger:

”Regjeringen vil gjennom meldingen her klargjøre hvordan utlendingsforskriften §8-5 skal forstås. Formålet er å sikre likebehandling av en praksis som ivaretar hensynet til barnets beste i tråd med lovgivers hensikt. UDI og UNE vil bli bedt om å redegjøre for sin praksis i saker med lengeværende barn ett år etter fremleggelsen av denne meldingen” (Meld. St. 27, (2011-2012):12-13).

Rapporten ”*Ett år etter ”Barn på flukt*” UNE (2013) vektlegger asylsaker og omhandler først og fremst barnefamilier som har oppholdt seg ulovlig i Norge etter endelig avslag. Barnefamiliene henviser til hensynet til barnets beste og barnets tilknytning til Norge og ber deretter UNE omgjøre det tidligere vedtaket. UNE følger en praksis som sier at fire og ett halvt år oppholdstid og ett år skolegang utgjør en tilknytning til Norge for barn i barnefamilier. Dette kan igjen utgjøre sterke menneskelige hensyn og være nok grunnlag til å innfri oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Men det er her viktig å bemerke at barnets tilknytning til riket vil bli vurdert individuelt. Oppholdstillatelse på grunnlag av opparbeidet tilknytning til Norge må avveies opp mot innvandringsregulerende hensyn, identiteten som er blitt oppgitt må på lik linje dokumenteres eller bli sannsynliggjort før oppholdstillatelse kan innfris (UNE, 2013:2).

UNE (2013) har videre igangsatt ulike initiativ som svar på regjeringens tiltak i stortingsmeldingen ”*Barn på flukt*”, Justis – og beredskapsdepartementet (2012). UNE har inngått et samarbeid med UDI for å redusere saksbehandlingstiden i de fleste asylsaker, tolv måneder skal være maksimal behandlingstid i 2015. Det har blitt dannet en intern arbeidsgruppe i UNE som skal kartlegge hvor stor barnefaglig kompetanse UNE har samt hvor stor barnefaglig kompetanse UNE har behov for. Det skal her også redegjøres for hvordan denne type kompetanse kan styrkes og hvordan UNE kan nyttiggjøre slik kompetanse. UNE vektlegger videre at barnets rettigheter har et økende fokus i samfunnet. Barnets rettigheter er i mye større grad presisert og tydeliggjort i den nye Utlendingsloven fra 2010 og både UDI og UNE jobber kontinuerlig med å fremme en korrekt og forsvarlig saksbehandling av saker som omhandler barn. Når det kommer

til oppholdstillatelse på humanitært grunnlag er det sterke menneskelige hensyn som skal vektlegges. I saker som omhandler barn skal tilknytning til riket tillegges særlig vekt. En totalvurdering av saken samt en tolkning og vurdering av sterke menneskelige hensyn skal foretas. Videre påpeker UNE at FNs Barnekonvensjon har blitt innskrevet i den nye Utlendingsloven fra 2010 under §38 hvor det står at i saker som omhandler barn skal barnets beste være et grunnleggende hensyn (UNE, 2013:4-7).

I odelsproposisjon nr. 75 (2006-2007) blir det uttalt:

... Bestemmelsen slår fast at hensynet til barnets beste skal være et ”grunnleggende hensyn” (”a primary consideration”) ved alle handlinger myndighetene foretar seg som berører barn. Bestemmelsens forhistorie viser tydelig at ordet ”et” (engelsk ”a”) ble bevisst valgt fremfor ordet ”det” (engelsk ”the”). Ordlyden markerer også at andre hensyn enn hensynet til barnets beste skal tillegges vekt ved vurdering av saker som berører barn (UNE, 2013:7)

Altså må hensynet til barnets beste, under en skjønnsmessig helhetsvurdering, vektlegges og vurderes som et grunnleggende hensyn. Hensynet i seg selv vil ikke kunne gi oppholdstillatelse selv om barnets beste taler for det. Både UDI og UNE er pliktet til å gjøre en vurdering dersom oppholdstillatelse skal gis på humanitært grunnlag, forvaltningen må derfor veie de hensyn som eventuelt taler for oppholdstillatelse opp mot innvandringsregulerende hensyn som vil være gjeldende i de ulike sakene (UNE, 2013:8).

Som tidligere nevnt har UNE fire og ett halvt år samt ett år skolegang som et retningsspor på hva som legges i barnets tilknytning til riket. Justis –og beredskapsdepartementet (2012) kommenterer dette med å vektlegge at ordet tilknytning vil her bli forstått som en følge av lang oppholdstid. Hva som vil definere lang oppholdstid vil være individuelt og variere i stor grad, derfor kan heller ikke kravet til oppholdstid fastsettes absolutt, men oppholdstid under tre år vil i utgangspunktet ikke være tilstrekkelig. Tilknytning til riket vil ikke i alle situasjoner være sammenlignbart med lang oppholdstid. Dette er avhengig av barnets alder under oppholdet. Barn som går i skole under årene de oppholder seg i Norge vil trolig opparbeide seg mer tilknytning til riket enn barn som kun oppholder seg i landet under sine første leveår. Hvorvidt barnet snakker godt norsk samt er med i fritidsaktiviteter er også viktige faktorer som spiller inn i hvor stor tilknytning til samfunnet barnet har. Den eventuelle oppholdstiden som medfølger etter at barnet har fått endelig avslag må også regnes med. Hvorvidt barnet har opparbeidet seg mer tilknytning

til riket eller om tilknytningen er den samme som tidligere må vurderes. Dersom barnet har sluttet i skolen og levd i skjul etter endelig avslag, vil ikke dette bidra til sterkere tilknytning til riket. Dersom man setter en fast ordning med fire og et halvt år opphold og ett år skolegang kan dette sende uheldige signaler som tilsier at dersom dette er oppfylt får man oppholdstillatelse i Norge. Det er derfor viktig at sakene blir vurdert individuelt og at det blir gjennomført en skjønnsmessig vurdering av de ulike hensynene som viser seg å være gjeldende (UNE, 2013:9-10) (Meld. St. 27, (2011-2012))

Når det kommer til ulovlig opphold skrives det i stortingsmeldingen "*Barn på flukt*" Justis –og beredskapsdepartementet (2012) at innvandringsregulerende hensyn kan, også i saker som omhandler barn, være et avgjørende hensyn. Hensynet til barnets beste vil likevel måtte prioriteres foran andre hensyn. I hvor stor grad ulovlig opphold skal vektlegges er avhengig av faktorer som hvor tilgjengelige familien har vært under denne perioden, dersom familien har sannsynliggjort sin identitet samt vært lett tilgjengelige for politiets regi skal dette anses som mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Barn som har oppholdt seg i Norge over lengre perioder vil i de fleste tilfeller også ha oppholdt seg i samfunnet ulovlig, dersom oppholdstiden tilsvarer sterk tilknytning til Norge skal den ulovlige oppholdstiden samt eventuell motarbeidelse av retur tillegges mindre vekt enn tilknytningen barnet har til Norge som tilsier at oppholdstillatelse bør gis. Tungtveiende innvandringsregulerende hensyn vil derimot være dersom familien har skjult seg for norske myndigheter eller aktivt unngått tvangsmessig retur. I hensyn til Utlendingsloven §19 forplikter utlendinger med endelig avslag seg til å informere politiet om eventuell skiftning av adresse frem til utreise. Dersom politiet ikke har riktig adresse vil ikke tvangsmessig retur la seg gjennomføre. Dette er faktorer som kan føre til at familien ikke får oppholdstillatelse (UNE, 2013:12-13) (Meld. St. 27, (2011-2012)).

Videre skriver UNE (2013) at både UDI og UNE skal følge tidligere praksis, men utfallet i hver enkelt sak vil uansett være basert på konkrete vurderinger. Saker kan ha likhetstrekk, men de vil ikke dermed være identiske. De konkrete vurderingene vil gi ulike utfall da de befinner seg i et visst rom for skjønn. Selv om saker kan vise seg å være nokså likeartete vil ikke nødvendigvis praksisen til enhver tid være entydig. Praksis er noe som utvikler seg over tid samt bygger på tidligere erfaringer (UNE, 2013:20-21). Stortingsmeldingen "*Barn på flukt*" Justis – og beredskapsdepartementet (2012) påpeker at hensynet til barnets beste vil på et tidspunkt måtte

veie tyngre enn andre hensyn i saker som omhandler barn. Dette utsagnet har ikke noen bredere eller dypere forklaring. UNE (2013) velger derfor å vise til at det kun er i saker hvor hensynet om barnets beste har vist seg å veie tyngre enn innvandringsregulerende hensyn at omgjøring av tidligere avslag har blitt gjennomført. Akkurat hva eller hvilke faktorer som er avgjørende for at hensynet om barnets beste skal gå foran andre hensyn er ikke presisert gjennom praksisen til UNE. Her vil det være opp til den enkelte saksbehandler sine vurderinger (UNE, 2013:20-21) (Meld. St. 27, (2011-2012)).

Når det kommer til mindre tungtveiende – og tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, som stortingsmeldingen *”Barn på flukt”* Justis – og beredskapsdepartementet (2012) vektlegger, skriver UNE (2013) at tidligere avgjørelser viser at dersom oppholdstillatelse ikke gis må det mer til enn kun mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Det har etter stortingsmeldingen blitt mer fokus på at forvaltningen og domstolen skal vektlegge hvilke forhold innenfor innvandringsregulerende hensyn som var avgjørende i de enkelte sakene. Selv om barnets tilknytning til Norge er nokså lik i de forskjellige sakene vil det være mindre tungtveiende – og tungtveiende innvandringsregulerende hensyn som fører til ulike utfall. Innvandringsregulerende hensyn taler egentlig i seg selv for at familier som har oppholdt seg ulovlig i Norge etter endelig avslag og ikke fulgt utreiseplikten ikke skal få oppholdstillatelse, men etter *”Barn på flukt”* ble det mer fokus på mindre tungtveiende – og tungtveiende faktorer innenfor dette hensynet. Det er ofte foreldrenes identitet det er tvil om i saker som omhandler lengeværende barn. UNE sin praksis har ikke avklart hvor sterk tilknytning det eventuelle barnet må ha for at oppholdstillatelse skal gis selv om foreldrene ikke har dokumenter sin identitet. Det samme vil gjelde dersom utlendingsmyndighetene mener foreldrene har oppgitt en falsk identitet, men foreldrene holder fast på denne identiteten. Hvor stor betydning de ulike situasjonene tilknyttet identitet skal ha vil vurderes i hver enkelt sak (UNE, 2013:21-24) (Meld. St. 27, (2011-2012)).

2.6.3 Ot.prp.nr 75 (2006-2007)

Arbeids –og inkluderingsdepartementet skrev en odelsproposisjon (2006-2007) om Utlendingsloven og de ulike hensynene blir her lagt frem. Som tidligere nevnt er det ikke en fast definisjon av hva som legges i hensynet til barnets beste og departementet understreker dette da de skriver at hensynet ikke kan ha et entydig innhold. Hensynet til barnets beste drar med seg en

rekke dilemmaer. Velferdssystemet og sikkerheten i Norge er høy, men det vil ikke dermed alltid være til barnets beste å få bli i Norge. Departementet mener at det finnes andre faktorer og momenter som danner verdier for barnet, dette kan for eksempel være nettverk, røtter og tilhørighet til hjemlandet. Det står tydelig både i Utlendingsloven §38 og i FNs Barnekonvensjon artikkel 3 at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, departementet understreker at selv om det skal være et grunnleggende hensyn vil det være basert på forvaltningens frie skjønn hvor mye vekt hensynet skal tillegges. En individuell helhetsvurdering basert på skjønn vil være nødvendig i alle saker mener departementet. Når forvaltningen skal vurdere hensynet til barnets beste er det først og fremst tilknytningen barnet har til Norge, antall år barnet har oppholdt seg her samt alderen på barnet som er vesentlig. Ved eventuell retur må det legges vekt på hvor god omsorg barnet vil få i hjemlandet og om barnet vil ha tilgang på skole og utvikling (Ot.prp.nr 75, (2006-2007)) (Meld. St. 27, (2011-2012)) (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 111-116).

I stortingsmeldingen "*Barn på flukt*" Justis – og beredskapsdepartementet (2012) blir det vist til en rekke faktorer som må tas hensyn til når det kommer til hva som vil være barnets beste. Barnets helsetilstand, foreldrenes omsorgsevne og barnets integrering i Norge skal vurderes og tolkes ut fra barnets situasjon. Da barnets beste er et vagt begrep og ikke inneholder en fast vurderingsform fører dette til at hensynet åpner opp for skjønn. Skjønnen ligger hos forvaltningen, som stortingsmeldingen poengterer; "...det er forvaltningen sin oppgave å kontrollere og vurdere de menneskelige sidene ved sin egen praksis" (Meld. St. 27, (2011-2012):45).

Dersom man ser på Utlendingsloven §38 står det tydelig hva som inngår i innvandringsregulerende hensyn. Her står det blant annet at man skal se på hvor stort omfanget av liknende søknader er samt hvilke konsekvenser dette kan ha. Hvilke konsekvenser samt hvor store konsekvenser et vedtak medfører vil være sentralt i vurderingen av hvor mye vekt innvandringsregulerende hensyn skal tillegges. Dersom et vedtak fører til stor innvirkning på saker som enda ikke er blitt avgjort eller en økt tilstrømning av søkere vil innvandringsregulerende hensyn være sentrale. UDI, UNE og Høyesterett skal følge tidligere praksis. Tidligere avgjørelser og vedtak vil derfor fungere som en retningslinje for senere saker. Like saker skal bli behandlet likt. Når man setter hensynet til barnets beste opp mot innvandringsregulerende hensyn kan man tenke seg at dersom konsekvensene for innfrielse av oppholdstillatelse er små, vil hensynet om barnets beste kunne tillegges mer vekt. Dersom barnet

befinner seg i en sjelden situasjon vil hensynet om barnets beste, mest sannsynlig, gis forrang i forhold til innvandringsregulerende hensyn. Når forvaltningen har saker som er tilnærmet like er det større sjanse for at de innvandringsregulerende hensynene tillegges mer vekt, da forvaltningen har mer å sammenlikne med samt et mer utbredt felt med tidligere praksis og erfaring.

Arbeids –og inkluderingsdepartementet (2006-2007) tar videre for seg neste punkt under innvandringsregulerende hensyn som omhandler hvorvidt utlendingen har vist respekt ovenfor de øvrige reglene som loven innebærer. På dette punktet vil det først og fremst omhandle hvorvidt utlendingen har samarbeidet om retur eller ikke. Dette er som tidligere nevnt i *”Barn på flukt”* Justis – og beredskapsdepartementet (2012) og *”Ett år etter barn på flukt”* UNE (2013) et omstridt punkt. Igjen så poengterer departementet her at det er viktig at forvaltningen skiller mellom de som har vært samarbeidsvillige om retur og de som har unndratt seg retur. Departementet vil ikke at personer som har oppholdt seg ulovlig i Norge skal premieres med oppholdstillatelse, de mener dessuten at dette vil sende uheldige signaler til andre asylsøkere, derfor er det viktig at man har en restriktiv praksis på dette punktet (Ot.prp.nr 75, (2006-2007)) (Rt. 2012 s.1985, 2012: avsnitt 116-133).

Justis – og beredskapsdepartementet (2012) skriver avslutningsvis at innvandringsregulerende hensyn kan forstås som en samling av flere hensyn hvor hovedfokuset er rettet mot en innvandring som er kontrollert og begrenset. Når det kommer til kontroll vil dette først og fremst vektlegge hvorvidt avgjørelsene og innvilgelse av oppholdstillatelse fører til en praksis som er vanskelig å kontrollere eller ikke. Altså opplysninger som vil være vanskelig å kontrollere, dersom det blir innfridd oppholdstillatelse på slike opplysninger vil dette medføre en praksis som inneholder elementer eller faktorer som vil kreve mye ressurser og som kan være vanskelig å måle (Meld. St. 27, (2011-2012):46).

2.7 De fire Høyesterettsdommene

2.7.1 Shabazi-dommen

Shabazi-dommen vil bli presentert noe mer detaljert en de tre andre Høyesterettsdommene da denne saken setter visse retningslinjer og standarder for senere praksis.

I 2012 avsa høyesterett to plenumsdommer hvor de kom fram til at avslag, utført av UNE, på opphold og asyl var gyldig. Lindgren (2012) understreker at plenumsavgjørelser er sjeldent og at

det kun er de viktige sakene som blir avgjort på denne måten. Under slike avgjørelser vil alle de tjue dommerne være tilstede i motsetning til fem dommere i en vanlig Høyesterettsdom. Det er mange grunnleggende prinsipielle spørsmål som disse sakene reiser, blant annet hvorvidt det er vedtakstidspunktet eller domstidspunktet som skal bli tatt utgangspunkt i når man skal vurdere vedtaket. Hvor god kompetanse domstolen har når det kommer til prøving vil, som tidligere nevnt, også bli vektlagt. Når det er snakk om forvaltningens bruk av vilkårene under Utlendingsloven §38 som eksempelvis sterke menneskelige hensyn og særlig tilknytning til riket, vil ikke §38 åpne opp for domstolskontroll på disse punktene. I saker som omhandler §38 og hensynet til barnets beste, må det komme tydelig frem at hensynet er nøye vurdert på en forsvarlig måte samt avveid mot motstående hensyn. Hensynet må også bli vektlagt som et grunnleggende hensyn. Domstolen kan kun prøve hvorvidt vedtaket tilfredsstillende eller er i samspill med disse kravene. Interesseavveiningen til forvaltningen kan ikke prøves (Lindgren, 2012) (Rt. 2012 s.1985, 2012:1).

Den første plenumsdommen omhandler Shabazi-familien. Familien er fra Iran og hadde oppholdt seg i Norge av humanitære grunner. Familien hadde oppholdt seg ulovlig i Norge i mange år og har to barn på 4 og 9 år. Familien fikk avslag sommeren 2005 og i 2006 fikk de innvilget en midlertidig oppholdstillatelse da sønnen Mahdi ble behandlet for tuberkulose (HR-2012-2398-P, 2012) (Brandvold, 2011) (Rt. 2012 s.1985, 2012). UNE mente behandling av tuberkulose i Iran vil la seg gjøre da helsetilbudet der er godt utviklet, men det vil være til sønnen sitt beste å fullføre den påbegynte behandlingen her i Norge. Altså vil det etter hensynet til barnets beste være til sønnen sitt beste å få oppholde seg i Norge til behandlingen er gjennomført, midlertidig opphold ble dermed gitt. Familien får en datter i 2007 og søker om omgjøring av vedtaket flere ganger. Familien søker siste gang i 2009, de har da vært pliktige til å forlate Norge siden 2007. Reisedokumenter har ikke blitt skaffet og identitetspapirer har ikke blitt synliggjort. Det var i 2010 av familien gikk til sak mot UNE og mente vedtaket fra 2009 var ugyldig. Både Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett frikjente UNE og forkastet anken (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 4-14).

Saken ble anket til Høyesterett i 2012 og Høyesterett sitt hovedspørsmål i dommen var i forhold til Utlendingsloven §38. Innvandringsregulerende hensyn, sterke menneskelige hensyn og hensynet til barnets beste blir vektlagt. Hvorvidt domstolen skulle ta utgangspunkt i

vedtakstidspunktet eller domstidspunktet for å avgjøre om UNE sitt vedtak er gyldig eller ikke er det første som blir diskutert. (HR-2012-2398-P, 2012) (Brandvold, 2011) (Rt. 2012 s.1985, 2012). Tidspunktet som skal vektlegges har stor betydning for hensynene. Hvorvidt barna sin tilknytning til Norge beregnes som sterk eller svak vil eksempelvis bli definert ut ifra antall år barnet har oppholdet seg i Norge. Spørsmålet omhandler hvorvidt hendelser som er skjedd etter vedtakstidspunktet skal medberegnes. Man må her klargjøre for at familien, og da spesielt barna, opparbeider seg sterkere tilknytning til riket i årene som påløper. Sterkere tilknytning kan resultere i at barnas beste i større grad må vektlegges da det trolig vil være flere faktorer samt interesser som forsterker barnas tilhørighet til Norge (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 48-49).

For familien vil det være mest ønskelig å ta utgangspunkt i domstidspunktet da barnas ytterlige tilknytning til Norge vil være med i vurderingen av vedtakets gyldighet samt det eventuelle avslaget vil måtte se på hvilke konsekvenser dette vil ha for familien per dags dato. Det vil være sakens situasjon som avgjør hvilket tidspunkt som skal være gjeldende. Loven på feltet gir ikke nødvendigvis noe konkret svar og Høyesterett må derfor se på tidligere saker. En av dommerne understreker at det er en rettspraksis å ta utgangspunkt i vedtakstidspunktet. Flertallet av dommerne er dermed enige i at det er vedtakstidspunktet som skal vektlegges. Barnas tilknytning til riket vil dermed være basert på den tilknytning de hadde opparbeidet seg til Norge på vedtakstidspunktet (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 45-99). Fire dommere, som visstnok er i undertall i saken, er uenige i dette og mener at omgjøringsbegjæringen til familien burde være gyldig. Faktiske forhold som har blitt dannet etter vedtakstidspunktet burde bli regnet med. Det faktum at barna har oppholdt seg i ytterligere to år i Norge burde tas med i vurderingen. En nåtidsbestemmelse er derfor relevant da den endelige avgjørelsen må være forenelig med de internasjonale forpliktelsene Norge er bundet til (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 168-177).

Etter stemmegivning forkastet Høyesterett anken da det var fjorten dommere som var enig i at vedtaket var gyldig og fem dommere som mente vedtaket var ugyldig, familien fikk dermed ikke oppholdstillatelse i Norge (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 252-267).

UNE omgjorde vedtaket våren 2013 og gav familien opphold. Bjørn Lyster i UNE uttaler til NRK at det er sønnen Mahdi (9) sitt beste å få bli i Norge samt hans tilknytning til riket som gjør

at familien får bli i Norge (Lindgren et al., 2013). Dette er bemerkelsesverdig da det er sjeldent av UNE omgjør vedtaket etter at det har vært i Høyesterett.

2.7.2 Delic-dommen

Delic-dommen ble avgjort i plenum med Shabazi-dommen og vil derfor følge visse retningslinjer som ble vedtatt og diskutert der, vedtakstidspunktet blir eksempelvis tatt utgangspunkt i.

Delic-familien er fra Bosnia og de fikk på lik linje med Shabazi-familien avslag på sin søknad om asyl på humanitært grunnlag. Mor og far kom til Norge i 2003 og fikk datteren Verona det samme året. De hadde ikke gyldige reisedokument når de ankom Norge. UDI avsto søknaden om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag da verken mor eller far oppfylte vilkårene eller kravene for å falle inn under flyktninger. UDI så heller ingen risiko for at paret kunne oppleve umenneskelig behandling eller fare for å miste livet dersom de ble returnert til Bosnia. Familien fikk en utreisefrist, 02.12.2003, da UDI etter nøye vurdering kom frem til at det ikke forelå noen særlig tilknytning til riket eller sterke menneskelige hensyn som tilsa at familien skulle få opphold. Vedtaket til UDI ble påklaget av familien og UNE behandlet saken i 2005. Det var ingen nye opplysninger i saken og UNE mente UDI sitt vedtak var gyldig. Familien ble påminnet om at de frivillig måtte forlate landet. Familien fortsatte å oppholde seg i Norge og klaget videre på saken både i 2006 og to ganger i 2010. I 2010 hadde datteren oppholdt seg i Norge i syv år og omgjøring av vedtaket var nå begrunnet i hennes tilknytning til riket. UNE vektla her det faktum at familien hadde oppholdt seg ulovlig i Norge og ikke hadde opprettholdt den fastsatte utreisedatoen og avsto begjæringen. Den frivillige utreiseplikten ble gjentatt. Familien reiste søksmål og saken kom opp i Oslos tingrett i 2010. Tingretten fastslo av UNE sitt vedtak var gyldig og dommen ble anket til Borgarting Lagmannsrett i 2012. Lagmannsretten forkastet anken. Politiets utlendingsenhet uttransporterte familien til Bosnia i 2012 (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 1-19).

Saken kom senere, det samme året, opp i Høyesterett og det ble bestemt at det skulle være en plenumsavgjørelse sammen med Shabazi-dommen. UNE kommer frem til at innvandringsregulerende hensyn veier tyngre i denne saken da familien har oppholdt seg ulovlig i Norge i nesten fem år (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 44-64). Høyesterett kommer frem til at

anken må forkastes og familien får ikke oppholdstillatelse i Norge (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 146-163).

2.7.3 Maria-dommen

I 2015 ble en ny sak anket til Høyesterett hvor en kenyansk mor og datter risikerte utkastelse. Datteren Maria (4) er norsk statsborger. Saken vil utgjøre den tredje dommen og vil senere omtales som Maria-dommen. Saken omhandler en kenyansk mor med en datter som er født i Norge. Moren kom til Norge i 2007 og søkte om beskyttelse (asyl) i 2008, UDI avsto søknaden senere det samme året. UNE avsto deretter klagen i 2010 og det ble satt en utreisefrist til 21.mars 2010. Moren forlot ikke Norge og har oppholdt seg i landet siden avslaget i 2010, i perioder har moren gått i skjul for utlendingsmyndighetene. Datteren Maria ble født i 2010, faren til Maria er norsk og Maria fikk dermed norsk statsborgerskap fra første stund. Faren ville ikke ha noe foreldreansvar og Maria har aldri hatt noen kontakt med han. I 2011 søkte moren om familiegjenforening, SEIF (selvhjelp for innvandrere og flyktninger) opplyste i et vedlegg at moren ikke hadde oppgitt riktige identitetsopplysninger i 2008, men identiteten som nå ble fremlagt var ekte og den samme identiteten hun hadde brukt i en visumsøknad i 2007. I 2012 kom UDI frem til følgende vedtak; moren skulle bli utvist og ha et innreiseforbud på fem år samt en innmelding i Schengen informasjonssystem. En slik innmelding vil medføre at hun ikke kan reise til land innenfor Schengen-området under de fem årene hun har innreiseforbud. Som begrunnelse på vedtaket ble det vektlagt at moren ikke hadde oppgitt riktige identitetspapirer, hun hadde ikke vist noen samarbeidsvilje når det kom til retur og hun hadde oppholdt seg ulovlig i Norge. Når det kommer til datteren understreker UDI at Maria er norsk statsborger og født i Norge, men hun er svært ung og hennes tilknytning vil først og fremst være til moren. UDI mener Maria raskt kan tilknytte seg hjemlandet og siden hun ikke har noen kontakt med faren vil ikke dette bli annerledes om hun returnerer til Kenya. UDI avslår dermed søknaden om familiegjenforening (Rt. 2015 s. 93, 2015:avsnitt 1-14).

Moren klaget på vedtaket og UNE avsto klagen i 2013. I forhold til datteren tar UNE utgangspunkt i at Maria skal returnere til Kenya sammen med moren og dermed kan de leve som en familie der. I klagen har moren opplyst om at hun ikke har noen bra helse, ingen kontakt med sin familie i hjemlandet og at arbeid vil være vanskelig å finne. Ut i fra dette mener UNE at det vil være det beste både for moren og for Maria å få bli i Norge, men det faktum at de begge vil få

det bedre materielt sett i Norge har ikke noen avgjørende effekt. Det står ingen steder i klagen at moren ikke har god omsorgsevne og behandling for HIV vil moren også ha tilgang på i Kenya. UNE vurderte å gjøre en omgjøring, men i 2013 uttalte UNE at vedtaket til UDI ble stående. Moren reiste sak mot UNE i 2013 og mente avslag på opphold for moren var ugyldig. Det ble her vist til at vedtaket var i strid med EMK (Europas Menneskerettighetskonvensjon) artikkel 8 når det kom til datteren siden Maria har statsborgerrettigheter og dermed har hun familie – og privatliv knyttet til Norge. Både Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett forkastet begjæringen og anken da de mente at det ikke var noen krenkelse av EMK artikkel 8 (Rt. 2015 s. 93, 2015:avsnitt 1-14).

Høyesterett kom frem til at utkastelse ville være i strid med hensynet til barnets beste da moren er den eneste omsorgspersonen til Maria, altså måtte datteren ha blitt med til Kenya dersom utkastelsen hadde vært gyldig. Ved en eventuell utkastelse ville datteren, som norsk statsborger, bli fratatt de rettigheter og barndommen hun ellers ville hatt tilgang på i Norge. Høyesterett understreket de vanskelige forholdene i Kenya og henviste til at en utvisning ville være brudd på EMK artikkel 8. Både mor og datter fikk dermed bli i Norge (Jahren, 2015) (Rt. 2015 s. 93, 2015).

2.7.4 Familien fra Afghanistan

Denne dommen ble også avgjort i 2015 og var den eneste dommen som ble avgjort i plenum dette året. Høyesterett mente saken dekket store spørsmål og ville derfor, med tanke på dagens flyktningsituasjon, prøve dommen med alle dommerne til stede. Saken omhandler en familie fra Afghanistan med to barn på 2 og 6 år. Foreldrene er begge afghanske statsborgere, men har oppholdt seg store deler av livet i Iran. De kom til Norge i 2011 og søkte om asyl. UDI avsto søknaden om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag og mente at familien kunne få vern i Kabul og henviste dermed familien til internflukt i Afghanistan. Familien mente de var flyktninger og dermed hadde krav på flyktningsstatus, de klaget saken videre til UNE. UNE tok klagen opp i nemndsmøte og diskuterte her hvorvidt det ville være urimelig å sende familien på internflukt i hjemlandet Afghanistan eller ikke. Det ble gjort rede for at Kabul er trygt og tilgjengelig. Nemnda var uenige og delte seg, flertallet mente det ikke ville være krenkende med hensynet til barnets beste å vise familien til internflukt, mens mindretallet mente at situasjonen i Kabul var vanskelige og internflukt ville dermed være urimelig. UNE avsto dermed vedtaket i

2013. Familien gikk til søksmål mot UNE og fikk medhold i tingretten senere det samme året. Tingretten mente UNE sin begrunnelse var mangelfull da hensynet til barnets beste ikke ble diskutert opp mot internflukt i hjemlandet til foreldrene samt situasjonen barna hadde stått ovenfor dersom de hadde fått opphold i Norge. Staten anket saken videre til lagmannsretten i 2014 og anken forkastes. Lagmannsretten mener på lik linje som tingretten at UNE skulle ha vurdert barnas situasjon i Kabul opp mot deres situasjonen i Norge. Lagmannsretten mente det var en mangelfull begrunnelse fra UNE og det var dermed også vanskelig å si noe konkret om rettsbruken og skjønnsbruken til forvaltningen. Staten anket igjen videre til Høyesterett og saken omhandlet hvorvidt det blir sett på som urimelig å henvise familien tilbake til internflukt i Afghanistan eller ikke samt å se på selve rettsbruken til UNE (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 2-33).

Høyesterett kom her frem til at anken ble fremmet og familien fikk ikke oppholdstillatelse i Norge. Tretten av nitten dommere var enige med UNE og familien ble dermed sendt tilbake til internflukt i Afghanistan (Rt. 2015 s.1388, 2015).

2.8 Tidligere forskning

⁵Jon Kåre Skiple, Frøy Gudbrandsen og Gunnar Grendstad skrev en artikkel i 2013 ”...som speiler det samfunnet vi har”, *Høyesterett, asylbarn og den alminnelige rettsoppfatning*”, hvor det blir tatt utgangspunkt i plenumsdommene fra 2012, altså Shabazi-dommen og Delic-dommen. De ønsker å måle den alminnelige rettsoppfatningen til befolkningen samt undersøke hvorvidt dommerne er opptatt av mulige konsekvenser avgjørelsen deres vil ha og dermed fatter vedtak med hensyn til dette. Påvirkningsfaktorer til befolkningens rettsoppfatning samt tankemønster til dommerne vil være med på å danne en forståelse for hvilke vurderinger som ligger til grunn når et vedtak skal avgjøres. Dette vil være relevant sett opp mot problemstillingen da jeg ønsker å si rettens rolle i flyktningpolitikken (Skiple et al., 2013).

For å svare på hvorvidt dommerne var opptatt av eventuelle konsekvenser en avgjørelse ville medføre, brukte forskerne ikke-deltakende observasjon av dommerne og de ulike partene i sakene. Observasjonen foregikk i fem dager samtidig som de to sakene var under behandling i

⁵ Deler av beskrivelsene under ”Tidligere forskning” er tatt fra mine forberedende oppgaver våren 2015 i Aorg 322 og Aorg 323.

Høyesterett. Høyesterettsdommerne fremla sine vurderinger og konklusjoner via dokumenter som forskerne tok utgangspunkt i. Forskerne var spesielt interesserte i hvor stor grad dommerne fokuserte på eventuelle konsekvenser, da dette kan tenkes å gjenspeile hvor stor grad dommerne setter sin egen politiske rolle inn i beslutningsprosessen. De kom frem til at det hovedsakelig var tre konsekvenser som ble vektlagt, (1) hvilke konsekvenser utkastelse fra Norge ville ha for det aktuelle barnet, altså hva vil være til barnets beste i forhold til barnets situasjon? (2) Dersom UNE sitt vedtak skulle vise seg å være ugyldige, hvilke innvandringspolitiske konsekvenser (med tanke på innvandringsregulerende hensyn) ville dette ha for Norge som stat? Og til slutt (3) dersom Høyesterett prøver forvaltningsvedtak til bunns, har dette konsekvenser for forholdet mellom forvaltningen og domstolene? Både i Shabazi –og Delic-dommen blir det understreket at det vil være vanskelig å si noe konkret om hvilke konsekvenser avgjørelsen vil ha, men at avgjørelsene er tatt i samsvar med Norges lover og internasjonale forpliktelser (Skiple et al., 2013:619-621).

Skiple et al. (2013) tok utgangspunkt i et representativt utvalg i befolkningen og utførte uken før forhandlingene ble utført av Høyesterett en undersøkelse i form av intervju hvor de tok utgangspunkt i ett av spørsmålene som Høyesterett behandlet:

”Hva mener du bør tillegges størst vekt når myndighetene skal vurdere om slike familier skal få bli i Norge eller ikke: Hensynet til barnets beste, eller at innvandringspolitiske hensyn ikke skal belønne lovbrudd.”
(Skiple et al., 2013:626)

Shabazi –og Delic-dommen hadde de samme nitten dommerne. Fem av dommerne mente barnets beste skulle tillegges avgjørende vekt, mens fjorten mente at innvandringsregulerende hensyn skulle være avgjørende i saken. Skiple et al. (2013) kom dermed frem til at barnets beste hadde en oppslutning på 26% hos dommerne, mens blant befolkningen hadde hensynet en oppslutning på hele 59%. Den alminnelige rettsoppfatningen til befolkningen strekker seg dermed i motsatt retning i forhold til flertallet i Høyesterett. Den alminnelige rettsoppfattelsen vil være basert på hva flertallet i befolkningen mener, da man tenker ut ifra et demokratisk syn. Det er viktig å bemerke seg at både eliter og media vil påvirke befolkningen til en viss grad. Begge plenumsdommene fikk en enorm media oppslutning og dette kan ha påvirket befolkningens svar og meninger (Skiple et al., 2013:626).

Befolkningens alminnelige rettsoppfatning er i utakt med Høyesterett sine avgjørelser i begge dommene. Befolkningen vektla hensynet til barnets beste i større grad, mens flertallet i Høyesterett mente innvandringsregulerende hensyn skulle tillegges avgjørende vekt. Skiple et al. (2013) mener at dommerne speiler det samfunnet vi har ved at de er utvalgt. Løsninger på samfunnsproblemer utført av Høyesterett ilegges derfor stor tillitt fra befolkningen. Dermed vil legitimiteten til Høyesterett være mindre påvirket eller avhengig av befolkningens alminnelige rettsoppfatning (Skiple et al., 2013:609)

Artikkelen trekker frem befolkningens og Høyesterett sitt ulike syn på hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn. UNE (2005) skriver under *”Endring av praksis”* at avgjørelser utført av Høyesterett har en innvirkning på videre praksis i forvaltningen, da avgjørelsene skal fungere som en retningslinje uavhengig av hva det politiske miljøet har å si om dette. Høyesterett tar utgangspunkt i lovverket på feltet og fatter en avgjørelse på grunnlag av det. Hensynene blir belyst ut ifra barnets situasjon. Både i Delic – og Shabazi-dommen var det vanskelig å si noe konkret om vedtakets konsekvenser både for samfunnet og barnene sakene omhandlet. UNE omgjør vedtaket i Shabazi-dommen da de mener det vil være til det beste for sønnen Mahdi (9) å få bli i Norge. Hva var det som i dette tilfellet kom til ettertanke hos UNE? Var det befolkningen og media som til slutt satte et så stort press på forvaltningen? Eller var det konsekvensene til avgjørelsen som utgjorde omgjøringen? Dette vil diskuteres mer utfyllende senere i oppgaven (UNE, 2005a).

I 2003 ble det gitt ut en rapport fra et ekspertmøte i Tromsø, på oppdrag fra Barne –og familiedepartementet og Nordisk Ministerråd som heter *”Nordisk samarbeid og utfordringer knyttet til innholdet i begrepet barnets beste”*, skrevet av Trude Haugli og Jon Christian Fløysvik Nordrum. I rapporten vektlegges problemstillingene som følger om barnets beste i offentlige beslutninger. Det blir her vektlagt at hensynet til barnets beste kan fungere som en rettslig rettesnor. Innskriving av barnets beste under §38 i Utlendingsloven fører argumentasjonen i en viss retning, hensynet vil være en påminnelse om at barn er selvstendige individer med egne rettigheter samt interesser og behov. Hensynet sier lite om hva som skal legges i barnets interesser. Haugli og Nordrum mener det på en side er mer ønskelig at hensynet til barnets beste skal være mer detaljert, mens det på den andre siden kan vært positivt at hensynet er såpass åpent som det er slik at hva som er bra og best for barn kan utvikle seg i takt med det nasjonale og til og

med det lokale synet i ulike situasjoner. I rettslig sammenheng vil barnets beste være objektivt og stenge for diskusjon skriver Haugli og Nordrum (Haugli and Nordrum, 2003).

Lisa Moon Mikkelsen skriver i sin masteroppgave *"Hensynet til barnets beste ved spørsmål om opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven §38"* (2014) at FN selv mener hensynet til barnets beste er såpass viktig at FNs barnekomité har utpekt dette som ett av de fire prinsippene som anses som mest viktig i Barnekonvensjonen. De andre tre er artikkel 2 som omhandler *"retten til ikke-diskriminering"*, artikkel 6 om *"retten til liv"* og artikkel 12 som omhandler *"barnets rett til å bli hørt"*. Mikkelsen vektlegger det faktum at Barnekonvensjonen ikke har noe klageorgan og at flere av artiklene er skrevet med en ordlyd som krever tolkningskilder. Her kommer FNs Barnekomité sine *"generelle kommentarer"* inn i bildet og spørsmålet om hvor stor innvirkning disse kommentarene skal ha som rettskilde blir relevant. I en Høyesterettsdom fra 2009, som omhandler en enslig mindreårig gutt fra Sri Lanka, blir dette spørsmålet drøftet. Flertallet mente at de generelle kommentarene ikke kunne ilegges betydning som rettskilde, kommentarene må dermed ikke oppfattes som anmodninger, men snarere tolkningsuttalelser. Noen hevdet også at hvor stor betydning de ulike kommentarene skal ha ville variere mellom dem, altså vil det være avhengig av hvilken kommentar det er snakk om. Det vil på lik linje være viktig å bemerke at dersom de generelle kommentarene til FNs Barnekomité skal fungere som en rettslig rettesnor må de også utvikle seg i samspill med samfunnet og den gjeldende rett (Mikkelsen, 2014).

Terje Einarsen sin artikkel *"Plenumsdommene om domstolsprøving: kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn?"* (2013) vil være med på å danne en viss forståelse for tematikken og eventuelle problemstillinger som dukker opp både for dommerne og forvaltningen når det kommer til saker som omhandler mindreårige asylsøkere. Einarsen (2013) vektlegger dilemmaet som oppstår mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn som forvaltningen og dommerne må vurdere når de skal ta en avgjørelse. Han spør seg selv hvordan man kan ha hensynet til barnets beste som et grunnleggende hensyn på den ene siden og innvandringsregulerende hensyn på den andre siden (Einarsen, 2013).

Einarsen viser videre til Utlendingsloven §38 som først og fremst vektlegger:

"Det kan gis oppholdstillatelse selv om de øvrige vilkårene i loven ikke er oppfylt dersom det foreligger

sterke menneskelige hensyn eller utlendingen har særlig tilknytning til riket” (Utlendingsloven §38, 2010)

Med videre formulering er dette fulgt opp:

”Ved vurderingen av sterke menneskelig hensyn etter lovens §38, skal barns tilknytning til riket tillegges særlig vekt” (Utlendingsloven §38, 2010).

I §38 tredje ledd står det:

”... skal barnets beste være et grunnleggende hensyn” (Utlendingsloven §38, 2010).

Altså ser man at hensynet til barnets beste, sterke menneskelige hensyn og barnets tilknytning til riket er viktige punkt for vurderinger av barnets situasjon samt interesser. Einarsen (2013) understreker at det i tillegg står skrevet under §38 fjerde ledd:

Ved vurderingen av om tillatelse skal gis, kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn, herunder

- . a) mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag,
- . b) de samfunnmessige konsekvensene,
- . c) hensynet til kontroll, og
- . d) hensynet til respekten for lovens øvrige regler. (Utlendingsloven §38, 2010)

Man kan tenke seg at innvandringsregulerende hensyn er motstridende til hensynet til barnets beste da sistnevnte taler for innvilgelse av oppholdstillatelse på grunnlag av blant annet barnets tilknytning til riket som ofte er opparbeidet gjennom ulovlig oppholdstid. Hensynet til respekten for lovens øvrige regler vil dermed ikke være overholdt. Einarsen (2013) viser til hvordan man kan tenke seg at hensynet til barnets beste i større grad er preget av en rettslig karakter da han skriver:

”Dette viser seg i norsk rett på flere rettsområder, for eksempel i saker om barnefordeling og barnevern hvor ”barnets beste” er den styrende rettsnorm. Hva som i konkrete saker i vårt rettssystem faktisk er til barnets beste kan nok kreve både barnefaglig kyndighet med hensyn til å avklare barnets konkrete interesser, innsikt i barns rettigheter etter barnekonvensjonen, sunt bondevett og grundige vurderinger, men ikke politiske avveininger” (Einarsen, 2013:304).

Einarsen (2013) hevder derimot at innvandringsregulerende hensyn er av politisk karakter, fordi

lovgiver har tatt den politiske avveiningen gjennom lov og forskriftsform. Han mener dette hensynet er en form for politisk skjønn da det inneholder politiske målsetninger som ikke lar seg prøve av domstolen (Einarsen, 2013:287-304).

Problematikken Einarsen (2013) tar opp i denne artikkelen er interessant da man kan tenke seg at forvaltningen og dommerne står mellom å ta et politisk valg og et rettslig valg for å sette det litt på spissen. Dersom man kan koble hensynet til barnets beste opp mot en rettslig karakter og innvandringsregulerende hensyn opp mot politisk skjønn –og karakter, vil dette i så fall ha innvirkning på vurderingen av hensynene? UDI og UNE vurderer hensynene opp mot barnets situasjon samt begrunner de ulike vedtakene de kommer frem til. Domstolen prøver ikke disse vedtakene på nytt i sine vurderinger. UDI og UNE sine forklaringer vil dermed bli gjeldende, hensynene må derfor balanseres ut fra forarbeidet til forvaltningen samt deres skjønn. Innvandringsregulerende hensynene kan man tydelig se er mer rettet mot samfunnet da det blir pekt på de samfunnsmessige konsekvensene og hvilken betydning eller konsekvens denne avgjørelsen vil ha for omfanget av lignende saker.

Dersom man ser på UDI sin egen statistikk over *”Vedtak om beskyttelse (asyl) 2006-2015”* (2015) viser dette at UDI behandlet 31 145 asylsøknader i 2015 hvor 9696 fikk asyl. Kun 762 av disse fikk opphold på humanitært grunnlag etter Utlendingsloven §38. Alle disse asylsøkerne søkte om beskyttelse (asyl) i Norge med ulike grunnlag, men krever lik behandling (UDI, 2015b). Hensynene skal bli vurdert og tolket likt, både Utlendingsforskriften og FNs Barnekomité sine generelle kommentarer til Barnekonvensjonen skal sørge for lik forståelse av regelverket mellom dommerne og forvaltningen. Hvorvidt Høyesterett tar avgjørelser med hensyn til mulige konsekvenser dette vil medføre eller hvorvidt barnets beste og innvandringsregulerende hensyn har rettslig eller politisk karakter vil være viktige vinklinger og faktorer når man skal se på rettens rolle i flyktningpolitikken.

3.0 Teoretisk tilnærming

⁶For å kunne vurdere og si noe om de tre fremtredende hensynene; innvandringsregulerende hensyn, sterke menneskelige hensyn og hensynet til barnets beste vil det være viktig at jeg danner en forståelse for forholdet mellom rett og demokrati da man kan tenke seg at retten først og fremst blir utøvd av Høyesterett, mens demokratiet blir utøvd gjennom lovgiver, altså Regjeringen, samt innvandringsregulerende hensyn i Utlendingsloven §38. For å kunne undersøke problemstillingen ”*hva er rettens rolle i flyktningpolitikken?*” vil forholdet mellom rett og demokrati fungere som et teoretisk rammeverk for oppgaven og jeg vil derfor kort presentere bidrag og teorier av Erik Oddvar Eriksen om demokratiets politiske tilnærming fra boken ”*Deliberativ politikk*” (2011) med innspill fra Andrew Heywood sin bok ”*Political theory*” (2004). Dette vil være med på å danne en forståelse av skjønnsbruken til UDI og UNE samt forholdet mellom forvaltningen og Høyesterett.

Argumentasjonsteori vil bli brukt som verktøy når det kommer til analysen. Jeg vil bruke teorien slik at jeg lettere kan kategorisere argumentene som faller inn under de ulike hensynene. Jeg vil først presentere Stephen Toulmin sin argumentasjonsteori med utgangspunkt i hans egen bok ”*The uses of argument*” (2003). Jeg kommer til å bruke innspill fra boken til Robert Alexy ”*A Theory of Legal Argumentation - the theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*” (2010). Teorien danner forståelse for hva et argument inneholder og hvordan et godt argument er satt sammen. Videre skal jeg presentere argumentasjonsteori med utgangspunkt i Marit Skivenes sin artikkel ”*Judging the Child's Best Interests- Rational Reasoning or Subjective Presumptions?*” (2010) hvor pragmatisk og etisk diskurs blir vektlagt og Eriksen og Weigård som tar for seg den moralske og juridiske diskursen i boken ”*Kommunikativ handling og deliberativt demokrati*” (1999). Det er hovedsakelig disse fire diskursene jeg skal bruke når jeg skal analysere datamaterialet mitt.

3.1 Demokrati i teori og praksis

Enkelte vil hevde at samfunnet i dag står ovenfor nye omstridte områder som for eksempel asyl – og flyktningpolitikken. Dette stiller krav til den politiske refleksjon og dømmekraft. Når man snakker om en liberal stat skriver Heywood (2004) at dette hovedsakelig vil være bygget på et

⁶ Den teoretiske tilnærmingen vil bli presentert med innspill fra mine forberedende oppgaver våren 2015 i Aorg 322 og Aorg 323.

prinsipp med begrenset styre samt at befolkningen ser på en viss grad for beskyttelse fra staten som et gode. Det liberale demokratiet vil dermed være bygget på tillitt mellom befolkningen og staten som er basert på de sivile rettighetene. I et demokrati er man opptatt av det kollektive og det felles gode da alle skal kunne delta i beslutninger gjennom stemmerett og dermed også føle en tilhørighet til samfunnet. Heywood (2004) poengterer at det har vært uenigheter rundt dette da enkelte vil hevde at eliten som styrer politikken og dermed også representerer folket ikke eger seg til dette da de kun tar avgjørelser ut i fra egeninteresse. Heywood (2004) skiller mellom private – og kollektive interesser. Når man snakker om private interesser vil dette være formet av noe man personlig synes er viktig eller har behov for og det vil ofte være materielt. Kollektive interesser vil derimot være mindre synlige og basere seg på interesser som vil være til fordel for alle og som dermed kan tenkes å bli mer synlige etter en viss tid (Heywood, 2004: 226-242).

Eriksen (2011) skriver videre at økningen av komplekse og omfattende saker kan føre til at de kollektive interessene og tiltakene blir mindre synlige da de krever mer bearbeiding og tid enn før. Realiseringen av interessene tar lenger tid fordi beslutningen krever mer grundig arbeid. Dette kan eksempelvis komme til syne i både flyktningsstrømmen som Norge står ovenfor og lovverket da det stadig blir utformet nye lover og forskrifter samt nye internasjonale konvensjoner som vi skal forholde oss til. Hva som vil være en fornuftig beslutning på slike saker kan på den ene siden være vanskelig å si noe konkret om, mens det på den andre siden vil det være mulig å resonnerer om dem. Eriksen (2011) mener derfor at en deliberasjon er nødvendig. Demokratiet forutsetter at beslutninger enten skal være forsvarlige eller fornuftige. Altså skal man ikke kunne reflektere rå makt, sterke maktgruppers interesser eller tilfeldigheter. Eriksen (2011) mener derfor at innsikt er nødvendig når det kommer til hva som er det felles beste samt at rasjonalitet skal være det grunnleggende. Argumentene er avgjørende og det er selve prosessen som tar oss frem til hva som er gode argumenter som vil forme demokratiet. Demokratiet kan forstås som en selvfortolkningsprosess hvor målet er å danne en felles forståelse av hva som bør gjøres slik at det kollektive står sammen slik Heywood (2004) skriver. Dannelsen av meninger og oppfatninger samt rettferdiggjørelsen av interesser og behov vil til sammen, gjennom argumentasjon, frembringe legitimitet. Demokratiets ønske er å gi folket visse rettigheter innenfor garanterte juridiske rammer slik at de kan realisere sine interesser (Eriksen, 2011:17-20).

Demokratiet er stadig i utvikling og Eriksen (2011) poengterer dette ved å henvise til at man i dag kan se at det sentrale beslutningssenteret ikke er staten alene, men at beslutninger blir tatt ved hjelp av ulike funksjonssystemer og institusjonelle ordninger som mer eller mindre har et selvstyre og en viss form for autonomi. Dette vil føre til en utvidelse av eliten som representerer befolkningen slik det blir lagt frem av Heywood (2004). UNE og UDI er eksempler på dette da de begge er forvaltningsorgan som fatter beslutninger og avgjørelser rundt problemstillingene de står ovenfor. UNE og UDI faller inn under det Eriksen (2001) kaller for et demokratisk organisert statlig system. På lik linje vil de også være en del av et system hvor rettsikkerhetsnormer skal ivaretas. Både UNE og UDI skal ivareta den retts sikre og den demokratiske behandlingsmåtenes krav. Alle prosesser som skal løse visse problemer vil være preget av administrativ, rettslig og politisk kommunikasjon. Dette fører til at ulike hensyn og interesser blir vektlagt, noe som igjen kan tenkes å føre til en viss uklarhet for UNE og UDI. Det vil være uklarheter rundt hva som egentlig ligger til grunn for konklusjoner som trekkes og hvorvidt det faktisk er en sammenheng mellom de premissene og konklusjonene som blir lagt frem. Når det kommer til Utlendingsloven §38 skal UDI og UNE på den ene siden ta hensyn til FNs Barnekonvensjon, hvor hensynet til barnets beste vektlegges, og på den andre siden innvandringsregulerende hensyn samt sterke menneskelige hensyn. Dette fører til at det blir en kontinuerlig pendling mellom hensynene og det vil stadig oppstå skiftende avveininger. Selve avveiningen blir ofte forstått som fullstendig og hensiktsmessig. Kriteriet for hvorfor disse avveiningene eller vurderingene er blitt gjort blir derimot forenklet og det blir vanskelig for en ekstern leser å få oppklaring i saken. Man kan dermed se at de ulike kommunikasjonskanalene som både UDI og UNE forholder seg til ofte blir oppfattet som uklare og dermed øker rommet for fortolkning og fritt skjønn hos forvaltningen (Eriksen, 2011:207-220).

3.2 Argumentasjonsteori

Stephen Toulmin (2003) presenterer en argumentasjonsteori hvor han vektlegger seks punkter for hva man skal se etter i et argument samt hva som eventuelt vil styrke og svekke argumentet. Han mener argumentasjon kan foregå i mange varianter og former, men de fleste argumenter må igjennom den samme prosessen for å kunne vurderes. Toulmin sin argumentasjonsmodell (2015) tar for seg følgende punkter; argumentet sin *påstand* (1) er det første man skal redegjøre for. Hva er påstanden? Hva blir hevdet av forfatteren? En påstand kan ofte komme tidlig i teksten, videre er det vanlig å diskutere og argumentere for å styrke påstanden, til slutt poengterer man ofte igjen

sin påstand, eller sitt synspunkt, og dermed mener Toulmin at påstanden også blir en form for konklusjon. Hva er det forfatteren underbygger sin påstand med? Dette kalles *dokumentasjon* (2), hvordan bruker forfatteren fakta/dokumentasjon for å presisere og styrke sin påstand? Toulmin mener man må ha logiske utsagn som skal fungere som et bindeledd mellom *påstanden* og *dokumentasjonen*. Altså argumentets *hjemmel* eller *undersøkellesmetode* (3), dette kan være grunnprinsipper eller generelle antakelser. Hvis man skal undersøke vitenskapelige tekster vil hjemler for eksempel være ”denne kvantitative undersøkelsen bygger på tidligere forskning på feltet”. Videre mener Toulmin at man skal se på *motargumenter* (4), er forfatteren bevisst på at det kan finnes noen motargumenter? Blir de nevnt? I så fall kan man tydelig se forfatterens drøfting av for – og motargumenter før han/hun redegjør for en konklusjon. Er argumentasjonen ensidig? Blir det kun lagt frem dokumentasjon og fakta som underbygger påstanden eller er motargumenter også nevnt? Toulmin mener at dersom man kun styrker sin påstand med et ensidig perspektiv vil ikke nødvendigvis påstanden være så overbevisende eller troverdig, her skal man derfor spørre seg selv om forfatteren har dokumentasjon nok til å trekke noen konklusjoner. Motargumenter er derfor ekstremt viktig for å understreke at vurderingene av visse svakheter, fallgruver eller negative aspekt med påstanden er medberegnert i konklusjonen. Dersom man tar utgangspunkt i et forskningsopplegg, for eksempel med spørreundersøkelse som metode, vil man kunne spørre seg selv om forskeren har et representativt utvalg? Er utvalget stort nok? Tydeliggjør forskeren godt nok hvorfor akkurat denne metoden er den mest tilfredsstillende? Dette kaller Toulmin for argumentets *ryggdekning* (5). Altså hva støtter argumentet? Dette kan også gå under *belegg*, hvilke argumenter vil her støtte forfatteren sin påstand? Til slutt tar Toulmin for seg *styrkemarkør* (6), dette går på ordvalget i argumentet. Her skal man legge merke til om forfatteren har brukt ord som ”kanskje”, ”trolig”, ”vet ikke” og ”kan”. Et argument kan lettere kritiseres dersom det ikke har en styrkemarkør, da det ikke blir brukt sterke ord som ”skal”, ”vi ser tydelig at” og ”statistikken viser...”. Dersom det blir brukt lite styrkemarkør i argumentet kan man si at forfatteren konkluderer og hevder påstander som han/hun verken har dokumentasjon eller ryggdekning for. Dersom ordvalget for argumentet er lite konkret og vagt vil det dessuten ikke være hjemmel for selve påstanden. Dette siste punktet kan også si noe om hvorvidt argumentet er sant eller ikke (Alexy, 2010:79-88) (Toulmin, 2003) (Stephen Toulmins argumentasjonsmodell, 2015).

Argumentasjonen til forvaltningen og ankemotparten vil være relevant for å forstå Høyesterett sin videre vurdering av saken, men det vil hovedsakelig være utsagnene og påstandene til Høyesterettsdommerne som vil være det sentrale i analysen. Toulmin (2015) sin argumentasjonsteori vil hjelpe meg når jeg skal analysere Høyesterettsdommene. De seks punktene som er presentert ovenfor vil fungere som en retningsssnor for hva som vil være viktig å vektlegge i de ulike sakene. Jeg skal se på hvordan Høyesterett balanserer og vurderer de ulike hensynene samt hvilke utsagn og argumenter som blir vektlagt mer enn andre. For å kunne gjøre dette må jeg vurdere *påstandene*, samt se på *dokumentasjonen* og fakta som underbygger påstanden, altså lovverket. *Hjemmel* eller *undersøkelsesmetode* vil her være Høyesterett sin tidligere praksis samt at dommeren henviser til tidligere saker på feltet. Dette blir medberegnet i argumentasjonen for å styrke påstanden. *Motargumenter* og *ryggdekningen* for argumentene må også vurderes, har barnets situasjon blitt vurdert i alle de mulige utfallene? Har barnets beste for eksempel blitt tillagt nok vekt? Har dommeren argumentert nok til å kunne trekke en konklusjon? Har dommeren nok *belegg* for sine slutninger? Lovverket viser tydelig at barnets beste er en *skal* bestemmelse på lik linje med sterke menneskelige hensyn som sier at barnets tilknytning til riket *skal* tillegges særlig vekt, mens innvandringsregulerende hensyn er en *kan* bestemmelse, her kommer Toulmin (2015) sitt siste punkt i modellen, nemlig *styrkemarkør*. Ordvalget i hensynene er vesentlig for dommernes vurdering av vedtaket som er blitt gjort av forvaltningen. Når jeg skal analysere Høyesterettsdommene er det viktig at jeg bemerker meg denne forskjellen og vektlegger argumentene som er blitt uttalt om dette (Stephen Toulmins argumentasjonsmodell, 2015).

Både innvandringsregulerende hensyn, sterke menneskelige hensyn samt hensynet til barnets beste vil inneholde en vurdering av både de prosedurale –og de materielle forholdene ved dommen. Jeg kommer derfor til å systematisere og kategorisere argumentene inn i disse to forholdene. Når det er snakk om de prosedurale forholdene vil dette eksempelvis omhandle hvorvidt hensynet har blitt tillagt den vekten hensynet krever samt hvorvidt hensynet er blitt avveid mot motstående hensyn. De materielle forholdene vil omhandle elementer og empirisk fakta om selve situasjonen til barnet og familien. Dette vil eksempelvis være barnets alder, antall år barnet har oppholdet seg i Norge, utdanning og barnets tilhørighet til hjemlandet. For å kunne si noe om dette må jeg som tidligere nevnt se på påstandene og dokumentasjonen som er blitt

gjort av forvaltningen og de ulike partene. Toulmin (2015) sin argumentasjonsteori vil hjelpe meg med å danne en forståelse av argumentenes innhold og sammenheng. Underbygger eksempelvis det aktuelle argumentet en annen påstand? Eller fungerer argumentet som en sammenkobling mellom påstanden og dokumentasjonen, altså som en undersøkelsesmetode? Det vil være viktig at jeg bruker teorien til å skape en viss oversikt over hva de ulike argumentene representerer slik at jeg danner en forståelse av hvorfor de ulike argumentene blir vektlagt i varierende grad samt viktigheten til det enkelte argument. Under de prosedurale forholdene vil jeg være spesielt opptatt av Toulmin (2015) sitt siste punkt, *strykemarkør*, da ordene som ”skal” og ”kan” sier noe om hvor mye vekt hensynet skal tillegges. Under de materielle forholdene vil det være argumentasjonen rundt den faktiske situasjonen og på hvilket grunnlag de ulike konklusjonene trekkes. Argumentenes *påstand*, *dokumentasjon*, *undersøkelsesmetode*, *hjemmel* og *motargument* vil være viktige punkter som sier noe om styrken til argumentene til Høyesterett samt hvorfor det som blir belyst blir vektlagt. Når man skal analysere et skriftlig materiale kan man forvente å avdekke visse mønstre i teksten. Man vil kunne danne seg en forståelse av hvilken argumentasjon som er gjentakende og hva som blir vektlagt i teksten. Toulmin (2015) sin teori vil i større grad hjelpe meg med dette da jeg har seks punkter som jeg kan ta utgangspunkt i samt bruke som verktøy for utvelgning av de mest relevante argumentene. Jeg vil lettere se argumentets rolle og plass i diskusjonen. Teorien vil dermed også være med på å danne et bilde av mønsteret i teksten. Jeg vil utdype dette nærmere i metodekapittelet (Stephen Toulmins argumentasjonsmodell, 2015).

Videre vil jeg presentere argumentasjonsteori med utgangspunkt i fire diskurser; juridisk, moralsk, etisk og pragmatisk. Dette er for å lettere kunne skille mellom argumentene og gjøre kategoriene mindre samt mer detaljerte. Når man snakker om diskurs vil det være mange fagspesifikke betydninger av begrepet, men en god forklaring av begrepet i denne sammenheng vil være slik Store norske leksikon skriver hvor diskurs hovedsakelig omhandler tankesett og/eller forståelsesformer (Grue, 2013).

Eriksen og Weigård (1999) presenterer den moralske og juridiske diskursen. Når det kommer til den moralske diskursen vil dette først og fremst være dannet på et tankesett som omhandler normer og verdier som vi følger og som dermed er allment akseptert og kjent for alle (Eriksen and Weigård, 1999). Norges forskningsråd (2012) skriver at moralen innenfor rettsvesenet vil

være at loven er gyldig for alle, altså vil loven gjelde for alle barn på lik linje som hensynet til barnets beste skal gjelde alle barn (Elster and Norges forskningsråd, 2012). Eriksen og Weigård (1999) mener at den moralske diskursen orienterer seg mot det kollektive og upersonlige, våre personlige nyttebetraktninger vil komme i andre rekke sett opp mot moralske standarder. En moralsk handling vil for mange gi en positiv følelse da det blir sett på som en del av høyverdige prinsipper. De moralske prinsippene har en forpliktende karakter i samfunnet da de formidler og presenterer noe som befolkningen ville gitt eller har gitt sin tilslutning til. Dette fører til at de oppfattes og forbindes med rettferdighet og rimelighet (Eriksen and Weigård, 1999: 91-99).

Bernt (2009) tar for seg den juridiske diskursen som derimot hovedsakelig vil omtale argumenter som er sanne, argumentasjonen vil her være styrt av rettferdiggjøring og tydeliggjøring ovenfor motparten at loven er tolket på en tilfredsstillende måte. Man ønsker her å vektlegge riktigheten rundt en bestemt rettsanvendelse, altså at alle bedømmes upartisk og blir tatt hensyn til, det skal være en likhet ovenfor loven (Bernt, 2009). Eriksen og Weigård (1999) støtter opp om dette og skriver videre at det er den juridiske diskursen som kobler sammen argumentasjonen med beslutningstakingen. Diskursen sier noe om den bestemte fremgangsmåten da de juridiske prosedyrene regulerer hvilke spørsmål som kan stilles, selve tidsbruken og hvilke emner som er relevante. Dommerne vil her være en nøytral tredjepart som kontrollerer og sikrer at de aktuelle normene følges. Under den juridiske diskursen kan man se sammenheng med både Blichner og Molander (2006) og Magnussen (2007) sin teori om rettsliggjøring da retten og Høyesterett her utøver politikken gjennom loven samt setter retningslinjer for senere praksis og dermed er med på å sette visse standarder. Man kan dermed se at den juridiske og den moralske diskursen kan kobles sammen da de begge henviser til lovverket samt at like saker skal bli behandlet likt, altså en likhet ovenfor loven (Eriksen and Weigård, 1999: 189) (Blichner and Molander, 2006) (Magnussen, 2007)

Marit Skrivenes (2010) tar videre for seg argumentasjonsteori av Robert Alexy med vekt på pragmatisk og etisk diskurs. Pragmatisk diskurs vil først og fremst vise til empirisk fakta. Man ønsker å si noe om hvilke tilknytninger denne empirien har til hvordan den virkelige verden er. Her vil man fokusere på faktiske situasjoner og hvilke konsekvenser som er sannsynlige at vil oppstå. Utlendingsloven vil eksempelvis gå inn under den pragmatiske diskursen. Lover, paragrafer og konvensjoner legger seg under den pragmatiske diskursen da disse lovene er

håndfaste og skal følges. Slik empirisk fakta må være tilstede for at man skal klare å nå et spesifikt mål. Både forvaltningen og Høyesterett må være opplyst om den faktiske situasjonen til asylsøkeren samt se på mulige konsekvenser som kan oppstå dersom asylsøkeren får innvilget oppholdstillatelse eller ikke. Empirisk fakta vil for eksempel omhandle hva som har skjedd på feltet tidligere samt si noe om hvilken kunnskap vi sitter med i dag (Skivenes, 2010:4).

Etisk diskurs omhandler på den andre siden hva vi enkelt individer legger i et godt og givende liv. Et typisk etisk spørsmål vil eksempelvis være hva definerer barnets beste? Etisk diskurs bygger både på det individuelle og det kollektive. Kultur og samfunnsoppfatning vil eksempelvis, i varierende grad, påvirke hva enkelt individer og det kollektive ser på som en god barndom, dermed vil befolkningen ha felles meninger og oppfatninger av hva som er etisk riktig. Sett i lys av de fire Høyesterettsdommene vil dette være avhengig av UDI, UNE og dommernes sin forståelse av hva som blir sett på som et fullverdig og givende liv for det aktuelle barnet (Skivenes, 2010:4).

Når det kommer til saklige og normative konflikter forklarer Skivenes (2010) videre hvordan Robert Alexy mener at dette burde behandles gjennom en rasjonell diskurs. Den rasjonelle diskursen omhandler først og fremst at de berørte skal kunne delta dersom de ønsker. De skal på lik linje ha mulighet til å komme med sine egne forslag og påstander forutsatt at de selv må tro på disse påstandene og bruke ord og begreper konsekvent. Alexy presenterer hovedsakelig tre regler som må følges. For det første mener han på lik linje som Magnussen (2007) at man må rettferdiggjøre og begrunne påstanden. For det andre må prinsippet om likhet bli vektlagt, alle de berørte skal kunne si sine meninger samt uttrykke egne holdninger og behov. Det skal på lik linje være fritt til å stille spørsmål. Den tredje regelen er at ingen skal bli fratatt rettigheten til å utøve den første eller andre regelen. Hva som går inn under selve utfordringen når det kommer til rettferdiggjøring vil være grunnleggende for om man kan ta i bruk den rasjonelle diskursen eller ikke. Dersom det eksempelvis kommer forslag om at personer skal bli behandlet ulikt må dette rettferdiggjøres. Dette vil også gjelde dersom en ny norm eller uttalelse skal bli innført da dette må begrunnes. Det skal i tillegg fremstå klart og tydelig at det kun skal være rettferdiggjøring av de påstandene som blir konfrontert og utfordret (Skivenes, 2010:4) (Magnussen, 2007).

For å kunne ta utgangspunkt i argumentasjonsteori som et verktøy må jeg først og fremst

identifisere de ulike argumentene. Faller argumentene inn under pragmatisk, etisk, juridisk eller moralsk diskurs? Den juridiske og moralske diskursen vil bli koblet sammen da man ofte henviser til en juridisk logikk hvor det skal være en likhet ovenfor loven, altså den moralske diskursen. Det vil dermed hovedsakelig være den pragmatiske og etiske diskursen som blir diskutert da disse diskursene er mer rettet mot argumentene som omhandler barnet og samfunnet som helhet. Det kan eksempelvis tenkes at den pragmatiske diskursen vil være til stede under sterke menneskelige hensyn samt innvandringsregulerende hensyn da disse hensynene sier noe konkret om situasjonen til familien og barna. Det kan derimot tenkes at diskursen eksisterer i veldig liten grad, til og med kanskje ikke i det hele tatt, under hensynet til barnets beste da barnets beste ikke skal vurderes eller belyses ut ifra samfunnets beste, altså innvandringsregulerende hensyn. På lik linje kan man danne en oppfattelse om at etisk diskurs ikke vil være til stede i like stor grad under innvandringsregulerende hensyn, men det kan tenkes at denne diskursen vil være noe mer til stede under sterke menneskelige hensyn da hensynet er nært knyttet til barnets beste. Barnets tilknytning under sterke menneskelige hensyn kan ikke vurderes isolert fra hensynet til barnets beste, dermed vil den etiske diskursen være relevant.

Ved å kategorisere de ulike argumentene inn i pragmatisk, etisk, juridisk og moralsk diskurs vil teorien hjelpe meg med å se på tankene som ligger bak argumentet. Hvilken forståelsesform og tankesett er det som styrer argumentet? Toulmin (2015) sin argumentasjonsteori vil si noe om hvilken rolle argumentet har i saken, altså hvordan eventuelt argumentet er brukt som verktøy for å forsterke et annet argument. På lik linje vil tidligere forskning samt tidligere praksis kunne si noe om påstandene fortsatt er holdbare. Dersom det dannes ulike tolkninger og holdninger til mulige utfall av en påstand eller uttalelse kan man si at argumentet har visse svakheter. Dersom argumentet er klart og tydelig vil det ikke være rom for ulike oppfatninger og løsninger på hva som egentlig blir sagt. Jeg vil videre vurdere argumentene opp mot hverandre og dermed lettere kunne avdekke visse mønstre i argumentasjonen samt danne et bilde av hvilke argumenter og diskurser som blir vektlagt mer enn andre (Skivenes, 2010:4-5) (Stephen Toulmins argumentasjonsmodell, 2015).

De ulike diskursene vil si noe om formålet og tankesettet bak argumentet som igjen vil være med på å si noe om hvilke elementer og faktorer som blir sett på som viktige i saken. Dommernes forståelsesform når det kommer til barnets beste vil eksempelvis være basert på hva dommeren

selv mener vil være et fullverdig liv for det aktuelle barnet. Dersom dommeren velger å vektlegge den pragmatiske diskursen og eksempelvis samfunnskonsekvenser i større grad vil dette være med på å forklare hvorvidt domstolen avveier hensynet til barnets beste som så grunnleggende som hensynet krever eller om domstolen retter seg mot samfunnet i større grad. Fokuseres det for eksempel på barnets etiske rettigheter eller er det den pragmatiske diskursen og konsekvenser som vektlegges i stor grad? Innvandringsregulerende hensyn viser til kontroll og samfunnskonsekvenser, altså vil den pragmatiske diskursen være vektlagt i stor grad under hensynet. Man er opptatt av asylsøkerens situasjon og om eventuelle lovovertridelser har funnet sted. Tankesettet og forståelsesformen bak argumentene vil danne et større bilde av hvorfor de ulike hensynene får avgjørende vekt samt på hvilket grunnlag dette er blitt gjort. Det er viktig at jeg danner en forståelse av dette da jeg ønsker å si noe om rettens rolle i flyktningpolitikken samt hvordan Høyesterett vurderer og balanserer de ulike hensynene. Jeg kommer derfor til å kategorisere de ulike argumentene inn i de fire diskursene slik at jeg tydelig kan se hvilke diskurser som er mest vektlagt og på den måten systematisere argumentene. Tankesettet eller forståelsesformen til Høyesterett vil være grunnleggende for argumentasjonen og jeg velger derfor og tillegge dette stor vekt i analysen. Det frie skjønnet ligger hovedsakelig hos forvaltningen, men Høyesterett skal på lik linje vurdere og bruke eget skjønn i forhold til barnets beste og eksempelvis hvorvidt hensynene har fått den vekten de krever. Hvorvidt dommerne vektlegger den etiske eller pragmatiske diskursen vil da si noe om hvordan dommeren forstår dette samt hva han/hun tenker vil være det riktige og rettferdige i den gitte situasjonen. Når argumentene blir sammenkoblet med den aktuelle diskursen vil dette åpne opp for en bredere forståelse rundt tankesettet bak argumentene.

4.0 Metodisk tilnærming

Jeg skal i dette kapittelet redegjøre for de metodiske valgene som er tatt og hvorfor. Grunnet begrenset sidetall i denne oppgaven velger jeg kun å fokusere på metodene som er valgt og trekk ved disse som er spesifikke for oppgaven, slik at generell metodisk diskusjon blir utelatt. Jeg kommer til å legge frem kvalitativ innholdsanalyse som et rammeverk for argumentasjonsanalysen som skal gjennomføres. Jeg vil kort redegjøre for kilden som dokumentene er hentet fra som er Lovdata samt si noe om det konkrete utvalget mitt og hvilke kriterier som lå til grunn for utvalget. Deretter blir observasjonen i Oslo fremlagt med vekt på egne inntrykk og innhentet informasjon fra oppholdet. Jeg vil underveis redegjøre for hvordan min metodiske tilnærming og design egner seg til å belyse problemstillingen samt hva jeg har gjort for å styrke både den eksterne –og interne validiteten. Avslutningsvis vil jeg redegjøre for hvilke forskningsetiske refleksjoner jeg må vise hensyn til i mitt studie.

4.1 Den samfunnsvitenskapelige forskningsprosessen

Når man snakker om vitenskap kan dette referere til mange ulike metoder og tema. En god forklaring vil i denne sammenheng være slik Hans Petter Ulleberg skriver i artikkelen *”Forskningsmetode og vitenskapsteori”* (2002) hvor vitenskap først og fremst blir assosiert med at man ønsker å innhente ny kunnskap innenfor ulike felt. Dette ønsker man å gjøre gjennom et detaljert og planlagt forskningsdesign. Den vitenskapelige innsatsen er dermed avhengig av ambisjoner og metode (Ulleberg, 2002).

Innenfor samfunnsvitenskapen finnes det to metodologier. En god forklaring på begrepet vil være slik Moses og Knutsen (2012) skriver; metodologi sier noe om hvordan vi skaffer kunnskap (Moses and Knutsen, 2012). I denne sammenheng vil det være to ulike syn. Sletnes (2015) tar for seg det første synet som er naturalismen, også omtalt som positivismen, her vil man se ting som et objekt uavhengig av alt annet. Sletnes (2015) skriver her at man er opptatt av å innhente kunnskap ved hjelp av empirisk observasjon og sanseerfaring. Man vil ikke være opptatt av de samfunnsmessige forholdene samt subjektiv fortolkning, men man ønsker å fremstille data som er objektiv sann (Sletnes, 2015). Det andre synet er konstruktivismen. Moses og Knutsen (2012) legger frem hvordan konstruktivismen vektlegger kontekst og sammenhenger til det fenomenet som blir forsket på, altså mener man at fenomenet vil være konstruert. Fenomener og sannheter vil være avhengig og konstruert av våre erfaringer, moralske antagelser og reaksjoner. Innenfor

dette synet vil man hovedsakelig være opptatt av å avdekke forskningsspørsmål med hvordan og hvorfor. I mitt studie vil hovedsakelig konstruktivismen hjelpe meg med å skaffe kunnskap om hvordan Høyesterett vurderer de ulike hensynene i Utlendingsloven §38 samt danne en forståelse rundt rettens rolle på feltet sett i en større kontekst. Mine funn vil være påvirket av det som står skrevet i datamaterialet, men også mine oppfattelser og tolkninger av materialet. Dersom dette forskningsopplegget hadde blitt utført av en annen forsker ville datamaterialet blitt tolket annerledes, jeg er dermed bevisst på at mine funn danner seg på mine valg underveis i forskningsprosessen samt mine oppfatninger (Moses and Knutsen, 2012: 2-11).

4.2 Bakgrunn for valg av metode og forskningsdesign

Det var først og fremst problemstillingen som satte føring for valget av metode og forskningsdesign. Jeg var opptatt av å velge en metode som på en tilfredsstillende måte kunne hjelpe meg med å innhente kunnskap, jeg måtte derfor også se på hvilken type data jeg ønsket å bruke i forskningsopplegget. Grønmo (2011) presenterer både kvalitative og kvantitative data. Når man snakker om data vil dette referere til selve empirien og informasjonen vi innhenter. Kvantitativ data vil hovedsakelig være i form av tall og statistikk, da man ønsker å undersøke et stort antall enheter. Kvalitativ data er derimot mer opptatt av kjennetegn og egenskaper ved et fenomen. Man er her opptatt av å analysere sammenhenger og danne en forståelse av fenomenet, det er dermed denne type data jeg skal vektlegge i mitt studie (Grønmo, 2011).

Jeg ønsker at studiet både skal ha et normativt og et deskriptivt formål da jeg ønsker å se nærmere på argumentasjonen i Høyesterettsdommene. Spørsmålene i studiet er blitt styrt av spørreord som hvorfor og hvordan og jeg ønsket dermed å se nærmere på utsagn som innebærer vurdering og er rettleidende (normativt) samt utsagn som er beskrivende (deskriptivt). Sistnevnte, beskrivende, vil tillegges hovedvekt. For å kunne ta standpunkt til valget av metode valgte jeg også å se på hvilke teorier som falt inn under temaet. Argumentasjonsteori viste seg å være svært relevant da teorien sier noe konkret om holdbarheten og styrken til argumentasjonen som i dette tilfelle vil være uttalt av dommerne. En kvalitativ innholdsanalyse av dokumenter med argumentasjonsanalyse som hovedverktøy ble dermed valgt. Jeg vurderte andre metoder som eksempelvis kvalitativt intervju, men siden jeg var opptatt av selve argumentasjonen som hadde funnet sted under de fire Høyesterettsdommene var det innholdet i disse dommene samt begrunnelsene og vurderingene som hadde blitt dokumentert her som jeg var opptatt av. En

kvalitativ innholdsanalyse ville dermed hjelpe meg med å dekke store deler av feltet samt være med på å skape en større oversikt over konteksten.

4.3 Utvelgelse av datamateriell

Datamaterialet mitt er hentet fra Lovdata. Lovdata ble opprettet av Justisdepartementet i 1981 og formålet til stiftelsen er å vedlikeholde og opprette systemer som vektlegger rettslig informasjon. Lovdata gir tilgang til alle Høyesterett sine avgjørelser som er begrunnede (Lovdata, 2016).

Når jeg skulle velge ut datamateriale på Lovdata søkte jeg først på *"utlendingsrett"* og søket gav 728 treff, omfanget av saker var enormt. Jeg tok en avgjørelse og bestemte meg for at det var Høyesterettsdommene jeg ville vektlegge da dette er den øverste domstolen i Norge og dermed det øverste statsorganet sett sammen med Stortinget og Regjeringen. Høyesterett sine avgjørelser tillegges stor vekt og er dermed med på å sette retningslinjer for forvaltningens senere praksis. Avgjørelsene vil dermed ha stor betydning på lik linje med at det kun er de mest omfattende og særskilte sakene som oftest blir anket helt opp til Høyesterett. Jeg presiserte derfor søket ved å huke av på *"rettsavgjørelser og Høyesterett"* under *"rettskilde"*. Jeg reduserte i tillegg ønsket periode fra år 2010 til 2015, da jeg ønsket å se på bruken av den nye Utlendingsloven som ble vedtatt i 2010 og antall treff ble redusert til 22. Jeg avgrenset søket ved å huke av på *"sivile Høyesterettsdommer"* noe som resulterte i 18 treff. Jeg ønsket å fokusere på mindreårige asylsøkere og FNs Barnekonvensjon så jeg la derfor til søkeordet *"barnets beste"* og søket ble redusert til 8 treff. En av sakene omhandlet utnyttning av ekteskap med en norsk statsborger for å dermed innvilge oppholdstillatelse, en annen sak omhandlet hvorvidt det ville være urimelig å sende en person ut av Norge før saksbehandlingen i tingretten var ferdig behandlet. Det var også en sak som omhandlet en voksen innvandrer som ønsket oppholdstillatelse i Norge, ingen av disse sakene falt inn under mitt tema og var dermed ikke relevant for mitt studie. Jeg satt dermed igjen med 5 saker som i utgangspunktet var nokså like og relevante for mitt studie. Problemstillingen min, *"hva er rettens rolle i flyktningspolitikken?"* tilsier at sakene må være tilnærmet like for at jeg skal kunne si noe om rettens rolle på området samt se på likheter når det kommer til dommernes begrunnelser og vurderinger. Den ene saken omhandlet en familie fra Moldova hvor forvaltningen hadde avslått søknaden om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Familien anket saken til tingretten og anken førte frem, forvaltningen anket dermed videre til lagmannsretten. I lagmannsretten ble det tilføyet ny informasjon om morens

helsetilstand og domstolen forkastet dermed anken på grunnlag av nye vedtak i saken. Familien anket videre til Høyesterett, men Høyesterett henviste kun til lagmannsrettens dom og på grunn av de nye vedtakene måtte familien starte søkeprosessen på nytt. Selve Høyesterettsdommen ble dermed for tynn og kort for mitt studie og jeg endte dermed opp med fire Høyesterettsdommer som skulle fungere som grunnlag for analysen i studiet.

Dokumentene fra Høyesterettsdommene har det samme oppsettet og lengden varierer fra 14-38 sider. Shabazi-dommen er den lengste da denne dommen avklarer spørsmål som for eksempel hvilket tidspunkt som skal vektlegges noe som fører til at de senere dommene ikke diskuterer dette i like stort omfang. Alle sakene begynner med en kort redegjørelse for sakens bakgrunn samt hva de ulike partene står for og på hvilket grunnlag de mener at vedtaket skal fattes, her legger blant annet UNE frem utsnitt fra sitt vedtak som bygger opp om avgjørelsen som er tatt. Det blir på lik linje klargjort for hvilke lover, forskrifter, stortingsmeldinger og rapporter som er gjeldende. Deretter kommer avgjørelsen og begrunnelsen til førstvoterende dommer. Dersom noen av de andre dommerne i saken er uenig med visse påstander eller visse punkt under førstvoterende dommer sin begrunnelse blir dette fremlagt deretter. Avslutningsvis vil det være en stemmeavgjørelse som viser hvorvidt dommen har konsensus (enighet) eller dissens (uenighet) angående om anken er gyldig eller ugyldig.

Jeg ønsker med dette studie å si noe om hvordan Høyesterettsdommerne argumenterer og balanserer de ulike hensynene under Utlendingsloven §38 og dermed hvilke rolle retten har. Det innholdet som vil bli tillagt hovedvekt i dokumentene vil derfor være uttalelsene og vurderingene til dommerne i saken. For å opparbeide meg en forståelse av argumentene samt begrunnelsene til dommerne er det viktig at jeg også ser på de ulike partene sine hovedpåstander da dommerne vil bygge sine uttalelser på disse. Når dommerne skal presentere sine argumenter i saken må dommeren henviser til de ulike partene sine påstander samt stortingsmeldinger og rapporter som sier noe om det som skal reflekteres og diskuteres. De ulike partene henviser til lover og avsnitt fra tidligere begrunnelser, dommerne må på lik linje gjøre dette for å vise til hvorfor og hvordan de eventuelt er enig eller uenig med partene. Førstvoterende dommer i saken vil legge frem sin begrunnelse noe mer detaljert enn de andre dommerne da han/hun må gå igjennom alle

påstandene og vedtakene til de ulike partene. Førstvoterende dommer tar dermed for seg ett og ett punkt og går igjennom vedtaket på en systematisk måte.

4.4 Kvalitativ innholdsanalyse

Når man skal utføre en kvalitativ innholdsanalyse er det mest vanlig å bruke dokumenter i form av tekst. Grønmo (2011) skriver at dette kan være dokumenter som enten foreligger skriftlig eller muntlig, på papir eller for eksempel på internett. Man er her opptatt av å gå igjennom dokumentene på en systematisk måte med sikte på å kategorisere innholdet samt registrere den dataen som er relevant i forhold til problemstillingen (Grønmo, 2011:187)

Kvalitativ innholdsanalyse som metode har mange positive sider. Tekstene jeg skal analysere blir for det første ikke endret eller påvirket av det faktum at jeg studerer de. På lik linje vil innholdsanalyse være mindre omfattende enn for eksempel intervju. I mitt studie er dokumentene som skal analyseres offentlig tilgjengelig på Lovdata, dokumentene var dermed lette å få tilgang til. Dersom man skal utføre deltakende intervju understreker Grønmo (2011) at dette eksempelvis vil kreve planlegging, utforming av en intervjuguide og ikke minst avtale og forsikre seg om at respondentene ønsker å delta i et intervju. Med innholdsanalyse av dokumenter er det kun forskeren selv og tekstene som er involvert i analysen, man trenger derfor ikke å tenke over faktorer som kan tolkes av respondenten som for eksempel at man ikke vil fremstå for pågående og at man klart og tydelig må presentere tema intervjuet skal omhandle slik at respondenten ikke blir overrasket og dermed ukomfortabel. Reaktivitet vil på lik linje ikke dokumentene i mitt studie være utsatt for. Når man snakker om reaktivitet refererer man hovedsakelig til endring i datamaterialet, altså at dokumentene blir endret eller påvirket av selve forskningsprosessen. I mitt tilfelle er det ingen av dokumentene som jeg selv har bedt om at skal utformes, det vil dermed være tekster som allerede er skrevet før forskningsprosessen startet (Grønmo, 2011).

Når man skal analysere dokumenter i form av tekst vil det også være en fordel at slike dokumenter ofte fremstiller fenomenet som skal undersøkes på en detaljert måte. Bowen (2009) understreker dette med å skrive at arbeid med håndfast tekst vil kunne dekke store og detaljerte områder. Dokumentene jeg skal analysere vil være preget av en formell juridisk prosess noe som fører til at jeg kommer i dybden i hver enkelt sak noe som igjen vil være unikt for metoden. Referatene fra Høyesterett blir skrevet på en svært detaljert måte da dommerne må begrunne sine

påstander og argumenter med å henvise til tidligere saker, lover og andre relevante dokumenter. Dette fører til en systematisk gjennomgang av hva som er blitt gjort i tidligere liknende saker samt hvorfor dommeren tar den avgjørelsen han/hun gjør i den gitte saken. Når jeg skulle starte med selve innholdsanalysen var jeg først og fremst opptatt av at jeg måtte gjøre dette på en systematisk måte. Jeg valgte derfor å fokusere på en og en dom. Jeg begynte med den første og eldste dommen som skulle analyseres, Shabazi-dommen, og fortsatte så med påfølgende dom. Det tok ikke lang tid før jeg merket at jeg måtte inkludere andre dokumenter for å danne en forståelse samt opparbeide meg mer kunnskap på feltet. Stortingsmeldinger og rapporter ble helt nødvendig å lese og jeg måtte dermed gjøre meg kjent med lovverket, hva forvaltningen mente falt under de ulike hensynene, hvilke faktorer som skulle medberegnes og ikke minst omfanget av skjønn og selve skjønnsbruken til forvaltningen. Da dette falt på plass var jeg mer sikker på hva jeg konkret så etter samt bakgrunnen til ulike utsagn og konklusjoner. Jeg kunne dermed begynne å kategorisere innholdet i dokumentene slik at jeg kunne registrere data som var relevant sett opp mot problemstillingen (Bowen, 2009).

4.4.1 Kategorisering og registrering av data

Bowen (2009) skriver at forskeren selv kan påvirke tolkningen og utvelgingen av tekstene. Dette kan sees som en svakhet ved analysen, men jeg er bevisst på dette og vil derfor prøve å holde en så nøytral rolle som mulig til datamaterialet. Når jeg skulle begynne med selve kategoriseringen av innholdet satte jeg deler av teksten inn i tre kategorier, (1) innvandringsregulerende hensyn, (2) sterke menneskelige hensyn og (3) hensynet til barnets beste. I første omgang fordelte jeg alt innholdet i dokumentene som falt inn under de ulike kategoriene, dette gjorde jeg for å få en forståelse av omfanget av innholdet. Jeg vurderte innholdet opp mot hverandre og fortolket det basert på problemstillingen. Jeg gjorde dette først og fremst med en og en dom, deretter sammenlignet jeg innholdet i flere av dommene for å avklare om det var noe spesifikt mønster samt om noe av innholdet var det samme. Jeg innså raskt at det var mye av de samme politiske dokumentene samt tidligere praksis som ble henvist til på lik linje som de ulike hensynene ble vurdert med grunnlag i tilnærmet like standarder. Dette var ikke overraskende da både forvaltningen og Høyesterett skal følge tidligere praksis. Mye av innholdet i dokumentene falt automatisk utenfor kategoriene og jeg fikk dermed avgrenset omfanget av tekst som skulle analyseres. Kategoriene var langt fra fullstendige, men ga meg nok kunnskap og innsikt til å gå inn på selve argumentasjonen i dokumentene (Bowen, 2009).

Jeg opplevde enkelte ganger under selve utvelgingen og kategorisering at jeg falt inn under den juridiske diskursen da tekstene er basert på juridiske argumenter og oppfatninger. Argumentene jeg ønsker å analysere vil på lik linje være påvirket av den juridiske diskursen og vil derfor ha et juridisk preg over seg i funndelen. Jeg ønsker derimot under diskusjonen og analysen å fokusere mer på den samfunnsvitenskapelige diskursen da jeg ønsker å sette studiet inn i et samfunnsperspektiv. Jeg må da knytte funnene opp mot teoriene samt tidligere forskning og dermed fokusere mindre på den juridiske konteksten og tankegangen.

4.4.1 Kildekritisk og kontekstuelle vurderinger

Grønmo (2011) tar for seg ulike sider ved dokumentene som må vurderes. Når det kommer til den kildekritiske og kontekstuelle vurderingen la jeg ikke ned mye tid på dette da jeg raskt fikk tilgang til dokumentene gjennom Lovdata hvor tekstene var tilgjengelige. Når dokumenter som dette offentliggjøres stilles det krav til selve konfidensialiteten og personvern som Lovdata må følge. Dette gjør at dokumentene allerede er skrevet i henhold til de kravene som empirisk forskning krever. Relevansen til dokumentene var opplagt da jeg allerede hadde bestemt meg for at det var argumentasjonen i selve Høyesterettsdommene jeg ønsket å fokusere på. Hvorvidt dokumentene har autentisitet og troverdighet vil på lik linje være åpenlys da det er rettskilder og på den måten vil dokumentene tillegges en viss tillit. Stortingsmeldinger, rapporter og tidligere forskning styrket dokumentene og tilsa at de er autentiske. På lik linje er dokumentene troverdige da de følger tidligere rettspraksis og viser til lovverket. Tekstene representerer tolkning og bruk av lovverket på feltet samt hvilken praksis som blir fulgt. Budskapet til dokumentene er først og fremst å redegjøre for hvilke grunnlag og faktorer som er avgjørende i saken samt hvilke problemstillinger som må bli tatt høyde for (Grønmo, 2011).

4.5 Argumentasjonsanalyse

For å kunne belyse problemstillingen, *"hva er rettens rolle i flyktningpolitikken?"* vil det være viktig at jeg ser på selve vurderingen av argumentene som inngår i de ulike hensynene; innvandringsregulerende hensyn, sterke menneskelige hensyn og hensynet til barnets beste. Innsnevring og avgrensning av kategoriene var dermed nødvendig for å få en klarere oversikt over hvilke argumenter som var uttalt og vektlagt. Argumentene til domstolen vil være basert på tolkninger og begrunnelser til både familiene og UNE. Gjennom argumentasjon ønsker domstolen å begrunne hvorvidt de er enige eller uenige med de ulike partene samt på hvilket

grunnlag det eventuelle vedtaket er gyldig eller ugyldig. Jeg hadde på forhånd utformet fire spørsmål som jeg ønsket å undersøke i selve analysen og jeg valgte å bruke disse som en retningsnor for hva jeg er ute etter i de ulike dommene. Spørsmålene er som følger; (1) hva kan vi fastslå under de ulike hensynene? (2) Er det konsekvenser som ligger til grunn for avgjørelsene, altså den pragmatiske diskursen, eller ønsker Høyesterett å si noe om selve innholdet/begrepet under hensynene? (3) Er det variasjon eller endring i hensynene over tid? (4) Har flyktningstrømmen Norge står ovenfor i dag noen innvirkning på utfallet og eventuelt selve vurderingene av hensynene? Spørsmålene var med på å avgrense innholdet i kategoriene og på den måten spesifisere argumentasjonen under de ulike hensynene. Ved å se på hvilke argumenter som eventuelt er gjentakende i de ulike dommene kan man også danne en oppfatning av hvilke argumenter som vil være mer tungtveiende enn andre. Eventuelle endringer samt hvorvidt argumentene under de ulike hensynene beveger seg i en spesifikk retning vil være interessant å se nærmere på da det kan tenkes at tidligere praksis og vedtak setter en viss standard, mens samfunnssituasjonen i dag, både med tanke på rettsliggjøring og asylfeltet, kan tenkes å stille høyere krav til domstolen. Dette kan igjen føre til visse endringer angående hva som burde tillegges mer fokus og vekt, noe som igjen kan tenkes å påvirke rettens rolle. Nye argumenter er viktig på lik linje som forståelsen og tolkningen av de ulike hensynene da dette åpner opp for en eventuell utvikling og klarere praksis for hva som bør falle inn under hensynene.

Jeg vil her ta utgangspunkt i de seks punktene til Steven Toulmin (2015) sin argumentasjonsteori og kategorisere argumentene under de fire spørsmålene. Jeg ønsker med dette å få frem argumentets hovedfunksjon eller rolle i diskusjonen slik at jeg danner en forståelse av betydningen til argumentet. Når jeg eksempelvis tar for meg argumentasjonen under spørsmålet, *"hva kan vi fastslå under de ulike hensynene?"* må jeg kategorisere argumentasjonen inn i de seks punktene til Toulmin (2015) slik at jeg ser hva som er *påstanden, dokumentasjonen, undersøkelsesmetoden, motargumenter, argumentets ryggdekning* og *styrkemarkør*. Dette vil skape en oversikt samt sammenheng mellom argumentene. Jeg danner en forståelse for hvorfor de ulike påstandene blir hevdet samt på hvilket grunnlag dette blir vist til. Kategoriseringen av argumentene vil eksempelvis hjelpe meg med å svare på spørsmålet *"er det variasjon eller endring i hensynene over tid?"* Jeg vil ved hjelp av de andre spørsmålene kunne se hva som er påstandene, samt hvilken dokumentasjon og ryggdekning disse argumentene har. På den måten vil jeg også dermed kunne se hva som varierer og hva som har endret seg i argumentene. Er det

eksempelvis endring i motargumentene til påstandene? Hva støtter eventuelt påstandene, altså vil det være belegg eller ryggdekning for det som blir påstått? I denne sammenheng vil jeg også evaluere hvor pålitelige, realistiske og troverdige disse argumentene faktisk viser seg å være. Jeg kommer til å analysere argumentasjonen og dokumentene i lys av en større kontekst da tidligere forskning, domstolens tidligere praksis, rapporter og stortingsmeldinger kan si noe om holdbarheten, altså ryggdekningen til argumentene og dermed også om argumentasjonen inneholder visse svakheter (Stephen Toulmins argumentasjonsmodell, 2015). Skivenes (2010) poengterer at dersom et argument viser seg å ha flere tolkningsmuligheter samt ulike holdninger til mulige utfall vil argumentet ha visse svakheter. Desto mer klart og tydelig et argument er, desto sterkere og mer pålitelige vil det også være da det ikke vil åpne opp for ulike vurderinger og tolkninger av hva som egentlig blir sagt. Dette vil igjen eksemplvis bygge på hvorvidt det er blitt lagt frem motargumenter eller ikke (Skivenes, 2010: 4-5).

Jeg vil også vektlegge ordbruken i argumentene da Utlendingsloven §38 vektlegger dette. Innvandringsregulerende hensyn, som tidligere nevnt, er en *kan* bestemmelse, mens sterke menneskelige hensyn og hensynet til barnets beste er en *skal* bestemmelse. Argumentasjonen under de ulike hensynene vil dermed være styrt av dette og på den måten si noe om *styrkemarkøren* til argumentet som igjen vil si noe om svakheten eller styrken til argumentet. Som tidligere nevnt vil Toulmin (2015) sin teori hjelpe meg med utvelgelse av materiale samt danne en forståelse av argumentets rolle. Jeg vil i selve analysen bruke dette til å kategorisere argumentene inn under de ulike spørsmålene, men jeg velger å vektlegge pragmatisk, etisk, juridisk og moralsk diskurs i større grad. Dette er grunnet i problemstillingen da jeg ønsker å si noe konkret om rettens rolle i flyktningspolitikken. Dette vil hovedsakelig være basert på avgjørelsene til dommerne og hvilken rolle dette gir Høyesterett innenfor feltet. Tankesettet (diskursen) bak argumentene og dermed dommernes forståelsesform vil være med på å forme deres rolle. Toulmin (2015) sin teori vil på den måten danne det første grunnlaget for bedre oversikt og forståelse av innholdet i argumentasjonen, mens diskursene vil si noe om selve vurderingen og balanseringen av hensynene samt hvilken forståelsesform Høyesterett velger å vektlegge (Stephen Toulmins argumentasjonsmodell, 2015).

For å kunne utføre analysen må jeg, som tidligere nevnt, stille en rekke spørsmål til argumentasjonens holdbarhet og pålitelighet. Noen av argumentene vil fremstå mer klart og

tydelig enn andre, disse vil på lik linje være lettere å identifisere, kategorisere og plassere inn i de ulike diskursene samt punktene til Toulmin (2015). Hvorvidt argumentet faller inn under den pragmatiske, etiske, juridiske eller moralske diskursen vurderes ut ifra forståelsesformen til argumentet samt hvilke verdier argumentet gjenspeiler. Er det hovedsakelig fokus på barnets beste (etisk diskurs) eller samfunnskonsekvenser (pragmatisk diskurs)? Baserer argumentasjonen seg på rimelighet og rettferdighet eller er det mer fokus på loven og den faktiske samfunnssituasjonen i dag? Hovedfokuset under analyseringen av tekstene vil være på diskursene, argumentene vil dermed bli kategorisert inn under de ulike diskursene under hvert av spørsmålene. Jeg vil dermed i funndelen sitte med; tre hensyn; innvandringsregulerende hensyn, sterke menneskelige hensyn og hensynet til barnets beste. Argumentene vil deretter fordeles inn i materielle og prosedurale forhold. I analysen vil de fire spørsmålene bli diskutert med utgangspunkt i funnene og diskursene. Altså vil diskursene avslutningsvis si noe om hvilket tankesett som preger de ulike hensynene. Jeg vil med dette kunne si noe om hvilke verdier som ligger til grunn i argumentasjonen under hensynene samt hva som blir vektlagt. Hvilken diskurs som blir vektlagt vil si noe om hvordan Høyesterett ønsker å vurdere saken og dermed hvilken forståelse som ligger bak selve vedtaket (Skivenes, 2010) (Stephen Toulmins argumentasjonsmodell, 2015)

4.6 Deltakende observasjon

Grønmo (2011) refererer hovedsakelig til observasjon hvor forskeren innsamler data ved å observere en atferd. Altså vil forskeren se og høre på aktører mens de samhandler. Forskeren er dermed til stede der hvor de gitte handlingene eller hendelsene finner sted. Deltakende observasjon krever at forskeren deltar i for eksempel virksomheten til aktøren og forskerens rolle vil dermed være både som deltaker og som observatør (Grønmo, 2011: 141).

Den fjerde dommen ble avgjort i plenum i Høyesterett i november 2015, da jeg ble opplyst om dette tok jeg raskt kontakt med Høyesterett og spurte om det var mulig å observere saken. Det skulle være åpen rettssal og jeg bestemte meg dermed for å reise da dette var den eneste Høyesterettsdommen som skulle avgjøres i plenum i 2015. Som forsker var dette utrolig spennende da jeg nå skulle følge saken i fire dager og dermed få et større innblikk i selve argumentasjonen til UNE på den ene siden og NOAS og Redd Barna på den andre siden som forsvarte den afghanske familien saken omhandler. Før jeg reiste leste jeg saksgangen til

dommen både i tingretten og lagmannsretten slik at jeg hadde oversikt over sakens kontekst samt hvilke argumenter og begrunnelser domstolen hadde vektlagt i saken før den ble anket videre til Høyesterett. Dette var viktig da jeg som observatør måtte gjøre meg kjent med feltet jeg skulle observere samt være klar over hva de ulike partene skulle forsvare og vektlegge.

Selve høringen skulle vare i fire dager og jeg hadde allerede på dette grunnlaget dannet meg tanker om at omfanget av argumenter kom til å være stort, jeg bestemte meg derfor at fokuset og hovedprioriteringene under observasjonen ville være på de ulike hensynene samt eventuelle henvisninger til de tre resterende dommene jeg skal analysere. Saken omhandlet §28 under Utlendingsloven i tillegg til §38 som jeg fokuserer på, jeg bestemte meg derfor for å være noe mer passiv til argumenter og uttalelser rundt §28. Under selve observasjonen tok jeg notater av alt jeg mente var relevant i forhold til min problemstilling, jeg var spesielt opptatt av nye synsvinkler og argumenter under hensynene samt eventuelle spørsmål fra domstolen vedrørende partenes argumentasjon. De to første dagene var det statsadvokaten som hadde ordet, advokaten gikk her igjennom saken på en systematisk måte og NOAS og Redd Barna gjorde det på tilsvarende måte de to resterende dagene. Det ble lange og intense dager med mye inntrykk og ny informasjon. Innblikket i saksgangen og hvordan de ulike partene valgte å gå frem ga meg mye motivasjon da advokatene stilte spørsmål og trakk sammenhenger, spesielt rundt hensynet om barnets beste, som resulterte i et enda større engasjement fra min side. Etter den tredje dagen med observasjon hadde jeg fått samlet inn nok data til å begynne å analysere og trekke visse tråder mellom feltnotatene og argumentene jeg tidligere hadde kategorisert. Siden det kun var de ulike partene som uttalte seg disse dagene var jeg klar over at feltnotatene kun ville inneholde deres syn på saken. Problemstillingen min vektlegger Høyesterett sine argumenter og jeg måtte derfor vente til referatet og den endelige avgjørelsen lå tilgjengelig på Lovdata før jeg kunne begynne selve analysen. Feltnotatene fra observasjonen vil være med på å underbygge argumentene til Høyesterett da domstolen ofte er enig med enten UNE eller motparten og dermed bygger sine argumenter på deres uttalelser. Dette medfører at feltnotatene er relevante da det vil gi meg en bredere forståelse av vurderingene og begrunnelsene som Høyesterett tar utgangspunkt i.

Jeg var forberedt på at jeg måtte være åpen og til dels fleksibel da jeg aldri hadde observert en Høyesterettsdom tidligere, nye og uforutsette forhold som jeg ikke hadde tenkt på kunne derfor

dukke opp, noe det også gjorde. Før observasjonen startet hadde jeg bestemt meg for å ikke ta med argumentasjon som omhandlet flyktningsstatus og §28 under Utlendingsloven, det viste seg allerede den første dagen at denne argumentasjonen ville være relevant med tanke på min problemstilling. Uttalelsene under §28 var ofte sett i sammenheng med hensynet til barnets beste og hvorvidt en internflukt i Afghanistan ville være rimelig med tanke på barnets situasjon ble tillagt mye fokus. Balanseringen av hensynene vil være preget av dette og barnets beste vil ha stor vekt i avgjørelsen, jeg måtte dermed inkludere flere argumenter i feltnotatene.

På lik linje med dokument –og argumentasjonsanalyse understreker Grønmo (2011) at deltakende observasjon også vil være påvirket av mine tolkninger og oppfattelser. Under selve observasjonen tok jeg feltnotater av alt det jeg mente var interessant og relevant for mitt studie. Dersom man ser deltakende observasjon ut ifra et konstruktivistisk syn vil man si at forskeren selv velger å kun se det som interesserer han/henne og dermed vil sannheten bli konstruert basert på dette. Jeg var klar over dette og tok dermed notater av alt som ble sagt under de ulike hensynene slik at jeg ikke overså noe som i mine øyne var mindre interessant, men som ville være vesentlig i selve analysen (Grønmo, 2011).

Deltakende observasjon av den fjerde Høyesterettsdommen ga meg en rekke fordeler. For det første fikk jeg dekket hele konteksten av dommen. Dette førte til at jeg satt igjen med et mer helhetlig bilde av situasjonen til familien som dommen omhandlet. For det andre oppdaget jeg sammenhenger og nye vinklinger på temaet som jeg ikke hadde vært oppmerksom på tidligere. Statsadvokaten fokuserte mye på samfunnssituasjonen i dag og den forventede flyktningsstrømmen som trolig kommer til Norge, han la her frem problematikken rundt hvorvidt forholdene til det aktuelle barnet i Norge skal vurderes opp mot forholdene i hjemlandet til barnet og stilte dermed spørsmålet; *”vil det ikke i så fall alltid være til barnets beste å få bli i Norge?”* Det blir videre diskutert hvorvidt innskrivingen av hensynet til barnets beste i den norske Grunnloven tilsier noen endringer i vurderingen av hensynet noe statsadvokaten mener det ikke gjør, men at hensynet ble innskrevet i Grunnloven for å poengtere hvor viktig hensynet faktisk er. Videre ble det diskutert hvor stor betydning de generelle kommentarene til FNs Barnekomité skal ha i tolkningen av hensynet. Dette var utrolig kunnskapsrikt og nyttig informasjon for mitt studie. Diskusjonene og argumentene rundt eksempelvis dette blir ikke presentert i like stor grad i

referatet som senere ble offentliggjort på Lovdata. Referatet fokuserer, som tidligere nevnt, hovedsakelig på dommerne sine utsagn og de ulike partene sine påstander blir dermed forkortet og presisert i referatet. Observasjon gir altså forskeren en førstehåndserfaring med selve feltet og jeg fikk under observasjonen fått i informasjon og kunnskap som jeg ikke nødvendigvis vill fått tilgang til under eksempelvis et intervju⁷.

4.7 Analytisk tilnærming

Grønmo (2011) presenterer både induktiv og deduktiv tilnærming for datamaterialet. Når man snakker om en deduktiv tilnærming går man fra teori til empiri, altså vil man utføre en hypotese-testing for å bekrefte eller avkrefte visse antakelser på feltet. Jeg har valgt en induktiv tilnærming for mitt datamateriale, som vil være det motsatte av deduktiv. En induktiv fremgangsmåte innebærer at man går fra empiri til teori, altså er man opptatt av å lage teorier ut i fra empirien eller studie man forsker på. Jeg ønsker å si noe om rettens rolle i flyktningpolitikken, jeg må derfor opparbeide meg nok kunnskap til å kunne utvikle bestemte teorier om hva denne rollen er. Da jeg skal analysere fire Høyesterettsdommer vil disse dommene være med på si noe om de generelle trekkene ved slike avgjørelser og jeg vil dermed kunne si noe om mønsteret samt mulige teorier om hvorfor vurderingen av de ulike hensynene samt rettens rolle er som den er. Jeg vil avslutningsvis i funndelen presentere tabeller hvor jeg oppsummerer de viktigste argumentene under hvert av hensynene. Tabellene skal hjelpe meg med å avdekke eventuelle mønster samt vise hvilke argumenter som er gjengående og mer tungtveiende enn andre (Grønmo, 2011)

I tillegg er jeg opptatt av en beskrivende tilnærming, altså en deskriptiv tilnærming. Studiet mitt vil være beskrivende da jeg ønsker å belyse og avdekke faktiske forhold. Beskrivelsene vil omhandle meningsytringene og argumentasjonen til dommerne. De analytiske trekkene ved denne tilnærmingen skriver Grønmo (2011) at først og fremst vil være at forskningen relaterer seg til tidligere forskning samt at Høyesterett har visse standarder for hvordan forholdene og sakene bør behandles. Et annet analytisk trekk ved studiet vil være at det er dynamisk. En dynamisk beskrivelse av balanseringen mellom de ulike hensynene vil fremheve hvordan denne balanseringen endres eller utvikles over tid. Slike beskrivelser vil være med å utvikle ny kunnskap og innsikt om samfunnsforholdene. Beskrivende studier vil på den måten være med på

⁷ Referer her til observasjon av plenumsdom Rt. 2015 s. 1388 i Oslo 9-12.november 2015.

å understreke at eventuelle samfunnsforhold enten er som vi forventet eller at de ikke er det (Grønmo, 2011:356-357).

4.8 Datakvalitet

Datamaterialets kvalitet kan være vanskelig å si noe konkret om, men Grønmo (2011) skriver at desto mer velegnet data man har til å belyse problemstillingen desto høyere vil kvaliteten på datamaterialet være. For å sikre seg en god datakvalitet må man kunne si noe om at datamaterialet reflekterer sann informasjon samt faktiske forhold til den aktuelle problemstillingen. Man må velge ut informasjon på en systematisk måte og utvelgingen av enheter må være i samsvar med problemstillingen og dermed utvelges på en forsvarlig måte. En forsvarlig innsamling av data må også vektlegges da det er ønskelig at datamaterialet blir minst mulig påvirket av selve forskningsprosessen. Dersom disse forutsetningene er oppfylt vil man kunne si at det til sammen utgjør høy datakvalitet. Jeg vil videre gå inn på hvorvidt datamaterialet har høy eller lav validitet (gyldighet) sett opp mot problemstillingen (Grønmo, 2011: 217-220).

4.8.1 Validitet

Grønmo (2011) skriver at når man snakker om datamaterialets validitet ønsker man å si noe om hvorvidt materialet er gyldig sett opp mot problemstillingen som skal besvares. Dersom forskningsopplegget og innsamlingen av data resulterer i data som er relevant i forhold til problemstillingen vil validiteten være høy. Altså vil validiteten være høy desto bedre datamaterialet svarer til forskerens intensjoner. Hvorvidt undersøkelsesopplegget er egnet til å innhente relevant data for problemstillingen er det dermed validiteten som viser. Når man snakker om validitet i seg selv refererer man ikke kun til datamaterialet som skal brukes. Man ønsker å si noe om gyldigheten til begrepene som blir presentert samt teoriene som blir brukt, og hvorvidt dette til sammen resulterer i gyldig data og svarer på det man faktisk er ute etter. Et studie vil inneholde både en intern og ekstern form for validitet. Dersom undersøkelsesopplegget, datainnsamlingen og operasjonaliseringen blir gjennomført på en tilfredsstillende måte og resulterer i en konklusjon om årsakssammenheng som er gyldig for problemstillingen vil man kunne si at den interne validiteten er høy. Den eksterne validiteten går mer på hvorvidt resultatene man kommer frem til kan generaliseres eller ikke (Grønmo, 2011:221).

For å styrke validiteten på den kvalitative dokumentanalysen valgte jeg å gå mer konkret til verks gjennom en argumentasjonsanalyse. Validiteten med tanke på problemstillingen ble mer tydelig

og den indre validiteten til oppgaven ble sterkere. Mine intensjoner med dette undersøkelsesopplegget vil være å danne en forståelse og et bilde av rettens rolle på dette feltet samt hvordan de vurderer de ulike hensynene. Det kan i utgangspunktet være vanskelig å si noe konkret om hvor godt samsvar det er mellom dataen og problemstillingen da det er varierende hva man legger i godt samsvar. Validiteten har blitt forbedret underveis i forskningsløpet da jeg har utelukket dokumenter som har vist seg å ikke være relevante samt forminsket materialet jeg skal jobbe med ved å kun fokusere på argumentasjonen til Høyesterett. For å unngå en ensidig og snever analyse samt redusere risikoen for at data skulle bli utelukket eller oversett, bestemte jeg meg for å dra på deltakende observasjon av den fjerde og siste Høyesterettsdommen i Oslo (Grønmo, 2011).

Observasjonen av den siste Høyesterettsdommen styrket validiteten til den innsamlede dataen da feltnotatene førte til en utvikling av nye synspunkter samt styrket påliteligheten til dokumentene og argumentasjonen som senere ble tilgjengelig gjennom Lovdata. Samsvaret mellom observasjonen og referatet var stor. Da jeg leste referatet merket jeg at dette var noe lettere enn de tidligere dommene da observasjonen og detaljene i partenes uttalelser fungerte som kontekst for det Høyesterett her vurderte og begrunnet. Feltnotatene dannet en økt forståelse for diskursene og mønsteret til dommerne i avgjørelsene. Validiteten på observasjonen ble med det mer tydelig.

Den eksterne validiteten vil det være vanskeligere å si noe konkret om da jeg ikke har en ferdigarbeidet analyse og dermed ikke fullstendige resultater. Vil forskningen min kunne si noe om mindreårige asylsøkere generelt eller vil resultatene kun gjelde for de fire Høyesterettsdommene jeg vektlegger? Siden jeg skal se på de fire Høyesterettsdommene som etter min mening har hatt størst betydning innenfor dette feltet mener jeg at resultatene kan generaliseres. Både forvaltningen og Høyesterett skal følge tidligere praksis. Dette medfører at mine funn vil basere seg på en behandlingsprosess og avgjørelsesprosess som følger tidligere praksis til liknende saker på feltet. Noen vil hevde at forvaltningen blir påvirket av for eksempel samfunnssituasjonen i dag med tanke på flyktningstrømmen og dermed vil være noe strengere i sine avgjørelser, men min påstand vil være at domstolen ikke skal la seg påvirke av slike momenter, jeg tar dermed utgangspunkt i at resultatene mine vil kunne generaliseres da like saker skal bli behandlet likt (Grønmo, 2011).

4.9 Forskningsetiske refleksjoner

De nasjonale forskningskomitéer (2006) presenterer hvordan forskningsetikk først og fremst refererer til ett sett av verdier, institusjonelle ordninger og normer som bidrar med å regulere og konstituere den vitenskapelige virksomheten. Altså er man her opptatt av en slags vitenskapsmoral (De nasjonale forskningsetiske komiteer, 2006: 5).

”Forskere skal følge forskningsetiske normer, som krav til redelighet, upartiskhet og åpenhet for egen feilbarlighet” (De nasjonale forskningsetiske komiteer, 2006: 8)

For å kunne få en klarhet i hva dette innebærer finnes det forskningsetiske retningslinjer som skal fungere som et hjelpemiddel for forskeren. De nasjonale forskningsetiske komiteer (2006) skriver at disse retningslinjene vil ha visse likheter med lovverket da mye av det som blir sett på som straffbart også vil bli sett på som uetisk. Dersom man for eksempel skal gjennomføre forskning med intervju som metode må respondenten gi sitt samtykke på at han/hun vil delta, dette vil bli sett på som et etisk hensyn. Som tidligere nevnt har Lovdata visse retningslinjer for personvern og anonymisering, dokumentene som inngår i mitt studie vil på den måten møte de forskningsetiske hensynene på dette området. Studiet mitt inneholder på lik linje ikke noen annen form for personlige opplysninger og jeg har dermed ikke behov å ta kontakt med Norsk senter for forskningsdata (NSD) for å melde om forskningsprosjektet mitt. NSD (2016) krever at alle prosjekter som inneholder en form for personopplysninger skal meldes inn til dem hvor prosjektet må bli godkjent før selve innsamlingen av data starter (De nasjonale forskningsetiske komiteer, 2006: 5-7) (NSD - Norsk senter for forskningsdata, 2016).

I referatene fra Lovdata er det visse deler av innholdet man lett kan være enige om, slik som for eksempel familiens hjemland, alder på det aktuelle barnet, hvor lenge de har oppholdt seg i Norge og hvilken identitet de har. Det vil også være deler av innholdet som har et mer normativt preg og dermed vil dette også bli dømt og vurdert annerledes. Dette er elementer som sier noe om alvorligheten i situasjonen til familien og barna. Alvorligheten rundt barnets situasjon samt en eventuell retur vil variere ut ifra individuelle syn og vurderinger. Dette er viktig å bemerke seg når man skal analysere innholdet i dokumentene at dommerne har ulik skrivestil, det vil dermed være variasjon i hvordan de ulike dommerne velger å ordlegge seg. Når man skal analysere slike dokumenter må man derfor være tro mot innholdet og presentere innholdet akkurat slik som det

blir fremstilt i teksten. Nemndledere i UNE vil eksempelvis ha ulikt skjønn når det kommer til situasjonen til de personene som saken berører og vedtaket vil dermed bli påvirket av dette. Det vil dermed være viktig at jeg som forsker er klar over effekter som dette og dermed også resonnerer om dem (De nasjonale forskningsetiske komiteer, 2006) (Grønmo, 2011).

De nasjonale forskningskomiteer (2006) skriver videre at det på lik linje ved gjennomføring av et forskningsopplegg vil være viktig at forskeren viser til sann forskning. Altså at analysen og selve forskningen bygger på riktig informasjon og ikke noe som er oppdiktet eller basert på uriktige opplysninger. Forskeren skal oppfylle kravet om vitenskapelig redelighet. En slik redelighet vil være gjeldende i all form for forskning og eksempelvis plagiat vil bli sett på som et alvorlig brudd på dette. Det vil derfor være viktig i min presentasjon av funn at jeg presenterer alle funn og fremlegger de slik som de faktisk er. Jeg må ikke utelukke visse funn fordi de eksempelvis går i motsatt retning av hva jeg ønsket å se nærmere på (De nasjonale forskningsetiske komiteer, 2006: 25).

5.0 Funn

Når det kommer til Høyesterettsdommene skal jeg som tidligere nevnt fokusere på de ulike hensynene under Utlendingsloven §38. Jeg skal ved presentasjon av dommene få en oversikt over argumenter som utfyller og underbygger hensynene og dermed se på hva som kan være avgjørende for vektlegging av de ulike hensynene. Shabazi-dommen vil bli lagt frem noe mer detaljert enn de tre andre da denne dommen vil fungere som en retningslinje for senere dommer og praksis. Det blir blant annet, som tidligere nevnt, fastslått i denne dommen at det er vedtakstidspunktet som skal vektlegges, dette vil være avgjørende for hvilke faktorer som ilegges hensynet til barnets beste, innvandringsregulerende hensyn og sterke menneskelige hensyn. Det vil være gjentakende argumenter i dommene, jeg velger å ikke fokusere for mye på disse da jeg vil vektlegge nye argumenter som er tilstede i de senere dommene samt nye innfallsvinkler som eventuelt kommer til syne da det vil være mer aktuelle funn sett opp mot problemstillingen. Jeg ønsker som sagt å si noe om rettens rolle innenfor flyktningpolitikken og da vil en eventuelt utvikling av elementer som faller inn under hensynene eller nye vinklinger være relevant. Gjentakende argumenter, likheter samt argumenter som taler for og i mot de ulike hensynene vil bli presentert avslutningsvis i kapittelet ved hjelp av tabeller og dermed oppsummere funnene.

Jeg kommer til å presentere Høyesterettsdommene separat hvor jeg kategoriserer argumentasjonen inn i innvandringsregulerende hensyn, sterke menneskelige hensyn og hensynet til barnets beste. Under hvert av hensynene vil jeg først kort presentere argumentene til de ulike partene, deretter vil jeg presentere Høyesterett sine argumenter. Jeg skal i analysen kun ta utgangspunkt i Høyesterett sine argumenter, men det er viktig at jeg her presenterer de ulike partene sine argumenter da Høyesterett vil bygge sine argumenter med utgangspunkt i disse. Argumentene som er uttalt av Høyesterett vil bli delt inn i materielle – og prosedurale forhold. Jeg vil knytte argumentene opp mot etisk, moralsk, pragmatisk og juridisk diskurs sett opp mot argumentasjonsteorien. Materielle forhold vil være argumenter som tar for seg hvilke elementer og faktorer ved barnets situasjon som skal vurderes. Her blir eksempelvis alder, helse, utdanning, familie, språk samt tilknytning til riket vektlagt. Når det kommer til de prosedurale forholdene går dette mer på vektleggingen av de ulike hensynene, hvorvidt hensynet til barnets beste har fått den tyngden hensynet skal ha som et grunnleggende hensyn samt hvorvidt hensynene er blitt vurdert opp mot motstående hensyn.

Her er en oversikt over Høyesterettsdommene med årstall og hvorvidt de endte med dissens (uenighet) eller konsensus (enighet) samt hvorvidt familien fikk oppholdstillatelse eller ikke. Dette vil være viktig når jeg skal danne en forståelse av balanseringen og vurderingen av hensynene samt se på hvor stor enighet/uenighet det er mellom dommerne.

De fire Høyesterettsdommene	Årstall	Konsensus	Dissens	Resultat
Shabazi-dommen	2012		✓	Får ikke opphold
Delic-dommen	2012		✓	Får ikke opphold
Maria-dommen	2015	✓		Får opphold
Afghansk familie	2015		✓	Får ikke opphold

5.1 Rt. 2012 s. 1985 Shabazi-dommen – den første plenumsdommen

Dommen omhandler en familie fra Iran med to barn på 4 og 9 år. Familien kom til Norge i 2005 og søkte om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, UDI avslo dette. I 2006 får familien midlertidig oppholdstillatelse for å kunne fullføre sønnen Mahdi (9) sin påbegynte behandling av tuberkulose. Familien har vært pliktet til å forlate landet fra 2009 og har søkt om omgjøring av vedtaket til UNE flere ganger. Det var i 2010 av familien gikk til sak mot UNE og både tingretten og lagmannsretten avslo vedtaket til familien. Familien anket dermed saken til Høyesterett i 2012 og mente det var til barnas beste å få bli i Norge. Som tidligere nevnt legger denne dommen vekt på tidspunktet og setter en standard for at det er vedtakstidspunktet som skal vektlegges (Rt. 2012 s.1985, 2012).

5.1.1 Innvandringsregulerende hensyn

Tilknytningen til barna er opparbeidet gjennom ulovlig opphold og innvandringsregulerende hensyn blir dermed vesentlig (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 120-133).

5.1.1.1 Argumentene til de ulike partene

Familien har oppholdt seg ulovlig i Norge, drøye tre år. Dette vil isolert sett være grunnlag for å ikke innvilge opphold. Det ble gitt midlertidig oppholdstillatelse under det lovlige oppholdet slik at sønnen Mahdi kunne gjennomføre sin behandling for tuberkulose, en slik tillatelse vil på lik linje med andre oppholdstillatelser innebære en begrenset periode som for eksempel

studietillatelse. Slike tillatelser innebærer at man etter tiden er utløpt må forlate landet frivillig, familien overholdt ikke dette og innvandringsregulerende hensyn skal derfor veie tyngst (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 205-215).

Det blir i tillegg nevnt at innvandringsregulerende hensyn i sin alminnelige form ikke kan tillegges tyngre vekt enn barnets beste da det kun i så fall skal være hensyn som baserer seg på rettigheter. (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 30-35).

5.1.1.2 Høyesterett sine argumenter

Materielle forhold

Det er respekten for øvrige regler i loven og omfanget av konsekvenser under innvandringsregulerende hensyn som er sentrale i denne saken (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 152-167). Innvandringsregulerende hensyn, vil i denne saken være saklige, det blir lagt vekt på det faktum at man ikke ønsker at andre barn skal havne i samme situasjon. Man er her redd for ankerbarn og at foreldre skal bruke sine barn som en grunn til å få innvilget oppholdstillatelse. Domstolen må tenke på senere praksis og omfanget av tilsvarende familier i samme situasjon (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 200-203). Innvandringsregulerende hensyn kan ikke gjennomføres uten å vise hensyn til barnets beste, en retur vil eksempelvis ikke være gjennomførbar dersom man ikke kan sikre at barnet får en tilfredsstillende omsorg i hjemlandet (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 178-199). Argumentene vil her hovedsakelig være basert på pragmatisk, juridisk og moralsk diskurs da det er empirisk fakta og lovverket som Høyesterett viser til. Slik empirisk fakta er nødvendig for å nå en spesifikt mål på lik linje som det blir argumentert for at Høyesterett må se på hvilke konsekvenser en eventuell innvilgelse eller avslag på oppholdstillatelse vil medføre. Argumentene sier noe om familiens situasjon og hvilke punkt under innvandringsregulerende hensyn som er gjeldende i saken og understreker dermed at loven er gjeldende uavhengig av situasjonen til familien.

Prosedurale forhold

Domstolen kan prøve rettsanvendelsen til forvaltningen, men når det kommer til bruken av skjønn vil prøvingen være noe begrenset. Dette vil spesielt gjelde innvandringsregulerende hensyn da det er en *kan* bestemmelse (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 200-203). Innvandringsregulerende hensyn kan ikke veie tyngre desto tyngre og sterkere tilknytningen er,

det vil i så fall være totalt motsigende. Hvorvidt sønnen ble smittet av tuberkulose i Norge eller før han kom hit er uvesentlig og sykdommen var aldri på noe tidspunkt grunnen til at familien kom til Norge. Det ville være mest gunstig å behandle sønnen for sykdommen i Norge og dermed skal ikke denne oppholdstiden tillegges mindre vekt (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 205-215). Juridisk og moralsk diskurs blir hovedsakelig vektlagt her da argumentene er basert på skjønn rundt loven og hvorvidt det er moralsk riktig å vektlegge innvandringsregulerende hensyn uten å vektlegge hensynet til barnets beste. Det at ulovlig oppholdstid taler for utkastelse, men samtidig fører til at tilknytningen til Norge blir større er et dilemma og både etisk og moralsk diskurs vil være relevant. Etisk diskurs sier noe om hva som vil være et godt og givende liv for det aktuelle barnet, på lik linje vil moralsk diskurs fremme det faktum at loven er gjeldende for alle og dermed er ikke denne saken noe unntak. Det må derfor vurderes hvor stor og hvor grov lovovertrædelsen er i forhold til barnets situasjon og interesser. Argumentasjonen under dette hensynet er særdeles relevant da dette er håndfaste punkt som familien har overholdt eller ikke. Hensynet retter seg mot samfunnet og de politiske avveiningene, man er opptatt av det kollektive og vårt felles beste. Argumentene under innvandringsregulerende hensyn vil dermed være sentrale i analysen da punktene samt problemstillingene under dette hensynet ofte er motstridende til både sterke menneskelige hensyn og hensynet til barnets beste.

5.1.2 Sterke menneskelige hensyn

Sterke menneskelige hensyn samt tilknytning til riket må vurderes og det skal gis en konkret vurdering av hvilke momenter og faktum som ligger til grunn for at oppholdstillatelse innfris eller ikke (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 152-167).

5.1.2.1 Argumentene til de ulike partene

Sønnen sin tilknytning til riket blir vektlagt og det blir her hevdet at den ulovlige oppholdstiden og den økende tilknytningen sønnen har opparbeidet seg skal bli medberegnet i vurderingen etter §38. Innvandringsregulerende hensyn samt den ulovlige oppholdstiden blir vektlagt i stor grad da Mahdi ikke skal måtte ta konsekvensene av foreldrenes valg (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 19-30). Det blir understreket at artikkel 12 under FNs Barnekonvensjonen ikke har blitt tatt hensyn til, altså barnets rett til å bli hørt (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 152-167). Sterke menneskelige hensyn bør veie tungt og hensynet må bli tillagt den vekten som er påkrevd. Det blir presisert at tilknytning til riket som oftest vil være opparbeidet gjennom ulovlig opphold. Dersom tilknytning

til landet alene aldri skal kunne være nok grunnlag til å innfri oppholdstillatelse, vil dette være i strid med hensynet til barnets beste (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 30-35).

5.1.2.2 Høyesterett sine argumenter

Materielle forhold

Hensynet blir vurdert opp mot tidligere praksis og retningsnormen til UNE som tilsier at fire og ett halvt års oppholdstid og ett år skolegang vil være lik med sterk tilknytning til riket for barnet (Rt. 2012 s.1985, 2012: avsnitt 154-157).

På vedtakstidspunktet var datteren 3 ½ år og bodd hele livet sitt i Norge. Dette er ikke nok for å knytte seg til landet da datteren er veldig ung og at hennes tilknytning først og fremst vil være til foreldrene. Det er først når barn blir eldre og begynner på skolen samt fritidsaktiviteter at tilknytningen til Norge eventuelt vil være grunnleggende. Sønnen sin situasjon er annerledes. Mahdi har egentlig tilknytning til riket som kan være grunnlag nok for oppholdstillatelse. Han er 7 ½ år og har bodd i Norge i seks år. Barnehage og skole har vært en del av hans hverdag siden skolepliktig alder. Mahdi behersker norsk godt og er med i fritidsaktiviteter samt har mange venner i Norge. På grunnlag av dette innfrir Mahdi kravene under §38 første ledd og det vil dermed være til sønnens beste å få bli i Norge (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 152-167). Argumentene som tar for seg barnas situasjon vil gå inn under etisk diskurs da man er opptatt av hva som vil være en god barndom for det aktuelle barnet samt hva som vil være til barnets beste. Vil tilknytningen og tilhørigheten til Norge tilsi at det beste for barnet er å få bli i Norge eller ikke? Man er her opptatt at hva som vil være best for barnet og det konkluderes med at for sønnen Mahdi vil først og fremst et godt og givende liv være i Norge. Argumentasjonen rundt hvorvidt barna har opparbeidet sterk tilknytning eller ikke vil bli vektlagt videre i analysen, da det viser seg at selv om kravene er innfridd under dette hensynet gir det ingen spesiell effekt på selve avgjørelsen. Tilknytning og tilhørighet til samfunnet er viktig for et individ om man skulle kunne tenke seg at dersom barnet har sterk tilknytning til Norge vil det være uetisk og ikke la barnet få bli i Norge.

Høyesterett argumenterer videre for at situasjonen til Mahdi er blitt vurdert riktig og at denne vurderingen ikke ville vært noe annerledes dersom Mahdi hadde fått uttalt seg. Dette argumentet

kan man si går i mot den moralske diskursen da moralen innenfor lovverket er at loven er gjeldende for alle, på lik linje som at alle barn har rett til å bli hørt under artikkel 12 i FNs Barnekonvensjonen. Den moralske diskursen er opptatt av normer og verdier som er allment kjent og akseptert, artikkel 12 vil gå inn under dette. Mahdi fikk ikke uttalt seg og dermed vil noe som blir sett på som moralsk riktig brutt. Dette argumentet ser jeg på som særdeles viktig. Dette har i tillegg blitt kritisert av både NOAS og media i ettertid. Artikkel 12 blir vektlagt i større grad i de senere dommene noe jeg skal presentere senere i kapittelet og ta med videre til analysen (Rt. 2012 s.1985, 2012).

Det blir også redegjort for at Mahdi sin tilknytning til Norge ikke veier tungt nok da han vil returnere til Iran sammen med sine foreldre. Begge foreldrene er i stand til å gi omsorg til barna, familien vil i tillegg ha familienettverk i Iran (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 152-167). Argumentene retter seg mer over mot den pragmatiske diskursen da man er mer fokusert på empirisk fakta og situasjonen til familien dersom de returnerer til Iran.

Under sterke menneskelige hensyn blir problemstillingen angående Mahdi og hvorvidt barnet skal måtte ta konsekvenser for foreldrenes valg også vektlagt. Her kan man igjen se at problematikken rundt ankerbarn er aktuell. Det er viktig at man tar hensyn til årene som påløper og tilknytningen som blir sterkere. Dersom en retur vil være forsvarlig, isolert sett, vil tilknytningen til Norge gjennom språk, kultur og sosiale bånd uansett tilsi at oppholdstillatelse skal innfris. Problemstillingen angående om barna skal ta konsekvensene av foreldrenes valg er gjeldende og dessverre en realitet. I mange tilfeller vil barn være under bestemmelsen av sine foreldre og dersom foreldrene velger å oppholde seg ulovlig i Norge blir dette også en hverdag for barna (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 178-199). Uavhengig om man skal ta utgangspunkt i vedtakstidspunktet eller domstidspunktet så vil de påløpte to årene for sønnen sin tilknytning til riket måtte vektlegges i større grad nå i forhold til da saken ble behandlet i 2010 (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 205-215).

Mahdi sin tilknytning til Norge var allerede på vedtakstidspunktet seks år noe som oppfylder kravene for oppholdstillatelse, det vil derfor være til Mahdi sitt beste å få bli i Norge. Men siden sønnen sin tilknytning også er opparbeidet gjennom ulovlig opphold vil dette tilsi at desto

sterkere tilknytningen til barnet er, desto mer taler det i mot at oppholdstillatelse skal gis, den økte tilknytningen vil dermed være lik med null. Dette vil altså bety at desto sterkere tilknytning barnet har til Norge, som vil medføre at barnets beste er å få bli i landet, desto mer skal innvandringsregulerende hensyn vektlegges. Det er enighet om at det ulovlige oppholdet samt foreldrenes motarbeidelse til frivillig retur kan vektlegges, men det blir understreket at slike faktorer sjeldent kan være avgjørende elementer i en sak som omhandler barn som har en såpass sterk tilknytning til riket som Mahdi har (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 205-215). Problemstillingen rundt ankerbarn er omstridt da innvandringsregulerende hensyn på den ene siden viser til respekten for øvrige regler, altså at man skal overholde sin utreiseplikt, dermed pragmatisk, juridisk og moralsk diskurs. Mens sterke menneskelige hensyn på den andre siden vektlegger tilknytningen til riket og dermed etisk diskurs. Dilemmaet rundt ankerbarn inneholder dermed alle diskursene og mange lover, hensyn, verdier og faktorer som skal vurderes. Dette er en av problemstillingene som er svært sentral i Utlendingsloven da spesielt innvandringsregulerende hensyn strider i mot hensynet til barnets beste og dermed også sterke menneskelige hensyn til en viss grad. Jeg kommer til å diskutere problematikken rundt ankerbarn mer utfyllende i analysedelen.

Prosedurale forhold

Det vil her være viktig at man vektlegger barnas tilknytning til riket i større grad enn det ulovlige oppholdet da tilknytningen allerede for sønnen Mahdi var sterk i 2009. Da det er en totalvurdering av oppholdstiden til barnet som skal ligge til grunn for hvor sterk tilknytningen er, vil ikke ulovlig opphold ha avgjørende effekt selv om det isolert sett vil tale imot opphold (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 178-199). Sterke menneskelige hensyn vil på lik linje med innvandringsregulerende hensyn hovedsakelig være påvirket av forvaltningens skjønn da sterke menneskelige hensyn og tilknytning til riket er vagt og vanskelig å si noe konkret om. Tilknytningen vil eksempelvis være påvirket av antall år, alder på barnet og situasjonen barnet befinner seg i på det antatte tidspunktet. Hva som vil være sterk nok tilknytning til riket for å innfri oppholdstillatelse vil ligge i forvaltningens frie skjønn (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 200-203). Den etiske diskursen blir vektlagt da Høyesterett henviser til forvaltningens skjønn og dermed hva som vil være det beste for barnet. Det vektlegges her at man først må vise til pragmatisk, juridisk og moralsk diskurs å se på eventuelle lovbrudd samt hvilke punkt som vil være gjeldende. Deretter må man vurdere barnets situasjon ut ifra etiske verdier og normer. Selv

om loven viser til visse lovovertridelser vil eksempelvis en utkastelse være i tråd med de rettighetene og normene som er gjeldende for barnet? Dette vil jeg, som tidligere nevnt, se nærmere på da det er viktig argumentasjon for analysen siden argumentene sier noe om vekten en eventuell tilknytning, dermed sterke menneskelige hensyn, skal ha når Høyesterett tar en avgjørelse.

5.1.3 Hensynet til barnets beste

Det blir her argumentert for hvorfor og hvordan hensynet om barnets beste har blitt forsvarlig vurdert og avveid mot motstående hensyn. Argumentene er basert på skjønn og hva de ulike partene mener ligger i ordlyden "*barnets beste*" samt "*grunnleggende hensyn*".

5.1.3.1 Argumentene til de ulike partene

Det vektlegges at Mahdi har en sterk tilknytning til Norge og med hensyn til helsetilstanden hans er det til hans beste å få bli i landet. Det blir henvist til selve ordlyden i hensynet i Utlendingsloven §38 første ledd, jf. tredje ledd og utlendingsforskriften 8-5, barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Her er det påpekt at dette hensynet ikke kan nedprioriteres på grunn av andre innvandringsregulerende hensyn. Når saker omfatter barn kan vurderingene etter Utlendingsloven §38 prøves fullt ut av domstolen. Det skal være en sammenheng mellom FNs Barnekonvensjon artikkel 3 (hensynet til barnets beste) og generell kommentar nr. 6 uttalt av Barnekomitéen som tilsier at hensyn som kan veie tyngre enn hensynet om barnets beste kun er hensyn som baserer seg på rettigheter. Derfor vil tyngre vektlegging av innvandringsregulerende hensyn både i tingretten og lagmannsretten være feil da det går foran hensynet og det beste for Mahdi (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 19-30).

Det at §38 er sentral i saker som dette er et faktum og forvaltningen setter det på spissen ved å stille spørsmålet, er det utlendingsforvaltningen eller domstolen som skal utøve innvandringspolitikken i praksis? Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, men det vil dermed ikke bety at det skal være det avgjørende hensynet. Det vil ikke kun være hensyn som baserer seg på rettigheter som kan gå foran hensynet om barnets beste. Sønnen sitt beste er nøye vurdert og avveid opp mot andre hensyn hevder UNE (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 36-44). Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, barn kan dermed innfri krav til

oppholdstillatelse selv om dette ikke ville vært tilstrekkelig dersom det hadde vært en voksen person med samme bakgrunn og grunnlag (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 152-167).

5.1.3.2 Høyesterett sine argumenter

Materielle forhold

Barnekomitéen sin generelle kommentar nr. 6 blir henvist til, her står det skrevet at det kun er rettighetsbaserte hensyn som skal gå foran hensynet om barnets beste. Barnekomitéen tar her utgangspunkt i enslige mindreårige asylsøkere eller barn som kommer med følgespersoner. I denne saken er barna med sine biologiske foreldre og derfor vil ikke denne kommentaren være vesentlig mener Høyesterett. Uansett hvilket utfall denne saken får vil barna være sammen med sine foreldre, dette vil da være i samsvar med artikkel 18 i FNs Barnekonvensjon der det blir vist til at barn vil ha det best dersom de er sammen med sine foreldre (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 135-139). Argumentasjonen bygger på juridisk og moralsk diskurs da det blir henvist til FNs Barnekomité og deres generelle kommentarer. Høyesterett sier her noe om hvilke rettigheter barnet har.

Prosedurale forhold

Høyesterett understreker først og fremst at det vil være en krenkelse av FNs Barnekonvensjon dersom innvandringsregulerende hensyn blir tillagt en avgjørende vekt. Saken må derfor vurderes ut i fra ulike elementer ved barnets situasjon og grunnlaget for avgjørelsen som blir tatt må fremstå tydelig. Altså vil betydningen avgjørelsen har for barnet være avgjørende, desto større betydningen er desto mindre skal innvandringsregulerende hensyn vektlegges (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 120-133). Altså skal det som blir sett på som et givende og godt liv for barnet tillegges størst vekt. Videre står det skrevet:

”Men jo tyngre hensynet til barnets beste er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn, og hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at det må slå igjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende” (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 134 s. 20).

Det blir videre argumentert for at barnets beste ikke stiller krav i denne saken som avveier andre hensyn, barnets beste er heller ikke krenket. Hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn men ikke nødvendigvis det avgjørende hensynet. Hvis man ser på FNs Barnekomité sin generelle kommentar nr. 5, hvor det står om ulike tiltak for å gjennomføre FNs

Barnekonvensjon, ser man her at både de folkevalgte, domstolen og statsforvaltningen skal utvikle et barnerettighetsperspektiv. Det står videre i tilknytning til hensynet til barnets beste:

” (e)thvert organ og enhver institusjon innenfor den lovgivende, den utøvende og den dømmende makt skal anvende prinsippet om barns beste gjennom en systematisk vurdering av hvordan barns rettigheter og interesser blir eller vil bli berørt av dere beslutninger og handlinger – av for eksempel en foreslått eller eksisterende lov eller politikk eller administrativ handling eller domstolsavgjørelse..” (Rt. 2012 s.1985, 2012: avsnitt 136 s.21).

Dette samsvarer godt med krav som stilles til hensynet om barnets beste under §38 (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 135-139). Hvor mye vekt hensynet til barnets beste skal tillegges blir argumentert for. Høyesterett er her opptatt av hva som vil være juridisk riktig når det kommer til hensynet. Barnets situasjon, rettigheter og interesser vil være basert på normer og verdier samt hva det kollektive mener vil være det beste for barnet. Både etisk og pragmatisk diskurs blir vektlagt da man ønsker å si noe om barndommen og fremtiden til barnet dersom barnet blir i Norge eller ikke samt den faktiske situasjonen til barnet.

Ordlyden i hensynet er viktig da det stiller visse krav til selve vurderingen av hensynet. Argumentene rundt dette er viktige for å kunne si noe om balanseringen av hensynene, jeg velger derfor å fremlegge dette noe mer detaljert i denne dommen da disse argumentene vil være gjeldene i alle dommene samt relevante for analysen hvor jeg skal drøfte dette videre. Det blir henvisning til Rt. 2010 s. 1313 hvor det blir lagt vekt på at hensynet til barnets beste *skal* være et grunnleggende hensyn og derfor må barnets interesser og ivaretagelse av disse interessene stå sentralt. Hva som er best for barnet, er som tidligere nevnt, ikke det avgjørende eller det eneste hensynet, men ordlyden forutsetter at hensynet skal tillegges stor vekt (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 178-199). Når saker omhandler barn *skal* hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn på lik linje som barns tilknytning til riket *skal* tillegges særlig vekt. Ordlyden åpner opp for at domstolen skal prøvde den skjønnsmessige bruken som har være grunnleggende i avgjørelsen. Høyesterett skal her redegjøre for om forvaltningen har tolket begrepet barnets beste riktig samt om hensynet er blitt forsvarlig vurdert opp mot andre hensyn. Altså vil det være viktig at barnets interesser og situasjon blir løftet frem og får en plass i

avveiningen slik at barnets beste får den grunnleggende tyngden hensynet tilsier (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 200-203).

Det blir videre argumentert for at Mahdi sin situasjon ikke har blitt behandlet med en slik vekt som hensynet til barnets beste tilsier da verken tilknytningen eller Mahdi sin situasjon og dermed han sitt beste har blitt tillagt nok vekt i saken. Dersom hensynet hadde blitt behandlet som så grunnleggende som loven tilsier ville vedtaket hatt et annerledes utfall (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 205-215). Her henviser man til vektleggingen av hensynet og juridisk diskurs da man er opptatt av hvorvidt behandlingen samt vurderingen av hensynet er blitt gjort slik det står skrevet i lovverket.

Etter stemmegivning forkastet Høyesterett anken da det var fjorten dommere som mente anken burde forkastes og fem dommere som mente anken førte frem og familien fikk dermed ikke oppholdstillatelse i Norge (Rt. 2012 s.1985, 2012:avsnitt 252-267). Våren 2013 omgjorde derimot UNE vedtaket og gav familien opphold. Bjørn Lyster i UNE sier til NRK (2013) at det er Mahdi (9) sin tilknytning til riket og dermed hans beste som gjør at familien får bli i Norge (Lindgren et al., 2013).

5.2 Rt.2012 s. 2039 Delic-dommen – den andre plenumsdommen

Dommen omhandler Delic-familien som er fra Bosnia. Familien kom til Norge i 2003 og datteren Verona ble født det samme året. UDI mente familien ikke innfridde kravene som går inn under flyktninger og avslår dermed søknaden om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. UNE mente avslaget til UDI var gyldig og familien ble påminnet om at de frivillig måtte forlate landet i 2005. Familien fortsatte å klage og oppholdt seg ulovlig i landet. I 2010 mente familien at Verona sin tilknytning til landet var sterk da hun hadde bodd i Norge i syv år og familien gikk til sak mot UNE. Både tingretten og lagmannsretten forkastet anken og saken kom opp til Høyesterett i 2012. Familien mener at Verona sitt beste er å få bli i Norge. Dommen tar utgangspunkt i vedtakstidspunktet slik det ble bestemt i Shabazi-dommen (Rt. 2012 s.2039, 2012).

Dommen ble avgjort i plenum sammen med Shabazi-dommen og man kan derfor se en del likhetstrekk ved argumentasjonen under de ulike hensynene. EMK artikkel 8 blir diskutert i

denne dommen og jeg velger å ta med dette da både barnets privatliv og familieliv vil kunne kobles sammen med sterke menneskelige hensyn og barnets tilknytning til landet.

5.2.1 Innvandringsregulerende hensyn

På lik linje med Shabazi-dommen vil innvandringsregulerende hensyn være vesentlig også i denne dommen da familien har oppholdt seg ulovlig i Norge og ikke oppfylt kravene om å returnere til Bosnia (Rt. 2012 s.2039, 2012).

5.2.1.1 Argumentene til de ulike partene

Innvandringsregulerende hensyn veier tyngst i denne saken da familien har oppholdt seg ulovlig i Norge i nesten fem år. Etter en konkret helhetsvurdering vil de innvandringsregulerende hensynene være avgjørende og tilsi at oppholdstillatelse ikke skal gis (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 44-64). Familien skal ved flere anledninger blitt kontaktet av politiet og blitt pliktet til å skaffe reisedokumenter, noe familien har vært passive til. Familien skal dermed ikke premieres med oppholdstillatelse (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 44-64).

5.2.1.2 Høyesterett sine argumenter

Materielle forhold

Familien har ikke fulgt plikten til å skaffe nødvendige dokumenter, da familien ikke har tatt kontakt med sitt hjemlands ambassade eller vist samarbeid for å returnere til Bosnia (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 44-64). De innvandringsregulerende hensynene blir vektlagt i stor grad da det blir lagt stort fokus på at foreldrene ikke har overholdt sin plikt til å forlate landet (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 105-138). På lik linje som Shabazi-dommen blir pragmatisk, juridisk og moralsk diskurs vektlagt under dette hensynet. Det er argumentasjon rundt ulovlig oppholdstid samt hvorvidt familien har fulgt loven eller ikke. Argumentene er håndfaste da de henviser til lovverket og på den måten viser til empirisk fakta.

Prosedurale forhold

Det blir argumentert med at man i større grad skal fokusere på barnets beste og tilknytningen barna har til Norge. Det er tvil om at hensynet til barnets beste har blitt vurdert som et grunnleggende hensyn slik FNs Barnekonvensjonen krever (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 105-138).

5.2.2 Europas Menneskerettighetskonvensjon artikkel 8 – retten til respekt for privatliv og familieliv

5.2.2.1 Argumenter til de ulike partene

Dersom ikke oppholdstillatelse innvilges krenker dette EMK artikkel 8 og dermed retten til privatliv for datteren. Det vil her være spørsmål om en retur til hjemlandet vil krenke datterens privatliv, altså livet hun har opparbeidet seg i Norge og tilknytningen hun har til riket. Det blir understreket at ”*privatliv*” er et vidt begrep med mange tolkningsmuligheter (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 65-104).

Det blir på den andre siden hevdet at i datteren Verona sitt tilfelle vil ikke EMK artikkel 8 være gjeldende. EMDs (Europas menneskerettighetsdomstol) sin praksis tilsier at man må ha lovlig opphold for å gå under vern av denne bestemmelsen. Dersom vedtaket ville medført at familien ble splittet kunne konvensjonskrenkelse vært aktuelt, men i denne saken vil ikke dette være vesentlig da familien vil returnere til Bosnia sammen (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 30-35).

5.2.2.2 Høyesterett sine argumenter

Materielle forhold

Verona har ikke nødvendigvis opparbeidet seg noe privatliv i Norge. Videre er spørsmålet om det foreligger noen spesielle forhold i denne saken. Det blir understreket at flere av årene som Verona har bodd i Norge har vært hennes første leveår hvor hun primært sett har hatt størst tilknytning til sine foreldre. Dersom hun returneres til sitt hjemland vil dette være sammen med sine foreldre, hun vil i tillegg har to halvsøsken i Bosnia. Foreldrene har under hele oppholdet vært klar over sin utreiseplikt og Verona sin rett til privatliv blir et spørsmål om hvorvidt datteren skal måtte belastes av foreldrenes valg. EMD uttaler at hvorvidt barna må ta konsekvensene av foreldrenes valg og avgjørelser ikke alltid kan være en avgjørende faktor, det vil på grunnlag av dette ikke foreligge noen spesielle forhold i denne saken som tilsvarer at datteren skal beskyttes av EMK artikkel 8 (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 65-104). Man kan se at problematikken rundt ankerbarn og ulovlig oppholdstid blir vektlagt også i denne saken da Verona sin situasjon reiser spørsmål angående hvorvidt datteren skal måtte belastes for foreldrenes valg eller ikke. Argumentene tar for seg hva som vil være til Verona sitt beste samt hvorvidt datteren har opparbeidet seg noe privatliv i Norge. Argumentene faller dermed inn under etisk og pragmatisk diskurs da de bygger på verdiene og interessene som Verona har opparbeidet seg i Norge og

hennes faktiske situasjon.

På den andre siden blir det hevdet at det vil være brudd på EMK artikkel 8. Når det kommer til EMK artikkel 8 må man først redegjøre for om familieliv og privatliv går inn under tilknytningen Verona har opparbeidet seg i Norge, altså de sosiale båndene datteren har til Norge. Selv om Verona er ung vil ikke dette tilsi at barn på hennes alder ikke kan opparbeide sterk tilknytning på kort tid. Det at Verona sin tilknytning ikke oppfyller kravene for sterk tilknytning til riket vil det være vanskeligheter å forstå, utsendelse vil derfor krenke datteren sin rett til privatliv (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 105-138). Her blir vurderingene basert mer på skjønn, altså den etiske diskursen da argumentene tar for seg tolkningen av Verona sin tilknytning og barndom i Norge samt hva som vil være til hennes beste.

5.2.3 Sterke menneskelige hensyn

5.2.3.1 Argumentene til de ulike partene

Det er et faktum at Verona er født i Norge samt at hun har bodd her hele livet. Hun har gått i barnehage og skole opp til andre klasse samt behersker norsk godt. Det blir også understreket at Verona sin tilknytning først og fremst vil være til foreldrene da hun er svært ung. Verona sin fremtid i Bosnia er også blitt vurdert og hun vil returnere til Bosnia med sine foreldre som vil være i stand til å gi henne den omsorgen hun trenger. Det faktumet at Verona ikke har noen tilknytning til Bosnia samt ikke behersker språket like godt som norsk, vil ikke være grunnlag nok da hun vil tilpasse seg nokså fort. Det vil gjennom disse opplysningene være til datteren sitt beste å få bli i Norge. Dette vil ikke være nok grunnlag for innvilgelse, men det skal vektlegges (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 44-64).

5.2.3.2 Høyesterett sine argumenter

Materielle forhold

Datteren Verona var 7 år i 2010 da vedtaket ble fattet av forvaltningen, hun hadde på daværende tidspunkt gått to år i skole. Familien ble uttransportert til Bosnia i 2012 og Verona var da 8 ½ år og bodd hele livet sitt i Norge. På vedtakstidspunktet kan man se at familien hadde oppholdt seg ulovlig i nesten fem år i Norge. Siden det er vedtakstidspunktet som skal vektlegges vil tilknytningen Verona har opparbeidet seg til riket etter 2010 ikke bli tatt hensyn til i saken (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 36-40). Det er blitt lagt riktige vurderinger til grunn og tilknytningen

Verona har til riket kan være avgjørende i saken (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 44-64). Verona sin tilknytning blir vurdert på lik linje som Mahdi sin tilknytning i Shabazi-dommen og Høyesterett vektlegger her empirisk fakta. Man er opptatt av hva som er den faktiske situasjonen til Verona og hva dette vil innebære. Den pragmatiske diskursen blir vektlagt og man ønsker å se på elementene samt faktorene som sier noe konkret om Verona sin nåværende situasjon. På lik linje som Mahdi i Shabazi-dommen innfrir Verona kravene under sterk tilknytning. Som tidligere nevnt vil dette være sentral argumentasjon da ordlyden i hensynet er ”...skal tilknytning til riket tillegges særlig vekt” (Utlendingsloven §38, 2010), men allikevel ser det ikke ut til å ha noen spesiell betydning for selve utfallet og dermed også barnets beste.

Det blir videre påpekt at det på den ene siden vil være til Verona sitt beste å få bli i Norge, men på den andre siden er det ikke blitt konkludert med en eventuell løsning som vil være til det beste for datteren. Utgangspunktet vil her være slik situasjonen til Verona var i 2012, på dette tidspunktet var hun 8 ½ år gammel. Det hadde gått ytterligere to år siden vedtaket ble fattet og man kan anta at hennes tilknytning til riket var enda sterkere i 2012. Det er ingen dokumentasjon på at forvaltningen har gjort en ny vurdering av situasjonen og vist hensyn til dette (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 105-138). De etiske spørsmålene blir igjen diskutert da man er opptatt av hva som eventuelt definerer Verona sitt beste samt hva som faktisk vil være den beste løsningen for henne.

Prosedurale forhold

Datteren sin tilknytning til Norge er vurdert opp mot motstående hensyn på en forsvarlig måte samt at det er riktig å vektlegge at familien ikke har overholdt sin utreiseplikt og oppholdt seg ulovlig i Norge (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 44-64). På den andre siden blir det hevdet at Verona sin situasjon og tilknytning ikke er blitt vurdert som så grunnleggende som FNs Barnekonvensjon tilsier og at UNE ikke har gjort riktig avveining (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 105-138). Argumentasjonen tar her for seg alle diskursene og vektlegger igjen problemstillingen rundt lovverket på den ene siden og skjønn samt ordlyden til hensynet til barnets beste på den andre siden. Problematikken vil bli vektlagt videre i diskusjonen da argumentene både er viktig for selve balanseringen og vurderingen av hensynene samt for hvilke konsekvenser og videre praksis Høyesterett skal følge.

5.2.4 Hensynet til barnets beste

5.2.4.1 Argumentene til de ulike partene

Det vil være i strid med FNs Barnekonvensjon artikkel 3 (hensynet til barnets beste) å sende datteren ut av landet. Det blir her vektlagt at verken vurderingen av datterens tilknytning til Norge eller konsekvensene en retur til Bosnia vil medføre er blitt gjennomført på en tilfredsstillende måte. FNs Barnekonvensjon artikkel 12, retten til å bli hørt, har heller ikke blitt gitt hensyn til da datteren ikke har fått uttalt seg. Det blir her hevdet at disse manglene til sammen tydelig viser at vurderingen av hensynet til barnets beste ikke er blitt gjort på en forsvarlig måte. Dersom vedtaket viser seg å bli stående vil dette tilsi at en fastsettelsesdom kan gis selv om det er brudd på FNs Barnekonvensjon artikkel 3 (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 21-28).

På den andre siden blir det hevdet at forståelsen av Utlendingsloven §38 samt hensynet til barnets beste er nøye vurdert. Barnets beste er forsvarlig avveid mot de andre hensynene som har vist seg gjeldende. Det er ikke blitt gjort brudd på FNs Barnekonvensjon artikkel 3 da bestemmelsen vil være en retningslinje for skjønnsutøvelsen og det er ingenting med denne bestemmelsen som innfrir individuelle rettigheter. Krenkelse av hensynet til barnets beste er derfor ikke skjedd (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 30-35).

5.2.4.2 Høyesterett sine argumenter

Materielle forhold

Når det kommer til artikkel 12 i FNs Barnekonvensjon, Verona sin rett til å bli hørt, blir det argumentert for at utfallet ikke ville blitt noe annerledes dersom hun hadde fått uttalt seg på lik linje som Mahdi i Shabazi-dommen. Det er blitt fremstilt at det vil være til Verona sitt beste å få bli i Norge, dette ville ikke forandret seg dersom hun hadde fått uttalt seg (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 44-64). Det blir på den andre siden argumentert for at Verona ikke har fått uttrykt sine synspunkter da hun ikke har blitt hørt slik FNs Barnekonvensjon artikkel 12 tilsier. Denne rettigheten vil fortsatt være gjeldende uavhengig om det vil ha noen påvirkning på avgjørelsen eller ikke. Hensynet til barnets beste er dermed blitt krenket. Familien ble i tillegg returnert til Bosnia i 2012 uten mulighet til å returnere til Norge, det vil derfor være vesentlig å undersøke hvorvidt utsendelsen var motstridende til FNs Barnekonvensjon artikkel 3 (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 105-138). Jeg velger å gjenta denne argumentasjonen selv om jeg presenterer det under Shabazi-dommen da jeg synes det er særdeles interessant og viktig da argumentet "...dette

ville ikke forandret seg dersom hun hadde fått uttalt seg” strider i mot den moralske, juridiske og pragmatiske diskursen, til og med kanskje den etiske, da man kan tenke seg at dette er et lovbrudd samt fratagelse av en rettighet til barnet. Barnet kan selv uttale hva som vil være et godt og givende liv basert på sine egne oppfatninger. FNs Barnekonvensjon er opptatt av at barn er selvstendige rettsobjekter, dermed vil en avgjørelse som sier at barnet ikke skal få uttale seg føre til at barnet også blir fratatt rettigheten som selvstendig part i saken. Argumentasjonen rundt artikkel 12 vil, som tidligere nevnt, tillegges særlig vekt i analysen (Rt. 2012 s.2039, 2012).

Prosedurale forhold

Det blir i denne saken henvist til sak Rt. 2009 s.1261 som omhandlet en enslig mindreårig asylsøker fra Sri Lanka (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 36-40). Det blir henvist til konklusjonen i avsnitt 77:

”(d)omstolens oppgave blir ... å kontrollere forvaltningens generelle forståelse av begrepet 'barnets beste' på det aktuelle saksområdet, og at hensynet er forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn. Den konkrete vurderingen av barnets beste, og den konkrete interesseavveiningen, hører derimot under forvaltningens frie skjønn” (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 40 s. 6).

Hensynet til barnets beste og Utlendingsloven §38 er blitt riktig vurdert i denne saken. Det blir presisert at artikkel 3, hensynet til barnets beste, skal være et grunnleggende hensyn i saker som omhandler barn samt at innvandringsregulerende hensyn likevel kan være avgjørende (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 44-64).

Det blir på den andre siden hevdet at det er brudd på hensynet til barnets beste. Dersom det foreligger en sterk tilknytning til riket skal saker som omhandler lengeværende barn tillegges dette særlig vekt, altså skal det ulovlige oppholdet og foreldrenes valg tillegges mindre vekt enn barnets beste (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 105-138). Høyesterett henviser her til den juridiske diskursen da man ser på ordlyden til hensynet samt hvorvidt det er blitt rettslig vurdert på en tilfredsstillende måte.

Etter stemmegivning kom Høyesterett frem til at anken forkastes. Sytten dommere var enige med at anken skulle forkastes og to dommere mente anken førte frem. Familien fikk dermed ikke

oppholdstillatelse i Norge (Rt. 2012 s.2039, 2012:avsnitt 146-163).

5.3 Rt. 2015 s. 93 Maria-dommen

Maria-dommen utpeker seg fra de tidligere Høyesterettsdommene da hensynet til barnets beste ble innskrevet i Grunnloven §102 og §104 i 2014. Barnekomitéen kom i tillegg med en ny generell kommentar nr. 14 i 2013 som skulle si noe om innholdet i hensynet til barnets beste. Den generelle kommentaren blir brukt som verktøy i avgjørelsen. EMK artikkel 8 blir på lik linje som i Delic-dommen diskutert i denne saken. Jeg velger derfor å presentere argumentene som faller inn under EMK artikkel 8 og Grunnloven §102 og §104 først da disse uttalelsene knytter seg til de tre hensynene under §38 samt vil være relevante for videre argumentasjon i dommen (Rt. 2015 s. 93, 2015).

Maria (4) er født i Norge, faren hennes er norsk og hun har innvilget norsk statsborgerskap. Maria har ingen kontakt med sin far og moren er dermed hennes eneste omsorgsperson. Moren er fra Kenya og har oppgitt falske dokumenter samt oppholdt seg ulovlig i Norge i mange år. Moren risikerte utkastelse og UNE mente hun ikke ville ha krav på familiegjenforening. En utkastelse av moren ville også innebære en utkastelse av Maria og SEIF (Selvhjelp for innvandrere og flyktninger), som støtter moren og datteren i saken, mener dette strider i mot Maria sine statsborgerrettigheter. Det blir tatt utgangspunkt i vedtakstidspunktet da man følger tidligere praksis (Rt. 2015 s. 93, 2015).

5.3.1 Europas Menneskerettighetskonvensjon artikkel 8, Grunnloven §102 og §104

5.3.1.1 Argumentene til de ulike partene

Både vedtaket om utvisning og avslaget på familiegjenforening er ugyldig. Avslaget går kraftig utover Maria og det blir derfor hevdet at dette er en krenkelse av EMK artikkel 8 (– retten til respekt for privat – og familieliv) da dette krenker rettighetene Maria har krav på som norsk statsborger. Maria sine statsborgerrettigheter vil være uforenlig med en utvisning av moren. I 2013 var datteren 3 år gammel og svært tilknyttet sin mor, da moren er den eneste omsorgspersonen. Maria må derfor også reise til Kenya dersom moren ikke får oppholdstillatelse. Siden moren risikerer fem års innreiseforbud vil Maria på lik linje ikke ha lov til å reise tilbake til Norge under disse fem årene. Det blir her henvist til Grunnloven §106 andre ledd andre punktum, EMK protokoll 4 artikkel 3 og utlendingsloven §69 som taler i mot og forbyr utvisning av egne

statsborgere. Dette forbudet gjelder også barn med norsk statsborgerskap som blir tvunget til å forlate landet som en konsekvens av utvisning av sin eneste omsorgsperson (Rt. 2015 s. 93, 2015:avsnitt 15-23).

På den andre siden blir det argumenter for at vurderingen til lagmannsretten er riktig og at vedtaket om utvisning samt avslag på familiegjenforening er gyldig. Utvisning av moren vil føre til at datteren blir med til Kenya, men det vil ikke dermed si at datteren er utvist fra Norge. Både mor og datter kan fortsette familielivet i Kenya dermed er det ikke blitt gjennomført noen krenkelse av EMK artikkel 8. Det er ikke blitt etablert noe privatliv i Norge verken av moren eller Maria som gjør at de skal gå inn under beskyttelse av Grunnloven eller Menneskerettighetskonvensjonen. Verken mor eller datter regnes som ”settled immigrants” og som nevnt i Delic-dommen vil ikke utvisning være i strid med praksis i EMD med mindre det foreligger spesielle situasjoner som tilsier noe annet (Rt. 2015 s. 93, 2015:avsnitt 24-33).

5.3.1.2 Høyesterett sine argumenter

Materielle forhold

Saken omhandler først og fremst en utvisning av moren og avvísning av en familiegjenforening med datteren. Saken omhandler også om hvorvidt en utvisning av moren krenker datteren sine rettigheter i forhold til EMK artikkel 8 samt EMK 4 protokoll artikkel 3. Altså må Høyesterett her først vurdere situasjonen til Maria ut ifra den moralske og juridiske diskursen samt se på eventuelle konsekvenser (pragmatisk diskurs) avgjørelsen vil har for datteren. Når det kommer til Maria sin rettslige interesse må domstolen selv ta en avgjørelse om hvorvidt det foreligger eller ikke. Maria vil være avhengig av moren sin da hun er svært ung, derfor skal man ikke ta utgangspunkt i at avgjørelsen eller vedtaket er av personlig art. EMK artikkel 8 skal verne mot vedkommende sitt familie – og privatliv, altså vil hele poenget med artikkel 8 være at vedtaket ikke kun vil ramme den som blir utvist, det samme gjelder Grunnloven §102. Statsborgerrettighetene til Maria er krenket, og dermed er hun vesentlig i saken fra første stund. Når det er snakk om hennes egne rettigheter samt hennes egen rett til privatliv, vil det være en rettsfornektelse dersom man avvís datteren sitt gyldighetssøksmål, altså vil Maria ha en rettslig interesse i søksmålet. Høyesterett understreker dermed de juridiske rettighetene Maria har krav på (Rt. 2015 s. 93, 2015:avsnitt 34-48).

Dersom moren blir utvist står datteren ovenfor to valg, det vil (1) være å forlate Norge og gi slipp

på venner og tilknytning hun har til riket og sine rettigheter som en norsk statsborger, (2) hun må kutte kontakten med moren og bli værende i Norge. Dersom hun forlater Norge vil dette være et brudd på hennes privatliv, dersom hun kutter kontakten med moren vil dette være et brudd på hennes familieliv. Man må derfor starte med å se på hva som er Maria sine interesser og hva som vil være til hennes beste. Siden moren er hennes eneste omsorgsperson vil det være best for henne å være sammen med moren. Det fremstår i dokumentene som har blitt lagt frem for Høyesterett at båndene mellom mor og datter er sterke og det vil derfor være det beste at de er sammen. Maria har ingen andre enn moren og en eventuell utvisning av moren kombinert med at omsorgen over datteren blir overtatt av barnevernet blir dermed utelukket. Barndommen samt tilknytningen hennes til moren er viktig når Høyesterett skal vurdere hennes barndom og utvikling. Argumentene baserer seg på den etiske diskursen da man er opptatt av Maria sitt beste (Rt. 2015 s. 93, 2015:avsnitt 69-92).

Når det er snakk om utvisning vil det også være snakk om at enhver mulighet til å innfri oppholdstillatelse opphever. Siden Maria er norsk statsborger har hun en rett til å være i Norge og oppholde seg her. Dersom moren blir utvist vil dette medføre en tvangssituasjon for datteren da hun må flytte til Kenya og forlate Norge. Det blir her argumenter for at man ikke kan sammenligne dette opp mot utlendingsloven §69, Grunnloven §106 eller EMK protokoll 4 artikkel 3 da utvisningen av moren ikke vil være det samme som å utvise en av sine egne statsborgere, altså Maria. Argumentene vil være mer rettet mot pragmatisk og moralsk diskurs da man følger lovverket og sier noe om hvilke konsekvenser en eventuell utvisning av moren vil ha for Maria sin situasjon (Rt. 2015 s. 93, 2015:avsnitt 49-55).

Prosedurale forhold

Når det kommer til gyldighetsspørsmålet vil domstolen ha full kompetanse i saker som omhandler utvisning, samt de skjønsmessige vurderingene som er lagt til grunn (Rt. 2015 s. 93, 2015:avsnitt 34-48).

5.3.2 Innvandringsregulerende hensyn

5.3.2.1 Argumentene til de ulike partene

Bruddet som er skjedd i forhold til utlendingsloven blir vektlagt og det blir her understreket at dette er et samfunnsproblem av betydning, særlig med tanke på å opplyse om feilaktige identitetsdokumenter (Rt. 2015 s. 93, 2015:avsnitt 24-33). Moren har i løpet av ett år og to

måneder unndratt seg retur og oppgitt falske dokumenter (Rt. 2015 s. 93, 2015:avsnitt 69-92).

5.3.2 Høyesterett sine argumenter

Materielle forhold

Det blir argumentert for at opplysning av feilaktige identitetsdokumenter er typisk overtredelse og et brudd på Utlendingsloven, men ingen annen alvorlig kriminalitet. På den ene siden vil dette være lovbrudd utført av moren og på den andre siden vil den uskyldige parten, Maria, være den som eventuelt kan få store konsekvenser og utfordringer knyttet opp mot sin fremtid dersom moren sine lovbrudd skal veie tyngst (Rt. 2015 s. 93, 2015:avsnitt 69-92). Argumentasjonen faller inn under pragmatisk, juridisk og moralsk diskurs da det henvises til loven samt lovbrudd som er blitt gjort av moren. Høyesterett vurderer hvilke konsekvenser dette vil ha for Maria samt hva dette vil innebære for fremtiden hennes.

5.3.3 Sterke menneskelige hensyn

5.3.3.1 Argumentene til de ulike partene

Det foreligger ikke noen reell tilknytning til Norge verken for moren eller datteren og Maria har dessuten ikke noen kontakt med sin far. Maria er såpass ung at hun vil tilpasse seg raskt og hennes statsborgerskap vil ikke være til hinder for vedtaket angående moren (Rt. 2015 s. 93, 2015:avsnitt 24-33).

5.3.3.2 Høyesterett sine argumenter

Materielle forhold

Maria ble født i Norge i 2010 og når vedtaket ble fattet var hun over 3 år gammel, under Høyesterettsdommen er hun blitt fem år. Hvorvidt Maria har sterk tilknytning til noen andre enn moren vil ikke være vesentlig i denne saken, det er derimot andre elementer som forvaltningen ikke nevner som er sentrale her. Maria sitt statsborgerskap vil være ekstremt sentralt, statsborgerskapet vil ikke være dominerende i forhold til alt, men det vil være tungtveiende da FNs Barnekonvensjon både i artikkel 7 uttaler at alle barn har rett på statsborgerskap og i artikkel 8 understreker at alle barn har rett til å ivareta sin identitet, altså sin nasjonalitet. FNs Barnekonvensjon vektlegger at statsborgerskap og tilhørighet er viktig også for barn. Dersom en person har et statsborgerskap vil personen føle en tilhørighet og ha et bånd til landet, dette vil noen hevde styrker de grunnleggende sosiale, rettslige og psykologiske båndene som igjen vil være med på å forme en persons identitet og utvikling. Som norsk statsborger har du rett til å

være i Norge, du har rett på skolegang og oppvekst her, dette er rettigheter som Maria har. Maria har på lik linje som andre nordmenn rett på helsetilbud, sikkerhet – og velferdstilbud. Utvisning av moren vil ta alt dette fra Maria (Rt. 2015 s. 93, 2015:avsnitt 69-92). Her kan man se at Høyesterett først vektlegger moralsk og juridisk diskurs da det blir henvist til lovverket og hvilke rettigheter et barn har sett opp mot FNs Barnekonvensjon. Deretter blir de etiske og moralske verdiene som Maria har krav på som norsk statsborger vektlagt. Et norsk statsborgerskap innebærer visse moralske verdier og normer som skal vektlegges, dette kan for eksempel være formelle normer som rett på utdanning og rett på velferdstilbud, utvisning av Maria vil ta fra henne dette. FNs Barnekonvensjon poengterer at alle barn har rett på statsborgerskap og dermed en form for tilhørighet, dette vil gå inn under den etiske diskursen da man kan tenke seg at tilhørighet er viktig for å kunne få en trygg og stabil barndom. På lik linje er statsborgerskap noe man identifiserer seg med og dermed også noe som tilhører en persons utvikling. Høyesterett understreker derfor viktigheten rundt Maria sitt statsborgerskap samt hennes fremtid (Rt. 2015 s. 93, 2015)

Den etiske diskursen vil inneholde de normene og verdiene som til sammen resulterer i et givende liv for Maria. Høyesterett vektlegger at Maria sin situasjon og barndom vil være usikker i Kenya. Når det kommer til situasjonen i Kenya og opplysninger fra Landinfo vil både moren og datteren stå ovenfor en rekke utfordringer. For det første er det usikkert om moren har noen familie igjen i Kenya, moren er HIV-positiv og mulighetene for å få arbeid vil være vanskelig da hun ikke har noen utdanning. Moren er avhengig av arbeid for å kunne forsørge Maria i Kenya. Bidragsforskudd gis bare til barn som bor i Norge så Maria vil altså ikke få noen støtte fra faren dersom hun flytter til Kenya. Dette fører til at fremtiden for datteren i Kenya vil være usikker og risikofylt, da det er mange elementer som vil være avgjørende for hennes utvikling og velferd. Det konkluderes derfor med at datteren sin interesser taler for å få bli i Norge og at moren som er Maria sin eneste omsorgsperson ikke kan utvises. Det må ekstreme faktorer til for at saken skal få et annet utfall (Rt. 2015 s. 93, 2015:avsnitt 69-92).

5.3.4 Hensynet til barnets beste

5.3.4.1 Argumentene til de ulike partene

I denne saken er det ingen spesielle situasjoner som tilsier at utvisning ikke vil være i tråd med tidligere praksis. FNs Barnekonvensjon artikkel 3, hensynet til barnets beste, er vurdert mot

motstående hensyn og situasjonen til moren og datteren tilsier at familiegjenforening ikke innfris og taler for en utvisning av moren (Rt. 2015 s. 93, 2015:avsnitt 24-33).

5.3.4.2 Høyesterett sine argumenter

Materielle forhold

Datteren sin situasjon er viktigere og datterens interesser må belyses og tillegges vekt. Det blir argumentert med at det er Maria sitt beste å få bli i Norge. Maria vil dermed få tilgang til den oppveksten og sikkerheten hun har krav på som norsk statsborger. Utvisningsvedtaket er derfor ugyldig samt avslaget på søknaden om familiegjenforening (Rt. 2015 s. 93, 2015:avsnitt 69-92). Argumentene faller inn under etisk diskurs da Høyesterett mener at et givende og godt liv for Maria vil være i Norge.

Prosedurale forhold

FNs Barnekomité forklarer hensynet om barnets beste i Generell kommentar nr.14, denne beskrivelsen vil dermed også kunne brukes på Grunnloven §104 andre ledd. FNs Barnekonvensjon har blitt innskrevet i det nasjonale lovverket og konvensjonen har med det blitt nasjonal. Barnekomitéen uttaler i Generell kommentar nr.14 at hensynet til barnets beste er et tolkningsprinsipp og barnets interesser må redegjøres for. Hensynet skal veies opp mot motstående hensyn som gjør seg gjeldende da barnets beste ikke er det eneste eller det avgjørende hensynet. Hensynet til barnets beste skal tillegges stor vekt og barnets interesser skal forme et utgangspunkt på lik linje som det skal belyses og fremstå klart og tydelig (Rt. 2015 s. 93, 2015:avsnitt 62-67). Det henvises her til lovverket og ordlyden i hensynet, dermed vektlegger Høyesterett den juridiske og moralske diskursen avslutningsvis i dommen for å konkludere med at hensynet har blitt tillagt den vekten hensynet krever samt for å støtte opp rundt avgjørelsen Høyesterett har kommet frem til.

Det var enstemmig enighet mellom de fem dommerne om at anken fører frem. Både moren og Maria får dermed bli i Norge (Rt. 2015 s. 93, 2015:avsnitt 69-92).

5.4 Rt. 2015 s. 1388 Familien fra Afghanistan

Dommen ble avgjort i plenum slik som både Shabazi – og Delic-dommen. Saken omhandlet et par fra Afghanistan som har to barn på 2 og 6 år. Foreldrene har bodd store deler av livet sitt i Iran og familien flyktet til Norge i 2011. De fikk avslag av UDI på søknaden om opphold på humanitært grunnlag og ble henvist tilbake til internflukt i Afghanistan. Familien klaget til UNE

og UNE diskuterte familien sin situasjon i nemndmøte. Situasjonen i Afghanistan ble vurdert og flertallet kom frem til at det ville være rimelig å sende familien tilbake til internflukt i Kabul da dette er en trygg by i Afghanistan. Familien fikk medhold både i tingretten og i lagmannsretten da begge domstolene mente barnets beste ikke var tilstrekkelig vurdert samt at det ikke ville være rimelig å sende en barnefamilie på internflukt i Afghanistan. Tingretten og lagmannsretten mente også at forholdene i Norge skal med i begrunnelsen når man vurderer barnas forhold og situasjon i Afghanistan. Høyesterett tar her for seg spørsmål om hvorvidt de norske forholdene skal regnes med i vurderingen av å sende familien på internflukt, hvorvidt barnets beste er tilstrekkelig vurdert samt hvorvidt familien kan regnes som flyktninger eller ikke. Utlendingsloven §28 inneholder reglene og kravene for hvem som går inn under flyktninger og dermed kan få oppholdstillatelse på dette grunnlaget, jeg velger derfor å ta dette med i funn da flyktningstatus samt internflukt er nært knyttet til både sterke menneskelige hensyn og hensynet om barnets beste. Høyesterettsdommen tar altså for seg både Utlendingsloven §28 som gir opphold til flyktninger samt §38 som gir opphold på humanitært grunnlag. Det er som tidligere nevnt §38 jeg har hovedfokuset på. Det blir på lik linje som i de tidligere dommene henvist til plenumsdommene i 2012 og at det er vedtakstidspunktet som vektlegges (Rt. 2015 s.1388, 2015).

5.4.1 Innvandringsregulerende hensyn

5.4.1.1 Argumentene til de ulike partene

⁸Under observasjonen i Oslo ble det lagt vekt på flyktningstrømmen som Norge i dag står ovenfor og hovedfokuset var omkring omfanget av konsekvenser under dette hensynet. Dagens situasjon tilsier at det ikke er riktig tidspunkt for å utvide den norske asylpolitikken og dermed må man tenke over hvilke samfunnsmessige konsekvenser dommen vil medføre samt hvilke signaler dette sender til andre flyktninger i liknende situasjoner. Omfanget av konsekvensene vil være mer tungtveiende nå enn tidligere. Det vil være en økning av lignende saker og familier i samme situasjon, Høyesterett må derfor tenke på rettspraksisen når de tar en avgjørelse. Innvandringsregulerende hensyn representerer Norges innvandringspolitikk i større grad. Det ble på den andre siden argumentert for at rimeligheten rundt eventuell internflukt samt hensynet om barnets beste er mer tungtveiende i denne saken (Rt. 2015 s.1388, 2015)

⁸ Deler av funnene under denne Høyesterettsdommen er tatt fra min deltakende observasjon av Rt. 2015 s.1388 9-13.november 2015 i Oslo.

5.4.1.2 Høyesterett sine argumenter

Materielle forhold

Det blir argumentert lite under innvandringsregulerende hensyn i denne saken. Hovedspørsmålene i dommen omhandlet utlendingsloven §28 samt hensynet til barnets beste. Høyesterett understreker kun at omfanget av familier i liknende situasjoner samt hvilke samfunnsmessige konsekvenser en eventuell innvielse av oppholdstillatelse vil medføre vil bli vektlagt (Rt. 2015 s.1388, 2015). Dette argumentet faller inn under pragmatisk, juridisk og moralsk diskurs da det er en direkte henvisning til loven. Men på den andre siden kan man tenke seg at argumentet også faller inn under etisk diskurs da samfunnsmessige konsekvenser også faller inne under det kollektive, altså hva som vil være til vårt felles beste. Som tidligere nevnt hadde statsadvokaten stort fokus på at Høyesterett nå måtte tenke seg godt om og ikke åpne opp for familier i liknende situasjoner da man her er opptatt av hvilke konsekvenser dette vil ha for samfunnet som helhet. Dette vil bli diskutert og fremhevet i analysen da argumentet er relevant i forhold til dagens samfunnssituasjon samt hvordan Høyesterett nå velger å balansere hensynene med tanke på om flyktningstrømmen i dag fører til en tyngre vektlegging av innvandringsregulerende hensyn eller ikke.

Prosedurale forhold

Man står ovenfor områder i samfunnet som først og fremst er sentralt for styringsretten til staten. Utenom de menneskene som har krav på vern på grunnlag av folkeretten, hvem skal få tilgang til riket? Det frie skjønnet som ligger hos forvaltningen er dermed en blanding av samfunnsforhold og politiske vurderinger (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 116). På lik linje vil man kunne si at forvaltningens avgjørelser er blitt tatt ut ifra en blanding av alle diskursene. Man har samfunnsforhold som eksempelvis baserer seg på mulige konsekvenser for samfunnet som helhet, det felles beste, goder, verdier, normer og kultur. På den andre siden har man politiske avveininger som eksempelvis omhandler lovverket, konvensjoner, hvor mange som skal innvilge oppholdstillatelse, lovbrudd, ankerbarn samt ulovlig opphold. Samfunnsforhold sett ut ifra vårt felles beste vil basere seg i større grad på den etiske diskursen, men både den pragmatiske, juridiske og moralske diskursen vil være til stede da man snakker om konsekvenser. Hvilke signaler en eventuell oppholdstillatelse vil sende ut til både familier i liknende situasjoner samt liknende samfunn og land vil på lik linje være sentralt. Den moralske diskursen kommer til syne ved at lovverket skal gjelde alle, altså skal ikke lovovertrедelser bli oversett da alle skal bli

behandlet likt. De politiske avveiningene vil hovedsakelig basere seg på pragmatisk og juridisk diskurs, men også etisk og moralsk. Det er snakk om en felles asylpolitikk i Europa samt at Norge må følge praksis til andre land. Asylpolitikken vil på lik linje representere de verdiene og normene Norge står for og dermed hva som blir sett på som etisk og moralsk riktig.

Høyesterett argumenterer videre med at innvandringsregulerende hensyn er en *kan* bestemmelse og at forvaltningen har et fritt skjønn (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 240-247) Det blir hevdet at det er skjedd en saksbehandlingsfeil av UNE da vedtaket ikke sier noe om innvandringsregulerende hensyn heller ikke noe om hvordan dette hensynet er avveid mot motstående hensyn som for eksempel hensynet til barnets beste (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 281).

5.4.2 Utlendingsloven §28

5.4.2.1 Argumentene til de ulike partene

Vurderingen angående om det vil være urimelig å sende familien på internflukt er mangelfull. Situasjonen til barnet og forholdene han/hun lever under i Norge må sammenlignes med forholdene til byen og landet som barnet risikerer å bli returnert til, i dette tilfelle Kabul. Med dette i vurderingen vil en internflukt være urimelig med tanke på hensynet til barnets beste (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 43-60).

5.4.2.2 Høyesterett sine argumenter

Materielle forhold

Familien oppfyller kravene og går inn under flyktninger i forhold til §28. Det er trygt for familien å vende tilbake til Afghanistan og det vil dermed ikke være urimelig å henvise dem til internflukt. Det blir her vist til tidligere saker og argumentert og konkludert med at verken tidligere rettspraksis eller lovtekst viser til at forholdene i Norge skal vurderes opp mot forholdene i Kabul. Det blir kun nevnt at terskelen for internflukt skal være noe lavere for barn enn for voksne. Beskyttelse (asyl) skal kun gis under §28 dersom flyktningen(e) har behov for vern på grunn av en situasjon i hjemlandet, forholdene i landet som flyktningen(e) søker beskyttelse i vil dermed ikke ha noe med denne situasjonen å gjøre og vil igjen falle utenfor vurderingen av beskyttelse. Det blir dermed argumentert for at det er blitt gjort riktig avveining når forvaltningen ikke har tatt med de norske forholdene i vurderingen av internflukt (Rt. 2015 s.1388, 2015:

avsnitt 81-89). Hva som blir sett på som rimelig og urimelig vil gå inn under etisk diskurs da dette baserer seg på skjønn samt hvilke oppfatninger og verdier vi forbinder oss med.

5.4.3 Sterke menneskelige hensyn

5.4.3.1 Argumentene til de ulike partene

Når det kommer til barnas tilknytning til riket blir det henvist til tidligere praksis og fire og ett halvt år oppholdstid samt ett år skolegang. Tilknytningen til barna er ikke sterk nok for å innvilge oppholdstillatelse da familien kun har bodd i Norge i et og ett halvt år. (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 186-189).

5.4.3.2 Høyesterett sine argumenter

Materielle forhold

Det blir henvist til utlendingsforskriften § 7-1 som lyder slik:

”Selv om lovens §28 kommer til anvendelse ved en vurdering av retur til det området som søkeren har flyktet fra, skal det bare anses urimelig å henvise utlendingen til å søke beskyttelse i trygge og tilgjengelige deler av hjemlandet, dersom retursituasjonen vil være slik at vedkommende fyller vilkårene for oppholdstillatelse etter lovens §38 er oppfylt, er det forhold at utlendingen mangler tilknytning til en trygg og tilgjengelig del av hjemlandet, ikke alene tilstrekkelig” (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 92 s. 11).

Altså blir det argumentert for at internflukt kun blir sett på som urimelig dersom utlendingen oppfyller vilkårene under sterke menneskelige hensyn under §38. Her må også individuelle forhold som for eksempel alder, kjønn, helse og nettverk være med i vurderingen om hvorvidt en internflukt vil være urimelig eller ikke (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 110-116). Her setter Høyesterett internflukt opp mot sterke menneskelige hensyn, dermed barnas situasjon og tilknytning til Norge. Argumenteringen faller inn under den etiske diskursen da man er opptatt av de aktuelle barna samt deres interesser. Som nevnt over blir alder, kjønn og helse blant annet vektlagt for å kunne si noe om livet barna har opparbeidet i Norge, altså pragmatisk diskurs. Høyesterett er opptatt av å ta en beslutning som baserer seg på riktige empirisk fakta samt vurderinger av barna sitt beste.

Prosedurale forhold

Skjønnen rundt hva som blir sett på som urimelig eller ikke ligger hos forvaltningen. Forvaltningen vil ha et fritt skjønn og domstolen kan prøve dette. Det blir på den andre siden

argumentert for at forvaltningen har mer forståelse av konsekvenser, tidligere praksis samt samfunnsvurderingene som faller inn under dette hensynet. Dersom domstolen prøver selve skjønnsutøvelsen vil dette derfor lett kunne fragmentere tidligere praksis (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 110-116). Høyesterett understreker forvaltningens frie skjønn som i stor grad baserer seg på den etiske diskursen da beslutningen skal være tatt ut ifra hva som vil være til barnets beste samt hva som vil være en god løsning for barnet. På den andre siden argumenterer Høyesterett for at forvaltningen har mer forståelse for hvilke samfunnsmessige konsekvenser en eventuell avgjørelse vil medføre og med det faller argumentene inn under pragmatisk diskurs.

Høyesterett argumenterer videre med at sterke menneskelige hensyn vil være en måte for forvaltningen å binde sammen innvandringsregulerende hensyn og hensynet til barnets beste. Sterke menneskelige hensyn vil tilsi at dersom en familie ikke oppfyller kravene som går inn under hensynet og allikevel skal få innvilget oppholdstillatelse må det foreligge spesielle forhold som fører til at hensynet om barnets beste må få en større gjennomslagskraft (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 186-189).

5.4.4 Hensynet til barnets beste

5.4.4.1 Argumentene til de ulike partene

I denne saken er det den eldste datteren det er hovedfokus på da hun ble utsatt for en hendelse i Athen og ble borte fra faren sin i ett døgn. Hun har ikke ønsket å uttale seg om hva som skjedde, men det har vært traumatisk for henne og hun har fått diagnosen PTSD for psykisk lidelse. Det er enighet i at dette har vært en belastning for datteren, men det er ikke nok til å ha noen innvirkning på internflukts spørsmålet. Datteren vil returnere sammen med sine foreldre og det foreligger ikke noen dokumenter på at hun har behov på behandling (Rt. 2015 s.1388, 2015: svsnitt 131-141).

Hvorvidt internflukt går i mot barnets beste blir diskutert. Familien har holdt tilbake informasjon angående slektninger og familie i Afghanistan. Staten må på sin side kunne konkludere med at en eventuell internflukt både vil være trygg og tilgjengelig, siden familien ikke har samarbeidet med svar på disse spørsmålene vil det foreligge en viss tvil fra UNE sin side (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 128-130).

Det blir påpekt at terskelen er lavere for barn både når det kommer til oppholdstillatelse på humanitært grunnlag og eventuell henvisning til internflukt. Det blir argumentert for at saken omhandler en barnefamilie og at foreldrene er i full stand til å vise omsorg for barna. Datteren vil på lik linje med Mahdi i Shabazi-dommen ha tilgang på behandling i sitt hjemland. Barna vil også ha tilgang til skole i Kabul. Det er blitt bemerket at familien har to døtre, situasjonen for jenter i Kabul er noe annerledes enn gutter, samt at moren er gravid med sitt tredje barn og barnedødeligheten i Afghanistan er høy. Det blir allikevel argumentert for at dette ikke utgjør en urimelighet rundt internflukt. Det blir altså argumentert for at hensynet til barnets beste ikke tilsier at det er urimelig med internflukt (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 166-180). Det blir på den andre siden argumentert for at hensynet til barnets beste ikke er blitt tillagt den grunnleggende vekten som hensynet tilsier da det ikke forekommer noen konkret løsning på hva som vil være til barnets beste i denne saken (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 172-194). FNs Barnekomité sin generelle kommentar nr.14 er relevant her og domstolen burde ta utgangspunkt i denne når de skal vurdere hvorvidt familien innvilger oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Høyesterett har full kompetanse til å prøve hva som er lagt i vurderingene til barnets beste (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 50-51).

FNs Barnekomité sin generelle kommentar nr.12 blir, som i de tidligere dommene, også diskutert her. Det er snakk om barnets rett til å bli hørt og hovedfokuset er på den eldste datteren på 6 år. Det blir på den ene siden argumentert for at det ikke er blitt gjort noen saksbehandlingsfeil i forhold til at datteren ikke har blitt hørt da datteren ble representert gjennom foreldrene (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 43-60). På den andre siden blir det argumentert for at dette utgjør at vedtaket ikke er gyldig da advokaten til familien hadde bedt om at den eldste datteren skulle bli hørt. Dette ble avslått på grunn av datteren sin alder som gjorde at hennes uttalelser trolig ikke ville ha noen betydning for saken. Dette blir sett på som et brudd på FNs Barnekonvensjon. Det står skrevet i artikkel 12 at så lenge barnet er i stand til å danne forståelse av sin egen situasjon og dermed ha egne standpunkter skal barnet høres. Under artikkel 12 er det viktig at man ser på alderen til barnet, datteren skulle bli 6 år om noen dager (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 141-165).

5.4.4.2 Høyesterett sine argumenter

Materielle forhold

Hendelsen som rammet datteren i Athen vil være en belastning for henne, men ikke nok til å påvirke selve internflukts spørsmålet. Det er på lik linje ikke argumentert for at datteren har behov for noen form for helsebehandling og vedtaket kan dermed ikke regnes som ugyldig basert på dette. Datteren vil i tillegg reise tilbake til Afghanistan sammen med sine foreldre (Rt. 2015 s.1388, 2015: svsnitt 131-141). Når man skal vurdere internflukt må man se på forholdene i landet barnet skal returnere til gjennom et barneperspektiv, altså en barnesensitiv vurdering av forholdene i Kabul. Det blir henvist til UNHCRs retningslinjer for asylsøkere som søker beskyttelse fra Afghanistan, hvor det blir påpekt at personer som har nettverk i Afghanistan vil være rimelig å sende tilbake til internflukt i landet. Sikkerhetssituasjonen i Kabul er bedre enn i resten av landet, barn har rett til å gå på skole og det er tilgang til helsetjenester. Det er enighet om at det er blitt gjort riktige vurderinger av Kabul (Rt. 2015 s.1388, 2015:avsnitt 249-257). Argumentasjonen er basert på etiske diskurs da Høyesterett er opptatt av hvordan barna kommer til å få det dersom de blir sendt på internflukt til Kabul. Det blir også argumentert for at familien trolig har familienettverk i Afghanistan og at barna vil returnere sammen med sine foreldre, dette vil gå inn under den pragmatiske diskursen da Høyesterett underbygger argumentene ved å vise til den faktiske situasjonen til familien (Rt. 2015 s.1388, 2015).

Når det kommer til artikkel 12, barnets rett til å bli hørt er det uenigheter blant dommerne. Det blir på den ene siden argumentert for at interessene til datteren faller inn under interessene til foreldrene da det ble nevnt under samtale med foreldrene at datteren hadde helseproblemer samt at hun ønsket å bo i Norge. Det er dermed ikke blitt gjort noe lovbrudd på dette feltet (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 141-165). På den andre siden blir det derimot argumentert for at det faktisk at datteren ikke har blitt hørt medfører at både vedtaket etter §28 og etter §38 er ugyldig. Artikkel 12 er forankret i FNs Barnekonvensjon og det er en plikt å følge denne. Spørsmålet om rimeligheten rundt internflukt og om vedtakene bygger på riktig faktum blir dermed ikke vesentlige i saken da dommeren mener at grunnet artikkel 12 i FNs Barnekonvensjon uansett tilsier at vedtakene er ugyldige. Det blir henvist til Grunnloven §104 som støtter opp om dette:

”Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling” (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 289 s. 32).

Det blir understreket at artikkel 12 er ”*one of the fundamental values of the Convention*” (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 290 s. 32), artikkel 12 og artikkel 3 (hensynet til barnets beste) utfyller dermed hverandre. Lav alder i seg selv kan ikke være grunn nok til å ikke høre barnet, da det kun blir sagt at barnet skal være i stand til å danne seg egne synspunkter samt kunne uttale seg om disse. Når det kommer til barnets egen livssituasjon og erfaringer blir det hevdet at datteren i en alder av nesten 6 år ville kunne formidle dette. Da det ble bestemt at datteren ikke skulle bli hørt ble datteren fratatt denne muligheten samt posisjon som part i saken. Det å nekte et barn en rettighet som han/hun har krav på skal det være en høy terskel på. Dommeren kan ikke finne noen spesiell grunn til at hennes ønske om å uttale seg ikke ble prioritert, det er dermed blitt gjort en saksbehandlingsfeil av UNE. Datteren sin situasjon vil være relevant når det kommer til UNE sin vurdering av asylsøknaden til familien, vedtaket er dermed ugyldig (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 291-302). Som tidligere i kapittelet velger jeg å trekke frem argumentasjonen om artikkel 12 da jeg synes uttalelsene er interessante samt sentrale for analysen. I denne dommen er det hele seks av nitten dommere som mener at vedtaket er ugyldig da barnet ikke har fått uttalt seg. Dette er mange, spesielt med tanke på plenumsdommene fra 2012 (Shabazi –og Delic-dommen) hvor det bare var en dommer som mente dette var en alvorlig feil. Argumentasjonen strider i mot moralen i lovverket samt den faktiske rettigheten til barnet. Den etiske, moralske, pragmatiske og juridiske diskursen vil være til stede under argumentasjonen av artikkel 12 noe som fremhever argumentenes relevans for analysen.

Prosedurale forhold

Barnets beste er forsvarlig vurdert selv om informasjon har blitt tilbakeholdt fra familien (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 128-130). Hensynet har fått den vekten det krever i forhold til at det skal være grunnleggende og barnas situasjon og hensynet til barnets beste er vurdert på en forsvarlig måte (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 166-180). Det blir henvisning til plenumsdommene i 2012 hvor det verken i Shabazi-dommen eller i Delic-dommen blir sagt noe konkret om hva som vil være til barnas beste, mens det gjennom en tolkning av vedtaket lar seg påvise som for eksempel når det blir sagt i plenumsdommene at både Verona og Mahdi sitt beste er å få bli i Norge. En konkret vurdering av hensynet som helhet vil få frem hva som regnes som barnets

beste. Det vil på lik linje i denne saken være barnas beste å få bli i Norge (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 172-194).

Det blir henvist til endringene som ble gjort i utlendingsforskriften § 17-1a i 2014 som dermed vil være gjeldene i dette vedtaket. Her står det nå skrevet:

”I vedtak som berører barn, skal det fremkomme:

- a) hvilke vurderinger som har vært foretatt av barnets situasjon, herunder hvordan hensynet til barnets beste er vurdert,
- b) hvilke innvandringsregulerende hensyn som er vurdert, og
- c) avveiningen som er foretatt mellom eventuelle motstridende hensyn.”

(Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 262 s. 29)

Det blir på den andre siden argumentert for at avveiningen mot motstridende hensyn ikke finner sted i vedtaket. Som tidligere nevnt sies det ingenting om hvordan innvandringsregulerende hensyn blir veid opp mot hensynet om barnets beste. Det er i tillegg ikke en tilstrekkelig beskrivelse av hva som er barnas interesser, oppholdstiden til barna er heller ikke identifisert tilstrekkelig da det kun blir poengtert at oppholdstiden er for kort i forhold til at den som isolert sett kan innvilge oppholdstillatelse. Det vil derfor være en saksbehandlingsfeil av UNE på dette punktet, en mangelfull vurdering vil ha en stor innvirkning da det fører til at vedtaket er ugyldig. Begrunnelsen og vurderingen rundt hensynet til barnets beste er ufullstendig, dermed blir det også vanskelig for domstolen å foreta den kontrollen som det legges opp til (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 277-286). Det blir konkludert med at det er barna sitt beste å få bli i Norge, men selve vurderingen samt hvordan hensynet er veid opp mot motstående hensyn mener Høyesterett at ikke finner sted. Pragmatisk, moralsk og juridisk diskurs blir vektlagt da det henvises til lovverket samt føringene som skal ligge til grunn ved vurderingen av hensynet til barnets beste.

Hvorvidt de generelle kommentarene er bindene eller ikke blir diskutert opp mot Shabazi – og Delic-dommen hvor det ble sagt at kommentarene generelt sett ikke vil være folkerettslig bindende (Rt. 2012 s.1985, 2012) (Rt. 2012 s.2039, 2012). Kommentarene vil, som tidligere nevnt, ikke være bindende, men likevel vil de tillegges vekt slik de ble i Maria-dommen. EMD henviser konsekvent til de generelle kommentarene på lik linje som andre land i Europa.

Erfaringen Barnekomitéen sitter med samt rollen komitéen har som et folkerettslig håndhevingsorgan under FNs Barnekonvensjon er viktig å se i lys av kommentarene. Vekten de ulike kommentarene skal tillegges vil variere, men når det kommer til generell kommentar nr. 14 vil den inneholde en tilstrekkelig veiledning (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 270-273).

Etter stemmegivning forkastet Høyesterett anken. Det var tretten dommere som mente vedtaket var gyldig og seks dommere som mente vedtaket var ugyldig. Familien ble dermed sendt tilbake til internflukt i Afghanistan. Sæther (2015) skriver at NOAS mener dette allikevel er en seier for barna da seks dommere mente vedtaket var ugyldig med tanke på FNs Barnekonvensjon artikkel 12, dette er en stor utvikling når det kommer til barn som selvstendige rettsobjekter hevder NOAS (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 303-321) (Sæther, 2015).

Som oppsummering har jeg samlet for – og imot argumenter som er uttalt av Høyesterett under de ulike hensynene i tre tabeller. Dette vil skape en bedre oversikt samt hjelpe meg videre i analysen.

5.5 Tabell 1. Innvandringsregulerende hensyn

De fire Høyesterettsdommene	Argumenter som taler for hensynet	Argumenter som taler imot hensynet
Shabazi-dommen	Ulovlig oppholdstid Respekten for øvrige regler i loven Omfanget av konsekvenser Ankerbarn Har ikke fremskaffet reisedokumenter Hensynet <i>kan</i> være avgjørende	Må sikre en tilfredsstillende omsorg i hjemlandet Hensynet kan ikke veie tyngre desto sterkere tilknytningen er Barnets beste og tilknytningen til riket skal vektlegges Barnet skal ikke "straffes" for foreldrenes valg
Delic-dommen	Ulovlig oppholdstid Respekten for øvrige regler i loven Omfanget av konsekvenser Ankerbarn Manglende samarbeid om retur Har ikke fremskaffet reisedokumenter	Barnets beste har ikke blitt tillagt vekt som et grunnleggende hensyn. Barnets beste og tilknytningen til riket skal vektlegges
Maria-dommen	Moren har oppholdt seg ulovlig Moren har oppgitt falsk identitet	Feilaktige identitetsdokumenter er typisk overtredelse
Afghansk familie	Samfunnsmessige konsekvenser Omfanget av liknende saker	Vedtaket sier ingenting om dette hensynet samt hvordan hensynet blir veid opp mot barnets beste

5.6 Tabell 2. Sterke menneskelige hensyn

De fire Høyesterettsdommene	Argumenter som taler for hensynet	Argumenter som taler imot hensynet
Shabazi-dommen	Tilknytningen blir sterkere med årene Sterk tilknytning tilsier opphold En totalvurdering av oppholdstiden Ulovlig opphold skal ikke være avgjørende Mahdi innfrir kravene om sterk tilknytning Tilknytningen <i>skal</i> tillegges særlig vekt	Sterk tilknytning opparbeidet gjennom ulovlig opphold tilsier utkastelse Foreldrenes motarbeidelse til frivillig retur En retur vil skje sammen med foreldrene. Foreldrene som gode omsorgspersoner Familienettverk i Iran.
Delic-dommen	Sterk tilknytning er uavhengig av alder Verona innfrir kravene til sterk tilknytning Utsendelse vil krenke Verona sitt privatliv	Sterkest tilknytning til foreldrene. En retur vil skje sammen med foreldrene Verona har ikke opparbeidet seg privatliv i Norge. Foreldrene har vært klar over sin utreiseplikt.
Maria-dommen	Maria sitt norske statsborgerskap. Moren som eneste omsorgsperson Usikker fremtid for Maria i Kenya.	
Afghansk familie	Datteren har et sterkt ønske om å få bli i Norge	Barna oppfyller ikke kravene til sterk tilknytning Det er kun ved sterk tilknytning at internflukt vil være urimelig En retur vil skje sammen med foreldrene Foreldrene som gode omsorgspersoner Oppgitt feil informasjon angående familienettverk

5.7 Tabell 3. Hensynet til barnets beste

De fire Høyesterettsdommene	Argumenter som taler for hensynet	Argumenter som taler imot hensynet
Shabazi-dommen	Hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, men ikke nødvendigvis det avgjørende hensynet. Ulovlig opphold skal tillegges mindre vekt Det er Mahdi sitt beste å få bli i Norge. Barnets beste <i>skal</i> være et grunnleggende hensyn	Hensynet stiller ikke krav som avveier andre hensyn. Hensynet har ikke fått den vekten det krever Mahdi har ikke blitt hørt Ingen innvirkning på utfallet derom Mahdi hadde blitt hørt Interessene til Mahdi er presentert av foreldrene
Delic-dommen	Hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, men ikke nødvendigvis det avgjørende hensynet. Retten til å bli hørt er gjeldende Det er Verona sitt beste å få bli i Norge.	Hensynet har ikke fått den vekten det krever Verona har ikke blitt hørt. Ingen innvirkning på utfallet dersom Verona hadde blitt hørt Interessene til Verona er presentert av foreldrene
Maria-dommen	Det er Maria sitt beste å få bli i Norge Datterens interesser må tillegges vekt. Barnekomitéens generelle kommentar nr.14 Grunnloven §102 og § 104	
Afghansk familie	Barnas beste å få bli i Norge Hensynet har fått den vekten det krever.	Interessene til datteren er presentert av foreldrene Sjeldent at helse skal være avgjørende

	Artikkel 12 skal sørge for at hensynet er oppfylt Ingen aldersbegrensninger på artikkel 12 Må vurdere forholdene i Kabul gjennom et barneperspektiv. Døtrene vil ha tilgang på utdanning i Kabul. En internflukt skal være trygg, tilgjengelig og rimelig Høy sikkerhetssituasjon i Kabul	Vil ha tilgang på helsebehandling i Afghanistan. En internflukt skal ikke krenke hensynet Vurderingen av hensynet er ufullstendig Brudd på artikkel 12 Barna har ikke blitt hørt Barna er for unge til å bli hørt Høy barnedødelighet i Afghanistan Barna har aldri bodd i Afghanistan
--	--	---

Tabellene viser tydelig flere problemstillinger som er gjengående i alle de fire dommene. Under innvandringsregulerende hensyn kan man se at domstolen står ovenfor problemstillinger som åpner seg rundt loven, ulovlig oppholdstid, samfunnsmessige konsekvenser, og ankerbarn. Dette åpner opp for en rekke spørsmål som for eksempel hvorvidt barna skal måtte ta konsekvenser av foreldrenes valg. Hvor stort er omfanget av søknader for familier i lignende situasjoner? Hvilke signaler vil en eventuell avgjørelse sende til disse familiene? Den ulovlige oppholdstiden får avgjørende vekt i både Shabazi –og Delic-dommen og hovedspørsmålet under hensynet er hvor mye det ulovlige oppholdet skal vektlegges. Man kan se at det er gjentakende å oppholde seg ulovlig i alle dommene og dermed en ganske vanlig lovovertrødelse. Hvilke faktorer blir dermed vektlagt tyngre og sett på som en større lovovertrødelse enn andre faktorer? Under innvandringsregulerende hensyn kan man se at Høyesterett går lite inn på skjønnnet til forvaltningen. Høyesterett velger i større grad å sette vurderingen av sterke menneskelige hensyn og hensynet til barnets beste opp mot innvandringsregulerende hensyn for å kunne se om det er faktorer og elementer i saken som er særegne og dermed tilsier at for eksempel hensynet til barnets beste skal få en avgjørende vekt.

Når det kommer til sterke menneskelige hensyn reiser det seg spørsmål og diskusjoner om hvorvidt UNE sin retningslinje for sterk tilknytning er holdbar eller ikke. Verona oppfyller kravene, allikevel har ikke dette noen avgjørende effekt, det er kun i Mahdi sin situasjon at hensynet til slutt får en gjennomslagskraft da UNE omgjør vedtaket etter at Høyesterett har forkastet anken. UNE mener at det tross alt var til Mahdi sitt beste å få bli i Norge, dette er særskilt med tanke på at UNE skifter mening og trekker vedtaket tilbake. Høyesterett tar utgangspunkt i forvaltningen sin vurdering av situasjonen til barnet i Norge og belyser denne fra ulike vinkler. Hvorfor har ikke sterke menneskelige hensyn en større påvirkningskraft når kravene for sterk tilknytning er oppfylt? Hvorfor har man i så fall satt en slik retningslinje da

oppfyllelse av denne uansett ikke har noen avgjørende effekt? Problematikken rundt ankerbarn kan kanskje tenkes å sette en grense for hvor avgjørende den sterke tilknytningen skal være.

Hensynet til barnets beste er nært knyttet til sterke menneskelige hensyn da man er opptatt av barnets interesser og situasjon. Funnene under barnets beste åpner opp for en rekke spørsmål og dilemmaer. Først og fremst, hva er egentlig barnets beste? Dommene tar utgangspunkt i vedtakstidspunktet, vil det ikke dermed også bli diskutert hva som *var* barnets beste? Dette gjør igjen at en rekke problemstillinger kommer på banen angående barnets alder. Artikkel 12 under FNs Barnekonvensjon for eksempel, hvorvidt har barnet en rettighet til å bli hørt og eventuelt *når* tiltrer denne rettigheten? Barna vil ha en tilknytning til foreldrene samt det norske samfunnet, men hvor gammelt burde barnet være for at tilknytningen til riket er større? Dersom barnet skal ha oppholdt seg i Norge i minst fire år og gått ett år på skole vil det tilsi at barnet minst er 6-7 år gammelt, både Mahdi og Verona var eldre enn dette på vedtakstidspunktet, det ble allikevel argumentert for at begge barna ville returnere til sine hjemland sammen med sine foreldrene og dermed ville dette være deres beste. Tilsier ikke egentlig alderen til Mahdi og Verona at de burde fått uttalt seg som selvstendige rettsobjekter og dermed fått muligheten til å uttale sine synspunkter? FNs Barnekonvensjon artikkel 12 kan man se har fått betydelig større vekt med årene spesielt i den siste dommen som omhandler den afghanske familien fra 2015. Her er det seks dommere som mener at vedtaket er ugyldig da barna ikke har fått uttalt seg. Dette er i kontrast med argumentene som ble uttalt i både Shabazi –og Delic-dommen da dette ikke ble vektlagt noe særlig da flesteparten mente at utfallet ikke ville vært noe annerledes dersom barna hadde fått uttalt seg. Dette er viktige funn som skal diskuteres videre i analysen.

Barnets beste er brukt mye tid på i alle dommene og funnene peker mot en vid forståelse av begrepet med mange uenigheter. Mange av dommerne påpeker at det ikke er noe særskilt i saken som tilsier at hensynet til barnets beste skal få en avgjørende vekt, vil man derfor kunne si at det kun er i saker som er særskilte som barnets beste kan ha en gjennomslagskraft? Dersom hensynet til barnets beste slår igjennom i en sak hvor det er mange familier med lignende situasjon vil domstolen åpne opp for en praksis som muligens kan tenkes å gå imot innvandringsregulerende hensyn og politikken som ligger bak. Jeg skal videre diskutere funnene ved hjelp av argumentasjonsteori og knytte diskusjonen opp mot problemstillingen.

6.0 Analyse

For å kunne analysere argumentasjonen som er blitt presentert i forrige kapittel har jeg formulert fire spørsmål som jeg ønsker å undersøke i analysen. Spørsmålene lyder som følger;

1. Hva kan vi fastslå under de ulike hensynene?
2. Er det konsekvenser som ligger til grunn for avgjørelsene, altså den pragmatiske diskursen, eller ønsker Høyesterett å si noe om selve innholdet/begrepet under hensynene?
3. Er det variasjon eller endring i hensynene over tid?
4. Har flyktningstrømmen Norge står ovenfor i dag noen innvirkning på utfallet og eventuelt selve vurderingene av hensynene?

Jeg kommer til å diskutere spørsmålene opp mot datamaterialet samt analysere de ulike hensynene. Som tidligere nevnt er det kun argumentasjonen til Høyesterett jeg skal analysere da jeg er opptatt av rettens rolle i flyktningpolitikken. Jeg bruker argumentasjonsteori som verktøy, jeg ønsker dermed å si noe om diskursene som er blitt brukt. På lik linje kommer jeg til å trekke inn statlige dokumenter og tidligere forskning.

6.1 Hva kan vi fastslå under de ulike hensynene?

Under Shabazi-dommen fra 2012 fastslår Høyesterett at det er vedtakstidspunktet som skal vektlegges. I denne dommen blir det brukt mye tid på å diskutere hvorvidt man skal ta utgangspunkt i domstidspunktet eller vedtakstidspunktet og det er kun én dommer som mener at det er nåtid, altså domstidspunktet, som skal vektlegges. Dette standpunktet referer til en form for juridisk logikk da man kan tenke seg at fastsettelse av et slikt element fører til lik behandling av tilnærmet like saker. Den moralske diskursen blir dermed også vektlagt da man ønsker en likhet ovenfor loven. Familier og barn vil dermed bli vurdert ut ifra det samme tidspunktet og dermed stille med det samme utgangspunktet (Rt. 2012 s.1985, 2012). Tidspunktet vil også gå inn under den pragmatiske diskursen da man ser at denne fastsettelsen hjelper Høyesterett til å nå et mål eller en avgjørelse og setter dermed visse standarder. Man er her opptatt av empirisk fakta og den faktiske situasjonen til familien på dette tidspunktet, altså bygger det på et pragmatisk tankesett. Pragmatisk diskurs er opptatt av måloppnåelse samt konkrete midler for å nå dette målet. Det at vedtakstidspunktet skal vektlegges fungerer som et utgangspunkt slik at de elementene som faller innenfor dette tidspunktet skal med i vurderingen. Det er viktig å fastsette et slikt tidspunkt med

tanke på hva som skal vurderes innenfor de ulike hensynene. Under innvandringsregulerende hensyn vil det eksempelvis være viktig å være klar over antall år som skal medberegnes når det kommer til ulovlig oppholdstid da dette faller inn under punkt fire i hensynet; *”hensynet til respekten for lovens øvrige regler”* (Utlendingsloven §38, 2010). Dersom familien ikke har fulgt sin utreiseplikt må man se på hvor mange år familien har oppholdt seg i Norge etter utreisedato med utgangspunkt i vedtakstidspunktet (Rt. 2012 s.1985, 2012).

Dersom man ser på sterke menneskelige hensyn og hensynet til barnets beste vil tidspunktet være basert på barnets alder, tilknytningen barnet har til riket og hva som vil være best for han eller henne med tanke på daværende situasjon. Domstolen vurderer dermed ikke hva som *er* barnets beste, men hva som *var* barnets beste da det kan ha gått flere år mellom vedtakstidspunktet og domstidspunktet. Dette kommer eksempelvis til syne i Shabazi-dommen hvor den eldste sønnen Mahdi på vedtakstidspunktet hadde bodd i Norge i seks år og det er her enighet om at Mahdi har sterk tilknytning til Norge. Familien får ikke opphold da de ikke har overholdt sin utreiseplikt og innvandringsregulerende hensyn får gjennomslag. UNE omgjør senere vedtaket og mener at det tross alt *er* Mahdi sitt beste å få bli i Norge da han har vært i landet i over ni år. Her kan man se at nemnda endrer diskursen til den etiske og vektlegger hva som vil være et godt og givende liv for Mahdi. Nemnda overser foreldrenes lovovertridelser og den pragmatiske argumentasjonen. Det er som tidligere nevnt veldig sjeldent at UNE går tilbake og endrer et vedtak etter at Høyesterett har tatt en avgjørelse. Det var tilknytningen Mahdi hadde til riket som var grunnen til omgjøringen (Rt. 2012 s.1985, 2012).

I stortingsmeldingen *”Barn på flukt”* (2012) presenterer Justis –og beredskapsdepartementet et skille mellom mindre tungtveiende – og tungtveiende innvandringsregulerende hensyn som også er med på å sette en retningslinje for Høyesterett. Hovedpunktene under innvandringsregulerende hensyn er som tidligere nevnt; (1) *”mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag”*, (2) *”de samfunnsmessige konsekvensene”*, (3) *”hensynet til kontroll”*, og (4) *”hensynet til respekten for lovens øvrige regler”* (Utlendingsloven §38, 2010). Mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn vil være dersom familien har vært tilgjengelig og synliggjort sin identitet, mens tungtveiende innvandringsregulerende hensyn vil være dersom familien har unndratt seg tvangsmessig retur samt skjult seg for de norske myndighetene. Det at

hensynet ble delt inn i mindre tungtveiende og tungtveiende kan man tenke seg at skulle gjøre det lettere for forvaltningen og domstolen å skille mellom hva som vil være en grov eller mild lovovertrødelse av hensynet. Både Shabazi –og Delic-familien vil gå inn under mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, da familiene ikke har unndratt seg tvangsmessig retur eller skjult seg for de norske myndighetene. Hensynet får allikevel gjennomslagskraft i begge dommene. Den pragmatiske diskursen er dominerende under innvandringsregulerende hensyn og man er opptatt av konsekvenstenkning samt en forståelsesform som bygger på de politiske verdiene, kan det dermed tenkes at det blir en form for politisk overprøving? Det kan tenkes at avgjørelsene her i stor grad bygger på hvor mange som faktisk skal få opphold i Norge samt hvilke begrunnelser en eventuell innvilgelse skal bygge på dersom det ikke er noe særskilt i saken som tilsier noe annet (Meld. St. 27, (2011-2012)) (Rt. 2012 s.1985, 2012) (Rt. 2012 s.2039, 2012).

Det andre elementet som Høyesterett følger i alle dommene er retningslinjen UNE fastsetter i rapporten *"Ett år etter "Barn på flukt"* (2013). Under sterke menneskelige hensyn står det skrevet at barnets tilknytning til riket skal tillegges særlig vekt. I rapporten skriver UNE (2013) at når man skal vurdere barnets tilknytning til riket vil en retningslinje for dette hovedsakelig være fire og ett halvt år opphold samt ett år skolegang. Dersom barnet oppfyller dette kan man si at barnet har sterk tilknytning til Norge. UNE (2013) setter derfor frem en type standard som sier noe om hva som definerer sterk og svak tilknytning for barnet. En slik standard vil gå inn under den pragmatiske diskursen da man ønsker konkret fakta for å si noe om barnets situasjon og interesser. Dette gjenspeiler igjen den juridiske logikken da man først og fremst ønsker å henvise til noe konkret. Man ønsker å si noe om hva vi vet, hva som er situasjonen til barnet og familien samt hva dette vil medføre. Begrepet tilknytning vil i denne sammenhengen referere til tilhørighet, røtter, integrering, nettverk og sosiale bånd. Hvor mange år barnet har oppholdt seg i Norge vil dermed ha stor innvirkning på disse faktorene, men samtidig vil styrken på disse faktorene variere da det er basert på individuell utvikling og interesse. En slik standard kan derfor være misvisende selv om den sier noe om barnets interesser i Norge. Retningslinjen til UNE vil gå inn under den pragmatiske diskursen og tankemønster. Den er basert på antall år og blir brukt som et verktøy for å kunne si noe om barnets situasjon. Ved første øyekast kan det tenkes at sterke menneskelige hensyn med denne standarden har den pragmatiske diskursen som

grunnleggende forståelsesform. Dersom man ser nærmere på hensynet vil argumentasjonen raskt gå over i den etiske diskursen og fokuset rundt hensynet til barnets beste. Barnets tilknytning til riket vil ikke kunne vurderes uten å vurdere barnets beste, disse to hensynene er dermed tettere knyttet opp mot hverandre enn eksempelvis hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn (UNE, 2013).

Høyesterett tar utgangspunkt i retningslinjen til UNE i alle dommene og er enig med nemnda i at både Mahdi og Verona har sterk tilknytning til Norge. Når det kommer til Maria i Maria-dommen er situasjonen noe annerledes siden hun har norsk statsborgerskap. Barna i den Afghanske-familien fra 2015 har kun oppholdt seg i Norge i et og ett halvt år og går dermed inn under svak tilknytning. Selv om både Verona og Mahdi oppfyller kravene for sterk tilknytning får ikke sterke menneskelige hensyn gjennomslag av Høyesterett i noen av sakene. Hva kan tenkes å være grunnen til dette? Dersom retningslinjen kun skal si noe om svak eller sterk tilknytning, men ikke nødvendigvis ha noen særlig betydning, vil retningslinjen da være viktig? Justis –og beredskapsdepartementet (2012) skriver i *"Barn på flukt"* at i de fleste tilfeller hvor barn har oppholdt seg over lengre perioder i Norge vil periodene inneholde ulovlig opphold. Dersom denne oppholdstiden tilsvarer sterk tilknytning til riket skal den ulovlige oppholdstiden samt eventuell motarbeidelse av retur tillegges mindre vekt enn tilknytningen barnet har til Norge som igjen tilsier at oppholdstillatelse bør gis (Meld. St. 27, (2011-2012)). Det er derfor bemerkelsesverdig at ikke sterke menneskelige hensyn har større gjennomslagskraft i disse sakene av Høyesterett. En naturlig oppfatning vil være at når et barn har sterk tilknytning til noe så vil det også være det beste for barnet å ikke bli skilt fra dette. Altså vil en sterk tilknytning til Norge bety at det vil være til barnets beste å få bli i Norge, noe som også blir poengtert i både Shabazi – og Delic-dommen. Verona og Mahdi sitt beste er å få bli i landet, begge får allikevel avslag på søknaden om oppholdstillatelse. Man kan tenke seg at det er de grunnleggende sosiale, rettslige og psykologiske båndene en person har til et samfunn som er med på å skape personens identitet og utvikling. Både Verona og Mahdi hadde oppholdt seg i Norge i seks år samt gått på skole her, det kan dermed tenkes at deres identitet og utvikling hovedsakelig vil være formet av de norske verdiene og normene. Den etiske diskursen vil være grunnleggende da man er opptatt av barnets interesser og liv. Når selv forvaltningen og Høyesterett sier at barnas beste vil være å få bli i Norge vil alt annet tenkes å være uetisk. Hvorfor har dermed ikke disse rettighetene og

tilknytningen en større påvirkningskraft? Barna i den afghanske familien hadde kun oppholdt seg i Norge i et og ett halvt år. Det kan tenkes å være enighet om at denne tiden er for kort for barna til å opparbeide seg tilhørighet til Norge, men eksempelvis Verona (8 år) hadde bodd hele livet sitt i Norge og gått to år på skole og blir allikevel sendt tilbake til Bosnia (Rt. 2012 s.1985, 2012) (Rt. 2012 s.2039, 2012) (Rt. 2015 s.1388, 2015).

Under observasjonen av plenumsdommen fra 2015 spurte den ene dommeren statsadvokaten hvordan man i det hele tatt kan ha en slik retningslinje med fire og ett halv år samt ett år skolegang for å definerer sterk tilknytning. NOAS svarer raskt at UNE er redd for å gjøre det ene eller det andre fordi de da setter en standard for hva som vil være viktigst og det vil igjen bli en fasit på hva som vil være til barnets beste. NOAS mener at istedenfor å skjule seg bak en slik retningslinje må UNE kunne være såpass rett på sak å si at grunnen til at eksempelvis denne familien blir sendt tilbake til Afghanistan er fordi de må balansere innvandringen. Det kan tenkes at retningslinjen gjenspeiler innvandringsregulerende hensyn da man er opptatt av de politiske avveiningene. Altså er denne retningslinjen kun formet slik at forvaltningen kan vise til dette og dermed konkludere med om kravene er innfridd eller ikke. Uten denne retningslinjen vil det ikke være noe håndfast for verken forvaltningen eller domstolen å forholde seg til, det ville dermed åpnet opp for et større rom for skjønn noe som igjen kan gi uklare signaler til hvordan eller på hvilket grunnlag hensynet er blitt vurdert. Dersom man ser på valg av tidspunkt vil dette på lik linje kunne gjenspeile en form for politisk tankegang da man ganske sikkert vil kunne si at dersom domstidspunktet hadde vært utgangspunktet for tidspunkt ville langt fler familier og barn oppfylt kravene for tilhørighet og tilknytning, da flere år ville blitt medberegnet i vurderingene. Familier og barn ville dermed hatt et større og bedre utgangspunkt for innvilgelse av oppholdstillatelse⁹.

Man kan se at når det kommer til tidspunkt er dette fastsatt til vedtakstidspunktet og det er ingen videre diskusjon om dette i de senere dommene. Når det kommer til retningslinjen for hva som er mindre tungtveiende og tungtveiende innvandringsregulerende hensyn samt sterk eller svak tilknytning til riket er disse retningslinjene nokså klare og Høyesterett benytter seg av disse i alle dommene. Det virker derimot ikke som om retningslinjene har noe utslag selv om kravene de

⁹ Referer her til deltakende observasjon av plenumsdom Rt. 2015 s. 1388 i Oslo 9-12.november 2015.

stiller er oppfylt. Eksempelvis kan man se at verken foreldrene i Shabazi-familien eller i Delic-familien fremskaffet reisedokumenter. Delic-familien var heller ikke samarbeidsvillige når det kom til retur. Disse handlingene vil gå inn under mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Hensynet får allikevel gjennomslag i begge dommene og man vil dermed sitte igjen med en oppfattelse om at disse handlingene går inn under aktiv unndragelse, altså tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Det at Delic-familien ikke var samarbeidsvillige vil ikke nødvendigvis si at de aktivt unndro seg retur, men at de var passive og hadde manglende samarbeidsvilje. NOAS (2014) understreker at regjeringen skriver "*aktiv motarbeidelse*" og setter spørsmålsteget ved om dette er et bevisst ordvalg. Det kan dermed tenkes at passive og manglende handlinger vil bli behandlet annerledes enn de aktive handlingene. Dersom man skal ta utgangspunkt i stortingsmeldingen vil begge familiene stå ovenfor mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, begge barna har sterk tilknytning til riket og det er barna sitt beste å få bli i Norge. Dette viser seg spesielt i Shabazi-dommen da UNE omgjør vedtaket da det tross alt er Mahdi sitt beste å få bli i Norge da han har sterk tilknytning til landet. Hvorfor gjelder ikke dette på lik linje Verona i Delic-dommen? Grunnen til dette kan være at den manglende samarbeidsviljen til foreldrene faktisk var avgjørende (NOAS, 2014) (Rt. 2012 s.1985, 2012) (Rt. 2012 s.2039, 2012).

6.2 Er det konsekvenser, altså den pragmatiske diskursen, som ligger til grunn i avgjørelsene eller ønsker Høyesterett å se på selve innholdet/begrepet i hensynene?

Når det kommer til innvandringsregulerende hensyn kan man se at Høyesterett hovedsakelig er opptatt av konsekvensene en eventuell innvilgelse av oppholdstillatelse vil ha. Problemstillingen rundt ankerbarn blir tatt opp i både Shabazi –og Delic-dommen. Høyesterett påpeker at situasjonen med ankerbarn er vanskelig da man må vurdere hvorvidt barna blir brukt som verktøy for oppholdstillatelse eller ikke. Som tidligere nevnt i stortingsmeldingen "*Barn på flukt*" Justis – og beredskapsdepartementet (2012), understreker departementet hvor uheldig situasjonen er for barnet dersom familien velger å oppholde seg ulovlig i Norge etter endelig avslag på oppholdstillatelse. Barnet opparbeider seg dermed enda sterkere tilknytning til Norge. Spørsmålet om hvorvidt barnet skal måtte lide eller ta konsekvenser fra situasjonen som de ikke har valgt selv, men som er blitt påtvunget dem gjennom foreldrenes valg, er vanskelig og bringer usikkerhet inn i fremtiden til barnet. Dilemmaet som her oppstår vil være at dersom et

lengeværende barn, som har oppholdt seg ulovlig i Norge over flere år, får innvilget oppholdstillatelse vil kanskje dette oppfordre andre familier til å utnytte det faktum at de har barn og dermed vil de få oppholdstillatelse på grunnlag av deres barns beste (Meld. St. 27, (2011-2012)). Det blir i Ot.prp.nr 75 (2006-2007) lagt frem at det er viktig at det ikke premieres med oppholdstillatelse til personer og familier som har oppholdt seg ulovlig i Norge. Dette vil sende uheldige signaler til andre familier som søker asyl og en restriktiv praksis på dette punktet blir dermed nødvendig (Ot.prp.nr 75, (2006-2007)). Det er dermed ikke ønskelig å åpne opp for en praksis som vil gi grønt lys for et stort omfang av familier og barn da man tenker på hvilke konsekvenser dette vil ha for oss borgere og samfunnet som helhet. Både pragmatisk og etisk diskurs blir vektlagt i argumentasjonen her. Grunntanken vil være etisk da man tenker at et godt og givende liv for de fleste vil være å få bli i Norge samt vokse opp her, mens vi på den andre siden ikke kan være det beste samfunnet og ta i mot alle. Det norske samfunnet vil ikke ha midler til dette, noe som bringer argumentasjonen over i den pragmatiske diskursen. Det ville ikke vært praktisk mulig, det ville skapt enorme konsekvenser. Punktene som diskuteres under dette hensynet peker mot kontroll, konsekvenser, praksis og hvorvidt familien har vist respekt for øvrige regler i loven. Disse punktene viser til den moralske, juridiske og pragmatiske diskursen. Hensynet kan tenkes å være av politisk karakter da man ønsker å si noe om samfunnet og politikken innenfor feltet. Den pragmatiske diskursen overgår dermed den etiske innenfor innvandringsregulerende hensyn og man kan se at Høyesterett velger å fokusere på hva innvandringspolitikken sier, hvilke konsekvenser dette vil ha for samfunnet samt familier i liknende situasjoner og hvorvidt personene det gjelder har overholdt regelverket eller ikke.

Under sterke menneskelige hensyn blir det også lagt vekt på konsekvenser og den pragmatiske diskursen, men Høyesterett er mer opptatt av hvilke konsekvenser en eventuell retur vil ha for barnet og ikke nødvendigvis for samfunnet. Den pragmatiske diskursen vil være bygget på eventuelle endringer i forholdene til barnet. Dette kan omhandle hvorvidt en retur vil medføre familiesplittelse eller hvorvidt barnet vil ha tilgang på videre utvikling i hjemlandet. Hensynet er tett knyttet til hensynet om barnets beste og den etiske diskursen veier derfor tyngre her. Barnets tilknytning kan ikke vurderes isolert fra hensynet til barnets beste. Høyesterett vurderer de elementene både vi som borgere og dommerne mener er viktig for et barn for å få en god barndom. Høyesterett ser på de materielle forholdene som eksempelvis språk, utdanning og helse.

Ved en eventuell retur skal barnet ha tilgang på dette slik at man kan si at de etiske verdiene er ivaretatt. Det blir eksempelvis både i Maria-dommen og Shabazi-dommen argumentert for at Maria og den yngste datteren i Shabazi-familien er såpass unge at de først og fremst vil ha sterk tilknytning til sine foreldre og ikke nødvendigvis til samfunnet. En retur vil skje sammen med foreldrene og det vil dermed være det beste for barna. I alle dommene er Høyesterett opptatt av å ikke skille barna fra foreldrene samt å ikke splitte familien. Dette blir brukt som et av hovedargumentene under plenumsdommen fra 2015 hvor et av hovedspørsmålene dreier seg rundt hvorvidt det vil være rimelig å sende familien til internflukt i Afghanistan eller ikke da med tanke på barnas beste. Argumentasjonen tar for seg forholdene i Kabul og det blir påpekt at familien ikke vil bli splittet ved en retur samt at familien har familienettverk i Afghanistan. Man kan dermed se at Høyesterett forsikrer seg om at barnet vil få det bra ved en retur. Argumentasjonen bygger på den etiske diskursen og man er her opptatt av begrepet barnets beste og barnets fremtid i større grad enn den pragmatiske diskursen og mulige konsekvenser (Rt. 2012 s.1985, 2012) (Rt. 2015 s.1388, 2015) (Rt. 2015 s. 93, 2015).

Hensynet til barnets beste vil hovedsakelig være basert på den etiske diskursen. Argumentasjonen til Høyesterett er opptatt av innholdet i begrepet barnets beste i større grad enn konsekvensene og den pragmatiske diskursen. Dette hensynet vil være det mest omstridte da innholdet samt rammene for hensynet er vage. Hva som vil være til barnets beste er individuelt, det må derfor gjøres en individuell vurdering. Argumentasjonen vil bygge på hva som vil definere barnets beste samt hva som vil være den beste løsningen for barna. Altså hva som vil være et godt liv for barnet. Under hensynet er man opptatt av både de prosedurale og materielle forholdene. Man ønsker å si noe om hvorvidt hensynet er blitt vurdert slik loven tilsier, at hensynet har blitt vurdert som et grunnleggende hensyn og avveid mot motstående hensyn. Det blir også henvist til materielle forhold som er viktig for barnet som eksempelvis å være sammen med sine foreldre, at barnet skal ha tilgang til utdanning og at barnets interesser er ivaretatt. Argumentasjonen faller dermed over i punktene under sterke menneskelige hensyn.

Under observasjonen i Oslo (2015) blir det argumentert for at hensynet til barnets beste stiller et materielt krav som påvirker avgjørelsene. Men hvor langt kan man dermed si at hensynet rekker materielt og hvor dekkende vil hensynet være? Når man skal vurdere hensynet ut ifra materielle

forhold vil man stå ovenfor store materielle forskjeller i Norge og hjemlandet til asylsøkerne. Enkelte hevder derfor at det er på tide med et oppgjør med hensynet til barnets beste. Det ble her hevdet, med tanke på flyktningstrømmen som Norge står ovenfor i dag, at tiden ikke er inne for å utvide både begrepet barnets beste og hvem som går inn under begrepet flyktninger. Hensynet til barnets beste kan ikke fortsette å vokse. Enkelte vil derfor mene at det riktige vil være at hensynet til barnets beste konsulteres, mens det på den andre siden ikke er ønskelig med en konkret fasit på innholdet i begrepet barnets beste. Dette er ikke ønskelig fra verken forvaltningen eller domstolen da dette kan føre til skjev praksis og retningslinjer som igjen kan føre til urimelighet og urettferdighet¹⁰. UNE (2013) understreker dette i rapporten *”Ett år etter ”Barn på flukt”* hvor UNE skriver at akkurat hva eller hvilke elementer og faktorer som er avgjørende under hensynet til barnets beste ikke er presisert i praksisen til UNE (UNE, 2013). Her kan man se at argumentasjonen faller inn under den pragmatiske diskursen og senere praksis. Man er opptatt av hvilke konsekvenser en eventuell avgjørelse vil medføre og dermed hvordan dette vil påvirke senere praksis. Barnets beste er et begrep som bygger på hva vi mener vil være etisk riktig sett ut ifra barnets situasjon. Dersom man setter en viss standard på innholdet i begrepet vil dette for det første gå i mot den moralske diskursen da det vil bli forskjellsbehandling av barn i tilnærmet like saker. Det kan tenkes å være saker hvor situasjonene er tilnærmet like men det er eksempelvis antall år eller interesser som faller utenfor standarden som medfører at visse barn ikke får oppholdstillatelse. En fastsatt standard på begrepet vil i tillegg bygge på den pragmatiske diskursen og dermed endre tankesettet rundt hensynet. Forståelsesformen vil gå fra rettigheter og rimelighet til målretting og konsekvenser. Dette er ikke ønskelig da FNs Barnekonvensjon (2015) påpeker at alle barn er forskjellige, men at de har krav på de samme rettighetene, altså krever barnets beste en individuell vurdering (FN-Sambandet, 2015).

Haugli og Nordrum (2003) mener at det letteste vil være dersom barnets beste hadde et konkret innhold, mens det på den andre siden vil være positivt at hensynet er såpass åpent og vagt som det er. Dette gjør nemlig at hensynet kan utvikle seg i takt med det nasjonale og til og med kanskje det lokale. Det at hensynet skal vurderes individuelt fører til at ulike faktorer og elementer ved barnets interesser, rettigheter samt sosiale bånd til akkurat det samfunnet hvor barnet har oppholdt seg i Norge kan tas med i vurderingen. Begrunnelsen samt vurderingen til det

¹⁰ Referer her til deltakende observasjon av plenumsdom Rt. 2015 s. 1388 i Oslo 9-12.november 2015.

enkelte barnet blir dermed mer personlig og det kan tenkes at barnets beste faktisk ikke kan vurderes på en annen måte da alle barn er forskjellige med ulike behov. Argumentasjonen vil dermed måtte inneholde en individuell vurdering av de materielle forholdene med utgangspunkt i den etiske diskursen. Samtidig som man på den andre siden har klare retningslinjer for de prosedurale forholdene samt hvordan hensynet skal vurderes ut ifra den pragmatiske, moralske og juridiske diskursen (Haugli and Nordrum, 2003).

6.3 Er det variasjon eller endring i hensynene over tid?

Innvandringsregulerende hensyn er det mest konkrete hensynet og man kan se at det hovedsakelig er en endring fra 2012 til 2015. I plenumsdommen fra 2015 kan man se at hensynet har fått andre punkt som er mer tungtveiende, nemlig samfunnskonskvenser. Samfunnssituasjonen i 2012 var annerledes enn hva den er i dag, flyktningstrømmen har økt og UDI spår at den trolig vil fortsette å øke fremover. Dersom denne familien fra Afghanistan hadde fått innvilget oppholdstillatelse ville dette åpnet opp for en praksis som kan tenkes å innvilge flere asylsøknader enn hva politikken samt samfunnet ønsker. Man kan tenke seg at flyktningssituasjonen i dag gjør at innvandringsregulerende hensyn blir mer sentral i avgjørelsene da man ikke ønsker å utvide innvandringspolitikken, men heller forsikre seg om at de familiene og barna som virkelig trenger opphold får dette. Dette setter høye krav til domstolen da man kan tenke seg at dommerne får et ansvar for å utøve den norske innvandringspolitikken i praksis. Argumentasjonen styres av den pragmatiske diskursen og man er opptatt av samfunnet og hvilke konsekvenser en gitt praksis vil medføre. Underliggende i argumentasjonen ligger den etiske diskursen da man også er opptatt av hvilke konsekvenser dette vil ha for oss borgere og samfunnet som helhet og dermed hva som vil være samfunnets beste. Når man snakker om vårt felles beste vil det også være snakk om våre kollektive interesser. Heywood (2004) beskriver kollektive interesser ved at det ofte omhandler interesser om noe som etter en viss tid vil være en fordel for alle (Heywood, 2004). Når det kommer til flyktningpolitikken vil dette være komplekst og spørsmål som hvor mange som skal få innvilget opphold samt hvor stort omfanget av liknende saker er vil stå sentralt. De kollektive interessene blir på lik linje komplekse da personer uttrykker sine interesser og meninger via sosiale medier og det oppstår visse spenninger. Asylfeltet er følelsesladet og de kollektive interessene vil endre seg i takt med media sine vinklinger og Høyesterett sine avgjørelser. Skiple et. al (2013) viser til dette i sin undersøkelse da befolkningen i større grad mente at hensynet til barnets beste skulle vektlegges i både Shabazi –og Delic-

dommen, mens Høyesterett mente innvandringsregulerende hensyn skulle vektlegges. Dette viser at befolkningen har en annen rettsoppfatning av hva som er viktig i saken enn hva Høyesterett har. Det kan dermed, basert på denne undersøkelsen, tenkes at befolkningen retter seg mer mot det etiske, mens Høyesterett i disse sakene rettet seg mer mot det pragmatiske, moralske og juridiske. Begge disse dommene fikk en enorm media oppslutning noe som igjen kan tenkes å ha skapt en form for sympatibølge blant befolkningen. Høyesterett skal på sin side ikke bli påvirket av dette, men tvert i mot forholde seg til regelverket samt det konkrete i saken. Selv om befolkningen hadde en annen allmenn rettsoppfatning enn hva Høyesterett hadde, vil ikke dette dermed si at befolkningen var uenig med domstolen. Befolkningen vil sitte inne med en forståelse og tillitt som har sitt grunnlag i at domstolen vurderer, samt tolker alle lover på feltet, og at like saker vil bli behandlet likt. Hvis derimot avgjørelser og vedtak blir tatt som ikke henger sammen med de lovene og konvensjonene som er allment kjent, slik som Magnussen (2007) skriver, vil tillitten til Høyesterett svekkes. UNE omgjorde vedtaket til Mahdi og det er kun uttrykt at det var Mahdi sitt beste å få bli i Norge og hans tilknytning som tilsa at vedtaket måtte omgjøres. Kan det tenkes at demonstrasjoner og befolkningens meninger satte et stort press på forvaltningen her, eller var det moralen og etiske verdier til forvaltningen som kom til ettertanke? (Skiple et al., 2013) (Rt. 2015 s.1388, 2015) (Magnussen, 2007)

Den etiske diskursen ligger altså til grunn for vurderingene, men det er hovedsakelig den pragmatiske diskursen som får gjennomslagskraft i både Shabazi-, Delic –og familien fra Afghanistan-dommen. Dermed kan man, ved å sette det litt på spissen, si at politikken slår igjennom i alle disse tre sakene. Både i Shabazi –og Delic-dommen er det respekten for øvrige regler i loven samt unndragelse av retur som får gjennomslag, mens i familien fra Afghanistan er det samfunnsmessige konsekvenser og kontroll som får avgjørende vekt. Det er dermed en endring i fokuset under hensynet og dette kan det være mange grunner til. Østby (2015) presenterer via Statistisk sentralbyrå at over halvparten av asylsøkerne i 2015 kom fra Syria og Afghanistan (Østby, 2015). En mulig grunn kan dermed være at omfanget av liknende familier fra Afghanistan er såpass mange at Høyesterett dermed må tenke mer på samfunnskonsekvensene samt senere praksis i denne saken. Det kan også tenkes at selve flyktningstrømmen som helhet har innvirkning på avgjørelsen. Det blir i både Shabazi –og Delic-dommen argumentert mye for hvilke signaler en eventuell innvilgelse vil sende, samt problemstillingen rundt ankerbarn.

Diskusjonen rundt ankerbarn er fraværende i saken som omhandler familien fra Afghanistan (Rt. 2012 s.1985, 2012) (Rt. 2012 s.2039, 2012) (Rt. 2015 s.1388, 2015)

Hensynet til barnets beste vil jeg si er det hensynet som varierer i størst grad mellom sakene. Dersom man ser på argumentasjonen rundt hensynet i Shabazi –og Delic-dommen fra 2012 blir hensynet først og fremst vurdert ut ifra sterke menneskelige hensyn, altså barnets tilknytning til riket. Barnets situasjon blir vurdert ut ifra antall år barnet har oppholdt seg i Norge. Dersom man ser på Maria-dommen fra 2014 kan man se at barnets beste får en ny vinkling da hensynet har blitt innskrevet i den norske Grunnloven §102 og §104. Hensynet er dermed blitt nasjonalt og den juridiske samt moralske diskursen blir med dette styrket. Det ble under observasjonen av plenumsdommen fra 2015 uttalt av statsadvokaten at dette ikke nødvendigvis hadde noe å si, men at innskrivningen av hensynet i Grunnloven kun skal presisere hvor viktig hensynet faktisk er. Høyesterett er enig med dette og sier at Grunnloven skal gjenspeile de verdiene som Norge mener er viktig, altså nasjonens grunnleggende verdier. Barnas rettigheter står dermed sentralt. Maria-dommen ble avgjort med grunnlag i Grunnloven §104 hvor det ble vektlagt at Maria sine interesser og hennes beste måtte bli vurdert før man kunne konkludere med en mulig løsning angående moren. Maria sin rettslige interesse var innlysende da moren er den eneste omsorgspersonen, vurderinger angående hennes beste måtte dermed prioriteres¹¹ (Rt. 2015 s. 93, 2015).

FNs Barnekomité sin generelle kommentar nr. 14 blir også vektlagt i stor grad både i Maria-dommen og plenumsdommen fra 2015 da den ble publisert i 2013. Kommentaren vektlegger at avgjørelser som er blitt tatt hvor barn er involvert må vise til at hensynet er blitt vurdert. Dette mente enkelte dommere i plenumsdommen fra 2015 at ikke fant sted i UNE sin vurdering og dermed var det skjedd en saksbehandlingsfeil. Argumentasjonen dreier seg her om de prosedurale forholdene da kommentaren vektlegger betydningen av hensynet. Det skal gjennom vedtaket vises hvordan samt på hvilke grunnlag hensynet er blitt avveid mot motstående hensyn. Det skal på lik linje gjennom tolkningen av hensynet samt andre hensyn vises til hvordan barnets beste er blitt ivaretatt som et grunnleggende hensyn. Kommentaren kan man derfor tenke seg at ønsker å danne en form for forsikring eller påminnelse om at hensynet til barnets beste *skal* være

¹¹ Referer her til deltakende observasjon av plenumsdom Rt. 2015 s. 1388 i Oslo 9-12.november 2015.

grunnleggende, altså at de prosedurale forholdene må med i vurderingen. I Maria-dommen blir det presisert av Høyesterett at det er en selvfølge at det skal tas utgangspunkt i den generelle kommentaren nr. 14, da den sier noe om selve innholdet i barnets beste. I plenumsdommen fra 2015 blir dette noe mer diskutert da det blir argumentert med at det vil være avhengig av situasjonen når det kommer til hvor stor vekt de generelle kommentarene skal tillegges (FNs Barnekomité, 2013: 3-4) (Rt. 2015 s. 93, 2015) (Rt. 2015 s.1388, 2015).

En annen bemerkelsesverdig endring under dette hensynet vil være at i både Shabazi –og Delic-dommen fra 2012 blir det uttalt at barna ikke har blitt hørt slik artikkel 12 i FNs Barnekonvensjon tilsier, men at dette ikke ville hatt noen betydning eller innvirkning på utfallet uansett (Rt. 2012 s.1985, 2012) (Rt. 2012 s.2039, 2012). Artikkel 12 i FNs Barnekonvensjon viser til barnets rett til å bli hørt, altså at barnet skal kunne uttale seg og komme med egne meninger samt standpunkt på sin situasjon dersom de ønsker. Det blir også i plenumsdommen fra 2015 poengtert at barna ikke har blitt hørt, men her blir det argumentert med at barna sine interesser er blitt ivaretatt av foreldrene (Rt. 2015 s.1388, 2015). Artikkel 12 i FNs Barnekonvensjon er en rettighet som barnet har krav på. Det står skrevet i Innst. 57 S til Stortinget fra kommunal – og forvaltningskomiteen om Barn på flukt (2012-2013) at alle barn som er i stand til å danne sine egne meninger og standpunkt angående deres egen situasjon skal få uttale seg om dette. Man ønsker dermed å snakke med barnet og vektlegge hva de selv mener de trenger for å få et godt liv. Synspunktene skal videre tillegges vekt etter barnets alder og modenhet (Innst. 57 S, (2012-2013)). Altså åpner artikkel 12 opp for spørsmål angående alder til barnet og når denne retten tiltrer for barnet. Både Mahdi og Verona var på vedtakstidspunktet over 6 år og gikk på skolen. Man kan dermed tenke seg at de begge var gamle nok til å uttale seg om sin egen situasjon. Det ble istedenfor argumentert med at foreldrene har representert dem og deres beste. Men hvor gamle skal dermed barna være for at artikkel 12 skal være gjeldende? Det blir nevnt i Ot.prp.nr. 45 (2002-2003) at det ikke er en fast aldersgrense, men at forvaltningen må vurdere barnets situasjon da til og med nokså små barn kan ha meninger som er relevante for saken (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 157) (Ot.prp.nr 45, (2002-2003)) (Rt. 2012 s.1985, 2012) (Rt. 2012 s.2039, 2012).

Flere dommere i den siste plenumsdommen fra 2015 mener at det under både Shabazi-dommen og Delic-dommen ble gjort en feil da barna ikke ble hørt da dette var en rettighet som både

Mahdi og Verona hadde krav på. Hele seks dommere mente vedtaket var ugyldig i plenumsdommen fra 2015 siden barna ikke hadde fått uttalt seg og da spesielt siden advokaten til familien hadde gitt beskjed til UNE om at den eldste datteren ønsket å uttale seg. Nemndlederen avslo dette og fratok dermed datteren denne rettigheten. Det står videre i utlendingsforskriften §17-3 at barn som er syv år eller yngre skal bli informert om at de har en rettighet til å bli hørt og dermed uttale seg dersom de ønsker. Det er dermed bemerkelsesverdig at nemndlederen allikevel har nektet datteren å uttale seg, dette strider i mot Barnekonvensjonen. Dersom barnet får uttale seg vil dette medføre at barnet føler seg inkludert som part i saken samt at barnet blir sett på som et selvstendig rettsobjekt noe som FNs Barnekonvensjon (2015) krever (Rt. 2015 s.1388, 2015: avsnitt 160) (FN-Sambandet, 2015)

Man vil kunne si at selve artikkel 12 går inn under den juridiske diskursen da det er en artikkel under FNs Barnekonvensjon som Norge er bundet til og som dermed er overordnet det norske lovverket. Man kan på den andre siden si at selve innholdet i artikkel 12 vil gå inn under både den moralske og etiske diskursen. Den vil være moralsk da det er en rettighet som er gjeldende for alle barn, samtidig vil den være etisk da barnet selv skal få uttale seg om synspunkter og meninger som omhandler hva barnet selv mener er sitt beste samt et godt liv. Dermed vil selve argumentasjonen som sier at utfallet uansett ikke ville forandret seg dersom barnet hadde blitt hørt stride i mot den etiske og den moralske diskursen da man overser rettigheter til barnet og fratår barnet retten til å være en part i saken. Dette er ganske kontroversielt å si høyt da det bryter med den forventede retten som barnet er blitt tildelt. Artikkel 12 er en rettighet til barnet, dermed forventes det også at den skal gjennomføres og tildeles som en mulighet for barnet. Det å si at en eventuell uttalelse uansett ikke ville forandret utfallet på saken er det samme som å si at barnets meninger, synspunkt og tanker ikke har noen betydning i saken. Det er tre hensyn som blir argumentert for under Utlendingsloven §38; innvandringsregulerende hensyn, sterke menneskelige hensyn og hensynet til barnets beste. To av disse tre hensynene, sterke menneskelig hensyn og hensynet til barnets beste, omhandler nettopp barnet og hans/hennes beste. En slik overseelse av barnets rett er dermed alt annet enn moralsk og etisk riktig (Rt. 2015 s.1388, 2015) (Rt. 2012 s.2039, 2012) (Rt. 2012 s.1985, 2012).

Som tidligere nevnt kan man se under Shabazi –og Delic- og Maria-dommen at hensynet til barnets beste hovedsakelig er bygget på den etiske diskursen og hva som er et godt liv for barna. Under observasjonen i Oslo (2015) fikk jeg inntrykk av at diskusjonen rundt hensynet hadde endret seg noe, argumentene var nå i større grad basert på det pragmatiske tankesettet. I plenumsdommen fra 2015 ble det, som nevnt ovenfor, argumentert for at hensynet til barnets beste ikke bare kan fortsette å bli bredere og bredere. Det må settes visse begrensninger og rammer for hensynet. Høyesterett måtte derfor i større grad vurdere hvorvidt det faktisk var til barna sitt beste å få bli i Norge samt tenke på dørene de eventuelt hadde åpnet for alle andre familier fra Afghanistan i liknende situasjoner dersom de hadde innvilget oppholdstillatelse. Det kan tenkes at dersom Høyesterett hadde tatt med de norske forholdene i vurderingene så ville de ha åpnet opp for en praksis som tilsier at barna sine forhold i Norge alltid skal være med i vurderingen. Dette ville åpnet opp for en vurdering hvor konklusjonen som oftest ville vært at barnas beste er å få bli i Norge, noe som igjen ville ført til at det må særskilte situasjoner til for at det da ikke vil være til barnas beste å få bli i Norge. Praksisen i dag kan man foreløpig se at er motsatt, det må særskilte situasjoner til for at det er til barnets beste å få bli i Norge på lik linje som at det må særskilte trekk eller sider ved saken som gjør at dette hensynet skal ha en gjennomslagskraft. Diskusjonen dreide seg dermed i større grad om hvilke konsekvenser samt hvilken form for praksis en eventuell innvilgelse ville medføre enn den dreide seg om hensynet til barnets beste¹².

Dagens praksis viser at familier som er nokså ordinære, som har oppholdt seg i Norge et visst antall år, samt verken samarbeidet eller unndratt seg retur, mest sannsynlig ikke vil få innvilget oppholdstillatelse. Dersom familiene er fra krigsherjede områder, har helseproblemer, er truet på livet i hjemlandet eller andre forhold som gjør at familien er flyktninger vil situasjonen være annerledes. Man kan forstå denne praksisen da de fleste vil være enige om at det er de mest sårbare menneskene som trenger opphold, mens man på den andre siden kan enes om at barn som Verona som har oppholdt seg hele livet (8 år) i Norge ikke skal måtte sendes ut og returnere til et hjemland hun ikke har kjennskap til. Enkelte vil hevde dette er en umenneskelig praksis da en slik retur for et barn ikke vil være etisk riktig. Saksbehandlingstiden må i så fall bli betraktelig raskere og mer effektiv slik det skrives i stortingsmeldingen ”*Barn på flukt*” Justis –og

¹² Referer her til deltakende observasjon av plenumsdom Rt. 2015 s. 1388 i Oslo 9-12.november 2015.

beredskapsdepartementet (2012). At barn står ovenfor situasjoner slik som Verona er ikke ønskelig og for å unngå dette må både UDI og UNE sørge for en raskere saksbehandling samt en tettere oppfølging av eventuelle returere. Dette vil hindre at barn opparbeider seg sterk tilknytning til riket samtidig som foreldrene bryter loven og dermed setter barna i en situasjon som til syvende og sist vil være mest sårbar for barna (Meld. St. 27, (2011-2012)) (Rt. 2012 s.2039, 2012).

Argumentasjonen tar utgangspunkt i den pragmatiske diskursen i større grad enn hva diskusjonen gjorde i dommene fra 2012. Diskusjonen rundt hensynet til barnets beste blir styrt av innvandringsregulerende hensyn og man står igjen med en forståelsesform som retter seg mot samfunnet og ikke det aktuelle barnet. Det blir mer snakk om hva som er samfunnets beste og ikke nødvendigvis barnets beste. Argumentasjonen tar utgangspunkt i begrepet barnets beste, men barna blir ikke nevnt i stor grad etter det. De blir i tillegg fratatt retten til å bli hørt som nevnt over. De materielle forholdene i Kabul samt Norges kapasitet som land dominerer argumentene og den pragmatiske diskursen overkjører den etiske. Kan det dermed tenkes at den pragmatiske diskursen mer eller mindre dominerer i alle hensynene i dag? Man kan se et mønster hvor argumentasjonen under alle hensynene tar utgangspunkt i den etiske diskursen. Barnets situasjon og interesser samt vårt felles beste blir diskutert under de ulike hensynene. Deretter blir argumentene preget av et pragmatisk tankesett som tar form ved hjelp av ulike retningslinjer og samfunnsmessige konsekvenser. Argumentasjonen faller til syvende å sist på hva de politiske signalene er på feltet, senere praksis og hvilke konsekvenser dette vil ha for samfunnet som helhet. Det at hensynet til barnets beste ikke kan utvides mer og mer er forståelig, men det kan på den andre siden ikke settes i bakgrunnen og dermed komprimeres. I så fall vil avgjørelsene i stor grad bli styrt av politikk, praksis og konsekvenser. Rettigheter, barnets beste og et givende liv vil dermed stå i bakgrunnen. Selv om mange vil hevde at situasjonen på flyktning feltet i dag gjør det nødvendig for visse endringer å finne sted, kan ikke dette resultere i fratagelse av rettigheter, eller en praksis som risikerer å overse visse barn og familier som egentlig trenger opphold. Jeg skal videre diskutere hvorvidt dagens flyktningstrøm kan tenkes å ha innvirkning på avgjørelsene og dermed også en endring i tankemønster under hensynene.

6.4 Har flyktningstrømmen som Norge står ovenfor i dag noen innvirkning på avgjørelsene?

Under observasjonen av plenumsdommen fra 2015 ble det argumentert mye under innvandringsregulerende hensyn om flyktningssituasjonen både i Norge og Europa i dag. Punktene som faller inn under hensynet er håndfaste og hovedsakelig styrt av den juridiske, moralske og pragmatiske diskursen. Argumentene samt påstandene under dette hensynet vil være nokså like da de sier noe konkret om den faktiske situasjonen til asylsøkeren. Det at samfunnssituasjonen forandrer seg fører, som nevnt over, til visse endringer, men Høyesterett må behandle sakene likt med tanke på selve lovverket uavhengig av disse endringene. Den etiske diskursen vil også kunne tenkes å komme til syne her da det blir henvist til samfunnet og velferdsstaten. Hva vil være vårt felles beste? Hensynet tar for seg kontroll, samfunnsmessige konsekvenser og omfanget av liknende familier. Man er dermed opptatt av hvor samfunnet står i dag, hvordan andre land praktiserer slike saker, hvilke signaler dette medfører samt hva befolkningen ønsker. Den norske asylpolitikken kommer til syne og Høyesterett må danne en forståelse av hvilken betydning dette vil ha for vårt beste¹³.

Størrelsen eller bredden på hensynet til barnets beste ble på lik linje diskutert under plenumsdommen i 2015. Man ønsket å si noe om hvor stort og dekkende hensynet egentlig skal være samt hvorvidt de norske forholdene skulle være med i vurderingen angående internflukt for familien fra Afghanistan. Her var ett av hovedargumentene at dersom de norske forholdene skulle tas med i vurderingene ville dette føre til en utvidelse av hensynet til barnets beste. Er dette i så fall ønskelig? Omtrent alle faktorer som berører barnet vil være tilknyttet hva som er best for han eller henne. Dersom hensynet bare utvides mer og mer vil det til slutt være likt med at alt er til barnets beste, som i praksis betyr at det alltid vil være barnets beste å vokse opp i Norge. Dette vil igjen medføre at man åpner opp for en praksis med konsekvenser som ikke er ønskelige verken for politikken eller for oss borgere. Argumentasjonen faller dermed tilbake til den pragmatiske diskursen og man tenker på hvilke konsekvenser dette vil ha. Situasjonen rundt flyktningstrømmen tilsier at Høyesterett i større grad må tenke på valgene de tar og pragmatisk tankesett står i fokus. Det kan tenkes at tiden ikke er inne for å utvide innvandringspraksisen og

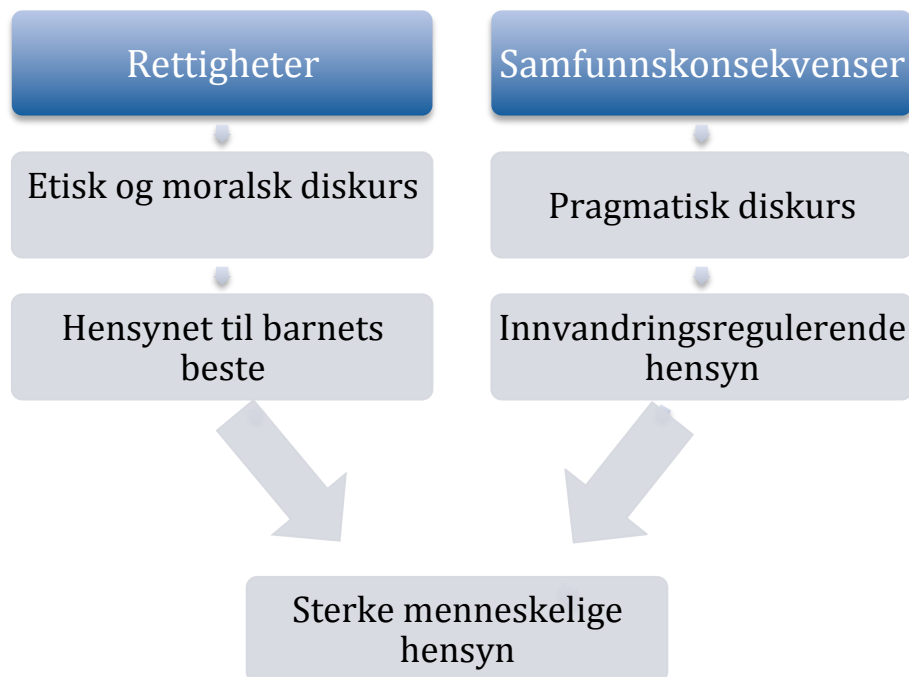
¹³ Referer her til deltakende observasjon av plenumsdom Rt. 2015 s. 1388 i Oslo 9-12.november 2015.

det stilles derfor høye krav til Høyesterett da avgjørelsene har større betydning for samfunnet som helhet (Rt. 2015 s.1388, 2015)

Dannelsen av retningslinjer under de ulike hensynene styrker den pragmatiske diskursen og svekker den etiske. Når det kommer til hensynet til barnets beste er det vanskelig å forstå hvordan en slik vurdering kan basere seg på konsekvenser, men man kan tydelig se hvordan argumentasjonen kobler barnets situasjon opp mot konsekvensene dette medfører. Når Høyesterett tar for seg argumentasjonen rundt internflyktspørsmålet under plenumsdommen fra 2015 blir det poengtert at selve forholdene i Kabul skal bli vurdert ut ifra en barnesensitiv vurdering. Altså skal tilstanden i Kabul vurderes ut ifra hva som er viktig for barna og deres ivaretagelse av trygghet, en god barndom, helse og utdanning. Barnets beste blir vurdert ut ifra hvordan barnet vil få det i Kabul, altså ligger den etiske diskursen til grunn. Allikevel kan man se at innvandringsregulerende hensyn får avgjørende vekt i saken og barnets beste blir knyttet opp mot hvilke signaler en eventuell innvilgelse vil skape, hvilken betydning dette vil ha for andre familier samt flyktninger fra Afghanistan og hvorvidt familien har tilbakeholdt informasjon om familienettverk i hjemlandet. Hensynet blir dermed satt i bakgrunnen. Hensynet til barnets beste trumfer på ingen måte alt, men det skal vurderes som et grunnleggende hensyn og dermed skal den etiske diskursen ligge til grunn i argumentasjonen innenfor hensynet. Praksisen i dag viser at det kun er barn med særskilte hendelser eller faktorer som får gjennomslag med hensynet til barnets beste. Innvandringsregulerende hensyn slår igjennom i tre av disse fire Høyesterettsdommene som jeg analyserer og det er kun i Maria-dommen hvor barnets beste er avgjørende. Maria har norsk statsborgerskap og hun stiller dermed med et kort som ingen av de andre barna har. Den pragmatiske diskursen slår igjennom og tankesettet er preget av politiske verdier. Forståelsen og inntrykket man sitter igjen med er at Høyesterett er i overkant lojale mot politikerne.

7.0 Avslutning

Målet for dette studiet har vært å belyse problemstillingen ”hva er rettens rolle i flyktningpolitikken”? De tre hensynene; innvandringsregulerende hensyn, sterke menneskelige hensyn og hensynet til barnets beste vil man kunne plassere inn i to kategorier; rettigheter og samfunnskonsekvenser. Man har innvandringsregulerende hensyn på den ene siden som representerer den pragmatiske diskursen og samfunnskonsekvenser, mens man på den andre siden har hensynet til barnets beste som representerer barnets rettigheter og dermed de etiske og moralske diskursene. Sterke menneskelige hensyn vil være midt i mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn da hensynet tar for seg barnets tilknytning til riket. Som tidligere nevnt er ofte tilknytningen barnet har til Norge opparbeidet gjennom ulovlig oppholdstid og dermed knyttes hensynet opp mot innvandringsregulerende hensyn. På den andre siden kan ikke barnets tilknytning vurderes uten å vurdere hensynet til barnets beste, altså kan man se at sterke menneskelige hensyn vil være et midtpunkt mellom rettigheter og samfunnskonsekvenser.



Dersom man knytter dette opp mot et høyere nivå, forholdet mellom rett og demokrati må man også se på forholdet mellom lovgiver og domstol, altså Regjeringen og Høyesterett. Regjeringen utgjør demokratiet og Høyesterett representerer retten. Dersom man ser på flyktningpolitikken og

spør seg selv på hvilket grunnlag flyktninger skal få være i Norge kan dette avgjøres av både retten og demokratiet. På dette feltet har ikke Regjeringen gått inn og sagt noe konkret om eksempelvis hensynet til barnets beste, Høyesterett har her fått lov til å vurdere og balansere dette hensynet basert på tolkninger av lovverket. Man kan se at det ikke har skjedd noen endringer med lovgivningen da dette kunne vært annerledes, Regjeringen kunne ha kommet med konkrete retningslinjer på hva begrepet barnets beste skal inneholde. Justis – og beredskapsdepartementet (2012) sier på lik linje ingenting konkret i stortingsmeldingen ”*Barn på flukt*”. Det at politikerne og Regjeringen ikke spesifiserer fører til en form for rettsliggjøring. De er passive og dytter istedenfor komplekse saker og lover over på domstolen.

Det er mange hensyn som skal ivaretas på dette feltet og slik Magnussen (2007) skriver vil verdier som rettigheter og rimelighet stå sentralt. I et demokrati ønsker man en fri meningsdannelse samt en oppslutning om dette. Når man snakker om en kollektiv politikk vil dette først og fremst omhandle å fatte beslutninger om samfunnsutviklingen. Man ønsker å si noe om hvilke interesser og verdier som skal prege samfunnet. Retten vil derimot være preget av den juridiske diskursen og tradisjonen. Man ønsker å si noe om hvilke argumenter som vil være relevante. Retten vil være styrt av interne verdier som har et juridisk preg, dette vil være verdier som objektivitet, faglighet, lojalitet og upartiskhet. Det oppstår ofte visse spenninger mellom demokratiet og retten, dette kan man se at skjer i flyktningpolitikken da lovverket er vagt. Balanseforholdet mellom demokratiet og retten vil være en viktig faktor ved maktfordelingen samt samfunnets normative grunnlag. Altså vil balansen mellom disse to kunne påvirke samfunnsutviklingen og demokratiets kvalitet (Magnussen, 2007: 157).

Magnussen (2007) skriver videre at så fort loven er vedtatt er også de politiske handlingene utført. Man kan i dag se en ekspansjon av lover hvor stadig flere områder tillegges visse rettigheter, dette medfører at kollektive handlinger gjennom politikk blir mindre. Dette vil igjen føre til at befolkningens motivasjon til å handle kollektivt blir mindre da befolkningen føler at domstolen tar avgjørelser for dem og domstolen tillegges dermed mer makt. Når det kommer til Utlendingsloven §38 kan man se at FNs Barnekomité har kommet med generelle kommentarer for å tydeliggjøre innholdet i hensynet til barnets beste, på lik linje er det blitt skrevet stortingsmeldinger, proposisjoner og rapporter om hva som regnes som tungtveiende eller mindre

tungtveiende innvandringsregulerende hensyn samt hva vi legger i ordet tilknytning. Dette fører til at domstolen må ta avgjørelsene ut ifra hvordan de selv tolker disse statlige dokumentene, FNs Barnekomite, lovverket samt tidligere praksis og det blir en rettsliggjøring med økt domstolmakt. Samtidig kan man på den andre siden se at lovgiveren vet om problematikken rundt disse motstridende hensynene under §38 uten at de nødvendigvis gjør noe for at det skal bli mer klart og tydelig for domstolen. Det at politikerne velger å ikke handle vil også være en form for rettsliggjøring da man kan tenke seg at dette er et bevisst valg. Dersom man ser for seg det motsatte kan også en ekspansjon av lover føre til at politikken styrkes og at retten svekkes, altså at det ikke blir en økt domstolmakt, men en økt makt til Regjeringen. Domstolen er rettsskapende ved at den former senere praksis og tillegger lovverket en viss tolkning. Dersom domstolen tilpasser seg endringene som skjer i samfunnet på et slikt nivå som samsvarer med beslutningene til Regjeringen vil dette styrke politikken. Man kan se at i disse fire Høyesterettsdommene styrer den pragmatiske diskursen i stor grad og Høyesterett argumenterer for det som går inn under ”*reelle hensyn*”. Politiske vurderinger som rimelighet, rettferdighet og nytte er med i avgjørelsene. Konsekvenser og verdier er i stor grad trukket inn i avgjørelsene til dommerne og man kan tenke seg at dersom interesser og rettigheter i økende grad skal bli vurdert av domstolen vil dette kunne utfordre rettssystemet som institusjon. Domstolen kan ikke gjøre store endringer i lovverket, da vil tillitten til systemet svekkes i større grad enn dersom eksempelvis Regjeringen foretar disse endringene. Når domstolen skal vurdere barnets beste og hva som vil være rimelig og rettferdig i den konkrete situasjonen vil dette være bygget på hver enkelt dommers oppfatning. Tankesettet og forståelsesformen til dommeren vil ha større betydning og det kan være vanskelig å begrunne for hvorfor noe vil være rimelig på lik linje med hvorfor akkurat den gitte beslutning vil være det beste for det aktuelle barnet. Det vil i en slik situasjon være vanskelig å si noe konkret om hvor mye politisk påvirkning det er i beslutningene. De politiske verdiene til hver enkelt dommer samt hvorvidt tankesettet er bygget på politiske avveininger vil være umulig å måle. Argumentenes diskurs vil være bygget på den helhetlige situasjonen til barnet samt tidligere erfaring til dommerne. Dette kan igjen medføre at det blir en viss usikkerhet til rettsinstansen da beslutninger blir utydelige og vage. Man kan eksempelvis se dette i Shabazi –og Delic-dommen da begge barna har sterk tilknytning til Norge, det er det beste for begge å få bli i Norge og familien står ovenfor mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, ingen av familiene får allikevel bli i Norge. Dette er uklart. Familiene har oppholdt seg ulovlig i Norge og

overtrådt visse regler, men dette skal ikke nødvendigvis være avgjørende. Politikken slår igjennom i begge sakene og selve avgjørelsen til domstolen blir noe usikker. Det blir argumentert for at barnets interesser er blitt ivaretatt og vurdert, men det står lite om hva disse prinsippene innebærer, det skjer dermed en forenkling av avveiningene. Altså kan dommerne senere bruke samme argumentasjon, men komme frem til andre konklusjoner på hva som vil være rimelig i den gitte situasjonen (Magnussen, 2007: 161-167). Flyktnings situasjonen som Norge står ovenfor i dag kan tenkes å ha en viss innvirkning på innvandringsregulerende hensyn sin vektlegging i den siste plenumsdommen fra 2015. Det at politikken styrkes vil ikke nødvendigvis si at Høyesterett lar seg styre av lovgiver og demokratiet, men at de er lojale mot norske myndigheter og dermed tenker på reelle hensyn og verdier.

Lovgivningen har i tillegg, som tidligere nevnt, blitt mer omfattende. Under innvandringsregulerende hensyn er det blitt redegjort for hvilke samfunnsmessige formål som skal vektlegges. Regjeringen vil dermed åpne retten for politiske diskurser understreker Magnussen (2007). På den ene siden vil dette føre til at Regjeringen begrenser sin lovgivningsvirksomhet til prosedurale bestemmelser og en fastsettelse av brede formål. I Utlendingsloven §38 kan man se at disse formålene fremtrer via de tre hensynene som beskriver hvordan de ulike formålene skal forstås og iverksettes i praksis. På den andre siden vil dette innebære at selve rettsanvendelsen vil basere seg på allmenne standarder og vurderinger innenfor det gitte feltet. Rettsanvendelsen blir politisert i forvaltningen da Regjeringen hele tiden kan sende politiske signaler og dermed gi instruksjoner underveis (Magnussen, 2007: 168)

Magnussen (2007) viser til Hans Petter Graver som mener at Regjeringen oppfordrer domstolen til å være lojale mot de norske myndighetene i større grad enn til de internasjonale ordningene. Magnussen (2007) skriver videre at domstolen opplever en form for rollekonflikt da den står midt i mellom det internasjonale og nasjonale lovverket. På dette feltet ser man at innvandringsregulerende hensyn har gjennomslagskraft i tre av fire saker og hensynet til barnets beste som er en internasjonal konvensjon tillegges mindre vekt. Hvordan Norge skal forholde seg til FNs Barnekonvensjon samt hvor langt denne rekker er det Stortingets rett til selv å bestemme, noe som Regjeringen forsvarer innenfor visse grenser. Høyesterett kan gå imot Stortinget og dette reiser videre spørsmål om hvem som egentlig skal definere lovgiver sitt handlingsrom innenfor

FNs Barnekonvensjon. Er det domstolen eller Stortinget og Regjeringen? (Magnussen, 2007: 159). Som tidligere nevnt blir begrepet barnets beste diskutert i den siste plenumsdommen fra 2015. UNE sier klart og tydelig at begrepet ikke kan utvides mer og mer, men at det må settes visse grenser. Høyesterett er enig i dette og viser til tidligere praksis hvor eksempelvis forholdene i Norge ikke har vært med i vurderingen for hva som vil være til barnets beste. FNs Barnekomite har prøvd å konkretisere innholdet i barnets beste ved hjelp av de generelle kommentarene. Kommentarene er vage og det er noe uenighet blant dommerne angående hvor mye vekt disse skal tillegges i beslutningene¹⁴. I alle dommene bortsett fra Maria-dommen er det uenighet rundt avgjørelsene. Det er kun Maria-dommen som ender med konsensus på lik linje er det kun denne familien som får innvilget oppholdstillatelse. Dette understreker kompleksiteten og vagheten i lovverket. De reelle hensynene vil inneholde en individuell tolkning fra dommerne og dermed vil det skape uenigheter om hva som blir sett på som rettferdig og urettferdig i den gitte situasjonen. Dersom lovverket hadde vært klart og tydelig ville det trolig vært mer enighet. På lik linje ville begrunnelsene og avgjørelsene vært mindre omfattende.

Rettenns rolle innenfor flyktningspolitikken vil man dermed kunne si at har blitt mer omfattende og detaljert enn hva den har vært tidligere. Det stilles på den ene siden høyere krav til lovtolkninger og vurderinger samt Høyesterett sin rolle som institusjon. På den andre siden kan man se at Høyesterett ikke bruker den økte domstolmakten som en ekspansjon av lover kan medføre, men istedenfor tilpasser seg de samfunnsmessige formålene og beslutningene i tråd med Regjeringens ønsker. Retten står midt i mellom barnas rettigheter og de aktuelle samfunnskonsekvensene. FN sambandet (2015) skriver selv at Barnekonvensjonen er omfattende, mye av grunnen til dette ligger i det faktum at det er vanskelig å vedta ved lov hva som skal definere en bra og god barndom, altså barnets beste. Det at barn skal ha egne rettigheter er ikke universelt anerkjent og dette gjør igjen at begrepet barnets beste blir enda mer komplekst (FN-Sambandet, 2015). Altså vil retten bli utfordret da begge disse feltene (barnas rettigheter og samfunnskonsekvenser) er omstridte samt at det, spesielt med tanke på dagens situasjon, har oppstått visse spenninger mellom disse to. Det aktuelle barnet skal tillegges rett ved hjelp av vurderinger og tolkninger av lovverket og sin egen situasjon, på lik linje skal samfunnet tillegges rett med tanke på vårt felles beste og mulige konsekvenser.

¹⁴ Referer her til deltakende observasjon av plenumsdom Rt. 2015 s. 1388 i Oslo 9-12.november 2015.

Dagens flyktnings situasjon stiller høye krav til både demokratiet og retten. Politikerne har fått mye hets da det har vært delte meninger om hvorvidt flyktningspolitikken har vært for streng eller ikke. Det har vært en toppsak i media med mange ulike holdninger og meninger. Funnene i dette studiet viser at politikerne er nokså passive og forsiktige med hvilke retningslinjer samt uttalelser de kommer med på feltet og man sitter dermed igjen med spørsmål som hvem utfører egentlig den norske flyktningspolitikken i praksis? Er det retten? Er feltet for følelsesladet og komplekst til at politikerne vil ta noen standpunkt? Det kan virke som at Regjeringen legger et stort ansvar på domstolen og dermed fralegger seg en del av sitt eget ansvar. Dette vil i så fall medføre at domstolen sitter med en enorm definisjonsmakt da dommernes virkelighet vil få gjennomslag. Rettens rolle vil med dette være å utføre hensynene samt retningslinjene i praksis og dermed forme flyktningspolitikken med grunnlag i politiske verdier. Jeg har i dette studiet verken data eller grunnlag til å si noe konkret om dette, men det kan virke som om Høyesterett er i overkant lojale mot politikerne da innvandringsregulerende hensyn representerer de politiske verdiene.

Med dette studiet kan man lettere forstå kompleksiteten og de ulike utfallene på tilnærmet like Høyesterettsdommer på feltet. Studiet danner en forståelse for forholdet mellom rett og demokrati samt domstolens rolle som tredje statsmakt. Studiets funn er ikke som forventet da jeg satt inne med en forståelse av at hensynet til barnets beste skulle tillegges en større vekt i sakene siden hensynet skal være grunnleggende. Dette dannet en oppfattelse av at de andre hensynene skulle bli vektlagt med utgangspunkt i barnets beste. Hensynene blir avveid mot hverandre, men det er kun i Maria-dommen hvor Høyesterett tar for seg Maria sitt beste og hennes situasjon før de andre elementene i saken blir vurdert. Det blir påpekt av NOAS i den siste plenumsdommen fra 2015 at dette er den riktige veien å gå. Det viser seg at innvandringsregulerende hensyn blir vurdert først og at hensynet til barnets beste blir vurdert ut ifra det. Jeg forventet på lik linje at innfrielse av kravene til retningslinjen angående sterk eller svak tilknytning til riket ville ha større betydning for avgjørelsene. Da en tilhørighet til samfunnet vil være viktig for et barn slik at barnet føler seg inkludert og dermed opparbeider seg sosiale bånd til det han/hun ser på som sitt hjem. Dagens flyktnings situasjon setter hensynet til barnets beste i skyggen og den pragmatiske diskursen overkjører den etiske. Dersom jeg skulle forsket videre på dette ville det vært utrolig interessant å se på hvorvidt dette er noe annerledes i andre land i Europa som står ovenfor den

samme situasjonen. Det ville vært spennende å studert Høyesterettsdommer i disse landene for å se hvor stor plass hensynet til barnets beste har og hvor mye vekt dette hensynet tillegges.

8.0 Kildeliste

- ALEXY, R. 2010. *A Theory of Legal Argumentation - the theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Great Britain, Oxford University Press.
- ARBEIDS-OG INKLUDERINGSDEPARTEMENTET. 2007. En bedre utlendingsforvaltning. *Sluttrapport fra gjennomgangen av styringsforholdene på utlendingsfeltet* [Online]. Available: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/en-bedre-utlendingsforvaltning/id477244/> [Accessed 20.04.2015].
- BAHUS, V. B. 2015. Asyl. In: STORE NORSKE LEKSIKON (ed.). Oslo: Kunnskapsforlaget.
- BERNT, J. F. 2009. Det juridiske fortolkningsfellesskap som referanseramme for avgjørelse av juridisk tvilsspørsmål. Available: <http://www.uib.no/filearchive/jan-fr-bernt-080617-det-juridiske-fortolkningsfellesskap.pdf> [Accessed 06.03.2016].
- BLICHNER, L. & MOLANDER, A. 2006. Maktutredningens rettsliggjøringsbegrep. Available: http://www.idunn.no/tfs/2006/04/maktutredningens_rettsliggjoringsbegrep [Accessed 25.02.2015].
- BOWEN, G. A. 2009. Document Analysis as a Qualitative Research Method. *Qualitative Research Journal* vol. 9 s. 27-40.
- BRANDVOLD, Å. 2011. Tapte i retten. *Klassekampen*. Hentet fra https://tolvtejanuar.files.wordpress.com/2012/03/20120229_klassekampen_shabazi.png 28.04.2015.
- DE NASJONALE FORSKNINGSETISKE KOMITEER. 2006. Forskningsetiske retningslinjer for samfunnsvitenskap, humaniora, juss og teologi. Available: <https://www.etikkom.no/globalassets/documents/publikasjoner-som-pdf/forskningsetiske-retningslinjer-for-samfunnsvitenskap-humaniora-juss-og-teologi-2006.pdf> [Accessed 27.03.2016].
- EINARSEN, T. 2013. Plenumsdommene om domstolsprøving: Kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn? *Jussens venner*, 48, 287-319.
- ELSTER, J. & NORGES FORSKNINGSRÅD. 2012. Etisk argumentasjon. Available: <http://www.bioteknologiradet.no/temaer/etisk-argumentasjon/> [Accessed 06.03.2016].
- ERIKSEN, E. O. 2011. *Deliberativ politikk*, Oslo, TANO.
- ERIKSEN, E. O. & WEIGÅRD, J. 1999. *Kommunikativ handling og deliberativt demokrati*, Bergen, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS.
- FN. 2015. Hva er en flyktning? . Available: <http://www.fn.no/Tema/Flyktninger/Hva-er-en-flyktning> [Accessed 30.09.2015].
- FN-SAMBANDET. 2015. FNs konvensjon om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen). Available: <http://www.fn.no/Bibliotek/Avtaler/Menneskerettigheter/FNs-konvensjon-om-barnets-rettigheter-Barnekonvensjonen> [Accessed 27.09.2015].
- FN'S BARNEKOMITE. 2014 Generelle kommentarer fra FN's barnekomité. Available: https://www.regjeringen.no/no/dokumentarkiv/stoltenberg-ii/bld_2006-2009/tema-og-redaksjonelt-innhold/redaksjonelle-artikler/2009/generelle-kommentarer-fra-fns-barnekomite/id573909/ [Accessed 20.09.2015].
- FNS BARNEKOMITÉ. 2009. Generell kommentar nr. 12 (2009). Barnets rett til å bli hørt. . Available: <https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/generell-kommentar-12.pdf> [Accessed 20.09.2015].

- FNS BARNEKOMITÉ. 2013. Generell kommentar nr. 14 (2013) om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art.3,para.1)* Available: https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/rc_c_gc_14_eng_nor.pdf.
- GRUE, J. 2013. Diskurs. Available: <https://snl.no/diskurs> [Accessed 06.03.2016].
- GRUNNLOVEN §102 2014. Kongeriket Norges Grunnlov. Lovdata.
- GRUNNLOVEN §104 2014. Kongeriket Norges Grunnlov. Lovdata.
- GRØNMO, S. 2011. *Samfunnsvitenskapelige metoder*, Bergen, Fagbokforlaget Vigmosrad & Bjørke AS.
- HAUGLI, T. & NORDRUM, J. C. F. 2003. Nordisk samarbeid og utfordringer knyttet til innholdet i begrepet barnets beste. *Det Juridiske Fakultet*, Skriftserie nr. 56, 68.
- HEYWOOD, A. 2004. *Political Theory*, London, Palgrave Macmillan Press.
- HR-2012-2398-P. 2012. Høyesterett - Avslag på søknad om asyl og opphold på humanitært grunnlag selv om barna har bodd lenge i Norge. Lovdata. Available: [https://lovdata.no/artikkel/hoyesterett - avslag pa soknad om asyl og opphold pa humanitaert grunnlag selv om barna har bodd lenge i norge/130](https://lovdata.no/artikkel/hoyesterett_-_avslag_pa_soknad_om_asyl_og_opphold_pa_humanitaert_grunnlag_selv_om_barna_har_bodd_lenge_i_norge/130) [Accessed 15.03.2015].
- INNST. 57 S (2012-2013). Innstilling til Stortinget fra kommunal- og forvaltningskomiteen Oslo: Kommunal- og forvaltningskomiteen.
- JAHREN, A. 2015. Vant i Høyesterett - Maria (4) får bli i Norge. Available: <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/asyl-debatten/vant-i-hoyesterett-maria-4-faar-bli-i-norge/a/23384373/> [Accessed 15.03.2015].
- LINDGREN, H. M. 2012. -Slik behandling skjer svært sjelden. *NRK. Hentet fra* <http://www.nrk.no/telemark/utviste-familier-behandles-i-plenum-1.8287082>, 16.10.2015.
- LINDGREN, H. M., BERGE, G. I., DØVIK, O. & HANSEN, L. 2013. "-Endelig er jeg norsk". *NRK. Hentet fra* <http://www.nrk.no/telemark/shabazi-familien-far-bli-i-norge-1.11024571>, 19.04.2015.
- LOVDATA. 2015. Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). Available: [https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1999-05-21-30/KAPITTEL 2](https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1999-05-21-30/KAPITTEL_2) [Accessed 10.10.2015].
- LOVDATA. 2016. Om Lovdata. Available: https://lovdata.no/info/om_lovdata [Accessed 24.03.2016].
- MAGNUSSEN, A.-M. 2007. Er politikken rettsliggjort? -En diskusjon av Makt -og demokratiutredningens påstand om at det skjer en rettsliggjøring av politikken. Available: [https://www.idunn.no/lor/2007/03/er_politikken_rettsliggjort - en diskusjon av makt- og demokratiutredningen](https://www.idunn.no/lor/2007/03/er_politikken_rettsliggjort_-_en_diskusjon_av_makt-_og_demokratiutredningen) [Accessed 02.03.2016].
- MELD. ST. 27 (2011-2012). Barn på flukt. Oslo: Justis- og beredskapsdepartementet.
- MENNESKERETTSLOVEN ARTIKKEL 8 1999. Menneskerettsloven om retten til respekt for privatliv og familieliv
- MIKKELSEN, L. M. 2014. *Hensynet til barnets beste ved spørsmål om opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38*. (Masteravhandling, Universitetet i Tromsø) Lisa Moon Mikkelsen, Tromsø.
- MOSES, J. W. & KNUTSEN, T. L. 2012. *Ways of knowing -Competing Methodologies in Social and Political Research*, London, Palgrave Macmillan.

- NOAS. 2013. Asyldebatten og sentrale asylpolitiske hendelser 1980-2013. Available: <http://www.noas.no/wp-content/uploads/2013/06/Notat-om-asyldebatten1.pdf> [Accessed 10.03.2015].
- NOAS. 2014. Utlendingsnemndas vektlegging av innvandringsregulerende hensyn. Available: <http://www.noas.no/wp-content/uploads/2014/12/Brev-fra-NOAS-om-innvandringsregulerende-hensyn-28.11.2014.pdf> [Accessed 01.04.2016].
- NORGES HØYESTERETT. 2016. Om Høyesterett. Available: <http://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/-Norges-Hoyesterett/Om-Hoyesterett/> [Accessed 01.05.2016].
- NOU 2006:14 (2006). Gransking av Utlendingsdirektoratet. Oslo: Arbeids- og sosialdepartementet
- NSD - NORSK SENTER FOR FORSKNINGSDATA. 2016. Opprett nytt meldeskjema. Available: <http://www.nsd.uib.no/personvern/meldeplikt/meldeskjema> [Accessed 27.03.2016].
- OT.PRP.NR 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov). Regjeringen: Justis - og beredskapsdepartementet.
- OT.PRP.NR 75 (2006-2007). Om lov om utlendingers adgang til riket og dere opphold her (utlendingsloven). Regjeringen: Arbeids - og inkluderingsdepartementet
- RT. 2012 S.1985 2012. Norges Høyesterett - HR-2012-2398-P - Rt-2012-1985. *Norges Høyesterett*, 38.
- RT. 2012 S.2039 2012. Norges Høyesterett - HR-2012-2399-P - Rt-2012-2039. *Norges Høyesterett*, 18.
- RT. 2015 S.1388 2015. Norges Høgsterett - HR-2015-2524-P - Rt-2015-1388. *Norges Høyesterett*, 34.
- RT. 2015 S. 93 2015. Norges Høyesterett - HR-2015-206-A - Rt-2015-93. *Norges Høyesterett*, 14.
- SKIPLE, J. K., GUDBRANDSEN, F. & GRENDSTAD, G. 2013. «...som speiler det samfunnet vi har». Høyesterett, asylbarn og den alminnelige rettsoppfatning. *Lov og Rett*, 53, 609-629.
- SKIVENES, M. 2010. Judging the child's best interests- Rational reasoning or subjective presumptions? . 000(00): 1-15, 1-15.
- SLETNES, K. B. 2015. Positivism - vitenskapsfilosofi. Available: <https://snl.no/positivisme%2Fvitenskapsfilosofi> [Accessed 23.03.2016].
- STEPHEN TOULMINS ARGUMENTASJONSMODELLEN. 2015. i: Søk & Skriv (internett) Available: http://sokogskriv.no/lesing/argumentasjon-i-tekst/-Forfatterens_formidling [Accessed 04.04.2016].
- SÆTHER, A. S. 2015. Tapte i Høyesterett, mener likevel det var et gjennombrudd for barns rettigheter. Available: <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/asyl-debatten/tapte-i-hoyesterett-mener-likevel-det-var-et-gjennombrudd-for-barns-rettigheter/a/23582672/> [Accessed 27.02.2015].
- TOULMIN, S. E. 2003. *The uses of argument - updated edition*, New York, Cambridge University Press
- UDI. 2015a. Hvem gjør hva i utlendingsforvaltningen? Available: <http://www.udi.no/om-udi/om-udi-og-utlendingsforvaltningen/hvem-gjor-hva-i-utlendingsforvaltningen/-link-4253> [Accessed 17.02.2015].

- UDI. 2015b. Vedtak om beskyttelse (asyl) 2006–2015. Available: <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/vedtak-om-beskyttelse-asyl-20062015/> [Accessed 12.04.2016].
- UDI. 2016. Statistikk og analyse. Available: <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/> [Accessed 03.05.2016].
- ULLEBERG, H. P. 2002. Forskningsmetode og vitenskapsteori. Available: <http://www.sv.ntnu.no/ped/hans.petter.ulleberg/vitenskaph99.htm> [Accessed 25.03.2016].
- UNE. 2005a. Endring av praksis. Available: <http://www.une.no/Aktuelt/Artikler/Endring-av-praksis/> [Accessed 29.04.2015].
- UNE. 2005b. Sjelden et helt fritt skjønn. Available: <http://www.une.no/Aktuelt/Artikler/Sjelden-et-helt-fritt-skjonn/> [Accessed 27.04.2015].
- UNE. 2010. Nytt i ny utlendingslov. Available: <http://www.une.no/Aktuelt/Andre-artikler/Nytt-i-ny-utlendingslov/> [Accessed 27.09.2015].
- UNE 2013. Ett år etter "Barn på flukt" *Utlendingsnemdas rapport til Justisdepartementet om tiltak 3 i stortingsmeldingen*. Oslo.
- UNE. 2015. Dette er UNE. Available: <http://www.une.no/om-oss/UNEs-rolle/> [Accessed 29.04.2015].
- UTLENDINGSFORSKRIFTEN §8-5 2009. § 8-5.Vurderingen av sterke menneskelige hensyn i lovens § 38 ved søknad om oppholdstillatelse fra barn. Lovdata
- UTLENDINGSLOVEN §28 2010. Oppholdstillatelse for utlendinger som trenger beskyttelse (asyl). Lovdata.
- UTLENDINGSLOVEN §38 2010. Utlendingsloven om utlendingers adgang til riket og deres opphold her. Lovdata
- .
- ØSTBY, L. 2015. Flyktninger i Norge. Available: <https://www.ssb.no/befolkning/artikler-og-publikasjoner/flyktninger-i-norge> [Accessed 03.05.2016].
- ØSTERUD, Ø. 2014. Rettsliggjøring. Available: <https://snl.no/rettsliggj%C3%B8ring> [Accessed 01.03.2015].

Observasjon av dom Rt. 2015 s.1388 i Oslo Høyesterett 9-12.november 2015.