

KAPITTEL 4

Prinsipper for innvandring – en etisk drøfting

Når jeg nå skal gjennomføre en etisk drøfting av ulike sider ved norsk innvandringspolitikk, vil ikke dette ta form som en uttømmende systematisk drøfting av juridisk material, men heller som en moralfilosofisk drøfting der juridiske problemstillinger inngår. Dette betyr ikke at jeg behandler juridiske normer *som* moralske normer, men at moralske normer og juridiske normer i norsk lov forstås som avledet av de samme verdier og moralske prinsipper (f.eks. likeverdet).³⁶⁴

Det er vårt demokratiske ansvar å spørre om gjeldende lov er etisk for- svarlig, det vil si om dens frihetsbegrensende (eksplisitte og implisitte) normative utsagn er optimalt (eksternt og internt) koherente.³⁶⁵ Rettferdighet som verdi er ikke utelukkende rettsimmanent, men angir en *ytre grense* for lovverket.³⁶⁶ Dette fordi den ivaretar menneskers likeverd: «Som norm for rettigheter representerer verdighetskategorien lovens grense *i* loven.»³⁶⁷ Sagt på en annen måte; det eksisterer en nær kobling mellom moralske og juridiske rettigheter fordi rettighetsbegrepet brukes for å bestemme hvilke områder av vår moralske handlingsverden hvor den enkeltes frihet begrenses av andres frihet og derfor bør underlegges juridisk kontroll.³⁶⁸ Videre er det vårt moralske ansvar å fordre en rettspraksis som er demokratisk

364 Murphy, «Demands of Justice», 251ff.

365 von der Pfordten, «Rechtsethik», 233. Normative utsagn forstås her som primærpraktiske utsagn, sekundær- eller objektpraktiske utsagn, dvs. utsagn som enten sier noe hva som er forbudt, påbudt eller tillatt (deontiske), eller som knytter handlinger til moralske verdier (at noe er godt eller ikke). Puntel, «Der Wahrheitsbegriff in der Ethik», 303ff.

366 Fischer, *Theologische Ethik*, 273f.

367 Moxter, «Unterwegs zum Recht», 90. Min oversettelse. Kursivering i original.

368 Hart, «Are there any Natural Rights?», 177.

legitim (eller legitimerbar). Dette siste innebærer at våre etiske verdiorienteringer ikke i seg selv har status som «rett» slik de tradisjonelle begrepene «naturrett» eller «naturlig lov» (lat. *ius naturale*) gir inntrykk av. For å få innvilget en slik status må disse verdiene tas opp i rettskorpuset gjennom legitime demokratiske og juridiske prosedyrer.³⁶⁹ Hva gjelder innvandring betyr dette eksempelvis at vi ikke kan forsvare irregulær innvandring som «rett», men at man kan argumentere for at ulike former for innvandring er *etisk* legitime og derfor bør *gjøres juridisk* legitime (dvs. at de har status som *mulig rett*).³⁷⁰ Sivil ulydighet er ikke en kritikk av statens rett til å utforme og håndheve lover, men en måte å argumentere for at en mulig rett burde få status som faktisk rett. Behandlingen av asylsaker foregår ikke som en mekanisk anvendelse av regler, men er også et produkt av interne organisatoriske konflikter og forhandlinger hvor deltakerne ofte griper til moralske normer «utenfor» den institusjonelle praksisen som sådan for å legitimere sine synspunkter.³⁷¹

Når vi i det følgende skal reflektere kritisk over norsk innvandringslovgivning, vil det skje gjennom å besvare følgende to spørsmål: (1) Er utlendingsloven konsistent med verdiorienteringen som er nedfelt i Norges grunnlov? (2) Finnes det verdier som i dag ikke har vært (tilstrekkelig) formende for lovgivningens formuleringer, men som det kan være gode grunner til burde gjøres gjeldende i utarbeidelsen av fremtidens lovverk for innvandring?³⁷² Vi er altså ute etter både å undersøke den etiske legitimeringen av norsk innvandringslovgivning, og eventuelt foreslå presiseringer eller utvidelser der dette er nødvendig for å gjøre den mer koherent.³⁷³ Her vil jeg igjen minne om at de etiske og juridiske idealene som med dette introduseres ikke er av tidløs gyldighet, slik tilfellet er i naturrettstenkningen, men

369 Hvilket betyr at Stortinget er den instans som bør regulere regjeringsforvaltningens og domstolenes rettslige fortolkningsrom.

370 Jf. Blake, *Justice*, 146ff.

371 Fuglerud, «Kontroll og korrupsjon», 139. Selv om disse normene rent faktisk ofte er ikke-politiske (Kennedy, «Critique of Rights», 196ff.), så kan det være at de ideelt sett burde være «politiske», dvs. et uttrykk for offentlig fornuft (Rawls, *Political Liberalism*, 236).

372 Man kunne også lagt til det rettssetiske spørsmålet om hvorvidt prosedyrene for behandling av søknader om opphold i Norge tilfredsstillende kriteriene for god juridisk praksis, slik den eksempelvis er definert av *European Council on Refugees & Exiles Best Practices*. Cecilia Bailliet har gjennom sine studier argumentert godt for at så ikke er tilfelle, verken i Norge eller Europa for øvrig (Bailliet, «The Alienation of Adjudication»). Hun konkluderer slik: «The violation of structural procedural law through emergency legislation, the normalization of accelerated procedures, the application of safe third country and manifestly unfounded categories, the reduction of legal aid, and limitations on the right to appeal all reveal that the European constitutional values of rule of law, human rights, justice, and solidarity are subject to systematic violations ... [T]hese structural violations of the procedural law indicate a weakening of democracy throughout Europe.» Ibid., 697.

373 Jf. de prinsipielle poengene formulert hos Dalferth, *Naturrecht*, 56ff.

snarere bør forstås som instrumenter vi kan anvende for å løse konkrete utfordringer her og nå, og som kan miste sin gyldighet når den historiske situasjonen endrer seg.³⁷⁴ Nye utfordringer krever ofte at vi justerer, eller erstatter, våre kritiske etiske og juridiske instrumenter.

Hvilken status har menneskerettighetene i en slik diskusjon? Det første som da må understrekes, er at Grunnloven har som presumpsjon at den respekterer og fremmer menneskerettighetene (§§ 2, 92), og dermed både legitimerer og begrenser domstolene og statsforvaltningens handlingsrom.³⁷⁵ Det betyr ikke at menneskerettighetene har status som naturrett. En naturrettslig tolkning av menneskerettighetene vil hevde at disse består av et sett moralske rettigheter som et lands lover må kritisk prøves mot.³⁷⁶ Jeg legger en annen forståelse av menneskerettighetene til grunn. Menneskerettighetene er kun gyldige som kritiske korrektiv til et lands lovverk og statsforvaltning dersom en av to følgende betingelser er oppfylt: (1) dersom de er juridisk anerkjent som eksplisitt styrende for lovverket og statsforvaltningen, eller (2) dersom de uttrykker et koherent sett verdier (etiske og antropologiske sannheter) som ikke er tilstrekkelig tatt hensyn til i norsk lov og forvaltning.³⁷⁷ Den første betingelsen er eksplisitt oppfylt i norsk lov, mens den andre vil det være den politiske etikkens og rettsfilosofiens oppgave kritisk å undersøke om er innfridd. Til sist bør det også presiseres at det ikke bare er menneskerettighetene forstått som moralske rettigheter juridiske rettigheter alltid bør prøves mot. Det kan også være sentrale etiske *verdier*. Menneskeverdet er i seg selv ingen rettighet, men en verdi.³⁷⁸ Det er denne verdien menneskerettighetene, både i sin moralske og juridiske form, er designet for å sikre og fremme.

I dette kapitlet vil jeg først kritisk undersøke ulike forslag til hvilke krav det er rimelig å stille til mennesker som søker opphold i Norge. Men å anerkjenne at en søknad tilfredsstillende krav vi med rimelighet kan stille, betyr ikke automatisk at søkeren bør få opphold i Norge. Antallet migranter som får (permanent) opphold i Norge har et tak.³⁷⁹ I den påfølgende seksjonen drøfter jeg hvordan dette taket bør settes. Å fastsette et bestemt antall sier

374 Jf. Pannenberg, *Ethics*, 54.

375 Jf. også *Menneskerettsloven*.

376 Jf. Rendtorff, «Das Verfassungsprinzip», 221, og Fischer, *Theologische Ethik*, 265.

377 Dette betyr ikke at *alle* lover utelukkende må kunne begrunnes i moralske menneskerettigheter (Buchanan, *The Heart of Human Rights*). Så lenge de ikke kommer i konflikt med menneskerettighetene, er det uproblematisk.

378 *Ibid.*, 72.

379 Hvorvidt all type migrasjon kan antallbegrenses, er omstridt. Se seksjon 4.2 for en utdypende diskusjon.

imidlertid i utgangspunktet ingenting om hvordan vi bør prioritere blant ulike grupper innvandrere når vi innvilger permanent opphold i Norge. Seksjon tre tar for seg dette spørsmålet. I seksjon fire drøfter jeg grunnlaget for at innvandrere med permanent opphold i Norge kan få innvilget statsborgerskap. Kapitlet avsluttes med å diskutere påstanden om at migranter har en primær moralsk forpliktelse til å forbedre samfunnsforholdene i sitt hjemland fremfor å utvandre til et annet land.

4.1 Hvilke krav er det rimelig å stille til mennesker som søker opphold i Norge?

I samsvar med den tradisjonelle (westfalske) forståelse av den internasjonale politiske orden, har den norske stat suveren rett til å bestemme hvem som skal slippe inn i landet.³⁸⁰ Denne retten beskytter individenes rett til å bli styrt av en stat som uttrykker deres politiske preferanser, og jeg anser den derfor som etisk legitim.³⁸¹ At retten til eksklusjon er et uttrykk for suverenitet betyr imidlertid ikke at den kan hevdes og praktiseres *uten begrunnelse* overfor migranter.³⁸² Akkurat som en søknad om opphold i Norge må legitimeres av hver enkelt migrant, må også staten legitimere et eventuelt avslag. Dette bør gjøres med referanse til det som er en liberal stats formål, nemlig å etablere og vedlikeholde institusjoner og sosiale praksiser som sikrer sivil rettferdighet innad og fremmer global rettferdighet utad, slik at både mennesker som befinner seg innenfor og utenfor våre grenser gis muligheter til fritt og ansvarlig å søke det gode liv. Migranter kan, på sin side, begrunne sine søknader om opphold på to måter: enten med referanse til sine grunnleggende interesser, det vil si til sine menneskerettigheter, eller ved å hevde ulike mindre grunnleggende interesser som, moralsk sett, mer tungtveiende enn interesser den norske stat kan begrunne et avslag med.³⁸³

380 Jf. VM, art. 16, ICCPR, art. 1.1 og 25, ICESCR art. 1.1. Freden i Westfalen, som ble inngått i 1648 og endte tretti år med religionskriger, regnes som fødselen til det moderne statssystemet. Her ble det slått fast at herskeren hadde suveren jurisdiksjon over sitt territorium, hvor retten til å bestemme statens offisielle konfesjon stod sentralt (jf. *Grunnloven* §2 i sin opprinnelige formulering fra 1814). Dette betyr imidlertid ikke at denne «staten» ble opprettet som en faktisk byråkratisk struktur, ei heller at den innebar et revolusjonært brudd med fortiden. Whaley, *Germany and the Holy Roman Empire I*, 642ff., *Germany and the Holy Roman Empire II*, Bain, *Political Theology*, 59f., og Krasner, «Westphalia and All That».

381 Jf. Blake, *Justice*, 17ff. At den er folkerettslig legitim betyr at suverenitet er en *delegert* rett, ingen absolutt rett. Cole, «Open Borders», 163.

382 Bas Schotel, *Exclusion*, 8ff.

383 *Ibid.*, 188ff.

Som vist i kapittel 3 følger det av de menneskerettslig orienterte verdiene det norske folk har anerkjent som grunnlaget for statlig virksomhet både innad og utad at retten til å ekskludere mennesker fra Norge ikke er absolutt. Dersom menneskers fundamentale interesser ikke er sikret i hjemlandet, eller lar seg sikre et annet sted i verden, har man i utgangspunktet en moralsk eller juridisk plikt til å gi dem midlertidig beskyttelse.³⁸⁴ Mennesker som søker asyl i Norge, og som får juridisk status som flyktninger, har normalt sett rett til asyl.³⁸⁵ Dette følger av statens selvpålagte forpliktelser på flyktningkonvensjonens prinsipp om *non-refoulement*.³⁸⁶

Strengt tatt forplikter dette prinsippet Norge kun til å *beskytte* de facto flyktninger. Men for en person som søker asyl ved Norges grenser og anerkjennes som flyktning, vil dette i realiteten innebære en rett til opphold i Norge. Hvorvidt en person skal anerkjennes som flyktning er i seg selv ikke betinget av innvandringspolitiske hensyn, for eksempel antallet asylsøkere, men skal skje gjennom en vurdering av det faktiske beskyttelsesbehovet.³⁸⁷ Justis- og beredskapsdepartementet var folkerettslig på svært tynn is da de i sitt høringsnotat fra desember 2015 påsto at «[p]åfallende endringer i den totale søkermassen kan bidra i helhetsvurderingen av om det i den enkelte sak foreligger et reelt beskyttelsesbehov».³⁸⁸ Dersom antallet flyktninger overskrider det vi mener oss i stand til å ta imot, betyr ikke dette at vi dermed kan anse asylsøknaden som illegitim. Som rettsnorm skal den prinsipielt være immun mot realpolitikk.³⁸⁹ Har vi, med utgangspunkt i en adekvat vurdering av samfunnsmessige konsekvenser, satt et tak på 5 000 innvilgede asylsøknader/overføringsflyktninger i løpet av ett år, betyr ikke det at asylsøker nummer 5 001 ikke skal innvilges status som flyktning selv om personen oppfyller kriteriene for beskyttelse. Vi kan kun avslå asylsøknaden i slike tilfeller fordi vi mener at den er fremmet i feil land. Vårt ansvar

384 Gibney, *Ethics*, 38, og Stilz, *Territorial Sovereignty*, 188.

385 Øyen, «Retten til flyktningstatus og asyl», 178. Hvorvidt dette også gjelder i situasjoner av ekstrem masseflukt, er omstridt. Dette spørsmålet drøftes i seksjon 4.2 nedenfor.

386 Jf. ovenfor, innledningen til kapittel 3. Det er ikke bare menneskerettighetene som forplikter oss til å ta imot flyktninger. Billige varer fra lavinntektsland kombinert med høy produktivitet har gjort sitt til at Norge har blitt et rikt land. Det samme har tollmurer og oljeproduksjon. Alt fører på ulikt vis til høy risiko for sosial uro og flyktningproduksjon i andre deler av verden. Å ta imot flyktninger er derfor også et spørsmål om korrektiv rettferdighet.

387 Larsen, «Asyl», 200. Å innskrenke den faktiske muligheten asylsøkere har for å bringe saken inn for en uavhengig appellinstans (UNE), slik det skjedde i Norge i forbindelse med flyktningkrisen i 2015, bryter med grunnleggende prinsipper i prosedural rett. Dette gikk særlig ut over enslige mindreårige fra Afghanistan og Irak (Bailliet, «Alienation», 681ff.). I desember 2017 ble den politiske kontrollen over UNE avlyst av Stortinget.

388 Justis- og beredskapsdepartementet, *Høringsnotat*, des. 2015, 40.

389 Jf. Kant, «Menschenliebe», 429.

overfor denne flyktningen blir da å samarbeide med andre land med mål om å finne en stat hvor personen kan få beskyttelse.³⁹⁰ Asylretten kan med andre ord ikke hevdes ubetinget overfor Norge som sådan.³⁹¹ Dens ubetingede gyldighet forutsetter en rettferdig internasjonal ansvarsfordeling. I en verden som vår, der ikke alle land tar sin del av ansvaret for flyktninger, har den kun betinget gyldighet for det enkelte land. Hvorvidt dette også gjelder *non-refoulement*-prinsippet, er et spørsmål jeg vil ta opp til diskusjon nedenfor, i seksjon 4.2.

I Norge opererer vi med et juridisk skille mellom flyktninger og mennesker som får opphold på såkalt «humanitært grunnlag». Sistnevnte gruppe har ikke juridisk rett på asyl. Deres søknader om opphold blir vurdert ved bruk av det juridisk såkalte «kan-skjønnnet», det vil si at den kan innvilges dersom behovene vurderes som prekære nok, og samfunnsmessige hensyn i Norge ikke taler imot det.³⁹² Ettersom søkeren ikke har juridisk rett til opphold, må søknaden begrunnes ved å hevde at tungtveiende menneskelige hensyn taler for at søknaden likevel bør innvilges. Selv med fraværet av en juridisk rett, vil vi være *moralsk* forpliktet til å innvilge personen opphold dersom behovene er prekære nok, så lenge det er forenlig med å opprettholde en liberal innvandringspolitikk over tid, og ikke den norske stats evne til å realisere sitt grunnleggende formål (sivil rettferdighet) står i fare for å settes ut av spill. Men hvorfor er et slikt juridisk skille moralsk legitimt? Er det ikke slik at det først og fremst er behovet for hjelp som skal være styrende for hvem som har et velbegrunnet krav på opphold? Hva er det da som gir flyktninger rett til opphold, mens andre mennesker med vel så sterke menneskelige behov ikke har det? Ettersom dette er et spørsmål om å rangere de etiske fordringene ulike mennesker stiller den norske stat overfor, vil jeg diskutere dette spørsmålet mer inngående i neste seksjon. Her vil jeg bare kort peke på den tradisjonelle folkerettslige grunnen til at flyktningers rett på opphold i en annen stat anses som legitim, mens andre nødlidende mennesker ikke har en slik rett, nemlig at flyktninger bor i land hvor staten ikke kan, eller vil, hindre dem i å bli forfulgt.³⁹³ Jeg vil,

390 Forskjellen mellom en asylsøker og en overføringsflyktning er at førstnevnte i utgangspunktet kun kan hevde sin rett overfor staten han/hun står på grensen til, mens overføringsflyktninger henvender seg til det internasjonale samfunnet som helhet. Jan Brezger, «So viele wie nötig», 60ff. Mer om dette nedenfor, seksjon 4.3.

391 Et argument for motsatt syn finnes hos Thor, «Wir», 141f.

392 Øyen, «Opphold på humanitært grunnlag», 300f. Dette betyr selvsagt ikke at ikke skjønnsutøvelse også spiller en rolle i vurderingen av søknader om opphold som flyktninger. Liødden, «Usikkerhet og tvil».

393 Lister, «Who are Refugees?». Jf. Øyen, «Flyktningstatus», 236ff.

som sagt, diskutere denne begrunnelsen for å opprettholde distinksjonen mellom de to kategoriene migranter i neste seksjon.

Av Norges menneskerettighetsforpliktelser følger det i utgangspunktet at staten ikke kan vurdere hvorvidt et menneske har en velbegrunnet rett på å slippe inn i Norge basert på kriterier knyttet til seksuell legning, alder, kjønn, etnisitet, religion, sosioøkonomisk status, helse og så videre: «The state may consider the individual only for what she *does*, not for what she *is*.»³⁹⁴ Når Saudi-Arabia i praksis ekskluderer jøder og ateister, eller da Slovakia i 2015 bestemte seg for kun å ta imot kristne flyktninger fra Syria, bryter dette på grunnleggende vis med diskrimineringsvernet som menneskerettighetene er designet for å sikre.³⁹⁵ Men brøt ikke Norge også dette vernet da regjeringen i 2020 bestemte seg for å prioritere kristne flyktninger, samt mennesker tilhørende de religiøse minoritetene jesidier og ahmadiyya? Dersom deres religiøse tilhørighet var en forfølgelsesgrunn, kvalifiserer selvsagt de rammede menneskene som flyktninger, men denne tilhørigheten gir oss ingen grunn til generelt å gi større vekt til religion som forfølgelsesgrunn vis-a-vis andre grunner, *alt annet likt*.³⁹⁶ Er et menneske forfulgt, så er det flyktning – uavhengig av hva som er den spesifikke grunnen.

Her må det legges inn to presiseringer, hvorav særlig den første er viktig. Det menneskerettslige diskrimineringsvernet gjelder kun der bestemte kjennetegn er *irrelevant for rettigheten som hevdes eller godet som tildeles*.³⁹⁷ På samme måte som et avslag på en opptakssøknad til et bestemt studium på et universitet kan begrunnes ved å vise til det legitime formål en slik praksis har, nemlig å utdanne kompetente profesjonsutøvere, kan et avslag på oppholdssøknad med referanse til bestemte kjennetegn ved søkeren begrunnes med henvisning til legitime politiske formål. Slike formål er særlig moralsk tungtveiende dersom de bidrar til å opprettholde en liberal innvandringspolitikk og sikre sivil rettferdighet. Rase, kjønn og seksuell legning vil da i realiteten aldri kunne henvises til, mens utdanningsnivå

394 Joppke, *Selection by Origin*, 2. Kursiv i originalen. Jf. Buchanan, *The Heart of Human Rights*, 28ff., og Blake, *Justice*, 127ff. Unntaket er selvsagt dersom slike karakteristika utgjør en forfølgelsesgrunn i hjemlandet.

395 Bbc.com, «Migrants Crisis: «Slovakia will only accept Christians». Jf. Buchanan, *The Heart of Human Rights*, 28ff. Israel har også operert med ulike rettigheter for jøder og andre (primært arabere, drusere og beduiner) i innvandringslovgivningen (Kretzmer, *Arabs in Israel*, 36), men har argumentert med at jøder historisk sett har vært en sårbar og forfulgt diasporaminoritet, og at loven i dag ikke diskriminerer ikke-jøder, men privilegerer jøder. En slik begrunnelse kan kun etisk aksepteres i bestemte unntakstilfeller, og ikke gjelde som en generell politikk.

396 Jf. Øyen, «Flyktningstatus», 222.

397 Miller, *Strangers*, 103ff.

eksempelvis vil kunne være relevant å ta i betraktning fordi det å opprettholde et visst nivå av universelle velferdsytelser er nødvendig for å opprettholde en liberal innvandringspolitikk over tid og i siste instans realisere sivil rettferdighet.³⁹⁸ For det andre kan det å prioritere mennesker med et definert kjennetegn forsvares dersom det inngår som *tilleggs-kriterium* for fordeling av flyktninger mellom ulike land. Det vil da eksempelvis kunne være hensiktsmessig for alle parter å la mennesker med bestemte kvalifikasjoner få opphold i et land der disse er særlig etterspurt, eller å eksempelvis la seksuelle minoriteter eller forfulgte kristne få opphold i Norge, heller enn Iran, gitt at alt annet er likt.³⁹⁹

Utgangspunktet mitt i denne seksjonen var at migranter har en juridisk eller moralsk legitim rett til opphold i Norge dersom deres opphold er forenlig med den norske stats evne til å praktisere en liberal innvandringspolitikk over tid og realisere sivil rettferdighet. Det er på nettopp dette grunnlaget staten også er etisk og folkerettslig berettiget til ikke å slippe inn innvandrere som er en trussel mot nasjonal sikkerhet.⁴⁰⁰ Å sørge for folkets beskyttelse var den moderne statens opprinnelige hovedoppgave, ifølge de filosofiske statsteoriene som ble utviklet på 1500- og 1600-tallet (Hobbes, Bodin), og dagens internasjonale flyktningrett anerkjenner staters rett til å nekte opphold til personer som man med god grunn anser som en sikkerhetstrussel.⁴⁰¹ Eksklusjonsretten omfatter også mennesker med flyktningstatus. Flyktningkonvensjonens § 33, nr. 2, kvalifiserer forbudet mot retur av flyktninger ved å slå fast: «The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is [...]» Utlendingsloven § 31 annet ledd gir hjemmel for å nekte mennesker anerkjennelse som flyktning etter den særnorske utvidede flyktningdefinisjonen i § 28 første ledd bokstav b dersom de vurderes å utgjøre en alvorlig fare for det norske samfunnet, og medvirkning til terrorhandlinger vil medføre utvisning etter §§ 66–68, så fremt man ikke er norsk

398 For et argument til støtte for et motsatt syn se f.eks. Thor, «Wir», 137f.

399 Miller, *Strangers*, 92, Walzer, *Spheres of Justice*, 49f., og Hoesch, «Allgemeine Hilfspflicht», 24. Dette kan også gjelde personer som opplever forfølgelse fordi de har støttet en internasjonal intervensjon hvor bestemte land har deltatt, slik tilfellet er for Norge i dag hva gjelder afghanske flyktninger (jf. Taraku, *Innvandringsrealisme*, 169). For Norges siste retningslinjer for prioritering blant overføringsflyktninger, se Justis- og beredskapsdepartementet, *Kvoten for overføringsflyktninger 2021*, 22. des. 2020. Utvalgskriteriene er basert på Justis- og beredskapsdepartementet, *Rundskriv G-15*, 1. jul. 2020.

400 Jf. Gibney, *Ethics*, 198ff., og videre *Utlendingsloven* §§ 17g-i, 31 og 66-73, 122.

401 *Flyktningkonvensjonen* §§ 32.1 og 33.2. Jf. O'Nions, *Asylum*, 8, og Ekins, «Right to Exclude», 47.

statsborger.⁴⁰² Slike bestemmelser er i seg selv uproblematisk, så lenge man ikke misbruker dem til å stenge ute hele grupper av mennesker fordi en person med liknende etnisk, nasjonal, sosial, politisk eller religiøs (osv.) tilhørighet har gjennomført en terrorhandling – enhver muslim blir en mulig terrorist.⁴⁰³ Et nærliggende eksempel er Trumps notoriske «*muslim-ban*», som med sin mistenkeliggjøring har bidratt til fremveksten av en generell fryktkultur i betydelige deler av den amerikanske befolkningen.⁴⁰⁴ En saklig og skarpt fokusert bruk av kriteriet forutsetter at man er seg kritisk bevisst et slikt misbruk. Der en slik kritisk bevissthet er til sted kan eksklusjonsbestemmelser forsvares. Det vil imidlertid bety svært lite for hvor mange som på legitimt vis kan få komme inn i Norge. Migranter generelt utgjør ingen sikkerhetsrisiko, men er mennesker som søker eksistensiell trygghet i det norske samfunnet. Å utforme innvandringspolitikk som om det motsatte var tilfellet vil heller enn å stagge voldelig ekstremisme gi den gode vekstsvilkår.⁴⁰⁵

Et noe videre kriterium beslektet med dette, er kravet om plettfriandel.⁴⁰⁶ Dette er et rimelig kriterium med visse forbehold. For det første må man ta høyde for at andre stater har kriminalisert atferd (f.eks. religiøs/politisk dissens, homofili, abort m.m.) som ikke anses for å være det i Norge.⁴⁰⁷ For det andre bør kriminelle handlinger som ble utført fordi det var den eneste måten å sikre de grunnleggende behovene til seg selv og sine nærmeste betraktes som formildende omstendigheter og ikke danne grunnlag for å nekte opphold, i det minste dersom de var av mindre alvorlig karakter (f.eks. tyveri). Norsk lov åpner for å ta slike hensyn, og det med god grunn.⁴⁰⁸ Slike handlinger gir sjelden en god indikasjon på fremtidig

402 Øyen, «Flyktningstatus», 272, 290ff. Jf. *Straffeloven*, kap. 18. Det er omstridt hvorvidt første ledd i *Utlendingsloven* § 31 gir staten mandat til å ekskludere personer som omfattes av våre konvensjonsforpliktelser (§ 28 første ledd, bokstav a) dersom man mener de utgjør en sikkerhetsrisiko (ibid., 274f.). En utdypende diskusjon av flyktningbegrepet finner leseren nedenfor i seksjon 4.3.

403 Til dette og følgende, se Carens, *Ethics of Immigration*, 175ff.

404 For en grundig analyse og kritikk, se Brock, *Justice*, 64ff.

405 Se f.eks. punkt 53 i *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism* utført av FN i 2016. Jf. Bader, «Citizenship», 46. Dette betyr ikke at terrorisme vil utryddes dersom vi behandler alle som fredelige mennesker. Årsakene til utviklingen av viljen til å begå terror handlinger er mange og komplekse.

406 *Utlendingsloven* §§ 17g.h.i, 59, 66 og 67.

407 Jf. Øyen, «Flyktningstatus», 279f.

408 Ibid., 291. Men også mer alvorlige handlinger kan være enkeltstående handlinger utløst av spesielle omstendigheter, og vil i enkelte tilfeller kunne vurderes som urimelig grunn til å nekte mennesker opphold. Har det også gått lang tid siden lovbruddet, og straffen er sonet, kan det være grunn til å ta hensyn til dette i vurderingen av søknaden. Havre, «Utvising», 355f.

kriminell atferd.⁴⁰⁹ Dernest, dersom det er snakk om familieinnvandrere, bør det vurderes om et krav om absolutt plettfrihet er hensiktsmessig, alt tatt i betraktning. I saker som berører barn bør eksempelvis barnets beste være et tungtveiende hensyn.⁴¹⁰

Det er også verdt å understreke at folkerettens prinsipp om ikke å sende mennesker tilbake til hjemland der de risikerer å bli utsatt for menneskerettighetsbrudd også gjelder mennesker med en kriminell forhistorie.⁴¹¹ I den europeiske menneskerettighetskonvensjonen er dette forbudet absolutt, hvilket innebærer at ikke engang nasjonale sikkerhetshensyn kan annullere det (art. 3).⁴¹² Å sende disse tilbake til tortur og nedverdiggende behandling må kun gjøres som en siste utvei for å sikre samfunnet, og kun der den kriminelle utgjør en større risiko for hjemlandets sikkerhet enn hjemlandet utgjør en risiko for hen. I Norge, og Europa for øvrig, betyr dette i praksis at mennesker som av sikkerhetsmessige grunner ekskluderes fra flyktningsstatus ikke returneres, men innvilges midlertidig oppholdstillatelse med begrensede rettigheter.⁴¹³ Men betyr ikke dette at vi i realiteten blir en frihavn for krigsforbrytere og mennesker som har utført terrorhandlinger i andre land? Den eneste måten å unngå dette på er å straffeforfølge dem her i Norge, eller utlevere dem til den internasjonale straffedomstolen i Haag.⁴¹⁴

En neste mulighet er å kreve at alle som skal få slippe inn i landet slutter seg til de liberale og sosialdemokratiske verdiene den norske samfunnsordningen er tuftet på. Her snakker vi altså ikke om å ekskludere tunge kriminelle eller potensielle terrorister, men om ikke å slippe inn mennesker med politiske holdninger som over tid vil bidra til at den demokratiske kulturen vil forvitre. I mange europeeres øyne er det primært muslimer som faller inn under denne kategorien mennesker i dag. I det offentlige

409 O'Nions, *Asylum*, 45f. Her kan det også nevnes at ser vi på det generelle forholdet mellom innvandring og kriminalitet over tid, så finnes det ikke grunnlag for å si at kriminalitet øker i takt med antallet innvandrere. Dette utelukker ikke at innvandring kan medføre økt kriminalitet blant bestemte grupper på bestemte steder på bestemte tidspunkt (Lee og Martinez, «Immigration Reduces Crime», og Fitzgerald, Amber Curtis, og Corliss, «Anxious Publics», 478). For Norges del har antallet anmeldte lovbrudd sunket betydelig de siste 20 årene, selv om innvandringen til landet har økt. Ssb.no, «Anmeldte lovbrudd og ofre».

410 Jf. *Utlendingsloven* §§ 70, 126, tredje ledd, *Grunnloven* § 104, annet ledd, og videre Martnes, *Barnets beste*, og Havre, «Utvising», 342, 365ff.

411 Øyen, «Flyktningstatus», 178f., 292, og O'Nions, *Asylum*, 46f. Jf. CAT art. 3, EUs charter om grunnleggende rettigheter (CFREU), art. 19, og ICCPR, art. 7. Det er ikke nok at hjemlandet forsikrer mottakerlandet om at den kriminelle ikke vil bli torturert. Her må man lene seg på uavhengig informasjon om hjemlandets praksis.

412 Jf. Ot. prp. 75 (2006–2007), 114.

413 *Utlendingsloven* §7 4. Jf. *Utlendingsforskriften* 15-2 til 15-4, og videre Øyen, «Flyktningstatus», 289, 294.

414 For Norges del har slike rettsprosesser vist seg å være svært ressurskrevende. *Ibid.*, 293.

ordskiftet får vi ofte høre, eksplisitt eller implisitt, at de er kommet hit for å undergrave det liberale demokratiet og erstatte det med et religiøst fundert antidemokratisk regime. I Norge er det ikke kristendommen som er den sentrale markøren vis-a-vis islam, men en sekulær nasjonalisme; en romantisk forestilling om en enhetlig liberal og fredelig europeisk kultur som kontrast til islams frihetsfiendtlige og voldelige ideologi.⁴¹⁵ Hege Storhaug skriver eksempelvis: «Den nye innvandringen og religionspolitiske krefters stigende innflytelse kan føre til at vårt demokratis ideologiske grunnlag utvannes.»⁴¹⁶

Storhaug skriver «kan». Men dersom vi kan sannsynliggjøre at en slik utvikling faktisk vil finne sted, vil det utvilsomt vært et sterkt argument mot bestemte former for innvandring. Å sikre en demokratisk styreform er en av statens hovedoppgaver, og kan være legitim selv dersom det å oppgi den vil gjøre verden for øvrig mer rettferdig.⁴¹⁷ Det er derfor svært viktig å få klarhet i om Storhaugs frykt har sin rot i virkeligheten.⁴¹⁸ Sammenlikner vi hennes retorikk med den som for 200 år siden ble rettet mot katolikker og jøder, begynner tvilen å melde seg. Her er en av grunnlovsfedrene Christian Magnus Falsen i *Den Norske Tilskuer*:

Fordi en religion som ikke ånder annet enn hat og forakt mot hver den som ikke bekjenner seg til den, tvinger jøden til en bestandig opposisjon mot alt det som ikke hylder jødedom. Han lever i en uopphørlig feide-tilstand med enhver nasjon som tar ham imot, og hans religion gjør det til en plikt å arbeide for å ødelegge den.⁴¹⁹

I tillegg til frykten for at jødene ville drive politisk undergravende virksomhet kom den norske bondebevegelsen seigligvede tro på at jødene var en

415 I motsetning til i majoriteten av andre land i Europa, er religiøse nordmenn mer positive til innvandring enn ikke-religiøse. Pew Research Center, «Being Christian».

416 Storhaug, *Men størst av alt er friheten*, 15. Og her er Carl I. Hagen: «Jeg frykter et muslimsk flertall i Norge [...], med sharialover og det som verre er» («Spanjoler må lære seg norsk». *Dagbladet*, 22. apr. 2006). Et annet eksempel på liknende retorikk finner vi hos Hallgrim Berg i boken *Demokrati eller islamisme*. Se for øvrig Fangen og Vaage, «Frp-politikerens innvandringspolitiske retorikk», 41ff., og videre Orgad, *The Cultural Defense*, 32ff.

417 Jf. seksjon 3.2.

418 For en mer generell kritikk av Storhaugs argumentasjonsmåte, se Fuglerud, *Migrasjonsforståelse*, 198ff.

419 Falsen sitert etter Harket, *Paragrafen*, 120. Jf. Mendelsohn, *Jødernes historie*, 55f. Med liknende retorikk advarte en av USAs grunnleggere Thomas Jefferson mot å slippe inn «monarkister» til landet: «To [«our» principles] nothing can be more opposed than the maxims of absolute monarchies. Yet, from such, we are to expect the greatest numbers of emigrants. They will bring with them the principles of the governments they leave, imbibed in their early youth [...] These principles, with their language, they will transmit to their children. In proportion to their numbers, they will share with us the legislation. They will infuse into it their spirit, warp and bias its direction, and render it a heterogeneous, incoherent, distracted mass». Jefferson, «Notes on the State of Virginia», 124f. Jf. Gibney, *Ethics*, 29.

trussel mot norsk kultur mer generelt.⁴²⁰ På 1930-tallet argumenterte man likeledes med at katolikker ikke kunne være demokrater fordi de var underlagt en ekstern autoritet, nemlig paven.⁴²¹ I dag er målet for en slik skepsis andre kategorier mennesker, men det er slående hvor lik retorikken er. Og like slående som det er for oss i dag hvor ubegrunnet denne skepsisen var, like slående er det hvor ubegrunnet manges skepsis overfor norske muslimer politiske holdninger er. Selv om islamsk tradisjon utvilsomt inneholder forestillinger som kan brukes til å begrunne antidemokratiske holdninger, muslimske stater som med Kairo-erklæringen distanserte seg fra menneskerettighetserklæringens likeverdstanke, og hvor mange av dem i dag ikke har demokratiske styreformer, er ikke dette nok til å begrunne hvorfor det å være demokrat og norsk muslim ikke kan være mulig. For det første forutsetter en slik konklusjon at politisk organisering følger med en eller annen form for nødvendighet av ideer, og at bestemte ideer kun kan gi opphav til én bestemt statsform. Historiefaget har lært oss at dette sjelden eller aldri er tilfellet. For det andre gav ikke det politiske bildet i det kristne Europa frem til 1800-tallet utvetydige indikasjoner på det demokratiske potensialet i kristen tradisjon. Heller ikke gav den sterke fremveksten av sekularisme i den vestlige verden ved overgangen til det tjuende århundret inntrykk av at ikke-religiøse politiske ideologier nødvendigvis var mer demokratiske enn sine religiøst orienterte forløpere. For det andre har verken Norge, Europa, eller USA en historie med antidemokratiske muslimske demonstrasjoner og opprør. I Norge er ikke muslimer en politisk organisert gruppe, men en *kategori* mennesker uten en felles politisk agenda.⁴²² Som Cora Døving skriver: «[E]mpiri forteller at graden av religiøsitet, moralske forskjeller, politiske interesser og ideer om hva et godt liv er, ofte går på tvers av trosgrenser.»⁴²³ Videre viser holdningsundersøkelser at en overveldende majoritet av europeiske og norske muslimer er demokrater.⁴²⁴ Hva gjelder islams rolle viser

420 Simonsen, «Nasjonalitetens antitese». Se også den antijødiske retorikken til den bredt leste boken *Jøder og Gojim* fra 1910/22 skrevet av høyesterettsadvokat Eivind Saxlund (Saxlund, *Jøder og Gojim*). I motsetning til hva gjelder dagens muslimer bestod imidlertid denne trusselen i at jødene var for liberale og materialistiske. *Ibid.*, 104. Jf. Døving, *Integrering*, 136ff., og Westlie, *Mørke år*.

421 Brochmann og Kjeldstadli, *Innvandringen til Norge*, 431.

422 For distinksjonen mellom gruppe og kategori, se Døving, *Integrering*, 110f.

423 *Ibid.*, 84. Hun gjengir også en undersøkelse fra TNS-gallup der 78 % av den muslimske befolkningen avviste at det norske samfunnet er umoralsk, mot 72 % i den øvrige befolkningen!

424 IMDi, *Integreringsbarometeret 2013/2014*, 54ff. Det samme gjelder for øvrig muslimer i Midtøsten og Nord-Afrika (Ishaq, *Hvem snakker?*, 49f., 69, 81, 97, 225ff., 235ff.). Anne Sofie Roald skriver at for unge muslimer har islam blitt en fellesbetegnelse for verdier som er riktige eller gode, slik som demokrati, likestilling og toleranse. Slike verdier forstås som islamske verdier (Roald, *Muslimer i nya samhällen*, 20f.). For to velskrevne diskusjoner av det demokratiske potensialet i islams tradisjon, se An-Na'im, *Toward and Islamic Reformation*, og el-Fadl, «Democratic Commitment» (jf. NOU 2017: 2, 161ff.). Sjansen er, for

muslimers migrasjonserfaringer at religionen er svært tilpasningsdyktig til nye samfunnsforhold. Migrasjon innebærer ofte en dekonstruksjon av tradisjonen ned i dens enkelte bestanddeler, og så en påfølgende rekonstruksjon av en «ny» form for islam – amerikansk islam, europeisk islam, norsk islam.⁴²⁵ I Statistisk sentralbyrås anslag fra 2016 utgjorde norske muslimer rundt fire prosent av landets befolkning.⁴²⁶ At disse norske «hverdagsmuslimene», i kraft av sin religiøsitet alene, utgjør en trussel mot det norske demokratiet, er svært lite plausibelt.

Hadde tilslutning til et sett politiske (liberaldemokratiske) verdier vært eneste kriterium for å få innvilget permanent opphold eller statsborgerskap i Norge, ville innvandringspolitikken vår vært svært liberal. Det er mange mennesker utenfor Vesten som holder demokratiske verdier høyt. Norske innvandrere, muslimer eller ei, har «stemt med føttene» når de har valgt Norge som sitt nye hjemland. Mange har kommet til Norge nettopp fordi de har et ønske om å leve i et demokratisk land, de appellerer til liberaldemokratiske verdier når de opplever diskriminering, og eksporterer demokratiske verdier til sine opphavsland. Ved å migrere til Norge har de bidratt til at flere mennesker enn før bor i et demokratisk land, og slik sett gjort verden mer rettferdig.⁴²⁷ I de tilfeller der en asylsøknad ikke nødvendigvis uttrykker et ønske om *personlig* å delta i demokratisk praksis, uttrykker den like fullt et ønske om å bli medlem av et samfunn med mulighet for *kollektiv* selvbestemmelse.⁴²⁸ Og selv om valgdeltakelse relativt sett er lavere blant innvandrere enn blant innfødte nordmenn, viser empirien også at deltakelsen øker med tiden.⁴²⁹ Blant dem som ikke bruker sin stemmerett er ikke mistillit til demokratiske institusjoner høyere enn blant nordmenn uten innvandrerbakgrunn som avstår fra å stemme.⁴³⁰

øvrige, betydelig større for at kulturen mer generelt endrer seg som følge av innvandring, enn at den politiske kulturen mer spesifikt gjennomgår grunnleggende forandring, dvs. at den politiske institusjonelle strukturen (det konstitusjonelle demokratiet) forvitrer. Seglow, «Ethics of Immigration», 321.

425 Jf. Nielsen og Otterbeck, *Muslims in Western Europe*, 131, Rana, *Norsk islam*. Fenomenet «norsk islam», og Ranas bok, blir diskutert i Fuglerud, *Migrasjonsforståelse*, 244ff.

426 Østby og Dalgård, «4 prosent muslimer i Norge?». Jf. Gripsrud, *Norsk hamskifte?*, 185.

427 Blake, *Justice*, 174ff.

428 Jf. Bauböck, *Transnational Citizenship*, 215. Det at andre rettigheter enn de politiske er de viktigste (trygghet, religionsfrihet, livsunderhold osv.), for noen grupper innvandrere, betyr ikke at de er antidemokrater. Det kan simpelthen bety at de verdsetter politisk medbestemmelse mindre enn andre goder. Jf. Hart, «Rawls on Liberty», 554f.

429 Dette henger både sammen med at innvandrerne over tid blir sosialisert inn i en demokratisk kultur, men også at flere og flere personer med innvandrerbakgrunn over tid også stiller til valg (se Bjørklund og Bergh, *Minoritetsbefolkningens møte*, 93). Generelt finnes det også tydelig tegn på sterk verdimesig assimilering hos ungdom med innvandrerbakgrunn. Friberg, *Assimilering på norsk*.

430 Kleven, «Innvandrere og stortingsvalget 2017», 51f.

Retten til å velge sin politiske (og religiøse) posisjon er for øvrig en fundamental demokratisk verdi, så lenge det å praktisere denne ikke bryter med landets lover (jf. ICCPR, art. 18 og 19).⁴³¹ I Norge er det ingen paragraf i loven som sier at du må være liberal og sosialdemokrat for å bo her, eller være norsk statsborger for den saks skyld.⁴³² En norsk statsborger har valgfrett, men ingen valgplikt.⁴³³ Hvis vi ikke mener det er etisk legitimt å kreve liberaldemokratiske holdninger og demokratisk deltakelse av norske statsborgere, hvorfor er det da legitimt å kreve dette av mennesker som søker permanent opphold i Norge? Mer spesifikt må vi spørre hvor stor grad av ideologisk mangfold en stat fundert på demokratiske idealer tillater. Det er i det minste ikke etisk dekning for at staten kan virke som tankepolititi, og at mennesker kan nektes eller fratras statsborgerskap på grunnlag av hva de tenker.⁴³⁴ Det eneste man kan kreve, er at de anerkjenner og følger lovene i landet de ønsker permanent opphold. Men igjen; at staten ikke kan sette seg til dommer over hva folk tenker og føler, betyr ikke at den skal unnlate å fremme verdier som bryter med det antidemokratiske personer måtte mene. Snarere tvert imot. Staten har en demokratisk forpliktelse til gjennom sine institusjoner å fostre samfunnsmedlemmer med verdier som støtter opp under en demokratisk politisk kultur og samfunnsordning. Selv om den norske stat med god grunn bør legge til rette for bevaring og utvikling av en demokratisk etos, kan den ikke kreve at alle, norskfødte som innvandrere, lar seg overbevise om at dette er det beste for samfunnet.⁴³⁵ Men i de svært sjeldne tilfeller der migrasjon faktisk utgjør forsøk på å oppnå politisk kontroll, slik eksempelvis Israel i dag bruker bosetting på Vestbredden, eller han-kinesere gjennom sitt inntog i Tibet, vil staten ha en legitim rett til å stenge dem ute.⁴³⁶ I vårt samfunn er imidlertid aggressiv nativisme en større trussel mot et liberalt demokrati enn innvandring i seg selv.⁴³⁷ Men selv ikke mennesker som stiller seg bak argumentet om at vi bør stenge ute innvandrere med udemokratiske holdninger,

431 Til dette og følgende, se Carens, *Ethics of Immigration*, 52f.

432 Jehovas vitner er kanskje det livssyn som mest prinsipielt er motstander av direkte deltakelse i demokratisk politikk.

433 Jf. mer generelt om viktigheten av denne distinksjonen i en liberal statsborgerskapskonsepsjon, Bader, «Citizenship», 227.

434 Habermas, *Between Naturalism and Religion*, 91, og Joppke, «Citizenship Tests?», 2f.

435 En kullkasting av demokratiet er kun legitimt dersom det skjer gjennom demokratiske prosedyrer, og ikke gjennom tvang. Stilz, *Territorial Sovereignty*, 193.

436 Ibid., 194, Miller, *Strangers*, 107, og Hendrickson, «Migration in Law and Ethics», 217.

437 Zolberg, «Why not?», 1212. For eksempler på dette i norsk sammenheng se Gripsrud, *Norsk hamskifte?*, 212ff. For internasjonale paralleller, se Thorleifsson, *Nationalist Responses*.

vil anse nativisters opphold og statsborgerskap i Norge som illegitimt. En analogi kan her være til hjelp for å gjøre problemene med rasjoalet i dette argumentet enda tydeligere. Vi kan nemlig spørre oss hvilke midler det generelt er legitimt for en demokratisk stat å bruke for å bevare sin politiske kultur. Det som da er klart, er at vi ikke kan hindre mennesker i å få barn, eller i å forlate landet, dersom ikke dette utgjør en potensiell trussel mot vår evne til å realisere sivil rettferdighet.⁴³⁸

Argumentet rammer for øvrig ikke bare asylsøkere skjævt («muslimer»), men også nordmenn med innvandrerbakgrunn som deler religiøse eller kulturelle karakteristika med dem som kritiseres.⁴³⁹ De blir implisitt vurdert som uverdige til det statsborgerskap de eventuelt har blitt innvilget, noe som potensielt kan svekke deres evne til å se seg selv som fullverdige medlemmer av det norske samfunnet. Hvordan legitimitetsspørsmål blir besvart, har derfor brede integrasjonspolitiske konsekvenser. Over tid kan det å stadig ytre mistanke om at enkelte grupper innvandrere er antidemokratiske bli en selvpoppfyllende profeti.

Hva så med kriterier knyttet til slektskapsbånd? Mens det tidligere ble sett på som positivt for innvandrerne (primært menn) å få hentet familien sin til sitt nye land, har innvandrerfamilien, i kraft av sin påståtte «lukkede» og patriarkalske karakter, blitt sett på som et hinder for integrering.⁴⁴⁰ Til dette er det også blitt lagt bekymringer knyttet til den økonomiske integrasjonen av familieinnvandrere.

Gjennom å ha ratifisert ICCPR med det vern den gir familielivet (art. 17 og 23,1–2), den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (art. 8), flyktingkonvensjonen med dens anbefaling om at stater bør ta hensyn til flyktingers behov for vern om familiens enhet (sluttakten, seksjon B), samt barnekonvensjonen (art. 3, 9 og 10), har den norske stat historisk pålagt seg selv bestemte begrensninger i forhold til hvordan de forholder seg til

438 Jf. Kim Angells og Robert Husebys kritikk av kommunitaristisk kulturkonservatisme i kontekst av spørsmålet om naturalisering av irregulære innvandrere, Huseby og Angell, «Irregular Immigrants», 370.

439 Blake, *Justice*, 127ff. Innvandrede muslimers utfordringer blir ofte knyttet til at islamsk ideologi er et hinder for integrering. Selv om dette i enkelte tilfeller kan stemme, er innvandrernes sosio-demografiske bakgrunn viktigere. Mange muslimske innvandrere har sitt opphav i bondesamfunn og har ingen formell utdanning (Nielsen og Otterbeck, *Muslims in Western Europe*, 115). Det er også stor variasjon i eksempelvis synet på kvinners rolle osv. avhengig av hvor man kommer fra i den muslimske verden. Kvinner fra Tyrkia har eksempelvis mye høyere utdanning og er mer aktive i samfunnet for øvrig enn muslimer fra andre regioner. *Ibid.*, 128.

440 Kraler og Kofman, *Family Migration in Europe*.

familiiegjenforening.⁴⁴¹ I 2014 ble retten til familieliv gitt vern i Grunnloven (§ 102). Personer som står i visse typer familierelasjoner til mennesker uten oppholdstillatelse i Norge er på dette grunnlag innvilget *rett* til å hente dem til Norge dersom bestemte vilkår er oppfylt.⁴⁴² Ettersom det ikke er familiemedlemmet som oppholder seg utenfor Norge, men personen med oppholdstillatelse i Norge som har denne rettigheten, er den beskyttet av diskrimineringsvernet.⁴⁴³ Men denne rettigheten gjelder først og fremst *familiiegjenforening*, ikke *familieetablering*. Flyktninger og humanitære migranter som ikke hadde barn eller var i et fast samlivsforhold da de fikk opphold i Norge må ha vært i heltidsarbeid eller under utdanning i minst fire år for å få innvilget retten til å hente familien sin hit.⁴⁴⁴ I begge tilfeller gjelder også et inntektskrav.⁴⁴⁵ Reglene for familieinnvandring har altså flere dimensjoner som må gjøres til gjenstand for etisk drøfting.

Retten til familiiegjenforening har sin etiske begrunnelse i den menneskelige betydningen av bestemte familierelasjoner.⁴⁴⁶ Utfordringen blir da videre å vise hvordan slike relasjoner skiller seg fra andre relasjoner som mennesker verdsetter høyt.⁴⁴⁷ Hvor går grensen mellom internasjonale personlige relasjoner som tilbyr en etisk grunn til å gi mennesker *retten* til å realisere dem, og relasjoner som ikke gjør det? Inkluderes besteforeldre, onkler, tanter, barnebarn, kusiner, fettere, nevøer og nieser? Familiestrukturer er ofte mer omfattende i mange ikke-vestlige land enn den tradisjonelle norske kjernefamilien.⁴⁴⁸ Eller hva med kjærester eller gode venner, som, for å si det litt flåsete, kanskje er menneskelig sett viktigere for deg enn en sur og bitter bestemor, eller en «gal» onkel? En krystallklar linje kan her ikke trekkes med basis i rettferdighetsprinsipper, men må involvere vurderinger av hvert enkelt tilfelle basert på moralsk skjønn. Normalt sett vil dette bety at familierelasjoner anses som en avgjørende

441 Jf. også VM, art. 16, samt *FNs konvensjon for beskyttelse av rettighetene til alle migrasjonsarbeidere og deres familier* som Norge ikke har ratifisert.

442 *Utlendingsloven* § 40-45. Disse rettighetene er ikke absolutte. Jf. Furuset, «Familieinnvandring», 116ff.

443 *Grunnloven* § 98. Jf. de Vries, «Private and Family Life», 715. Jeg mener det finnes gode moralske grunner til at rettigheten også bør omfatte irregulære innvandrere som inngår partnerskap/ekteskap med mennesker med oppholdstillatelse/statsborgerskap i Norge.

444 *Utlendingsloven* § 40a og *Utlendingsforskriften* 9-1. I 2015 ble det fremmet forslag om å utvide kravet til også å gjelde eksisterende familiemedlemmer, men forslaget ble nedstemt. Eggebo og Balke Staver, «Mer midlertidighet», fotnote 2.

445 Se nedenfor.

446 Jf. Lister, «Rights of Families», 156ff.

447 Ferracioli, «Family Migration».

448 Jf. Shacknove og Byrne, «The Safe Country Notion», 206.

etisk grunn til at en søknad om familieinnvandring bør anses som juridisk legitim, mens venns­kapsrelasjoner ikke gjør det. Selv om lovverket må utformes ut ifra hva som er normaltifellet, betyr ikke det at det ikke bør finnes prosedurale muligheter for å fange opp unntakene.⁴⁴⁹ Ordlyden i utlendingsloven § 49 kan på overflaten se ut til å gi slike muligheter. Men som utlendingsforskriften § 9-7 viser, er de i realiteten svært begrenset.⁴⁵⁰ Det moralsk sett avgjørende i en slik vurdering er hvor viktig den aktuelle relasjonen er for at grunnleggende menneskelige behov blir ivaretatt. Mens det for selvstendige voksne individer er personen som bor i Norge som kan gjøre krav på denne moralske retten, kan personer som står i en særlig materiell og emosjonell avhengighetsrelasjon til den som er bosatt i Norge forankre retten i sine egne grunnleggende behov.⁴⁵¹ Denne kategorien bør kunne omfatte både barn, unge voksne og syke og/eller sårbare eldre som har sin primære omsorgsperson boende i Norge, og omsorgen ikke kan utøves på annet vis enn at de får opphold i Norge. Når utlendingsloven § 46 åpner for at enslige eldre uten relevante familierelasjoner i hjemlandet

449 Jf. vurderingene i NOU: 2004: 20, 223ff., og videre Lister, «Rights of Families», 159f. Foreldre som vil kunne bistå en aleneforsørger i Norge, slik at sistnevnte eksempelvis kan jobbe høyere stillingsprosenter eller få ta seg en utdanning, kan det være hensiktsmessig å gi opphold med utgangspunkt i en unntaksbestemmelse.

450 Det er særlig kontrolltekniske grunner til dette.

451 Yong, «Caring Relationships», 71ff. Noen har ment at et slikt resonnement kan nøre opp under bruken av såkalte «ankerbarn», dvs. barn som sendes alene til Norge for så å utnytte retten til familie­gjenforening for å hente foreldrene sine til Norge (*Prop. L 90 (2015–2016)*, 67. Jf. Engebrigtsen, «Forlatte barn, 44ff. og Ot. prp. 75 (2006–2007), 215). Dette er en av hovedgrunnene til at barn som har fått opphold på humanitært grunnlag i dag ikke har rett til å hente sine foreldre til Norge (Furuseth, «Familieinnvandring», 137). Det er imidlertid ikke empirisk dekning for å si at denne praksisen er utbredt (*ibid.*, Engebrigtsen, «Ankerbarn», 45, Vatne Pettersen, «Enslige mindreårige asylsøkere», *UDI, Utlendingsdirektoratets kommentarer*, 9. feb. 2016, 25, og Puntervold Bø og Fuglestad Bø, *Rettighetstap*, 49). Enslige mindreårige asylsøkere fortsetter å komme selv om familie­gjenforening er bortimot umulig å oppnå. Etisk sett er det problematisk å hindre barn med beskyttelsesbehov fra muligheten til å søke asyl fordi en svært liten prosentandel sendes som ankerbarn (Amnesty International, *Høringsvar*, 9. feb. 2016, 9). Det må også legges til at en begrensning av retten til familie­gjenforening motiverert av signaleffekt vil få negative konsekvenser for barn som allerede er her, og som uansett vil komme i fremtiden (Bufdir, *Høringsvar*, 9. feb. 2016, 5). I *Innst. 391 L (2015–2016)* presiserer departementet at det var «økonomiske ankerfester» man ønsket å frata insentiver til å søke asyl (36). Antallet mindreårige asylsøkere har imidlertid ikke sunket siden begrenset opphold for asylsøkere mellom 16 og 18 år ble innført i 2009, noe som tyder på at økonomiske motiver som oftest ikke er avgjørende for beslutningen om å migrere (UDI, *Utlendingsdirektoratets kommentarer*, 9. feb. 2016, 26, og empirien presentert i Vergeforeningen følgesvennen, *Høring*, 9. feb. 2016, 7, 15ff.). De aller fleste av dem får også innvilget beskyttelse (for statistikk, se *udi.no*, «Statistikk om innvandring»). Jf. også kritikken av det empiriske grunnlaget for dette argumentet i NOAS, *Høring*, 9. feb. 2016, 23ff, og UNICEF, *Høring*, 9 feb. 2016, 4f. Det er generelt nokså paradoksalt at det er en omsorgsetorikk som ligger til grunn for å ville innføre restriksjoner overfor denne gruppen (*Prop. L 90 (2015–2016)*, 66, 68, 72, 74, og *Innst. 391 L (2015–2016)*, 45), all den tid den innebærer å sende barna tilbake til foreldre som åpenbart er villige til å sette dem i situasjoner som innebærer livsfare (Engebrigtsen, «Ankerbarn», 46f.). Enten er disse barna offer for omsorgssvikt i utgangspunktet, eller så er situasjonen for familien så desperat at emigrasjon vurderes som til barnets beste. Det er derfor tvilsomt om det er verre for disse barna å dra på flukt, enn å bli værende i hjemlandet (jf. kommentaren til representantene fra Venstre og SV i *Innst. 391 L (2015–2016)*, 48).

kan få innvilget opphold, er det nettopp slike vurderinger som ligger til grunn.⁴⁵² I den grad omsorgsbehovene er å anse som sterke menneskelige behov vil det også være naturlig at det kan gis opphold på humanitært grunnlag i tilfeller som ikke er dekket av denne paragrafen.⁴⁵³

Dette resonnementet i sin helhet innebærer også at det å innvilge innvandrere rett til familiejenforening, men ikke familieetablering, i mange tilfeller vil være moralsk tvilsomt. Er tidspunktet en relasjon ble inngått på virkelig en relevant grunn til forskjellsbehandling mellom disse sakstypene?⁴⁵⁴ Det som i alle fall er sikkert, er at tidspunktet alene ikke kan si oss det vi trenger for å vurdere den menneskelige betydningen av den aktuelle relasjonen i hvert enkelt tilfelle. Det er først og fremst mulighetene for misbruk (proforma-ekteskap og serieekteskap) som i norsk rett har blitt ført som grunn for at søknader om familieetablering bør vurderes med utgangspunkt i det juridiske «kan-skjønnnet».⁴⁵⁵ Dersom en rettighet med unntaksbestemmelse vil kunne ta høyde for slike muligheter, mener jeg at resonnementet ovenfor taler for innføringen av dette.⁴⁵⁶

I 2017 ble det innført et krav om at begge parter må være fylt 24 år dersom man ønsker å etablere en familierelasjon til et menneske som bor utenfor Norge.⁴⁵⁷ Intensjonen bak lovendringen var å unngå tvangsekteskap.⁴⁵⁸ Unntak kan innvilges dersom det er «åpenbart» at relasjonen er fritt inngått av begge de involverte parter. Men utgangspunktet er at dette ikke er tilfellet, og bevisbyrden ligger hos den som ønsker fritak fra regelen, særlig dersom partene kommer fra kulturer med tradisjon for tvangsekteskap.⁴⁵⁹ Ifølge forarbeidene skal det svært mye til for at en søknad skal lykkes med å gjøre bruk av unntaksbestemmelsen.⁴⁶⁰ Kommer begge parter fra et land der tvangsekteskap er utbredt, vil dette være tilnærmet umulig.

452 Furuset, «Familieinnvandring», 139f. Dublin-forordningen legger opp til at asylsøkere og familiemedlemmer man er avhengig av hjelp fra skal få innvilget opphold i samme land (art. 16), forutsatt at begge har lovlig opphold i EU (jf. Vevstad og Schultz, «Dublin-samarbeidet», 416). Jeg innser at vurderingen av hvilke relasjoner som er «relevante» kan være kontrollteknisk krevende. Jf. *Ot. prp. 75 (2006–2007)*, 222, 226.

453 Jf. departementets vurdering i *Ot. prp. 75 (2006–2007)*, 102.

454 Jf. rettens vurdering i *Hode og Abdi mot Storbritannia*, avsnitt 50.

455 Jf. NOU: 2004: 20, 231ff., og *Ot. prp. 75 (2006–2007)*, 184.

456 Inntekts- og aktivitetskravet er vanligvis enklere å tilfredsstille for personer som søker familieetablering fordi de ofte har en lengre botid bak seg. UDI, *Utlendingsdirektoratets kommentarer*, 9. feb. 2016, 43.

457 *Utlendingsloven* § 41a.

458 Furuset, «Familieinnvandring», 120ff. Jf. *Prop. 90 L (2015–2016)*, 98ff, 109ff.

459 Til dette og følgende, se Puntervold Bø og Fuglestad Bø, *Rettighetstap*, 50f., 125.

460 Furuset, «Familieinnvandring», 20 (fotnote 188).

Det er flere problemer som her gjør seg gjeldende. For det første er det usikkert om bestemmelsen er tilstrekkelig egnet til å oppnå formålet.⁴⁶¹ Den forutsetter at evnen til å motstå press øker med alder, og at personer som utsetter unge voksne for tvang ikke kan, eller vil, vente til aldersgrensen er nådd med å gifte dem bort. Begge premissene er tvilsomme.⁴⁶² Tall fra UDI viser at tvangsekteskap forekommer vel så ofte blant personer over 24 år.⁴⁶³ Av de 51 sakene om tvangsekteskap UDI behandlet i 2014, involverte 40 av disse referansepersoner over 24 år. Når det empiriske grunnlaget er såpass usikkert, er det grunn til å spørre seg om en så inngripende forskjellsbehandling er berettiget. For det andre stiller den høyere krav til bevisbyrden enn det som er normalt i sivile saker.⁴⁶⁴ En annen grunnleggende utfordring ved et generelt alderskrav med svært strenge krav for å få innvilget unntak, er at tilgangen til individuell vurdering risikerer å bli borte. Målet om å unngå tvangsekteskap er legitimt i seg selv,⁴⁶⁵ men dersom det hindrer tilgangen til individuell vurdering svekkes rettssikkerheten, og mange søkere vil kunne bli gjenstand for statistisk diskriminering.⁴⁶⁶ Bak innvendningene ligger en anklage om diskriminering på grunn av etnisk tilhørighet og kulturelle røtter som vil føre til at mennesker tilhørende visse grupper i samfunnet ikke innvilges samme frihet som andre mellom 18 og 24 år til å etablere samliv. Konsekvensen kan da bli en opplevelse av stigmatisering, og medfølgende tap av tillit til statlige institusjoner.⁴⁶⁷ At alderskravet får såpass drastiske konsekvenser for en del unge voksne innvandrere, og med

461 Til dette og følgende se Zarabi, «Unntaket fra 24-årskravet». Jf. *Prop. 90 L (2015–2016)*, 105f.

462 Jf. Juridisk rådgivning for kvinner sitt høringsinnspill gjengitt i *Ot. prp. 75 (2006–2007)*, 200.

463 Zarabi, «Unntaket fra 24-årskravet», 151.

464 At beviskravene burde vært lavere kan også begrunnes med at den ufrie part vil ha rett til skilsmisse i Norge (i motsetning til hva som ofte vil være tilfellet i hans hjemland), uten at man dermed mister oppholdstillatelsen (*Ekteskapsloven* §§ 16 og 23. Jf. *Utlendingsloven* § 53b). Jeg forutsetter her at tvangsekteskap vil defineres som mishandling. Det kan da også utgjøre et tilfelle av umenneskelig behandling hvor offeret har krav på vern etter § 28b av *Utlendingsloven*. For øvrig har Advokatforeningen ment at alderskravet bryter den med den såkalte «uskyldspresumpsjonen» som er et grunnleggende rettsprinsipp (Advokatforeningen, *Høring*, 8. okt. 2014, 2). Departementet var uenig fordi de mente kravet var regulerende, og ikke en straffereaksjon (*Prop. 90 L (2015–2016)*, 113).

465 Jf. ICCPR art. 23.4 og ICESCR, art. 10.1. Slik også er tilfellet med lovbestemmelser knyttet til familieinnvandring som har som hensikt å verne barn og ektefeller fra mishandling og hindre bi- og polygami. *Utlendingsloven* § 40.

466 Dersom en person bosatt i Norge gifter seg i utlandet er personen lovpålagt til å la seg intervjuet av norske utlendingsmyndigheter slik at disse kan vurdere om personen har blitt tvangsgiftet (*Utlendingsloven* § 56, jf. Furuset, «Familieinnvandring», 131f.). Et slikt tiltak sikrer en individuell vurdering, og vil derfor både være mer treffsikkert og rettsikkert. Man kunne likeledes etablert en intervjuprosedyre også for mennesker i Norge som gifter seg med en utlending, slik det skjer i saker der man mistenker proformaekteskap (ibid., 120). Dette betyr ikke at intervjuet alene er nok til å hindre tvangsekteskap fra å forekomme (ibid., 134, og Bredal, «Forced Marriages», 101ff). Ettersom bestemmelsen ikke gjelder faglærte arbeidsinnvandrere er den heller ikke egnet til å fange opp tvang i slike tilfeller. Et slikt unntak kan forsterke inntrykket av at den er diskriminerende. Jf. *Ot. prp. 75 (2006–2007)*, 201.

467 Jf. IMDis høringsvar gjengitt i *Prop. 90 L (2015–2016)*, 107.

stor sannsynlighet vil ramme for bredt, betyr at andre, mer treffsikre tiltak mot tvangsekteskap heller bør prioriteres.⁴⁶⁸ Det avgjørende vil være om alle andre tiltak har vist seg ikke å ha tilstrekkelig effekt, og hvordan unntaksbestemmelsen praktiseres.

I Norge kan en søknad om familieinnvandring også avslås dersom familielivet kan utøves på trygt vis i et tredjeland som familien, samlet sett, har sterkere tilknytning til.⁴⁶⁹ Kravet gjelder ikke arbeidsinnvandrere fra Schengen-området. Heller enn å forskjellsbehandle til fordel for den svakere part, slik rettspraksis tidligere har vært, velger man altså her å gjøre det vanskeligere for de meste sårbare menneskene å realisere retten til familieliv.⁴⁷⁰ Dersom opphold i et tredjeland legger begrensninger på rettighetene flyktninger skal innvilges under flyktningkonvensjonen, eller skyver ansvaret for flyktningene over på et land som har tatt en større del av ansvaret for å gi flyktninger beskyttelse enn Norge har, er det vanskelig å se hvordan en slik forskjellsbehandling kan være etisk forsvarlig.⁴⁷¹ Det er imidlertid uklart om paragrafen i det hele tatt vil komme til anvendelse, all den tid flyktninger flest ikke har oppholdstillatelse i nærområdene og bor i flyktningleirer som ikke danner grunnlag for den form for tilknytning som her er relevant. Og de få som faktisk har tilgang til et trygt tredjeland de har sterkere tilknytning til, vil normalt sett ikke innvilges asyl i Norge.⁴⁷²

Hva da med inntektskrav? Burde vi ikke kunne kreve at mennesker som kommer til landet kan forsørge seg selv, eventuelt kan sannsynliggjøre at de innen relativt kort tid vil kunne gjøre det?⁴⁷³ Utlendingsloven § 17 bokstav f sier at innvandrere som «ikke kan sannsynliggjøre å ha eller være sikret tilstrekkelig midler til opphold i riket eller i annet Schengenland og til hjemreise skal bortvises». Den åpenbare begrunnelsen for bestemmelsen er at innvandrere som ikke kan forsørge seg selv vil bety en betydelig samfunnsøkonomisk belastning. Problemet løses ikke simpelthen ved

468 Lovutvalget bak den nye *Utlendingsloven* mente at et lavere (men absolutt) alderskrav satt til 21 år ville unngå noe av problemet knyttet til treffsikkerhet, men grunnen til dette er noe uklart (NOU 2004: 20, 247f.). Kravet er i samsvar med art. 4(2), femte ledd i Europarådet, «Council Directive 2003/86/EC» (EUs familiegjenforeningsdirektiv).

469 *Utlendingsloven* § 51. Jf. *Utlendingsforskriften* § 9-9. Jf. Furuset, «Familieinnvandring», 117, og Bjørnsund Hosar, «Arbeids- og studieinnvandring», 73.

470 Praksis er i så måte i konflikt med vurderingen gjort i *Tanda-Muzinga mot Frankrike*, avsnitt 75.

471 Puntervold Bø og Fuglestad Bø, *Rettighetstap*, 45.

472 *Ibid.*, 47. Men det kan nok finnes tilfeller der en person som har fått opphold som flyktning i Norge, har familie som har oppholdt seg i nærområdene like lenge som førstnevnte har i Norge. Både UDI og NOAS har stilt spørsmål ved hvordan samlet tilknytning skal vurderes i slike tilfeller, hvor det ofte vil være urimelig å ikke innvilge familiegjenforening i Norge. UDI, *Utlendingsdirektoratets kommentarer*, 9. feb. 2016, 47 og NOAS, *Høring*, 9. feb. 2016, 37f.

473 Jf. *Utlendingsloven* §§ 58, 111–112, og videre *Utlendingsforskriften* § 10-7 til 10-12.

at potensielle innvandrere eksplisitt slutter seg til den (høyreorienterte) sosialdemokratiske «arbeidslinja».⁴⁷⁴ Ofte er det et stort gap mellom den kompetansen mange innvandrere bærer med seg, og kravene i det norske arbeidslivet. Kompetansekravet i arbeidslivet i Norge er stadig økende, og antallet jobber med lave kvalifikasjonskrav synkende. Selv om en strikt operasjonalisering av dette kriteriet ikke er et uttrykk for en særlig raus holdning, anser jeg det som etisk forsvarlig å anvende det *dersom* det er nødvendig for å opprettholde en liberal innvandringspolitikk over tid, og å sikre at statens evne til å realisere sivil rettferdighet ikke betydelig svekkes. Norge er ikke tjent med å utvikle en etnisk betinget sosioøkonomisk underklasse av førstegenerasjons innvandrere fra land med dårlige, eller ikke-eksisterende, utdanningsinstitusjoner.⁴⁷⁵ Selv den mest innvandringsliberale vil være skeptisk til en slik utvikling, som over tid vil kunne føre til forvitring av både demokratiske institusjoner og velferdsstaten, begge strukturelle mulighetsbetingelser for realiseringen av sivil rettferdighet.⁴⁷⁶ Etisk sett er det relativt uproblematisk å anvende kriteriet på arbeidsmigrasjon.⁴⁷⁷ I Norge eksisterer det imidlertid ikke noe krav om at arbeidsmigranter fra EU skal forsørge seg selv av den inntekten de får i Norge dersom de ønsker å oppholde seg her i mer enn tre måneder.⁴⁷⁸ Hva gjelder reglene for innvandrere fra land utenfor EU, stiller saken seg annerledes.

Utlendingsloven § 62 første ledd bokstav f slår fast at en innvandrertilhørende denne gruppen må ha vært selvforsørget siste 12 måneder for å kunne få innvilget permanent opphold.⁴⁷⁹ I skrivende stund (september 2022) er inntektskravet på 278 693 inneværende år, og søkeren må ikke ha

474 Arbeidslinja ble lansert av Brundtland-regjeringen i 1992, men har i dag bred politisk støtte. Halvorsen og Stjernø, *Ulikhet*, 119, 128.

475 En bekymring først formulert av Ap-politikeren Tønnes Andenæs i 1971 (Gripsrud, *Norsk hamskifte?*, 191), og videreutviklet av Wikan i *Mot en ny norsk underklasse*, 7ff. Hos Wikan var ikke denne rent etnoreligiøst definerte underklassen enda en faktisk størrelse. Den var til dels et symbol brukt innvandringskritisk. Jf. Brox, *Arbeidskraftimport*, 14, 117ff.

476 Noe som bl.a. kommer til uttrykk i motviljen også innvandringsliberale har for å la sine barn gå på skoler i områder hvor en slik underklasse er i ferd med å utvikle seg. Allan Buchanan hevder med bestemthet at det juridiske korpuset av internasjonale menneskerettigheter gir individer krav på å leve i en velferdsstat (Buchanan, *The Heart of Human Rights*, 32, 41). Jf. for øvrig Stilz, *Territorial Sovereignty*, 197.

477 Carens, *Ethics of Immigration*, 178, 183.

478 *Utlendingsloven* §§ 112 og 115. Unntaket er dersom man er student eller kommer med egne midler som ikke er arbeidsinntekt fra Norge. Jf. *Utlendingsloven* § 112c, og videre Bjørnsund Hosar, «Arbeids- og studieinnvandring», 107f.

479 Furueth, «Permanent oppholdstillatelse», 163. For unntak, se *Utlendingsforskriften* § 11-12. Ifølge *Utlendingsloven* § 58 må innvandreren også være selvforsørget for å få innvilget midlertidig oppholdstillatelse. Kravet gjelder ikke flyktninger. Jf. *Utlendingsforskriften* § 10-8 til 10-10.

vært avhengig av sosialhjelp siste 12 måneder.⁴⁸⁰ Intensjonen bak innføringen av kravene var å gi insentiver til arbeidsmarkedsdeltakelse. Problemet er at inntektskravet hindrer sårbare innvandrergupper med midlertidig opphold i Norge fra å oppnå like rettigheter som andre innbyggere. Når tallene viser at mange flyktninger ikke når en tilstrekkelig medianinntekt etter 10 år i Norge, hensettes mange mennesker i denne gruppen i en tilstand av permanent midlertidighet, noe som i seg selv vil være et hinder for å få fast jobb.⁴⁸¹ Det er særlig kvinner fra land utenfor Schengen-området som rammes av denne innstramningen. De har ofte ikke hatt samme utdanningsmuligheter som menn i landene de kommer fra, møter større strukturelle hindre for å få seg (fulltids) jobb, har som regel større omsorgsansvar, oftere helseproblemer,⁴⁸² nektes oftere å ta jobb av ektefelle, og bringer med seg en kulturell verdi der hjemmearbeid er knyttet til deres kvinnelighet. Å underlegge dem det som nærmest fremstår som en plikt til å ta lønnet arbeid fremstår som like urimelig som det ville ha vært om vi hadde krevd det av alle norske kvinner i likestillingens navn.⁴⁸³ Blant innvandrerkvinner som lykkes i å få jobb, er et ikke ubetydelig antall utsatt for sosial dumping. Selv med heltidsarbeid vil de ikke kunne tilfredsstillere kravet.⁴⁸⁴ Andre arbeider fulltid på deltidskontrakter, men klarer ikke å dokumentere dette på grunn av manglende vilje til å fremskaffe dette hos en del arbeidsgivere i lavlønnssyrker.⁴⁸⁵ Manglende evne til å oppfylle inntektskravet vil kunne føre til at kvinner i denne gruppen avstår fra å bryte ut av både tvilsomme arbeidsforhold og voldelige nære relasjoner i frykt for å miste muligheten for permanent opphold.⁴⁸⁶ Et tilsynelatende «nøytralt» og ikke-diskriminerende kriterium som begrunner avslag på søknad om permanent opphold med henvisning til manglende forsørgelsesevne vil altså kunne få svært

480 Udi.no, «Krav til å forsørge deg selv». Unntak gjelder dersom man har vært i fulltids jobb til lovlig minstelønn, men likevel ikke tilfredsstillere inntektskravet.

481 Eggebo og Balke Staver, «Mer midlertidighet», 130, 132. En av grunnene til dette er at inntektskravet tvinger dem til å prioritere deltidsarbeid ved siden introduksjonsprogrammet, heller enn å legge opp et kompetanseløp som på sikt vil gi dem høyere lønn. Lillevik og Tyldum, «En mulighet for kvalifisering».

482 Man er unntatt kravet dersom man er arbeidsufør. *Utlendingsforskriften* § 11-12, første ledd bokstav a.

483 Jf. Juridisk rådgivning for kvinner (JURK), *Høring*, 9. mai, 2017, 3, og Likestillings- og diskrimineringsombudet, *Høringsvar endringer i utlendingsloven (innstramninger II)*, 9. feb. 2016, 3ff.

484 Jussformidlingen, *Høringsvar*, 9. mai 2017, 1.

485 SEIF, *Høringsvar*, 9. feb. 2016, 3.

486 *Innst. 391 L (2015–2016)*, 72 (kommentar fra SVs representant), Eggebo og Balke Staver, «Mer midlertidighet», 130, «Follow the Money», 140f., og Puntervold Bø og Fuglestad Bø, *Rettighetstap*, 105ff. Retten til å skille seg uten å miste oppholdstillatelsen er ett år for EØS-borgere som har vært partnere i tre år eller lengre, mens det er 5 år for flyktninger. Unntaket er tilfeller hvor den ene part er utsatt for mishandling av nær familie (*Utlendingsloven* § 53b. Jf. Furuset, «Familieinnvandring», 145). Dagens håndhevelse av § 53 har blitt kritisert for ikke å tilstrekkelig beskytte utsatte kvinner. Se f.eks. SEIF, *Høringsvar*, 9. feb. 2016, 6, samt referansen til Mira-senteret sin høringsuttalelse i *Innst. 391 L (2015–2016)*, 92.

diskriminerende utfall for ressursvake kvinner fra bestemte geografiske områder.⁴⁸⁷ Med dette som bakgrunn er det derfor på sin plass å minne om at FNs kvinnediskrimineringskonvensjon (CEDAW) er tatt inn i norsk rett og gitt forrang ved motstrid.⁴⁸⁸ I 2014 pekte CEDAWs komité nettopp på faren for indirekte kvinnediskriminering ved bruk av inntektskrav som innvandringspolitisk virkemiddel:

Naturalization requirements may also indirectly discriminate against women because they may require the fulfilment of conditions or criteria that may be more difficult to meet for women than for men [...] [R]equirements such as economic self-sufficiency [...] may [...] be more difficult for women to meet as individuals.⁴⁸⁹

Det er viktig å huske på at kvinnene inntektskravene i dag rammer hardest befinner seg i en situasjon som i svært liten grad er et resultat av reelle valg. Skal den faktiske forskjellsbehandlingen inntektskravet innebærer kvalifisere som forholdsmessig, må den derfor kunne begrunnes av svært tungtveiende hensyn. Kravene ble, som sagt, innført for å gi insentiver til deltakelse på arbeidsmarkedet, et formål som i seg selv må kunne sies å ha betydelig vekt. Det er likevel mange grunner til å spørre seg om denne begrunnelsen er holdbar. En viktig forutsetning for arbeidsmarkedsdeltakelse er psykisk trivsel. Et liv i permanent midlertidighet vil utgjøre en svært stor psykisk belastning for de aller fleste innvandrerkvinner, noe som i mange tilfeller heller vil hemme integrering enn å fremme den.⁴⁹⁰

Men mangel på permanent oppholdstillatelse vil selvsagt ikke bare gå ut over kvinner. Mange innvandrer menn vil også slite med å tilfredsstille kravene, noe som vil kunne få negative psykiske ringvirkninger også for dem, samt for eventuelt involverte barn.⁴⁹¹ Legg så til at flere familier vil nøle med å benytte seg av sosialhjelpen de behøver i frykt for å miste

487 Jf. forbudet mot institusjonalisert offentlig diskriminering i art. 2 (1) *FNs konvensjon mot rasediskriminering* (ICERD), og videre Watson, «Equal Justice», 984f., Ellermann og Goenaga, «Discrimination», Eggebo og Balke Staver, «Follow the Money», 144, Eggebo, «Dependency», 307, 311, samt Puntervold Bø og Fuglestad Bø, *Rettighetstap*, 99f.

488 *Menneskerettsloven* § 3.

489 Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *General recommendation no. 32*, avsnitt 55. Jf. 62 og 63(g), og videre Likestillings- og diskrimineringsombudet, *Høringssvar*, 9. feb. 2016, 3f.

490 Brekke, Birkvad og Bivand Erdal, «Losing the Right to Stay», 80ff., og Puntervold Bø og Fuglestad Bø, *Rettighetstap*, 27f., 43. Jf. Eggebo og Balke Staver, «Mer midlertidighet», 129, Høgskolen i Oslo og Akershus (v/ professor i psykisk helsearbeid Sverre Varvin), *Høringsuttalelse*, des. 2015, IMDi, *høringssvar*, 6f., NAKMI, *Høringssvar*, 9. feb. 2016, samt kommentarene til KrF, Venstre og SV i *Innst. 391 L*, 2016, 97.

491 Se f.eks. erfaringene med dette som kom til uttrykk i Bergen kommunes *Høringsuttalelse*, 19. jan. 2016, 5, og Bufdir, *Høringssvar*, 9. feb. 2016, 5. Jf. Paulsen, Michelsen og Brochmann, *Barnevernets arbeid*, 52ff. Her er det verdt å minne om *Grunnloven* § 104 og CRC art. 3 (som ifølge *Menneskerettsloven* har forrang ved motstrid), som fastslår at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i norsk lov.

muligheten til å oppnå permanent opphold.⁴⁹² Til de allerede eksisterende økonomiske bekymringene legges nå en mer eksistensiell utrygghet – en utrygghet som har blitt forsterket de senere årene, hvor muligheten for mennesker med midlertidig opphold å få oppholdstillatelsen tilbakekalt er blitt mer reell.⁴⁹³ Hvordan slike påkjenninger skal fremme integrering, er ikke så lett å se.

Alt i alt anser jeg det som moralsk problematisk å anvende inntektskrav som virkemiddel til å svekke muligheten mennesker som har sin primære sosiale tilhørighet i Norge, og/eller har rett til beskyttelse eller opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn, har til å søke om permanent opphold (og deretter statsborgerskap).⁴⁹⁴ Hovedgrunnen til at tid er hovedkriteriet for når et menneske mottar rett til å søke permanent opphold (og statsborgerskap) i de aller fleste land, er at det er et kriterium som ikke diskriminerer.⁴⁹⁵ Heller enn å sikre integrering og dermed motvirke innvandringsskepsis, vil en slik praksis svekke integrering og nøre opp under innvandringsskepsis. Når i tillegg statens evne til å sikre sivil rettferdighet ikke på langt nær er truet, mener jeg innføringen av disse kravene er etisk svært betenkelig. Med tanke på de psykiske belastningene det vil påføre mange innvandrere, vil kravene, heller enn å styrke vår evne til å realisere sivil rettferdighet, over tid svekke den. Innvilgelse av permanent opphold gir en eksistensiell trygghet som gjør det mulig å planlegge fremtiden, og åpner også for å delta i samfunnet gjennom å stemme ved lokalvalg.

Som nevnt ovenfor stiller man i Norge også økonomiske krav til dem som søker familiegjenforening med personer fra land utenfor EU.⁴⁹⁶ Kravene er de strengeste i Europa.⁴⁹⁷ Inntektskravet gjelder i utgangspunktet ikke flyktninger.⁴⁹⁸ For flyktninger holder det å fremme søknaden sin elektronisk innen 6 måneder etter at oppholdstillatelse er innvilget, samt betale et søknadsgebyr på 10 500 kroner. For de fleste flyktninger er imidlertid dette åpenbart en høy sum. Det er derfor nærliggende å anta at en del

492 Bufdir, *Høringsvar*, 9. feb., 2016, 9.

493 Justis- og beredskapsdepartementet, GI-15/2020.

494 Jf. for eksempel Jussbuss, *Høringsuttalelse*, 3f., og Advokatforeningen, *Høring*, 12. feb. 2016, 15f. Se videre også diskusjonen om kriterier for statsborgerskap nedenfor seksjon 4.4.

495 For mer argumentativ støtte til dette poenget, se nedenfor, seksjon 4.4.

496 For EØS-borgere som ikke kommer hit som arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende eller tjenesteytere gjelder et mer generelt krav om «tilstrekkelige midler» til å forsørge medfølgende familie dersom man oppholder seg i Norge i mer enn tre måneder. *Utlendingsloven* § 112c. Jf. *Utlendingsforskriften* § 19-13, og Bjørnsund Hosar, «Arbeids- og studieinnvandring», 110f.

497 Eggebo og Balke Staver, «Follow the Money», 132.

498 I det opprinnelige endringsutkastet var dette ikke tilfellet. *Prop. 90 L (2015–2016)*, 79. Jf. West Pedersen, «New Legislation», samt Eggebo og Balke Staver, «Follow the Money», 130f., 136.

i praksis ikke vil ha mulighet til å innhente dette beløpet innen tidsfristen, og blir da tvunget til å innfri det generelle inntektskravet.⁴⁹⁹

Det er flere grunner til at inntektskrav også i denne sammenhengen er problematisk. Kombinerer man kravet med den økte terskelen for å få permanent opphold i Norge, vil mange i lang tid (kanskje permanent) fratas muligheten til å hente familien sin til Norge.⁵⁰⁰ Inntektskravet blir på denne måten et svært uforholdsmessig inngrep i retten til familieliv. Kravet rammer også skjevt.⁵⁰¹ Det gjelder kun familieinnvandrere fra land utenfor EU, og rammer særlig innvandrerkvinner i denne gruppen.⁵⁰² Mange innvandrerkvinner som kommer til Norge har lav, eller ingen, utdanning fra hjemlandet, og får som en konsekvens av dette ofte i beste fall lavlønede deltidsstillinger som ikke lar dem innfri kravet, eller må gå lenger på introduksjonsprogram og vente i opptil 4 år før de kan begi seg ut i et jobbmarked der de møter mange hindre for å få en jobb med tilstrekkelig inntekt.⁵⁰³ For dem som i tillegg er aleneforsørgere virker det i det minste urimelig at ikke engang en 80 prosent stilling er tilstrekkelig.⁵⁰⁴ Med en ektefelle (eller forelder) i Norge vil den reelle muligheten for å arbeide i en 100 prosent stilling være langt større for innvandrerkvinner flest. Kravet vil derfor uforholdsmessig gå ut over innvandrerkvinner fra land utenfor Europa, og vil ofte føre til barnefattigdom og sosiale problemer.⁵⁰⁵ Igjen er det verdt å hente frem CEDAW, denne gangen artikkel 16(1), som pålegger konvensjonspartene å «treffe alle egnede tiltak for å avskaffe diskriminering av kvinner i alle saker vedrørende ekteskap og familieforhold», og minne om barnekonvensjonens artikkel 27(1), som slår fast «ethvert barns rett til en levestandard som er tilstrekkelig for barnets fysiske, psykiske, åndelige, moralske og sosiale utvikling». Også denne konvensjonen har forrang ved motstrid i norsk lov. Selv om hensynet til barnets beste skal være *ett* grunnleggende hensyn i norsk lovpraksis ifølge Grunnloven § 104, og dermed

499 Puntervold Bø og Fuglestad Bø, *Rettinghetstap*, 43f. På toppen av dette kommer også krav om dokumentasjon som det kan være vanskelig å fremskaffe, både på kort og lang sikt, i et samfunn med svake institusjoner, korrupsjon og generell uro. Eksakte tall på hvor mange flyktninger som klarer å søke om familiejenforening innen fristen på 6 måneder har ikke vært mulig å oppdrive hos UDI (informasjon gitt i personlig kommunikasjon (e-post), 28. nov., 2022), men se nedenfor fotnote 520.

500 Jf. særlig IMDi, *Høringssvar*, 9. feb. 2016, 15, og JURK, *Høring*, 9. feb. 2016.

501 Staver, «Restriktivt eller selektiv?», 192, og videre *Prop. 90 L (2015–2016)*, 85.

502 Familieinnvandrere som kommer fra land utenfor EU som er gift med EU-borgere har gunstigere regler. *Utlendingsloven* §§ 114 og 116. Jf. Bjørnsund Hosar, «Arbeids- og studieinnvandring», 111.

503 Puntervold Bø og Fuglestad Bø, *Rettinghetstap*, 53, *Bufdir*, *Høringssvar*, 9. feb. 2016, 10f.

504 Furuseth, «Familieinnvandring», 131.

505 Puntervold Bø og Fuglestad Bø, *Rettinghetstap*, 16, og *Bufdir*, *Høringssvar*, 9. feb. 2016, 7.

ikke alltid *det avgjørende hensyn*, tilsier paragrafen at det skal lite til før en forskjellsbehandling til ugunst for barn er uforholdsmessig.

Inntektskravet vil også ramme familiemedlemmene som lever i uvisse og vanskelige livsomstendigheter i sine hjemland, eller i en flyktningleir i nærområdene.⁵⁰⁶ Å etablere juridiske (og økonomiske) hindre for familie-gjenforening for asylsøkere vil realistisk sett bety at flere menn(esker) med beskyttelsesbehov vil ta med seg partnere og barn på flukt.⁵⁰⁷

Men mest grunnleggende handler dette om forskjellsbehandling på sviktende grunnlag. Retten til familieliv har, som nevnt, sin etiske begrunnelse i den menneskelige betydningen av familierelasjoner. Familierelasjoner betyr like mye for humanitære migranter og flyktninger som for arbeidsinnvandrere fra EU eller høyt utdannede innvandrere.⁵⁰⁸ Å forskjellsbehandle til særlig ulempe for de mest sårbare gruppene som selv ikke har valgt den livssituasjonen som har gitt dem den rettslige statusen de har, må anses som moralsk svært tvilsomt.⁵⁰⁹ Rent humanitært vurdert vil det også ofte være urimelig å forskjellsbehandle flyktninger og humanitære migranter.⁵¹⁰ I sin veiledning til bruk av EUs familiegjenforeningsdirektiv formulerte Europakommisjonen i 2014 et resonnement jeg slutter meg til:

The Commission considers that the humanitarian protection needs of persons benefiting from subsidiary protection do not differ from those of refugees, and encourages MSs to adopt rules that grant similar rights to refugees and beneficiaries of temporary or subsidiary protection.⁵¹¹

Hadde vi anvendt inntektskravet på (særlig sårbare) nordmenn som ikke er innvandrere ville det blitt oppfattet som dypt diskriminerende, noe som er grunnen til at retten til familieliv har fått grunnlovsmessig vern i norsk lov. Gitt dagens holdninger til innvandring, våre folkerettslige forpliktelser

506 Praksis i norsk rett har vært at det er «en presumpsjon om avledet forfølgelsesfare for flyktningers nære familiemedlemmer, og at disse også bør får oppholdstillatelse». Advokatforeningen, *Høring*, 12. feb. 2016, 10.

507 Amnesty International, *Høringssvar*, 9. feb. 2016, 7, 10. Forutsetningen her er at søknadsfristen og søknadsgebyret faktisk utgjør en hindring.

508 Arbeidsinnvandrere fra EU, og høyt utdannede innvandrere med kompetanse som er etterspurt i det norske arbeidsmarkedet, er unntatt i inntektskravene. Staver, «Hard Work for Love», 1460f., 1465.

509 Jf. begrunnelsen domstolen anførte til støtte for de saksøkende i *Hode og Abdi mot Storbritannia*, avsnitt 44-56 og *Tanda-Muzinga mot Frankrike*, avsnitt 75. Se videre Furuseth, «Familieinnvandring», 118.

510 Jf. NOU 2004: 20, 215, og diskusjonen av dette i seksjon 4.3. Dette innrømmes også i Justis- og beredskapsdepartementets *Høringsnotat*, des. 2015, 73, men da som argument for at også flyktninger burde omfattes av det økte inntektskravet.

511 Europakommisjonen, *Communication from the Commission on the Right to Family Reunification*, 24. Jf. UNHCR, *Høring*, 12. feb. 2016, 30.

og at vår evne til å realisere sivil rettferdighet ikke på langt nær er truet, vil jeg argumentere for at med innvilgelsen av opphold som flyktning eller humanitær migrant er det kun svært tungtveiende moralske grunner som kan frata dem samme rett til familieliv som andre innbyggere i Norge.⁵¹²

Innføringen av inntektskravene var i hovedsak motivert av at disse innvandrergruppene er en større belastning på velferdsstaten enn andre grupper.⁵¹³ Man har argumentert for at det finnes hjemmel for på denne måten å innskrenke retten til familieliv i den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 8(2) som slår fast at begrensninger i retten til familieliv vil være legitim dersom det er nødvendig for å sikre innbyggers økonomiske velferd og sivile rettigheter og friheter.⁵¹⁴ Problemet med dette argumentet er at det ikke er tilstrekkelig relevant så lenge vi per dags dato ikke tar imot så mange flyktninger og humanitære migranter som hadde vært rettferdig dersom alle land tok det ansvaret de har ut i fra deres forpliktelser på flyktningkonvensjonen og moralske forpliktelser for øvrig, ikke mulighetene vi har for å realisere sivil rettferdighet rent faktisk er truet, og fraværet av kravet ikke vekker varige politiske motreaksjoner til ugunst for dem.⁵¹⁵ Med de menneskelige omkostningene inntektskravene i dag har, er det mye som tyder på at de forverrer integrasjonsproblemene heller enn å løse dem. I sitt hørings svar til *Innstramminger II* formulerte Juridisk rådgivning for kvinner (JURK) en innsikt som for mange vil være innlysende:

Da familieliv er et gode som befolkningen ellers har tilgang til, kan en tvungen separasjon fra familien [...] bidra til å skape større avstand mellom flyktningen og samfunnet hen skal integreres inn i. Vi kan heller ikke se at å frarøve mennesker i en

512 Jf. Carens, *Ethics of Immigration*, 187, 204. Retten til familiegjeforening bør også gjelde personer med midlertidig opphold. Jf. art. 15(3) i Europarådets direktiv om midlertidig beskyttelse, «Council Directive, 2001/55/EC», og det påfølgende punktet som viser til vekten av hensynet til barnets beste.

513 *Prop. 90 L (2015–2016)*, 89f., 94f. Jf. Staver, «Hard Work», 1459, og Eggebø og Balke Staver, «Follow the Money», 136f., 142. Jeg skriver «i hovedsak» fordi dersom dette utelukkende hadde vært tilfellet ville man også ta familieinnvandrers inntekt med i beregningen, slik tilfellet var i Norge før 2010 (Ellermann og Goenaga, «Immigrant Selection», 101, og Eggebø, «Dependency», 296, 303). En annen uttalt grunn var å gjøre innvandrere (særlig andregenerasjons kvinner) bedre rustet til å motstå press til tvangsekteskap fra familien (ibid., 302.). Men ettersom de aller fleste referansepersoner er menn, og en stor majoritet av familieinnvandrerne kvinner, er det lettere paradoksalt at de nye inntektskravene forutsetter at familieinnvandreren er økonomisk avhengig av referansepersonen. Ibid., 311, 313f.

514 Jf. NOU 2004: 20, 209, 211. I forslag til innstramminger i inntektskravene argumenteres det ofte med at dette gir staten en «vid» skjønnsmargin til å regulere familiegjeforening (*Prop. 90 L (2015–2016)*, 81. Justis- og beredskapsdepartementet, *Høringsnotat*, 27. jan. 2021, 7). Som begrunnelse siteres ofte EMDs storkammerdom *Jeunesse mot Nederland*, avsnitt 106, hvor staten innvilges «a certain margin of appreciation» i slike saker. Det engelske uttrykket «certain» bør her ikke oversettes med «vid», men med «viss» (mots. *Prop. 90 L (2015–2016)*, 81f., 89).

515 For en videre utpakking av disse prinsippene, se neste seksjon.

sårbar situasjon muligheten til familieliv skal være motiverende. Det forutsetter i så fall at ensomhet og mangel på et nettverk, skal påvirke flyktninger annerledes enn befolkningen for øvrig.⁵¹⁶

Forskning viser (selvsagt) at det å gjenforenes med sin familie fremmer deltakelse i arbeidsmarkedet.⁵¹⁷ Men selv om jeg, mot formodning, tar feil om dette, vil forskjellsbehandling på økonomisk grunnlag uansett kun la seg moralsk forsvare dersom den er nødvendig for å sikre en vedvarende liberal innvandringspolitikk og sivil rettferdighet, og samme krav måtte i så fall stilles til alle innvandringsgrupper. I en slik situasjon ville våre menneskerettighetsforpliktelser undergrave institusjoner som muliggjør å innfri dem.⁵¹⁸ I normaltillfeller er den samfunnsøkonomiske belastningen av humanitær migrasjon og flyktning- og familieinnvandring relativt liten.⁵¹⁹ Hvor mange flyktninger som i realiteten rammes av inntektskravene, er uklart. UDI har ingen tall på dette.⁵²⁰ Hva gjelder mennesker som har fått opphold etter utlendingsloven § 38 siden 2012, er antallet 1 244.⁵²¹ At et så lavt antall er vurdert til å utgjøre en belastning på velferdsstaten tilstrekkelig til å begrunne såpass inngripende forskjellsbehandling som inntektskravene i realiteten er, synes jeg er underlig. De samfunnsøkonomiske gevinstene er i beste fall usikre, og med stor sannsynlighet heller magre. I del II av regjeringens innstrammingsforslag i forbindelse med krisen i Syria i 2015–2016 bekreftes dette: «Dersom tiltakene [inntektskravene] bare skulle gjelde de med subsidiær beskyttelse, ville de ha liten effekt i dagens situasjon.»⁵²²

516 JURK, *Høring*, 9. feb. 2016, 2. Jf. videre *Prop. 90 L (2015–2016)*, 85. Uttalelsen fra JURK støttes av forskning. Se f.eks. Strik, de Hart og Nissen, *Family Reunification*, 110f.

517 Huddlestone, Tjaden, og Callier, *Immigrant Citizens Survey*, 58. Jf. IMDI, *Høringssvar*, 9. feb. 2016, 14f. Hindrene for muligheten til familiegjenforening som ble lagt for de irakiske flyktningene som kom til Norge på 90-tallet er et tankevekkende historisk eksempel på dette. Jeg utelukker ikke at inntektskrav kan ha en motsatt (kortsiktig) gevinst (Raaum og Bratsberg, «Effekter») dersom kravet er oppnåelig for mange, men jeg vil anta at varig familiegjenforening for de fleste minst vil ha en tilsvarende (langvarig) positiv effekt.

518 Har jeg rett i at lovgiver på dette punktet ikke fører tilstrekkelig relevante grunner for en slik forskjellsbehandling, kan EMKs art. 14 tale for å fjerne inntektskravene. Ved motstrid har EMK forrang foran norsk lov (*Menneskerettighetsloven* § 3. Jf. Øyen, «Rettskilder», 33). Det samme gjelder CEDAW som også er av relevans her.

519 Se kapittel 5 nedenfor for øvrig belegg for påstanden om at et innvandringsnivå i et normalår har marginal betydning for velferdsstatens «bærekraft».

520 Informasjon gitt i personlig kommunikasjon (e-post), 28. nov., 2022. I *Høringsnotat*, 27. jan. 2021 skriver imidlertid Justis- og beredskapsdepartementet følgende: «I de aller fleste tilfellene får imidlertid familien søkt om familiegjenforening innen fristene. Det forekommer bare unntaksvis at dette ikke skjer» (13). Det er uklart hva som er kilden til denne informasjonen, men jeg vil anta at den er pålitelig.

521 Ibid.

522 *Prop. 90 L (2015–2016)*, 91. Det er noe uklart om det her snakkes om signaleffekt, eller om det snakkes om samfunnsøkonomiske konsekvenser. Konteksten kan tyde på at det er det siste som er tilfellet. Jf. Justis- og beredskapsdepartementet, *Høringsnotat*, 27. jan. 2021, 14.

I fraværet av en situasjon der statens evne til å sikre sivil rettferdighet ikke er truet, er det å utforme strenge regler å indirekte skyve ansvaret for flyktninger og humanitære migranter over på andre land både urettferdig, umoralsk og i en del tilfeller konvensjonsstridig. Det er også verdt å minne om at i tillegg til kvoteflyktningordningen, er familieinnvandring måten de fleste beskyttelsestrengende får lovlig tilgang til asylinstituttet i Norge på.⁵²³

Det underliggende premisset bak inntektskravene er at innvandrere mangler tilstrekkelig motivasjon til å komme seg ut i jobb, og derfor trenger økonomiske tilleggsinsentiver. Dette premisset er det grunn til å stille spørsmål ved. Ifølge OECD viser statistikk at mens en av fire arbeidsledige innvandrere i arbeidsaktiv alder ønsker å arbeide, så ønsker bare en av seks innfødte som ikke er i jobb. I Norge er det 10 prosent flere ufrivillig arbeidsledige innvandrere enn innfødte.⁵²⁴ Interesseorganisasjonen for driftsoperatører for statlige asylmottak skrev følgende i sin høringsuttalelse i forbindelse med innstrammingene foreslått i 2015/2016: «Vår [...] erfaring er at mennesker, inkludert asylsøkere, ønsker å lære, ønsker å bidra, ønsker å jobbe, kort sagt; ønsker å yte.»⁵²⁵ En kartlegging av erfaringene blant Nav-ansatte utført av Fafo i 2011 konkluderte stort sett med det samme.⁵²⁶ Utfordringen med å få innvandrere over i jobb må derfor løses på annet vis enn ved å økonomisere kravene som stilles for permanent opphold og familieinnvandring. Fafos undersøkelse tydet på at det først og fremst var mer presis kompetansekartlegging og tettere individuell oppfølging som kreves.⁵²⁷ For en mer detaljert utfoldelse av hvor mange vi er juridisk og moralsk forpliktet til å innvilge opphold, se neste seksjon, og for en langt mer omfattende drøfting av innvandringens innvirkning på de økonomiske betingelsene for sivil rettferdighet, og de migrasjonsetiske implikasjonene av dette, se kapittel 5.⁵²⁸

Før vi oppsummerer er det også verdt å reflektere kort over muligheten for å at en oppholdstillatelse går tapt.⁵²⁹ Det er da primært situasjonen til to grupper innvandrere som må gjøres til gjenstand for refleksjon – innvandrere

523 Dette har også et viktig kjønnsperspektiv, ettersom kvinner i større grad enn menn kommer som familieinnvandrere. For statistisk belegg, se udi.no, «Statistikk om innvandring», og ssb.no, «Innvandrere etter innvandringsgrunn».

524 OECD/EU, *Settling in 2018*, 13, 65, 78.

525 Driftsoperatørforum, *Høring*, 8. feb. 2016, 3. Se også KS, *Høringsuttalelse*, 4. feb. 2016, 3, og NHO Service, *Høringsuttalelse*, 9. feb. 2016, 3.

526 Djuve og Tronstad, «Innvandrere i praksis», 61.

527 *Ibid.*, 65.

528 Se også seksjon 6.3.

529 Til dette og følgende, se Carens, *Ethics of Immigration*, 102ff.

som har flyktningstatus eller opphold på humanitært grunnlag, men hvor oppholdstillatelsen gjelder midlertidig, og situasjonen i hjemlandet har forbedret seg så mye at det opprinnelige grunnlaget for opphold har falt bort. Flyktningrettseksperten James Hathaway har argumentert for at oppholdstillatelsen kan trekkes tilbake når tilstanden i hjemlandet igjen er trygg.⁵³⁰ I Norge har dette tradisjonelt ikke vært praksis. Det endret seg med innstrammingene som fulgte av «flyktningkrisen» i 2016, hvor Justis- og beredskapsdepartementet gav instruks om at midlertidig oppholdstillatelse skulle tilbakekalles dersom situasjonen i hjemlandet hadde forbedret seg tilstrekkelig.⁵³¹ Her er det særlig to momenter som har etisk relevans. For det første vil det i mange tilfeller være inhumant å sende dypt traumatiserte mennesker tilbake til et land der de har opplevd forfølgelse og/eller brutale krigshandlinger, selv om den «ytre» situasjonen som utløste beskyttelsesbehovet ikke lenger utgjør samme trussel.⁵³² Dersom en flyktning har «tvingende grunner» for ikke å sendes tilbake, skal dette ifølge flyktningkonvensjonen 1C (5) andre ledd tas hensyn til. I samsvar med dette kan en tidligere flyktning ifølge norsk lov påberope seg slike «tvingende grunner» ifølge utlendingsloven § 37 andre ledd.⁵³³ For det andre er det i mine øyne etisk sett avgjørende i slike tilfeller hvor lenge flyktningen eller den humanitære migranten har bodd i Norge, samt flyktningens alder. Voksne mennesker som gjennom et tiår har vokst «inn» i det norske samfunnet, kan ikke uten videre forventes å flytte tilbake til et land som har blitt mer og mer fremmed gjennom årene. I Norge var dette situasjonen for bosnierne som kom til Norge som flyktninger tidlig på nittitallet.⁵³⁴ Hathaway har rett i at flyktningstatus i utgangspunktet er en midlertidig status. Men denne bør gå over til å bli permanent på et bestemt tidspunkt. Å sette så strenge krav til permanent oppholdstillatelse som Norge gjør med inntektskrav og språk- og kunnskapstester for flyktninger og humanitære migranter vil, som nevnt, gjøre at mange lever i en tilstand av permanent midlertidighet som gjør tap av opphold til en vedvarende mulighet for mange mennesker med sin primære sosiale tilhørighet til

530 Hathaway og Neve, «International Refugee Law», 185.

531 Justis og beredskapsdepartementet, GI-01/2016. Jf. Justis- og beredskapsdepartementet, GI-15/2020, og videre Furuseth, «Fornyelse av oppholdstillatelse», 157. Gjelder ikke flyktninger med permanent oppholdstillatelse.

532 NOAS, *Høring*, 12. mai 2015, 4, og *Ot. prp. 75 (2006–2007)*, 106.

533 Jf. UNCHR, *Guidelines on international protection no. 3*, avsnitt 20.

534 Brekke, «Innvandring og flukt», 71, 114.

Norge.⁵³⁵ Belastningene dette påfører dem vil være svært integrasjonshemmende, og rammer ofte de mest sårbare.⁵³⁶ Etisk sett er det verdt å spørre om ikke fordelene er større enn ulempene med moderate krav. For voksne mennesker bør ti år anslagsvis være en øvre grense for hvor lenge man bør leve i Norge før man betingelsesløst får innvilget permanent opphold. Var det noe den langvarige midlertidigheten som ble påført «mufferne»⁵³⁷ fra Irak på 90-tallet lærte oss, så var det vel nettopp at en ventetid som nærmet seg ti år vanskelig lot seg forsvare.⁵³⁸ Dagens grense på 5 år anser jeg som adekvat, om enn noe streng dersom det er snakk om familier med barn født i Norge. Jeg ser imidlertid ingen *moralsk* legitim grunn til at EU-borgere skal ha et lavere botidskrav, slik tilfellet er i dag. Det er også grunn til å spørre seg hvor stor praktisk betydning innstramminger på dette området vil ha, all den tid de aller fleste flyktninger og humanitære migranter vil ha fått innvilget permanent opphold før situasjonen i hjemlandet er tilstrekkelig trygg til at retur er rimelig å kreve.⁵³⁹

Men hva da med kriminelle delborgere? Har vi ikke rett til å deportere dem til sitt opphavsland? Begår man kriminalitet av moderat til alvorlig karakter i løpet av det første året etter at man har kommet til Norge (i voksen alder), kan deportasjon forsvares. Har de kriminelle imidlertid mottatt (størstedelen av) sin sosiale dannelse i Norge, snakker norsk, bor, arbeider og betaler skatt i Norge, har familie, venner og naboer her og er aktive på ulike sosiale arenaer, er utvisning ikke etisk legitimt, og juridisk sett et uforholdsmessig inngrep.⁵⁴⁰ Selv om de skulle være statsborgere i et annet land enn Norge, er det her de *de facto* hører til. Det er derfor heller ikke holdbart å argumentere med at de har valgt bort sin tilhørighet til Norge. Man kan ikke velge bort en sosial realitet, og som de også i de fleste tilfeller

535 Det er i denne sammenheng verdt å understreke at kravene ikke gjelder EU-borgere og deres familie, samt andre faglærte arbeidsinnvandrere. Det er vanskelig å forstå hvorfor språkbeherskelse er viktigere for en afghaner enn for en Schengen-borger i sin alminnelighet (jf. NOU 2022: 18, 264, 274ff., og Puntervold Bø og Fuglestad Bø, *Rettighetstap*, 125). For en mer detaljert diskusjon av språk- og kunnskapskrav til permanent opphold og statsborgerskap, se nedenfor seksjon 4.4.

536 Brekke, Birkvad og Bivand Erdal, «Losing the Right to Stay», 80ff.

537 «Muffer» refererte da til personer med midlertidig opphold uten rett til familiegjenforening.

538 Brekke, «Kosovo – Norge, tur og retur».

539 Jf. *Ot. prp. 75 (2006–2007)*, 156. Ved et eventuelt opphør av flyktningstatus vil man kunne søke fortsatt opphold med henvisning til *Utlendingsloven* § 38 (jf. *Utlendingsforskriften* § 8-5) pga. sterke menneskelige hensyn, og/eller tilknytning til riket (*Ot. prp. 75 (2006–2007)*, 106). I denne forbindelse kan det også være verdt å minne om at det i kjølvannet av krigen i Syria i 2015–2016 ble bestemt å oppheve det såkalte «rimelighetsvilkåret» ved vurdering av muligheten for internflukt, og referere søkeren til å søke med henvisning til nevnte § 38 (*Prop. L 90 (2015–2016)*, 48, 51f.). Dersom denne endringen fører til en svekkelse av asylsøkeres rettsstilling er det grunn til å hevde at denne endringen var folkerettsstridig. Jf. UNE, *Høring*, 9. feb. 2016, 13f. For motsatt syn, se *Prop. L 90 (2015–2016)*, 50f.

540 Norsk lov åpner for å gjøre samme vurdering. Havre, «Utvisning», 359ff.

har en interesse av å bevare – en interesse de deler med sin familie som ikke har gjort noe galt. Å lempe våre problemer over på et samfunn som en kriminell bare har en formell tilknytning til (gjennom foreldrenes statsborgerskap), vil ikke være rimelig. Men sosial tilhørighet kommer i grader. Hvor lenge man må ha bodd i Norge for å ha rett til å unngå deportasjon, er ikke mulig å teoretisk fastsette. For barn mellom 6 og 18 år burde noen få år være nok, mens dette kravet svekkes direkte proporsjonalt med tiden man har tilbrakt i et annet samfunn.

La oss oppsummere. Når vi skal vurdere den moralske og juridiske legitimiteten av søknader er det viktig at vi ikke utvisker forskjellene mellom ulike grupper innvandrere. Vi må ta høyde for at deres migrasjon i ulik grad skyldes strategiske vurderinger. Noen er tvunget, for andre er den en økonomisk investering fra mennesker tilhørende middelklassen i opphavslandene.⁵⁴¹ Det er derfor viktig å holde asylpolitikk og generell innvandringspolitikk adskilt. Gjør vi ikke dette, vil flyktningbeskyttelsen lide. Ser vi bort fra arbeidsmigranter med rett til å bevege seg (relativt) fritt innenfor Schengen-området, kan migranter enten begrunne sine søknader om opphold ved å henvise til sine rettigheter, eller til interesser de mener er etisk sett mer tungtveiende enn grunnene den norske stat har for å nekte dem opphold. Tilfredsstiller migranten kriteriene for å få status som flyktning, og andre mindre belastede land ikke er villig til å gi dem beskyttelse, er vi moralsk forpliktet til å gi dem opphold inntil det utløses reaksjoner i befolkningen som gjør at færre vil få beskyttelse over tid, eller innvandringen utgjør en trussel mot statens evne til å realisere sivil rettferdighet. Norge har, i likhet med en rekke andre Schengen-land, de senere år suksessivt gjort det vanskeligere for mennesker å få tilgang til å søke asyl, i strid med folkeretten. Selv om asylretten kun kan hevdes ubetinget overfor det kollektiv av stater som har ratifisert den, og ikke overfor den enkelte stat, er denne utviklingen dypt betenkelig.⁵⁴² Kun dersom evnen den norske stat har til å realisere sivil rettferdighet svekkes tilstrekkelig, eller utløser sterke innvandringspolitiske motreaksjoner som over tid vil svekke legitimiteten og funksjonsevnen til asylinstituttet, er vi moralsk berettiget til ikke å innvilge dem opphold her, også der andre ikke tar sitt moralske ansvar for å

541 Streeck, «Between Charity and Justice», 15ff. Det kan argumenteres for at få mennesker i streng forstand er tvunget, dersom tvunget forstås som synonymt med ufrivillig. Ettersom det alltid er mennesker under stort press som ikke flykter, er det alltid et valg involvert. Keely, «Demography and International Migration», 50.

542 Mer om dette, se seksjon 4.3.

innvilge dem asyl.⁵⁴³ Vi er ikke i nærheten av å ha nådd dette punktet i dag. Selv om mennesker som søker opphold på humanitært grunnlag ikke kan begrunne sin søknad i våre internasjonale forpliktelser, betyr ikke dette at deres søknad nødvendigvis står *moralsk sett* svakere enn flyktninger.⁵⁴⁴ Begge kategoriene søknader får sin legitimitet fra ulike menneskerettslige hensyn.

Jeg har også brukt en god del plass på å argumentere mot inntektskravene som stilles opp for at innvandrere kan få permanent opphold og rett til å hente nære familiemedlemmer til landet. Den fundamentale menneskelige betydningen av eksistensiell trygghet og familieliv gjør inntektskravene etisk problematiske, og fører i mange tilfeller til indirekte diskriminering av sårbare grupper, særlig kvinner fra bestemte geografiske områder. I de politiske prosessene som har ledet frem til innføringen av disse kravene har forskjellsbehandlingen som de nye kravene innebærer blitt vurdert som nødvendig og forholdsmessig fordi den gir insentiver til integrasjon og sikrer velferdsstatens bærekraft. Ved nærmere ettersyn har disse argumentene ikke vist seg å være særlig overbevisende. De samfunnsøkonomiske premissene som Justis- og beredskapsdepartementets argumentasjon hviler på vil jeg gå ytterligere etter i sømmene i kapittel 5. Jeg har videre sådd tvil rundt hvorvidt 24-årskravet ved familieetablering er hensiktsmessig og forholdsmessig.

For migranter som faller utenfor disse kategoriene kan staten legitimt hindre mennesker som utgjør en nasjonal sikkerhetstrussel i å innvandre til Norge, men må hele tiden vokte seg for misbruk av en slik rett. Mennesker som har ikke har plettfri vandel sett i lys av norsk lov bør, med visse forbehold, også kunne nektes opphold. Hva gjelder henvisning til særskilte kjennetegn ved migranten, vil bare kjennetegn som er relevant for rettigheten som hevdes, eller godet som tildeles, utgjøre en legitim grunn for å stenge folk ute. Kjønn, etnisk tilhørighet, religiøs overbevisning, legning og så videre vil ikke kvalifisere, mens utdanningsnivå kan gjøre det dersom det er nødvendig for å opprettholde en liberal innvandringspolitikk og hindrer staten i å realisere sine grunnleggende formål.

I en situasjon der staten kan utvise mer eller mindre raushet uten å komme i konflikt med sin grunnleggende selvpålagte forpliktelse på å fremme sivil rettferdighet innad og global rettferdighet utad, finnes det

⁵⁴³ Til spørsmålet om hvorvidt dette er folkerettslig berettiget, se seksjon 4.2.

⁵⁴⁴ Jf. diskusjonen i seksjon 4.3.

gode grunner til at man bør lene seg i raus retning. Å aldri gjøre mer enn det våre moralske forpliktelser krever, vil føre til en moralsk utarming av politikken.⁵⁴⁵

En søknad om opphold er ikke avgjort så snart norske utlendingsmyndigheter har vurdert søknader om opphold som velbegrunnet. Gjør antallet slike søknader det umulig for den norske stat å opprettholde en liberal innvandringspolitikk og realisere sivil rettferdighet, og internasjonal ombo-setting ikke er mulig, bør det settes et tak på antallet, og det må gjøres prioriteringer blant dem hvis søknader har blitt vurdert som velbegrunnede. Hvordan bør vi sette et slikt tak, og på hvilket grunnlag bør vi prioritere? Det er disse spørsmålene jeg vil drøfte i de to neste seksjonene.

4.2 Hvor mange innvandrere bør Norge ta imot?

Nestoren i norsk innvandringsforskning Grethe Brochmann skriver: «Det finnes ikke noe slikt [absolutt] rettferdighetsprinsipp som kan hjelpe oss med å bestemme hvor mange innvandrere som bør kunne slippe inn i landet.»⁵⁴⁶ Brochmann får støtte av professor i jus ved universitetet i Oxford, Richard Ekins: «[T]here is no ‘fair share’ of refugees which each state should accept.»⁵⁴⁷ Stemmer dette? Har vi ingen mulighet til å vurdere ulike innvandringspolitiske forslag til tallfesting ut i fra hva som er (absolutt)⁵⁴⁸ rettferdig?

Jeg vil i denne seksjonen forsøke å vise hvorfor Brochmann og Ekins kun delvis har rett i sine påstander (som Brochmann selv ikke utfolder argumentativt). Selv om det ikke er mulig å utlede et *eksakt* antall fra rettferdighetsprinsipper, kan de hjelpe oss å gi upresise relative vurderinger. Med upresise relative vurderinger mener jeg at to tall kan vurderes som bedre/verre, like gode eller i paritet. Dette gjelder også for innvandrergupper hvor fastsettelsen av antall skjer på grunnlag av moralske vurderinger som går ut over rettferdighetshensyn. Sier vi at det ikke er mulig å begrunne hvor taket på antallet innvilgede søknader om permanent opphold er ut ifra rettferdighetshensyn eller andre moralske normer/verdier, innrømmer vi også at kriteriene vi bruker for å vurdere hvem som legitimt

545 Blake, *Justice*, 188ff.

546 Brochmann og Kjeldstadli, *Innvandringen til Norge*, 319. Jf. NOU 2004: 20, 37.

547 Ekins, «Right to Exclude», 52.

548 Jeg tolker Brochmanns uttrykk «absolutt» som at det refererer til rettferdighetsidealer.

har krav på opphold i realiteten ikke er etiske kriterier, men kriterier formulert med utgangspunkt i ikke-etiske hensyn.⁵⁴⁹ Mot dette vil jeg hevde at etiske hensyn kan, og bør, spille en rolle når vi fastsetter et antall. Dersom vi kan vise at antallet asylsøkere vi gir opphold er bestemt i samsvar med koherente moralske prinsipper, er det også lettere for oss å godta ansvaret de pålegger oss.⁵⁵⁰

Før jeg tar fatt på drøftingen av Brochmanns og Ekins påstander, er det viktig å understreke at diskusjonen om antallet innvandrere Norge bør slippe inn ikke involverer arbeidsmigranter fra Schengen-området. Antallet migranter fra denne gruppen er i liten grad regulert.⁵⁵¹ Selv om det primært er handelspolitiske grunner til dette, vil jeg ikke utelukke at også rettferdighetshensyn kan tale for (eller mot) fri bevegelse av arbeidskraft. Her vil jeg imidlertid legge denne diskusjonen til side, og fokusere på grupper innvandrere hvor spørsmålet om antall tydeligst gjør seg gjeldende, nemlig flyktninger, humanitære migranter og arbeidsmigranter fra utenfor Schengen-området. For en mer inngående drøfting av hvorvidt rettferdighetsprinsipper dypest sett krever en rett til fri bevegelse for «normale» arbeidsmigranter, henviser jeg leseren til kapittel 5 og 7.

Hva mener jeg så med rettferdighetsprinsipper? I vår sammenheng er det primært fire typer prinsipper som gjør seg gjeldende. For det første, prinsipper som sier noe om hva som skal til for at innvandrere behandles rettferdig som individer og/eller som tilhørende en bestemt kategori mennesker. For det andre, prinsipper som formulerer hvordan en rettferdig fordeling av asylsøkere land imellom bør se ut. For det tredje, prinsipper som forteller oss hvilket ansvar vi har for å gjøre opp for urett, og, for det fjerde, idealet om sivil rettferdighet som ble formulert ovenfor i seksjon 3.2.

Det første prinsippet handler om likebehandling, hvilket innebærer at utvalget av mennesker vi gir opphold ikke utformes på en måte som diskriminerer enkelte (grupper) asylsøkere. Ettersom dette primært handler om den interne sammensetningen av innvandrere som gruppe, vil jeg drøfte dette i neste seksjon, hvor jeg tar for meg spørsmålet om hvordan vi bør prioritere blant dem som tilfredsstillende krav vi med rimelighet kan stille for at mennesker skal kunne få opphold i Norge.⁵⁵²

549 Rawls kaller slike prosesser for «rent prosedurale». Rawls, *A Theory of Justice*, 73ff.

550 Lind og Tyler, *Psychology of Procedural Justice*, 156ff.

551 Se kapittel 3 i *Utlendingsloven*.

552 Jf. også seksjon 8.1, hvor jeg argumenterer for hvorfor dette ideelt sett krever upartiske internasjonale domstoler.

Hvilken betydning har så rettferdighetsprinsipper for fordelingen av ansvar i det internasjonale samfunn? Skal vi kunne vite hvor mange flyktninger som har et moralsk krav på opphold i Norge må vi, for det første, vite hvor mange flyktninger det totalt sett er i verden. Dette tallet bestemmes simpelthen av hvem som faktisk er flyktninger.⁵⁵³ Folkerettslig sett er det totale antallet flyktninger i verden gitt for land som har forpliktet seg på flyktningkonvensjonen. Dette betyr ikke at vi, uten videre, er moralsk forpliktet til *selv* å yte beskyttelse til alle søkere som oppfyller kriteriene for å få innvilget status som flyktning. Selv om ethvert hjelpetrengende menneske tilskrives universelle rettigheter, betyr ikke det at enhver moralsk aktør har perfekte positive universelle forpliktelser.⁵⁵⁴ Verken ethvert individ eller enhver stat har ansvar for aktivt å oppfylle alt det som skal til for å sikre de positive rettighetene til hvert enkelt menneske på kloden. Det er nok at ansvaret er fordelt innad i statssystemet som helhet på en måte som gjør at alles rettigheter oppfylles. Flyktninger vi selv mener oss ute av stand til å ta imot opphører ikke å være flyktninger, men vil måtte overføres til andre land hvor de kan motta beskyttelse. Uten en rettferdig internasjonal ansvarsfordeling vil vi i praksis ikke kunne oppfylle flyktningkonvensjonens krav.⁵⁵⁵ Prinsipper om fordelingsrettferdighet vil her kunne begrunne hvorfor det selv ikke å ta imot alle som trenger beskyttelse ikke nødvendigvis er å behandle flyktninger (osv.) urettferdig.

Selv om argumentene for antallsbegrensninger ut ifra rettferdighetsprinsipper kan synes opplagt fra et moralfilosofisk perspektiv, er det ikke like opplagt hvordan dette forholder seg til folkeretten. Mange eksperter i flyktningrett vil hevde at forbudet mot å sende flyktninger tilbake til land der de risikerer forfølgelse ikke kan fravikes, selv ikke i ekstraordinære situasjoner. I det som har blitt et av standardverkene i internasjonal flyktningrett skriver Guy Goodwin-Gill og Jane McAdam eksempelvis følgende:

The principle of non-refoulement applies irrespective of the number of refugees who arrive. Nothing in the 1951 Convention, relevant human rights treaties, or the regional refugee instruments suggests that the principle is inapplicable in situations of mass influx [...] [I]n a situation of mass influx, states must ensure that their actions or omissions do not expose people to a risk of persecution or other serious harm, *no*

553 Larsen, «Asyl», 200.

554 Shue, «Mediating Duties», 689.

555 Jf. fortalen til *Flyktningkonvensjonen*, avsn. 4.

*matter how debilitating a sudden influx of refugees might be on a state's resources, economy, or political situation.*⁵⁵⁶

I den mest brukte kommentarutgaven til flyktningkonvensjonen bekreftes dette synet av Walter Kälin, Martina Caroni og Lukas Heim, og presiserer at dette blant annet innebærer at «[i]ts applicability is not dependent on international assistance, or on the burden or responsibility sharing».⁵⁵⁷ De argumenterer alle med at en slik tolkning er i pakt med både ordlyden i konvensjonen, samt dens humanitære verdigrunnlag og formål. Dersom dette stemmer vil altså forbudet mot tilbakesendelse gjelde ubetinget for det enkelte land. Stater kan ikke nekte mennesker på flukt midlertidig beskyttelse på eget territorium, selv om det skulle utløse fullskala institusjonell kollaps.

Wien-konvensjonen om traktatretten har som formål å «establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties can be maintained».⁵⁵⁸ Når den foreskriver at traktater skal holdes «i god tro» (art. 26 og 31(1)), betyr dette blant annet at reglene traktatene setter opp ikke skal anvendes i strid med sitt formål.⁵⁵⁹ Formålet med flyktningkonvensjonen er å beskytte mennesker som risikerer forfølgelse i sitt hjemland. I lys av sitatene gjengitt ovenfor er spørsmålet om en tolkning av prinsippet om *non-refoulement* som ubetinget gyldig overfor det enkelte land vil undergrave konvensjonens formål dersom den bryter ned institusjonene som gjør det mulig å innfri det. Ifølge Wien-konvensjonen kan en traktatpart «invoke the impossibility of performing a treaty as a ground for terminating or withdrawing from it if the impossibility results from the permanent disappearance or destruction of an object indispensable for the execution of the treaty».⁵⁶⁰ Ettersom kollaps av statlige institusjoner som muliggjør rettighetsoppfyllelse vil innebære at man befinner seg i en verre situasjon enn situasjonen man skaper ved (midlertidig)⁵⁶¹ å stenge noen ute,

556 Goodwin-Gill, McAdam, *The Refugee*, 287. Min kursivering. Andre fremstående fagfolk følger samme linje. Se for eksempel Lauterpacht og Bethlehem «The Scope and Content», 119ff., Costello og Foster, «Non-refoulement», 310f., og Hurwitz, *Collective Responsibility*, 208.

557 Kälin, Caroni og Heim, «Article 33, para.», 1379 (avsn. 136).

558 Jf. avsn. 5 i fortalen til *Flyktningkonvensjonen*.

559 Bartels og Paddeu «Introduction», 2, og Linderfalk, «Good Faith», 266, 270ff.

560 Art. 61(1). Jf. unntaksbestemmelsen i ICCPR 4(1).

561 Wien-konvensjonen omtaler her tilfeller hvor en stat med god grunn kan trekke seg ut av et traktatsamarbeid, men man kan også tenke seg at det kan være snakk om derogasjon, dvs. en midlertidig opphevelse (suspensjon) av en regels anvendelse når anvendelsen av den kommer i konflikt med en regel som har høyere juridisk rang (Hage, Waltermann og Arosemena, «Exceptions in International Law», 23, og Viñuales, «Seven Ways», 72f.). Det er den begrensede tidsdimensjonen som skiller den fra en unntaksbestemmelse. Innholdet i *non-refoulement*-prinsippet forblir det samme, men man hevder

er det rimelig å anta at en slik kollaps vil kunne forstås som et slikt tap.⁵⁶² En tolkning av prinsippet om *non-refoulement* slik den er gitt ovenfor vil i ekstremtilfeller kunne bety at den fullt ut realisert overfor en enkelt stat i realiteten vil undergrave seg selv. Ja, innebærer ikke en slik tolkning at utlendingsloven er grunnlovsstridig? Den vil jo da anerkjenne en norm som vil kunne hevdes som gyldig også når den (blant annet) undergraver de institusjonelle betingelsene for menneskerettighetene, demokratiet og rettsstaten (§ 2).

Så vidt meg bekjent finnes det også fremstående flyktningrettsekspertter som antyder at dette resonnementet kan ha et poeng. I en tidligere utgave av sin mye leste bok, skrev endatil Goodwin-Gill selv følgende:

It can be argued that a mass influx is not itself sufficient to justify *refoulement*, given the likelihood of an international response to offset any potential threat to national security [...] [I]t must be admitted that the prospect of a massive influx of refugees and asylum-seekers *exposes the limits* of the State's obligation otherwise not to return or refuse admission to refugees.⁵⁶³

Og når James Hathaway legger frem begrunnelsen for at enkeltpersoner med flyktningstatus som utgjør en sikkerhetstrussel (art. 33(2)) kan sendes tilbake, ser den ut til å være basert på en liknende logikk:

Because the objective of Art. 33(2) is protection of the most fundamental interests of the host state and its community, a clear risk to such collective interests defeats the refugee's right to invoke the duty of non-refoulement [...] This conviction that the establishment and maintenance of a relatively open refugee protection system requires a strong safeguard of the basic security interests of receiving states was precisely the reason that the Conference of Plenipotentiaries rejected the Ad Hoc Committee's unconditional insistence on strict observance of the duty of non-refoulement.⁵⁶⁴

Unntaket fra forbudet mot *refoulement* formulert i flyktningkonvensjonens art. 33.2 indikerer at selv mindre alvorlige konsekvenser enn institusjonell kollaps kan begrense rekkevidden av forbudet. Hvorfor ikke også en massefluktsituasjon som påfører staten kritisk institusjonell belastning

sin rett til ikke å anvende det til fulle. Når en handling er berettiget under en derogasjon, defineres ikke handlingen teknisk sett som et menneskerettighetsbrudd.

562 Trapp, «Exemptions, Qualifications, Derogations, and Excuses», 323.

563 Goodwin-Gill, *Refugee in International Law* (2. utg.), 141. Min kursivering. Jf. Hathaway, *The Rights of Refugees*, 357ff.

564 Hathaway, *The Rights of Refugees*, 354.

skulle kunne begrunne en midlertidig suspensjon av forbudet er derfor uklart. Hathaways gjennomgang av det relevante flyktningrettslige materialet avdekker at det ikke gis et klart svar på dette spørsmålet, og viser til at UNHCR har uttrykt et behov for at en slik avklaring må folkerettslig formaliseres i form av en autoritativ tekst.⁵⁶⁵

Faren for misbruk av et *resonnement* som dette (eller liknende), slik det eksempelvis skjedde her i Norge (og Europa for øvrig) i 2015/2016 overfor de syriske flyktningene, er betraktelig. Det er derfor viktig å understreke at en tolkning av prinsippet om *non-refoulement* som betinget gyldig overfor det enkelte land, har sin hovedbegrunnelse i mulighetene for å sørge for beskyttelse. Det er også viktig å notere at tolkningsspørsmålet gjelder den minimale forpliktelse som følger av prinsippet om *non-refoulement*,⁵⁶⁶ det vil si plikten til å slippe flyktninger midlertidig inn på territoriet, ikke forpliktelsen til å sikre «varige løsninger», eksempelvis i form av permanent opphold. Det siste er det allmenn enighet om at er en kollektiv forpliktelse for det internasjonale samfunn, og ikke noe som nødvendigvis må innvilges i det landet asylsøkeren fremmer søknaden i. Terskelen for å nekte flyktninger midlertidig beskyttelse, og terskelen et bestemt land kan ha for å nekte dem asyl, vil derfor naturlig nok være ulik.⁵⁶⁷

Så hvor står vi? Hvorvidt et prinsipp om rettferdig fordeling av ansvar kan begrunne begrensninger i antallet flyktninger man gir beskyttelse er folkerettslig sett et relativt åpent spørsmål. Uansett hva svaret skulle vise seg å være, vil det fra et moralfilosofisk perspektiv være avgjørende hvilken tolkning av prinsippet om *non-refoulement* som fører til at flest flyktninger får beskyttelse. Hvorvidt det er en tolkning av prinsippet som ubetinget (ikke-derogerbart) overfor den enkelte stat i en massefluksituasjon som vil vekke det internasjonale samfunn til ansvar, eller om det først er når det internasjonale samfunn forstår at det gjelder betinget overfor det enkelte land at det innses sitt ubetingede kollektive ansvar, er vanskelig å si sikkert. Det videre moralfilosofiske *resonnementet* i denne seksjonen er basert

⁵⁶⁵ Ibid., 362.

⁵⁶⁶ UNHCR, *EXCOM Conclusions nr. 22*, para. II. A.2.

⁵⁶⁷ Hvor terskelen settes vil avhenge av hvor omfattende rettigheter som folkerettslig følger av forbudet mot ikke å returnere mennesker til forfølgelse. Dette kan fremstå som noe uklart (Hurwitz, *Collective Responsibility*, 215). Våre forpliktelser på ICCPR tyder på at et relativt tykt sett av rettigheter følger, ettersom rettighetene i konvensjonen eksplisitt gjelder alle som befinner seg på territoriet (art. 2(1), jf. kap 3 og 4 i *Flyktningkonvensjonen* og ECHR, art. 1, UNCHR, *EXCOM Conclusions nr. 22*, para. II. B, og Europarådet, «Council Directive 2003/9/EC»). Men så vidt jeg kan se fungerer i praksis prinsippet om *non-refoulement* med en implisitt antakelse om at et tykt sett med rettigheter først følger av en «varig løsning» i form av permanent oppholdstillatelse.

på at det siste vil være tilfellet, uten at det gir seg ut for å ha folkerettslig belegg. Dersom et slikt belegg viser seg å ikke finnes, kan resonnementet brukes til å hevde at det kan finnes situasjoner hvor det å bryte folkeretten vil være moralsk forsvarlig.

Hvor mange flyktninger som får opphold i Norge blir i dag bestemt av to forhold: (1) hvor mange mennesker med beskyttelsesbehov som ankommer norsk grense, og (2) hvilken kvote for overføringsflyktninger som fastsettes av regjeringen. Justis- og beredskapsdepartementet gir retningslinjer for prioriteringer innenfor kvoten basert på ulike hensyn. Mens det er uproblematisk å sørge for at kvoten for overføringsflyktninger ikke overskrides, er det adskillig mer utfordrende å regulere antallet mennesker som søker opphold ved Norges grenser. Det avhenger dels av evnen det internasjonale samfunn har til å regulere hvor asylsøknader blir fremmet, dels av mulighetene Norge har for å sørge for retur av personer som har fått sin søknad avslått, og dels av mulighetene det internasjonale samfunn har for å (om)fordele mennesker med rett til asyl. Og folkerettslig er det, som nevnt, svært kontroversielt å operere med kvoter for ordinære flyktninger. Spørsmålet er da om det finnes et rettferdighetsprinsipp som kan hjelpe oss til å fastsette hvor langt vårt moralske ansvar strekker seg.

Anvender vi et slikt prinsipp vil det, for det første, bety at vi ikke begår det Peter Singer kaller «the all-or-nothing fallacy».⁵⁶⁸ Noen vil kanskje tenke at det å innvilge noen få mennesker opphold når så mange står foran døren og banker på, ikke er noe poeng. Det blir bare en liten dråpe i havet. Gitt at antallet flyktninger i verden er tilstrekkelig høyt, vil det rettferdighetsteoretisk være innlysende at Norge handler mer rettferdig overfor det internasjonale samfunn dersom vi tar imot én flyktning enn ingen. Dette anser jeg som ukontroversielt.

Men selv om asylpolitikk altså ikke er et spørsmål om enten-eller, kan både distributive og korrektive rettferdighetsprinsipper brukes til å anslå når det å slippe inn flere asylsøkere ikke lenger er noe vi er moralsk forpliktet til å gjøre. I en situasjon hvor det er uklart hvem som har ansvar for hva overfor hvem, vil kollektive handlingsproblemer gjøre seg gjeldende med stor kraft. Skal slike problemer løses på en etisk forsvarlig måte kreves det at aktørene, gjennom demokratisk prosedyrer, tegner opp en idealsituasjon hvor menneskerettigheter som her og nå er innholdsmessig for ubestemt til å kunne realiseres, eller for krevende å handle på, blir fullt bestemte og

⁵⁶⁸ Singer og Singer, «The Ethics of Refugee Policy», 121.

mulig å realisere. Anerkjenner aktørene idealet, men avstår fra å forsøke å handle i samsvar med det, handler de moralsk klanderverdig.⁵⁶⁹ Hvordan kan et slikt ideal se ut?

Slik jeg ser det, vil et slikt ideal gjøre Norge klanderverdig *ut ifra rettferdighetshensyn* dersom vi ikke åpner dørene for så mange som vi burde tatt imot dersom alle andre aktører innfridde sitt ansvar overfor flyktninger fra og med i dag, og alt annet var likt.⁵⁷⁰ I et slikt ideelt scenario burde hver enkelt stat tatt imot så mange som mulig innenfor rammene av deres mottakskapasitet, med en viss korreksjon for tidligere ansvarsfraskrivelse, samt for det ansvar hver enkelt stat har hatt for å skape behov for mennesker til å flytte fra et land til et annet.⁵⁷¹ Her måtte både enkeltstående utenrikspolitiske handlinger som skaper krisesituasjoner i andre land, samt bidrag til strukturelle skjevheter i det internasjonale samfunn som skaper kroniske emigrasjonsbehov, blitt tatt med i betraktning.⁵⁷² Selv med et ansvarsfordelingskriterium som dette vil man ikke kunne gjøre annet enn å gi et anslag i god tro for hvor mange vi måtte ha sluppet inn.⁵⁷³ Idealet gir oss et kun et instrument til å foreta en grovkornet rettferdighetsteoretisk vurdering av dagens internasjonale fordeling. Men så lenge det hjelper oss til å utføre en mer spesifikk vurdering enn andre alternativ, kan vi ikke kreve at det må kunne gi oss eksakte tall. Til det er saken for kompleks.

Vi befinner oss imidlertid i et ikke-ideelt scenario, hvor mange land ikke innfrir kravet et slikt ansvarsfordelingskriterium pålegger dem. Betyr dette at et Norge som tok sin rettmessige del av ansvaret, ikke er moralsk

569 Stater som ikke anerkjenner idealet kan også handle klanderverdig, men da primært moralsk.

570 Jf. Murphy, «Demands of Justice», 290f., og «Demands of Beneficence», 277ff. Se videre Cohen, *Self-Ownership*, 223ff. (inkludert fotnote 90), Cohen, «Who is Starving Whom?», samt Murphy, *Moral Demands*, 74ff. Murphy understreker at dette kun gjelder i et upartisk perspektiv, ettersom det kun er der alle stater har samme mål (ibid., 94ff.). Presiseringen «og alt annet var likt» er også viktig fordi rimelig fordeling av ansvar kun er en verdi blant flere potensielt relevante i en overordnet vurdering (Ridge, «Fairness», 197, 215). Tim Mulgan kritiserer Murphys kriterium for de ekstreme variasjonene i forpliktelser det kan begrunne (Mulgan, *Demands*, 107ff.). Hvor mye vi bør gjøre er betinget av hvor mange migranter som finnes, samt hvor mange aktører vi kan dele ansvaret på. Var det veldig mange flere eller veldig mange færre migranter, ville kriteriet vært urimelig. Og dersom det var få, i en ideell situasjon, som hadde mulighet til å ta imot migranter, ville kravet til hvor mange vi burde slippe inn øke tilsvarende (ekstremt). Mulgan synes dette er urimelig. Jeg slutter meg til denne kritikken, men mener at Murphys kriterium er til hjelp i den konteksten vi befinner oss i nå. Endrer betingelsene seg, er det ikke sikkert prinsippet lenger vil være til hjelp.

571 Jf. Davis, «Utilitarianism and Responsibility», 21, og Wilcox, «The Open Borders Debate», 818f.

572 Hvilke faktorer som bør tas med i den anslagsvise beregningen av et lands (ideelle og reelle) integrasjonskapasitet blir drøftet nedenfor, i kapittel 6.

573 Mulgan mener det er så radikale erkjennelsemessige problemer knyttet til å anslå hvor mye vi hadde måttet ofre dersom alle tok sitt ansvar, at Murphys kriterium ikke er til hjelp når vi skal bestemme hvor langt vårt ansvar som nasjon strekker seg (Mulgan, *Demands*, 115). I motsetning til Mulgan mener jeg en grovkornet vurdering er mulig.

forpliktet til å ta opp noe av slakket ansvarsløse stater etterlater seg, dersom det ville bety lave/moderate samfunnsmessige kostnader?⁵⁷⁴ Svarer vi ja på dette spørsmålet, betyr det at flyktningene, som tross alt er dårligere stilt enn oss, må bære *alle* kostnadene for andre staters manglende ansvarstaken.⁵⁷⁵ Dette virker intuitivt urimelig, særlig der de samfunnsmessige omkostningene er lave. Samtidig kunne man spørre seg om det ville være Norge, eller det moralske prinsippet som tillater stater ikke å ta sitt ansvar, som ville hatt skylden for å pålegge flyktningene denne byrden, eller om det ikke heller vil være de uansvarlige statene som sådan som var klanderverdige?⁵⁷⁶ At det siste vil være tilfellet stemmer unektelig. Men Norges forpliktelser til å bistå mennesker i behov av beskyttelse kan ikke reduseres til forpliktelser begrunnet i rettferdighetshensyn.⁵⁷⁷ Skal hjelpetrengendes interesser få tilstrekkelig beskyttelse mener jeg vi må skille mellom politiske handlinger Norge er forpliktet til ut ifra rettferdighetshensyn, og politiske handlinger vi er forpliktet til å utføre av andre moralske grunner, for eksempel med referanse til det faktum at flyktninger (osv.) er mennesker som oss, med samme rett på et verdig og godt liv.⁵⁷⁸ Er ikke omfordeling politisk mulig, behovene til migrantene prekære nok og Norge kun må påta seg moderate samfunnsmessige kostnader, vil vi, etter mitt syn, være moralsk forpliktet av menneskelig hensyn til å ta imot flere enn vi er forpliktet til ut ifra rettferdighetshensyn, både permanent og midlertidig.⁵⁷⁹

Ideelt sett vil det å ta mer ansvar enn det som er rimelig gi unnasluntrerne dårlig samvittighet – et insitamant til å gjøre det som rimelig kan forventes av dem. I den virkelige verden, derimot, kan også det motsatte skje, nemlig at land som gjør for lite, gjør enda mindre fordi de vet at andre vil gjøre «jobben» for dem.⁵⁸⁰ Det er ikke sjelden vi hører politikere begrunne en restriktiv innvandringspolitikk med den negative signaleffekten en mer liberal innvandringspolitikk vil gi.⁵⁸¹ Hvorvidt andre land vil ta hintet og

574 Cruft, «Basic Rights», 51, Barry, *Responding to Global Poverty*, 19f., 55ff., og Brezger, «So viele wie nötig», 65f.

575 Jf. kritikken formulert av Paul Hurley, «Fairness and Beneficence», 856f.

576 Murphy, *Moral Ideals*, 92. Jf. Cohen, «Who is Starving Whom?», 73ff., Miller, «Taking up the Slack?», 239ff., og Ridge, «Fairness», 200, 212.

577 Ibid., 200.

578 David Miller opererer med et analogt skille mellom «reasons of justice» og «humanitarian reasons». Miller, «Taking up the Slack?», 243.

579 Dersom Norge allerede tar imot det antall flyktninger fra Tyrkias leire som er rimelig, blir ikke verden mer rettferdig dersom Norge tar imot enda flere. Forholdet mellom Tyrkia og Norge blir mer rettferdig, men ikke den internasjonale ansvarsfordelingen for øvrig. Hoesch, «Taking up the Slack», 171f.

580 Ridge, «Fairness», 204, 215f., og Cohen, «Who is Starving Whom?», 78.

581 Jf. *Ot.prp. 75 (2006–2007)*, 152, og Justis- og beredskapsdepartementet, *Høringsnotat*, des. 2015, 49.

påta seg større ansvar, eller om det settes i gang et «kappløp mot bunnen» som gjør mennesker på flukt til evige kasterboller stater imellom (*refugees in orbit*), er ikke gitt.⁵⁸² Det som imidlertid er sikkert er at jo mer ansvar andres unnlattelsessynder påfører Norge, desto mer er det i Norges interesse å utøve politisk press mot dem som ikke tar sin del av ansvaret. Selv om Norges forsøk på å bidra til en harmonisering av europeisk innvandringsregulering kan ha hatt sin realpolitiske hovedmotivasjon i å hindre flere i å søke asyl i Norge, må den moralsk sett være drevet av ønsket om at alle, inklusive oss selv, skal ta sitt rettmessige ansvar. Når utlendingsloven § 32 slår fast at den norske stat kan nekte å realitetsbehandle en søknad om opphold dersom søkeren ankommer Norge fra et land der hen ikke risikerer forfølgelse (f.eks. andre nordiske eller europeiske land), vil dette kun være rettferdig dersom landene søkeren reiser fra i mindre grad enn Norge tar imot det antall en rettferdig fordeling krever.⁵⁸³ Når Norge i 2015 hindret mennesker som ankom fra Sverige i å få realitetsbehandlet sin søknad om asyl, var dette et åpenbart brudd med dette prinsippet. Sverige tok da imot omtrent fem ganger så mange asylsøkere som oss.⁵⁸⁴

Den norske stat kan sette antallsbegrensninger som behandler flyktninger (osv.) rettferdig, men like fullt umoralsk.⁵⁸⁵ I situasjoner der det vil kreve høye samfunnsmessige kostnader å kompensere for andre lands manglende vilje til å ta imot det antall migranter som ville vært rettferdig, og behovene hos mottakeren ikke er prekære nok, vil vi derimot verken begå urett eller være moralsk klanderverdige av menneskelige hensyn dersom vi avstår fra å ta imot flere.⁵⁸⁶ Men jo mer prekære behov migranten har, jo sterkere moralske grunner har vi til å strekke oss lenger enn det vi strengt tatt hadde måttet gjøre i en situasjon der alle gjorde sitt.

Joseph Carens mener at vi «nesten aldri» bør avvise en flyktning.⁵⁸⁷ Selv om folkeretten kanskje vil gi Carens rett, i det minste dersom normen begrenser seg til forbudet mot retur og eventuelt er rettet mot det internasjonale samfunn som helhet og ikke den enkelte stat, går han etter min mening for langt moralsk sett. Norges moralske forpliktelser er mer

582 Dette var situasjonen i Europa på 1980-tallet, og bakgrunnen for innføringen av Dublin-forordningen.

583 I 2016 kritiserte Sverige da også Norge og andre europeiske land for å ikke gjøre dette. Hagelund, «After the Refugee Crisis», 9.

584 Det bør også her nevnes at *Flyktningkonvensjonen* artikkel 31(2) forutsetter at retten til å søke asyl ikke er begrenset til første trygge land. Jf. oppfordringen til ansvarfordeling som uttrykkes i konvensjonens sluttakt, seksjon D.

585 Jf. Davis, «Responsibility», 30.

586 Mulgan, *Demands*, 288.

587 Carens, *Ethics of Immigration*, 219.

begrensede enn det han ser for seg, selv overfor migranter med prekære behov. Dersom antallet vi er moralsk forpliktet til å slippe inn overskrider grensen for hva det norske folk vil akseptere, mener jeg at vi ikke bør innfri alle våre *prima facie* moralske forpliktelser overfor flyktninger. I mine øyne er det altavgjørende hvor mange som får hjelp, og dersom det å ikke innfri alle våre humanitære forpliktelser er det som skal til for å føre en mest mulig liberal asylpolitikk, vil det være å foretrekke. Dersom få eller ingen vil stemme på politikere som vil ofre mye for å gi migranter tilgang til goder i Norge, kan det være bedre, alt tatt i betraktning, å utforme politikk som er mer restriktiv enn idealet, men som likevel lener seg så mye som mulig i retning av dette.⁵⁸⁸ Med dette sagt, mener jeg også vi har en dynamisk forpliktelse til å motvirke en restriktiv innvandringsretorikk som overdriver truslene innvandring utgjør for det norske samfunnet, og vekke så mye frykt blant folk at det ikke lenger er mulig å innfri våre humanitære forpliktelser.

I en situasjon der det å innfri humanitære forpliktelser *ikke* slår negativt ut på den politiske opinionen, vil vi stå fritt til å innvilge flere permanent opphold enn det slike forpliktelser pålegger oss inntil det øyeblikk antallet blir så høyt at det utløser sosiale dynamikker som truer de strukturelle betingelsene for å realisere sivil rettferdighet.⁵⁸⁹ Overskrides denne grensen, blir innvandringspolitikken moralsk klanderverdig. Det er da særlig to betingelser jeg tenker på. For det første, anerkjennelsen av alle menneskers likeverd og de generelle rettighetene som verner om dette. For det andre, demokratiske prosedyrer for å løse uenighet om hvordan menneskerettighetene konkret bør realiseres gjennom kollektiv samhandling. Analysen av de sosiale dynamikkene som over tid skaper en trussel mot disse betingelsene er svært kompleks, og vil derfor ikke kunne gi opphav til eksakte prediksjoner. Det finnes derfor heller ikke i denne sammenhengen et moralsk prinsipp som *eksakt* kan tallfeste hvor mange det er etisk forsvarlig å slippe inn i Norge.⁵⁹⁰

Det mange analyser likevel vil være enige om, er at antidemokratiske krefter av ulik art vinner lettere frem i et samfunn preget av stor sosial og økonomisk ulikhet. Dagens USA er et nærliggende eksempel. Hvor vi setter grensen for hvor mange det vil være etisk forsvarlig å slippe inn i Norge

588 Carter, «Utilitarian Morality», 175.

589 Terskelen for å nekte opphold vil være høyere dersom det kun er snakk om å gi dem midlertidig opphold.

590 Jf. Chang, *Comparisons*, 32ff., 145ff. Jf. Parfit, *Reasons and Persons*, 431, samt Habermas, «Citizenship», 303.

mener jeg derfor henger nært sammen med evnen staten har til å sørge for sosial utjevning. I et rikt land med en universell velferdsstat og høye kompetansekrav på arbeidsmarkedet vil det å ta imot flyktninger potensielt gi mer sosial ulikhet. Når ulikheten blir tilstrekkelig stor, vil økning av tallet gå over fra å være bestemt av moralske forpliktelser til å bli noe vi står fritt til å gjøre eller ikke å gjøre, så lenge det ikke medfører en mer restriktiv opinion enn det som vil gjør det mulig å innfri våre moralske forpliktelser. Det vil da være *godt* å øke antallet, uten at vi *må* gjøre det. Øker de samfunnsmessige kostnadene ytterligere, vil vi befinne oss i en såkalt paritetssituasjon. Paritet betyr at det ene alternativet ikke er bedre/dårligere begrunnet i valgøyblikket enn det andre. Dette betyr ikke at vi blir stående overfor et uløselig dilemma hvor valget mellom de ulike forslagene blir rasjonelt sett vilkårlig. Paritet betyr at vi har gode grunner til både å velge om vi vil ta imot flere, og til ikke å gjøre det.⁵⁹¹ Ettersom ulike tungtveiende grunner taler for hvert av handlingsalternativene er det ikke tydelig hvilket alternativ som er best helhetlig vurdert. I en slik situasjon vil ikke vår politiske rasjonalitet tvinge oss til å handle på en bestemt måte, eller tvinge oss til å slå kron og mynt, slik det ville vært fornuftig å gjøre dersom alternativene var like gode. Den vil åpne opp for at vi står fritt til å velge, og at valget vi tar uttrykker hvilke verdier vi *i praksis* vil la veie tyngst – hvilke verdier som uttrykker hvem vi vil være som nasjon. Kontekstuelle forhold vil ofte være avgjørende for hvilke aspekter av de ulike handlingsalternativene vi vil vurdere som de viktigste for oss.⁵⁹² I en paritetssituasjon vil ikke gevinsten for den ene part kunne kompensere for tapet for den andre part, uansett hvilket valg vi tar.⁵⁹³ I vår verden vil dette bety at mange mennesker vil lide selv om Norge var etisk uklanderlige i sin innvandringspolitikk. Utfordringen for staten som etisk aktør i en paritetssituasjon er at den må ta et valg som uttrykker hvilken lidelse som er mest akseptabel for Norge. Hvorvidt vi faktisk står overfor en situasjon der vi er moralske forpliktet av humanitære hensyn å ta imot flere migranter eller en situasjon hvor vi kan velge om vi vil ta imot flere uten å bryte med våre moralske forpliktelser, er et skjønnsspørsmål. Eksakt hvor mye mer som må stå på spill for migrantene før det å stenge dem ute bryter med humanitære forpliktelser er ikke mulig å angi eksakt – dobbelt så mye, fem ganger så mye, ti ganger?⁵⁹⁴

591 Chang, *Comparisons*, 121ff.

592 Lenard og Moore, «Moderate Cosmopolitanism», 63f.

593 Jf. Dancy, *Moral Reasons*, 121ff.

594 Jamieson, «Progressive Consequentialism», 244.

Svaret vil avhenge av hvor høye samfunnsmessige kostnader det til enhver tid vil innebære for Norge. Men så lenge antallet ikke medfører en trussel mot realiseringen av sivil rettferdighet, vil det økende tallet føre til at det å prioritere legitime norske interesser fremfor migrantenes interesser ikke lenger vil være noe vi står fritt til å gjøre.⁵⁹⁵ I en slik avveining mener jeg vi som regel bør etterstrebe raushet overfor migrantene, ettersom vi har en naturlig psykologisk tendens til å tone ned de moralske fordringene «fremmede» stiller oss overfor, og overdrive trusselen innvandringen utgjør mot den demokratiske velferdsstatens funksjonsevne.

I utøvelsen av moralsk skjønn vil etiske prinsipper altså måtte ta hensyn til empiriske vurderinger av evnen et land har til å ta imot migranter samtidig som evnen til å realisere sivil rettferdighet ikke reduseres for mye, det vil si dets *integrasjonskapasitet*. Et tall i seg selv sier oss lite om sosiale konsekvenser av innvandring, fordi de faktiske konsekvensene er betinget av en rekke kontekstuelle faktorer.⁵⁹⁶ Å anerkjenne at faktapremisser spiller en viktig rolle i utøvelsen av moralsk skjønn er ikke det samme som å si at etisk refleksjon er overflødig, eller at den, når alt kommer til alt og politiske beslutninger skal fattes, må vike for politikernes vurderinger av hva som til enhver tid er i vår nasjonale egeninteresse.⁵⁹⁷ Det er en anerkjennelse av at etiske argumenter må ta hensyn til de økonomiske, kulturelle og sosiale fordelene og ulempene som hefter ved innvandringspolitiske beslutninger. Men det er også et etisk spørsmål hvordan vi vurderer vekten av disse fordelene og ulempene, alt tatt i betraktning. Er vi eksempelvis villig til å senke antall personer vi gir opphold for å bevare et gode dersom det medfører en erodering av grunnleggende liberale og sosiale verdier, kan de kulturelle omkostningene bli for store. Defineres smerteterskelen alternativt av risikoen for økt støtte til innvandrings skeptiske partier og grupper i befolkningen, legger vi samtidig til rette for at innvandrings skeptikere vil senke antallet innvilgede søknader under en terskel som målt på andre kriterier ikke vil være fullt ut akseptabel.⁵⁹⁸ Spørsmålet om hvordan integrasjonskapasitet bør fastsettes vil jeg drøfte mer inngående i kapittel 6. Der vil jeg også understreke at dette spørsmålet må holdes adskilt fra spørsmålet om vår *beskyttelseskapasitet*.

595 Jf. Murphy, *Moral Ideals*, 65, 67, og Mulgan, *Demands*, 151f. Grensen for å prioritere nordmenn behøver ikke ha en pliktetisk skranke, den kan også ha en ren konsekvensialistisk begrunnelse. Smith, «Consequentialism», 263f.

596 For en mer utdypende drøfting av hvordan man bør vurdere Norges integrasjonskapasitet, se kap. 6.

597 Scanlan og Kent, «The Force of Moral Arguments», 89.

598 Bauböck, *Transnational Citizenship*, 323.

Å anerkjenne en øvre grense for antallet mennesker som innvilges permanent opphold vil ikke bety at man har måttet gi opp etiske prinsipper, men at man heller har vist at slike prinsipper har en etisk funksjon i praktisk politikk uten at det betyr åpne grenser.⁵⁹⁹ Det beste må ikke bli det godes fiende. Igjen: Dersom mer godt vil komme av å følge en «ikke-ideell» regel i fastsettelse av antall som flere vil praktisere, og som lener seg så langt som praktisk-politisk mulig i retning idealet, så bør man foretrekke sistnevnte.⁶⁰⁰

At antallsbegrensninger settes gjennom demokratiske prosedyrer betyr *ikke* at resultatet er rasjonelt begrunnet som rettferdig eller moralsk optimalt. Det er derimot et resultat begrunnet av folkesuverenitetsprinsippet, med andre ord et folks *viljesbeslutning*. I denne seksjonen har jeg argumentert for at slike viljesbeslutninger bør kritisk etterprøves gjennom bruk av etiske kriterier, både med tanke på hvordan en rettferdig fordeling av ansvar stater imellom bør se ut, men også med tanke på hva vi er moralsk forpliktet til, hva som kan være moralske godt ut over dette, hva vi står fritt til å gjøre i en paritetssituasjon, og når politiske handlinger går over til å bli moralsk klanderverdige.

Ettersom skjønnsutøvelse spiller en rolle på flere nivåer av en slik refleksjon vil ikke etikken kunne hjelpe oss til eksakt å tallfeste hvor mange Norge har ansvar for å gi opphold, men vil måtte begrense seg til å gi upresise relative vurderinger. Men selv om det ikke er mulig å angi med matematisk presisjon når norsk innvandringspolitikk går over fra å være etisk forsvarlig til å være etisk uforsvarlig, betyr ikke dette at det ikke er mulig å gjøre velinformerte omtrentlige anslag av hvor tungt ulike interesser veier.⁶⁰¹ Som Amartya Sen så berømt formulerte det: «It is better to be vaguely right, than precisely wrong.»⁶⁰²

Så, hvordan kan da et omtrentlig forslag se ut? Et svar på dette spørsmålet avhenger som sagt blant annet av hvordan de politiske betingelsene for norsk innvandringspolitikk er til enhver tid. Et etisk forsvarlig forslag må alltid ta høyde for hvordan det vil påvirke folks holdning til innvandring. Et tallforslag vil også se ulikt ut alt etter hvor mange personer av ulike kategorier innvandrere som søker opphold i Norge. Det har unektelig noe å si hvorvidt 50 000 mennesker som står på grensen er arbeidsinnvandrere

599 Scanlan og Kent, «The Force of Moral Arguments», 89.

600 Carter, «Utilitarian Morality», 175ff. Jf. Driver, *Consequentialism*, 48f., 137ff.

601 Chang, *Comparisons*, 32ff., 145ff.

602 Sitert i Osmani, «The Sen System», 32.

fra Schengen-området, eller om de er flyktninger. Tar vi utgangspunkt i en prosentfordeling basert på medianverdiene for årlig innvandring av ulike kategorier innvandrere sortert etter innvandringsgrunn fra og med at Norges assosieringsavtale med Schengen-landene ble revidert i 2001 (arbeid: 67,7 prosent; familie: 23,9 prosent; flukt: 8,4 prosent),⁶⁰³ og hvordan holdningen til innvandring er i Norge per dags dato, så kunne et moderat forslag til totalsum per år kanskje vært 1,5 prosent av befolkningen.⁶⁰⁴ For Norges del vil dette utgjøre ca. 75 000 mennesker, hvorav da 50 775 vil være arbeidsinnvandrere, 17 925 familieinnvandrere og 6 300 flyktninger. Endres sammensetningen av innvandrere betydelig, eksempelvis fordi det må til for å innfri våre konvensjonsforpliktelser i en ekstraordinær situasjon, eller fordi viljen til å opprettholde en såpass liberal innvandringspolitikk svekkes tilstrekkelig, vil prosentandelen innvandrere per år måtte revideres.⁶⁰⁵ Den gjenstående utfordringen er å tenke gjennom hvordan den interne sammensetningen ideelt sett burde sett ut dersom den skal være etisk holdbar. Neste seksjon er et forsøk på å gjøre nettopp dette.

4.3 Hvem bør prioriteres blant personer som søker opphold i Norge?

I et land med åpne grenser bortfaller spørsmålet om hvem Norge bør prioritere blant dem som ønsker å komme inn i landet.⁶⁰⁶ I dagens verden er dette åpne landet i beste fall et ideal. Som nevnt innledningsvis kan ikke en ansvarlig migrasjonsetikk nøye seg med å etablere idealer.⁶⁰⁷ Den må også

603 Medianverdiene er basert på tall fra 2001–2021 og er som følger: arbeid: 42 579; familie: 15 016; flukt: 5 276. Tallene er basert på statistikk fra SSB. Kirkeberg, «Innvandring».

604 Jf. Bader, «Fairly Open Borders», 50f. Baders forslag tar imidlertid ikke høyde for endrede politiske betingelser og sammensetningen av innvandrerne. En oversikt over den seneste utviklingen i holdninger til innvandring finnes hos Strøm og Molstad, «Stabilt positive holdninger».

605 At ekstraordinært høye tall ikke i seg selv behøver å virke negativt inn på folks holdninger til innvandring kommer tydelig frem i SSBs kartlegging av slike holdninger etter at krigen i Ukraina begynte (ibid.). For øvrig er det heller ikke slik at vi i en situasjon med uvanlig høy flyktninginnvandring nødvendigvis bør skalere ned antallet arbeidsinnvandrere, i det minste ikke dersom vi ser det fra en ren økonomisk synsvinkel. Arbeidsinnvandring er samfunnsøkonomisk gunstig for Norge. Samtidig kan det skape økt ulikhet som igjen påvirker holdningene i befolkningen til innvandring. For mer om dette, se kap. 5.

606 Dersom migrasjon i en slik verden ble sett på som en grunnleggende frihet i Rawls' forstand, ville bevegelsesfrihet hatt prinsipiell forrang fremfor distributive hensyn, dvs. prioriteringer av ulike migrantgrupper med utgangspunkt i hvor godt/dårlig stilt de er. Lister, «Who are Refugees?», 654.

607 Jeg skriver her «i beste fall» fordi det strengt tatt er et spørsmål om ikke nødvendigheten av seleksjon er bygd inn i våre politiske livsvilkår. Jacques Derrida skriver: «This collusion [between ordinary hospitality and power] is also power in its *finitude*, which is the necessity, for the host, for the one who receives, of choosing, electing, filtering, selecting their invitees, visitors, or guests, those to whom they decide to grant asylum, the right to visiting, or hospitality. No hospitality, in the classic sense, without sovereignty of oneself over one's home, but since there is also no hospitality without finitude, sovereignty can only be

reflektere over hvordan vi kan nærme oss disse idealene i møte med konkrete utfordringer vi står overfor i en ikke-ideell situasjon, hvor behovet for seleksjon med nødvendighet melder seg.⁶⁰⁸ Blant de viktigste er spørsmålet om hvem Norge bør prioritere å slippe inn blant dem som har et *ubestemt* moralsk (eller folkerettslig) krav på opphold i annet land. Mer bestemt: Hvilke grupper innvandrere bør vi prioritere når vi spesifiserer hvordan gruppen med personer som får opphold bør settes sammen? Prioritering er et svært ømtålig tema ettersom en stats prioriteringspraksis uttrykker noe om hvem den regner som marginale og hvem som ikke er det, hvem som er ønsket og viktige, og hvem som ikke er det.⁶⁰⁹ Den uttrykker noe om hvem en stat vil være.

I kristenhumanistisk tradisjon har Bibelens fortelling om den barmhjertige samaritan (Luk 10,25–37) bidratt til at hensynet til hjelpetrenende veier tungt i etiske vurderinger (jf. 3. Mos 25,35; Sal 82,3f.; Jes 10,1f.; Luk 4,18).⁶¹⁰ Men selv om fortellingen oppfordrer oss til å hjelpe selv når vi må ofre noen av våre goder, gir den oss ingen kriterier for hvem vi bør velge å hjelpe dersom vi befinner oss i en situasjon der vi ikke har mulighet til å hjelpe alle som trenger det. I historien møter samaritanen *ett* skadet menneske, ikke flere hjelpetrenende mennesker med ulike historier og ulike egenskaper, som lider på ulike måter av ulike årsaker, som derfor har ulike behov, og stiller ham under konkurrerende etiske forpliktelser. Samaritanen er unikt situert, og har i utgangspunktet ingen andre å dele ansvaret med. Han er et enkeltmenneske og ingen moderne stat i et internasjonalt samfunn, og sier ingenting om hvilke etiske prioriteringer vi bør gjøre for mest effektivt å hjelpe flest mulig. Som i de fleste andre relevante bibeltekstene forholder denne fortellingen seg primært til fremmede som «de nære», og ikke til de «anonyme» fremmede som vi forholder oss indirekte til gjennom et statlig, eller mellomstatlig, byråkrati. Hvilke etiske prinsipper skal vi styre etter når vi vurderer hvem vi bør prioritere å hjelpe i disse mer komplekse «upersonlige» sammenhengene?

exercised by filtering, choosing, and thus by excluding and doing violence. Injustice, a certain injustice, and even a certain perjury, begins right away, from the very threshold of the right to hospitality.» Derrida og Dufourmantelle, *Of Hospitality*, 55.

608 EØS-avtalen, samt Norges deltakelse i Schengen-samarbeidet, viser vel nettopp at spørsmålet om *hvem* som innvandrer til landet kanskje er mer presserende enn *hvor mange* som kommer. NOU 2011: 7, 16.

609 Blake, *Justice*, 3f.

610 Gibney, *Ethics*, 231. Luther formulerte eksempelvis i sin tid menneskets første og høyeste moralske kall slik: «There is no greater worship or service of God than Christian love which helps and serves the needy [...]» Luther, «Ordinance», 172.

I dag har mange humanitære bevegelser tatt til orde for at Norge bør prioritere å slippe inn mennesker som kun kan unngå alvorlig diskriminering, og få sine grunnleggende menneskelige behov dekket, ved å søke tilflukt i et annet land.⁶¹¹ I politisk praksis er dette imidlertid alt annet enn en selvfølge. Det er i dag primært menneskesmuglere som sikrer flyktninger adgang til asylinstituttet i Europa. Flyktninger er særlig sårbare i konkurransen om oppholdstillatelse fordi mange i utgangspunktet ikke har en ressursprofil som umiddelbart gjør dem i stand til å bidra positivt til samfunnet som økonomisk prosjekt. Mennesker med ingen eller lav utdanning, fysiske og psykiske lidelser, høy alder (osv.) innebærer ofte høye integreringskostnader, og har derfor også en svakere lobby til å tale sin sak enn andre innvandrergupper.⁶¹² De kommer også ofte fra kulturer som er svært ulike den såkalte «tradisjonelle norske», og utfordrer dermed i større grad enn andre innvandrergupper nordmenns opplevelse av intergenerasjonell kulturell kontinuitet. Mange nordmenn har derfor en tvetydig holdning til flyktninger. På den ene side ønsker man å hjelpe dem. På den andre, mistenkes de for å belaste samfunnet med sin problematiske bagasje.⁶¹³ Vi fremhever idealet, så lenge vi selv slipper å ofre noe særlig for å oppfylle det. Og selv om norsk lovverk har forpliktet seg til flyktningkonvensjonen og tilleggsprotokollen fra 1967, forplikter disse Norge strengt tatt kun til å sørge for at flyktninger får (midlertidig) beskyttelse, ikke at de mottar denne (permanent) i Norge.⁶¹⁴ Dette er noen av de viktigste grunnene til at flyktninger utgjør rundt 19 prosent av det totale antallet innvandrere som har fått innvilget opphold i Norge de siste 30 årene.⁶¹⁵ Arbeidsmigranter fra EU-land, og mennesker som kommer via familiegjenforeningsordningen, utgjør den store majoriteten (ca. 70 prosent). Til tross for at våre folkerettslige forpliktelser til flyktningkonvensjonen i utgangspunktet ikke er betinget av antallet flyktninger, møter ofte politikere økende antall asylsøkere med argumenter om et lavere antall overføringsflyktninger, at vi bør skjerpe

611 For kristnes del uttalte pave Frans endatil nylig at «you cannot reject refugees and call yourself a Christian». (usuncut.com). En svært liberal holdning finner vi også blant protestanter.: «We are Lutherans and we are pro-immigrant» proklamerer Bouman og Deffenbaugh, *They are us*, 4.

612 NOU 2017: 2, 83. Jf. Hampshire, *Politics*, 43.

613 Gibney, *Ethics*, 2. Jf. Gibney, *Critique*, 4.

614 Jf. Bröcker, *Die externen Dimensionen*, 45ff.

615 Ssb.no, «Innvandrere etter innvandringsgrunn». Jf. «Personer med flyktningbakgrunn», Haugen Ordemann, «Mange innvandet til arbeid og familie», og Strøm «Fortsatt svak vekst». Flyktninger flest kommer fra Afrika, Latin-Amerika og Midtøsten/Vest-Asia. Av det totale antallet innvandrere fra denne gruppen som har ankommet siden år 2000 er det imidlertid bare 30 % som er flyktninger. Leknes mfl. «Befolkningsframskrivingene 2018», 100.

praksisen med å returnere asylsøkere til et såkalt «trygt tredjeland»,⁶¹⁶ øke botidskravet, «fjernstyre» migrasjonen ved å innskjerpe visumpolitikken, inngå avtaler med land som utgjør den primære porten til Schengen-området, gjøre forholdene på asylmottakene mindre komfortable, eller bidra til at flyktningene mottar beskyttelse i hjemlandet eller på andre lands territorium.⁶¹⁷ Thomas Gammeltoft-Hansen beskriver de nordiske landenes forhold til flyktningkonvensjonen og asylretten som «skizofrent»:

På den ene side, hævder vi at respektere konventionerne i forhold til dem, det er lykkedes at komme hertil. På den ene side gjør vi alt, hvad vi kan, for at nægte flyktninge adgang til den mest nødvendige rettighet: adgangen til at søge asyl [...]. Ved at rykke grænsekontrollen ud på internasjonalt farvand, lave aftaler med transitstaternes myndigheder eller outsource kontrollen til private aktører kan de nordiske og europæiske lande dermed i praksis isolere seg fra det ansvar, de ellers ville ifalde, hvis de pågældende flyktninge frit havde kunnet rejse hertil.⁶¹⁸

Et fallende antall asylsøknader betyr derfor som regel ikke at færre trenger beskyttelse, men at hindrene for å søke har blitt høyere.⁶¹⁹ De stadig pågående politiske diskusjonene rundt de årlige asylkvotene, og sammensetningen av dem, viser tydelig at også denne gruppen innvandrere er gjenstand for realpolitiske vurderinger. Er man derimot en person fra Vesten som

616 Mens norske myndigheter før 2015 kun returnerte asylsøkere som ville få søknaden behandlet i tredjeland, er det nå kun en forutsetning at de ikke blir forfulgt (Vevstad og Schultz, «Felles yttergrense», 403). Faren er derfor reell for at vi bidrar til at asylsøkere på ny blir kasteballer mellom land som ikke ønsker å vurdere asylsøknaden («Dublin-samarbeidet», 411). At man i dag med hjemmel i *Utlendingsloven* § 32d kan nekte å realitetsbehandle søknader fra personer som ankommer Norge fra et land man ikke er forfulgt er fundert i en *presumpsjon* basert på informasjon om generelle forhold. Terje Einarsen har påpekt problemene med en slik praksis, med henvisning til at en søker må kunne få anledning til å argumentere for at den generelle presumpsjonen ikke dekker hans/hennes tilfelle. Dette krever individuell vurdering. Brudd med asylretten kan ikke begrunnes med en presumpsjon om trygt tredjeland. UIB v/ Terje Einarsen, *Høringsuttalelse*, 9. feb. 2016, 4f., og UNHCR, *Høring*, 12. feb. 2016, 11.

617 Jf. Carling, «The European Paradox», 36ff., og Puntervold Bø, «Den grenseløse innvandringskontrollen».

618 Gammeltoft-Hansen, «Paradigmeskifte?», 27f.

619 Å praktisere slik fjernstyring uten å sikre migrantenes rettsikkerhet er et tydelig brudd på *non-refoulement*-prinsippet, og utgjør en sterk etisk og folkerettslig utfordring for dagens norske og europeiske forsøk på å eksternalisere innvandringskontroll (jf. Bendel, *Flüchtlingpolitik*, 13, 17, og Puntervold Bø, «Et rettsikkerhetsproblem?»). Cecilia Bailliet har kritisert praksisen med å sende asylsøkere tilbake til «trygge tredjeland», og mener at asylsøkere ofte sendes tilbake til land som ikke garanterer asylantene tilstrekkelig rettsikkerhet (f.eks. Russland), og som derfor øker sannsynligheten for *refoulement*, noe som bryter med Norges konvensjonsforpliktelser (Bailliet, «Alienation», 685f). Til øvrige utfordringer ved å sikre flyktningers rettsikkerhet se Puntervold Bø, «Et rettsikkerhetsproblem?», Shacknove og Byrne, «The Safe Country Notion», 217f., Bailliet, «Alienation», Jaya, Schoenholtz, og Schrag, «Refugee Roulette», 372ff., Legomsky, «Unequal Justice», O'Nions, *Asylum*, 95, 122f., Rowlands, «Temptations», 856, Byrne, «Future Perspectives», 403ff. og Sicakkan, *Citizenship Requirements*. En rekke av høringsvarene på regjeringens forslag til innstramminger i 2015/2016 er også instruktive. Se f.eks. Advokatforeningen, *Høring*, 12. feb. 2016.

bringer med seg mye menneskelig og materiell kapital møter man få, om ingen, hindringer på veien mot å bli en del av det norske samfunn.

Norges geografiske plassering gjør at vi har en «buffer» mot situasjoner som setter våre konvensjonsforpliktelser på like store, og like direkte, prøver som mange andre land. Dublin-avtalene har blitt sett på som gunstig for Norge, nettopp fordi vi så sjelden er det første trygge landet flyktninger kommer til.⁶²⁰ Hadde EU-land latt asylsøkere reise med ordinær transport (fly, tog, rutebåter osv.) til Europa for der å få sin sak prøvet, ville man både kunne oppnå en bedre og mer rettferdig administrativ fordeling av søknadsbehandlingen, samt unngått mye av den illegale og farlige migrasjonen over Middelhavet.⁶²¹ Den administrative byrden ville nok totalt sett blitt større, men de moralske problemene ville blitt adskillig færre. Heller enn å bevege seg i denne retning, har Norge og europeiske land for øvrig suksessivt og systematisk gjort det vanskeligere for mennesker å søke asyl. Å etablere flere, og høyere, hindre for mennesker med et antatt beskyttelsesbehov å søke asyl, betyr i praksis at illegal grensekryssing ofte vil være den eneste tilgjengelige måten de kan få gjøre bruk av sin juridiske rett til å søke asyl og motta en rettsikker saksbehandling.⁶²² I Norge er Bente Puntervold Bø blant dem som ved flere anledninger har argumentert for at dette er konvensjonsstridig, og derfor i strid med lovens formål som ifølge utlendingsloven § 1 er å gi «grunnlag for vern for utlendinger som har krav på beskyttelse etter alminnelig folkerett eller internasjonale avtaler som Norge er bundet av».⁶²³ Ifølge Wien-konvensjonen om traktatretten, som danner grunnlaget for internasjonalt samarbeid, skal stater overholde sine internasjonale forpliktelser i «god tro» (art. 26), hvilket innebærer at de skal

620 Jf. Brekke og Staver, «Renationalisation», 2174f. og Vevstad og Schultz, «Dublin-samarbeidet», 409.

621 Jf. saken mellom Paolo Mengozzi og den belgiske stat referert til i Petra Bendel, *EU-Flüchtlingpolitik*, 8f. Hva gjelder mennesker som åpenbart flykter fra krig og forfølgelse, har vi ikke bare en forpliktelse til å ta imot dem, men til å hjelpe dem ut av landet. Mange syrere kunne vært reddet fra farlige båtreiser på Middelhavet på denne måten. Jf. Blake, *Justice*, 104f., 115f., Bloom og Risse, «Examining Hidden Coercion» og Puntervold Bø, *Søkelys*, 13, 16, 48ff.

622 Norges tilslutning til Det europeiske grense- og kystvaktbyrået (EBCG, også kalt «Frontex» hvor «[b]yråansatte som utplasseres skal etter fullmakt fra vertsstaten blant annet kunne kontrollere personers identitet, tillate og nekte innreise, stemple reisedokumenter, utstede eller avslå søknad om visum på grensen» (*Prop. 108 S (2021–2022)*, 9) er et eksempel på hvordan en slik praksis vil svekke rettsikkerheten til asylsøkere. Selv med «fullstendig opplæring i relevant [...] folkerett» (ibid., 10) vil rettsikkerheten knapt kunne sammenliknes med den de ville motta dersom de kom i kontakt med hele det norske retts-systemet. Jf. nedenfor for min kritikk av eksternalisering av juridisk beslutningsmyndighet. For en kritikk av Frontex sin virkemåte i migrasjonshåndtering, se O'Nions, *Asylum*, 79ff., 194f.

623 Puntervold Bø, «Et rettsikkerhetsproblem?», og *Immigration Control*, 464ff., passim. Forslaget om å innføre visumkrav for flyktninger som ble fremmet i 2015–2016 (*Prop. 90 L (2015–2016)*, 22ff.) var ifølge Terje Einarsen folkerettsstridig, og ville bidra til «systematisk refoulement». UIB/Terje Einarsen, *Høringsuttalelse*, 9. feb. 2016, 5. Jf. UNHCR, *Høring*, 12. feb. 2016, 8.

handle i samsvar med traktatenes formål. Selv om Norge ikke har ratifisert konvensjonen regnes den, i kraft av sin status som folkerettslig sedvanerett, også for å være bindende for Norge.⁶²⁴ Så lenge konvensjonsforpliktelsene har demokratisk legitimitet, er det moralsk og juridisk svært problematisk å praktisere lovverket for øvrig på en måte som forsøker å omgå den. Selv om man skulle mene at flyktningkonvensjonen begrenser Norges *juridiske* forpliktelser overfor flyktninger til ikke å sende dem tilbake til situasjoner som utsetter dem for forfølgelse, er det fra et *etisk* ståsted problematisk å redusere våre forpliktelser på flyktningkonvensjonen til våre juridiske forpliktelser overfor asylsøkere som står på grensen.⁶²⁵ Puntervold Bø skriver:

Even though the legal right to asylum is conditioned by the presence of the asylum seeker in the country or at the border, it does not follow that the moral right to asylum is conditioned by the geographical situation of the applicant. In moral terms, the only condition for asylum is the need for protection against persecution.⁶²⁶

En rett til å søke om asyl er ikke verdt mer enn papiret den er skrevet på dersom man ikke har tilgang til juridiske prosedyrer som kan ta stilling til om status som flyktning bør gis eller ei. Å bruke vår geografiske plassering til å omgå det ansvar vi ifølge rettferdighetshensyn har er umoralsk og i strid med flyktningkonvensjonens formål. I artikkel 28 av menneskerettighetserklæringen leser vi at ethvert menneske har rett på en «internasjonal orden som fullt ut kan virkeliggjøre de rettigheter og friheter som er nevnt i denne erklæring», og flyktningkonvensjonens sluttakt oppfordrer stater til sammen å handle «in a true spirit of international cooperation in order that these refugees may find asylum and the possibility of resettlement» (seksjon D).⁶²⁷ Det er på denne folkerettslige bakgrunn at Norge som stat er moralsk forpliktet til å ta sin del av ansvaret for å bidra til at mennesker får tilgang til å søke internasjonal beskyttelse.⁶²⁸

624 Rt. 2010, 858, avsnitt 38.

625 Puntervold Bø, *Immigration Control*, 354. James Hathaway argumenterer for at prinsippet om *non-refoulement* ikke i seg selv forbyr stater å sette opp ekstra-territorielle hindre for at mennesker får tilgang til asylinstituttet. Dette utelukker ikke at andre folkerettslige normer kan tale mot dette (f.eks. ICCPR, art. 6(1), 7, og 12(2)). Hathaway, *The Rights of Refugees*, 307ff., 367, 369.

626 *Ibid.*, 467.

627 Se også FN-charteret, art. 1(3), og fjerde avsnitt i konvensjonstekstens forord (preamble).

628 Forpliktelsen gjelder like fullt selv om Norge ikke har noen direkte skyld i at mennesker blir flyktninger. Enkelte menneskerettsteoretikere vil hevde at folkeretten primært pålegger oss særforpliktelser overfor flyktninger. Andrew Shacknove skriver eksempelvis: «[W]here no special or contextual relation exists, no duty to protect or to aid is incurred. Acting may be laudable, but it is not morally mandatory.

Men hva er det med flyktnings situasjon som gjør at vi bør prioritere å gi akkurat dem opphold, fremfor de utallige fattige rundt om i verden som har vel så prekære udekkede behov?⁶²⁹ Det mest naturlige vil være å søke svar på dette spørsmålet ved å se på flyktningkonvensjonens flyktningdefinisjon. Men konvensjonsformuleringene er åpne for mange tolkninger. Ved ikke uten videre å tilby presise, operasjonaliserbare seleksjonskriterier, er den ikke immun mot realpolitikk.⁶³⁰ Det pågår daglig forhandlinger i utlendingsforvaltningen om hvordan man skal dra grensene mellom hvem som er flyktning og hvem som ikke er det.⁶³¹ Også internasjonalt er det stor variasjon i hvordan denne grenseoppgangen bestemmes.⁶³² Flyktningdefinisjonen norsk rettsvesen har som utgangspunkt for sin behandling av asylsaker er tilnærmet lik den vi finner i flyktningkonvensjonen, og lyder som følger (§ 28a):

En utlending som er i riket eller på norsk grense, skal etter søknad anerkjennes som flyktning dersom utlendingen har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en 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.⁶³³

Man innvilges altså ikke status som konvensjonsflyktning som følge av generelt dårlige livsvilkår, men fordi staten flyktningene tilhører enten aktivt diskriminerer dem på måter som hindrer dem i få dekket sine

Thus, whereas the United States was obligated to assist refugees from Vietnam, Norway and Nigeria were not.» (Shacknove, «American Duties», 141. Jf. Davis, «Responsibility», 21, og Wilcox, «Open Borders», 27). Mot Shacknove vil jeg hevde at vi også har generelle folkerettslige forpliktelser overfor flyktninger. Disse følger både av VM, flyktningkonvensjonen og av det faktum at Norge, gjennom sin handelspolitikk bidrar til å skape dårlige livsvilkår for mennesker andre steder i verden. At vi bidrar til dette er hevet over enhver tvil, men ettersom årsaksforholdene er så komplekse, er det umulig å si eksakt hvem Norge har voldt skade. Norge har derfor en *generell* forpliktelse overfor flyktninger, som sin tur må spesifiseres gjennom internasjonal ansvarfordeling. Noe annet ville være å løpe fra ansvaret alle stater har for at verden er organisert som den er. Enhver moderne stat har politisk legitimitet i kraft av det nettverk av internasjonale relasjoner den inngår i, og fordi dette nettverket er etablert og opprettholdt av gjensidig statlig aktørskap er det også dette nettverket av aktører som helhet som har ansvar for de negative konsekvensene av hvordan det er organisert.

629 Owen, «In Loco Civitatis», 272, 286ff., og Brock, *Justice*, 56ff.

630 Det var særlig i og med innvandringsstoppen som ble innført i 1975 at behovet for å utvikle ulike operasjonaliserbare kategorier og tydelige seleksjonskriterier meldte seg (Brochmann og Kjeldstadli, *Innvandringen til Norge*, 253). For øvrig til utfordringene med vurdering av asylsøker se Liodden, «Usikkerhet».

631 Liodden, «Usikkerhet», 216. Se også den videre diskusjonen nedenfor.

632 Ulikhetene har ikke bare realpolitiske forklaringer. De har også prosedurale betingelser. Jf. Sicakkan, *Citizenship Requirements*.

633 Dette betyr ikke at rett til flyktningstatus kun kan begrunnes i flyktningkonvensjonen. Av andre relevante konvensjoner er særlig EMK art. 3, CAT § 3, og ICCPR.

mest grunnleggende behov, eller er ute av stand til å sørge for at de blir tilfredsstillt.⁶³⁴

Flyktningkonvensjonens definisjon har blitt problematisert med utgangspunkt i flere forhold. Først og fremst er den blitt kritisert for ikke å fange opp internt fordrevne, «tilfeldige» ofre for krig,⁶³⁵ klimakatastrofer, fattigdom eller sult, ofre for strukturell vold som ikke uten videre kan kobles direkte til aktørers bevisste handlinger, mennesker som befinner seg i utlandet men som frykter å reise tilbake på grunn av politiske endringer med antatte negative konsekvenser for dem, mennesker som ikke har opplevd direkte å skades av undertrykkelse men som har stor risiko for å bli utsatt for dette, og sist, men ikke minst, fokuserer den primært på mennesker som forfølges på grunn av bestemte «aktiviteter», og risikerer dermed å miste for øye de mennesker som simpelthen er ofre.⁶³⁶ Mens konvensjonens flyktningdefinisjon ofte blir tatt for kun å omfatte mennesker som personlig har vært utsatt for trusler, og ikke mennesker som bor i land der det generelt er utrygt å bo, er det gode grunner til at man fra et etisk ståsted bør tillegge sistnevnte større vekt. Hvis ikke ville konvensjonen åpne for at politiske dissidenter som har vært fengslet i noen uker vil kvalifisere som flyktninger, mens mennesker som lever i land med borgerkrig ikke gjør det. Som migrasjonsetikkens pioner Joseph Carens skriver: «From a moral perspective, what is most important is the severity of the threat to basic human rights and the degree of risk rather than the source or character of the threat».⁶³⁷ Arbeids- og inkluderingsdepartementet gjorde

634 Lister, «Who are Refugees?», 659. Jf. Shacknove, «Who is a Refugee?», 281.

635 Med tilfeldige ofre menes her mennesker som ikke har havnet i skuddlinjen pga. sin politiske, nasjonale, etniske, religiøse eller sosiale tilhørighet. Jf. Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, 323, 331, *Flyktningkonvensjonen* § 1 A2, og Gibney, *Ethics*, 6f.

636 Fuglerud, *Migrasjonsforståelse*, 107ff. Dette siste poenget har blitt forklart med at definisjonen er tendensiøst utformet med tanke på kjønn og alder. Det er den mannlige voksne (politiske) flyktning, og ikke barnespesifikke og kvinnespesifikke forfølgelsesformer, som står i fokus (f.eks. kjønnslemlesting og tvangsekteskap, Elisabeth Gording Stang, «Barn, tortur og retur», og Cusimano Love, *Global Issues*, 190ff.). Norsk lov har forsøkt å bote på dette med å presisere hva som ligger i begrepet forfølgelse vha. EUs statusdirektiv, og spesifikt innordne handlinger rettet mot barn og kvinner (§§ 29f, 30c, 38). Da EUs kvalifikasjonsdirektiv av 2004 forsøkte å konkretisere hvilke trusler som gir gode grunner til beskyttelse (ikke-retur), gjaldt dette også ikke-statlige handlinger (§ 6c) som er kjønnsmotivert og rettet mot barn (§ 9, 2f). Mao, skal kvinner og barn som lever i familieforhold der de mangler beskyttelse fra vold og overgrep innvilges flyktningstatus. Jf. for øvrig diskusjonen rundt flyktningdefinisjonens rekkevidde hos Larsen, «Asyl», 206ff., Øyen, «Flyktningstatus», 241ff., Sicakkan, *Citizenship Requirements*, 389ff., Owen, «In Loco Civitatis», 276ff., Kukathas, «Are Refugees Special?», 255ff., Dallmann, «Migration», 6, Bader, «Ethics of Immigration», 340, Zolberg, Suhrke, og Aguayo, *Escape from Violence*, 30ff. og Blake, *Justice*, 110ff.

637 Carens, *Ethics of Immigration*, 201. Jf. Gibney, «Refugees and Justice between States», 252f., Shacknove, «Who is a Refugee?», 275ff. og Gesang, «Obergrenzen», 85f. FNs høykommissær for flyktninger har til en viss grad tatt innover seg dette poenget. *UNHCR Resettlement Handbook*, 80f., 88f. Jf. UNHCR, *Guidelines on International Protection no. 12*, avsnitt 6–8, 76, 78, 83, 86–88, UNCHR, *Håndbok*, pkt. 53, 17. Mennesker

bruk av dette poenget da de i den nye utlendingsloven som ble vedtatt i 2010 innførte et mer ekspansivt flyktningbegrep enn det som tidligere var tolkningsnormen.⁶³⁸ Mens det tidligere kun var mennesker som kunne påberope seg beskyttelse under flyktningkonvensjonen (§ 1A (2)) som fikk flyktningstatus, kunne nå også mennesker få innvilget status som flyktning med basis i den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 3, som forbyr stater å sende mennesker som risikerer tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling tilbake til opphavslandet.⁶³⁹ Det er per i dag kun Norge blant europeiske land som har inkorporert en slik utvidelse eksplisitt i sitt lovverk.⁶⁴⁰ I motsetning til flyktningkonvensjonen åpner den nye paragrafen for å gi beskyttelse til utsatte mennesker som ikke kan påberope seg bestemte forfølgelsesgrunner, men som for eksempel risikerer å bli utsatt for tilfeldige voldshandlinger på grunn av krig i hjemlandet.⁶⁴¹ Endringen betyr en innsnevring av mulighetene for skjønnsutøvelse hva gjelder personer som ikke er konvensjonsflyktninger men som likevel har et beskyttelsesbehov, noe som stadig gjør den til gjenstand for realpolitisk press.⁶⁴² Allerede i 2016 fremmet den sittende regjeringen forslag om å annullere utvidelsen av flyktningbegrepet foretatt i 2010.⁶⁴³

Norsk rett opererer imidlertid fortsatt med et juridisk skille mellom mennesker med beskyttelsesbehov og mennesker som «tilfeldigvis» lider alvorlig nød av andre grunner, som alvorlig sykdom, mangel på omsorgspersoner (o.l.).⁶⁴⁴ Sistnevnte kategori har fått innvilget opphold på såkalt «humanitært grunnlag» i samsvar med § 8 i den tidligere og § 38 i den

som ikke har opplevd forfølgelse, men som risikerer det ved retur, faller, i henhold til UNHCRs håndbok inn under flyktningbegrepet. De er såkalte flyktninger «*sur-place*» (ibid., pkt. 94ff., 24. Jf. Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, 273ff.). Med den nye *Utlendingsloven* er norsk lov også i samsvar med denne tolkningen (§ 28 fjerde ledd). Einarsen, *Utlendingsloven – med kommentarer*, 71.

638 *Ot. prp. 75 (2006–2007)*, 14f., 95, 144ff. Se også Einarsen, *Utlendingsloven – med kommentarer*, 38, 60, 72, og videre Taraku, *Innvandringsrealisme*, 192ff.

639 *Utlendingsloven* § 28, første ledd, bokstav b. Jf. *Grunnloven* § 93, og videre Øyen, «Flyktningstatus», 177f., 259ff., og Puntervold Bø og Fuglestad Bø, *Rettinghetstap*, 55f.

640 Jf. Øyen, «Rettskilder», 38f. Selv om EMK art. 3 og § 28, første ledd bokstav b i *Utlendingsloven* i utgangspunktet har samme rekkevidde finnes det noen unntak. Du kan ha rett på vern etter EMK uten at du har rett til flyktningstatus, men derimot subsidiær beskyttelse (Øyen, «Flyktningstatus», 260). For øvrig bør det i denne sammenheng nevnes at en vid tolkning av flyktningdefinisjonen i *Flyktningkonvensjonen* synes å være i samsvar med traktatforfatterens opprinnelige formål. Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, 177, 653ff.

641 Øyen, «Flyktningstatus», 260. I EUs statusdirektiv kvalifiserer disse for subsidiær beskyttelse (art. 15c). Jf. Vevstad og Schultz, «Felles europeisk asylsystem», 397f.

642 Martnes, *Barnets beste*, 46, 49, 52, 57f. Da NOAS i 2020 klaget på asylvedtak i UNE omgjorde tingretten de fleste av de 46 sakene fordi de mente at skjønnsbedømmelse ikke var blitt brukt, eller at den var utøvd på en problematisk måte. Tveter, «Utlendings saker og Nav-skandalen».

643 *Prop. 90 L (2015–2016)*, 38ff.

644 Larsen, «Asyl», 205. Fattigdom og hungersnød kan som regel ikke danne grunnlag for opphold.

gjeldende utlendingsloven, men da med noe begrensede rettigheter sammenliknet med dem som faller inn i flyktningkategorien.⁶⁴⁵ Men dersom Carens har rett i at menneskerettighetskrenkelsenes grunn, eller karakter, ikke er det *etisk sett* avgjørende for om et menneske behøver beskyttelse av en ny stat, hvorfor opprettholder man da denne juridiske distinksjonen? Så vidt jeg kan vurdere, er det ønsket om å bevare en viss realpolitisk kontroll over innvandringen som ligger til grunn for dette.⁶⁴⁶ Vurderinger av opphold på humanitært grunnlag åpner i større grad for skjønnsutøvelse som er sensitiv overfor politiske avveininger i møte med varierende innvandringspress.⁶⁴⁷ I 2020 formulerte Ap, Sp og Frp et anmodningsvedtak om at man burde innføre et enda tydeligere skille mellom flyktninger og humanitære migranter, blant annet gjennom å utvide bruken av midlertidige oppholdstillatelser og ved å innskjerpe kravene til familiegjenforening for sistnevnte gruppe.⁶⁴⁸

Men innebærer ikke Carens' poeng at vi tvert imot burde utvide forståelsen av hvem som trenger beskyttelse til også å omfatte mennesker som migrerer fordi de simpelthen ikke får sine mest grunnleggende menneskelige behov dekket, for eksempel på grunn av fattigdom, sykdom og sult? Det kan anføres gode grunner for at så burde skje. For det første, sett fra et humanitært perspektiv, har en økonomisk migrant det ofte verre enn en politisk flyktning.⁶⁴⁹ Og dersom eksempelvis sult er grunnen til at man emigrerer, er man da flyktning eller humanitær (økonomisk) migrant?⁶⁵⁰ Ofte er det jo slik at mangel på evne til økonomisk selvopprettholdelse skyldes politisk ustabilitet, sosial uro og i noen tilfeller (borger)krig. Sult

645 Foruten ulik rett til familiegjenforening, gjelder bl.a. ulikt krav om botid for rett til permanent opphold og statsborgerskap, og ulike opptjeningsregler i folketrygden. Det bør også nevnes at internt fordrevne mennesker lenge falt utenfor begge kategoriene, og var henvist til å kreve vern etter retten på annet vis (jf. Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, 272f., 663.) Dersom det ikke foreligger et rimelig alternativ til beskyttelse i hjemlandet vil internt fordrevne i dag kunne få opphold på humanitært grunnlag (Øyen, «Flyktningstatus», 270f.). Mennesker med et visst beskyttelsesbehov, men som ikke er tilstrekkelig sterkt til å få status som flyktning, får også ofte opphold på humanitært grunnlag, særlig dersom andre faktorer (sykdom, osv.) også legges til grunn. NOU 2004: 20, 22, og Martnes, *Barnets beste*, 60.

646 *Utlendingsloven* §38. Jf. *Ot. prp. 75 (2006–2007)*, 152, 300ff.

647 Øyen, «Opphold på humanitært grunnlag», 301f., Martnes, *Barnets beste*, 48f., og videre *Ot. prp. 75 (2006–2007)*, 153. Her bør det understrekes at utøvelsen av kan-skjønnnet ikke er helt fritt. Det er begrenset både av forarbeider, tidligere praksis (presedens, osv.) og av prinsippet om likebehandling (Liudden, «Usikkerhet», 203). Det må også tillegges at mennesker som påberoper seg lovens beskyttelse (som flyktning) etter § 28 i *Utlendingsloven*, kan få sin søknad om realitetsbehandling midlertidig nektet dersom presset er «ekstraordinært». Jf. *Utlendingsloven* § 32.

648 Puntervold Bø og Fuglestad Bø, *Rettighetstap*, 54. Forslaget om å oppheve den uthevede flyktningdefinisjonen som ble fremmet i 2016 var også motivert av å svekke retten til familiegjenforening for mennesker som fikk beskyttelse etter § 28b. Jf. Advokatforeningen, *Høring*, 12. feb. 2016, 6f.

649 Pogge, «Migration and Poverty», 15.

650 Gibney, *Ethics*, 12f. Jf. Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, 310.

skyldes heller ikke nødvendigvis aktiv forfølgelse, men unnlåtelsessyn-der fra statens side.⁶⁵¹ Omvendt kan også politisk ustabilitet skyldes økonomiske faktorer.⁶⁵² Er en person som utvandrer fra et slikt land politisk flyktning eller humanitær (økonomisk) migrant?⁶⁵³ Det er heller ikke alltid risiko for skade på liv og helse er størst for innvandrere selv, men for dem hen har forlatt hjemlandet for å hjelpe. Disse menneskene kvalifiserer som oftest ikke som flyktninger, men som økonomiske innvandrere, til tross for at risiko for (andres) liv og helse er det som har drevet dem til å emigrere. Det er derfor ikke overraskende at motiver som omfattes av konvensjonsformuleringene og humanitære (inkl. økonomiske) motiver ofte opptrer side om side hos migrantene selv.⁶⁵⁴

Selv dersom vi begrenser oss til forfulgte mennesker, støter vi på flere avgrensingsutfordringer.⁶⁵⁵ Hva som skal gjelde som forfølgelse er nemlig notorisk vanskelig å ta stilling til.⁶⁵⁶ Det er ikke et enten-eller-spørsmål. Forfølgelse skjer med ulik grad av alvor, og risiko er alltid knyttet til forskjellige farer, noe som gjør det til en skjønnsmessig vurdering om hvem som er flyktninger dersom dette kriteriet alene skal anvendes.⁶⁵⁷

Ut av disse utfordringene med å utvikle en operasjonaliserbar grenseoppgang mellom flyktninger og mennesker som søker opphold på grunnlag av sterke menneskelige behov, vokser det frem et generelt definatorisk dilemma: Gjør vi definisjonen for smal, utelukkes mange mennesker i stor nød. Gjør vi den for bred, blir grensen mellom humanitære migranter og flyktninger for vag. Det grunnleggende problemet er at årsakene til at mennesker opplever nød ikke er enkle å identifisere, isolere og rangere

651 Eller situasjoner som når Robert Mugabe kun gav mat til sine politiske støttespillere. Se Mercedes Sayagues, «Zimbabwe's Food Crisis: What went Wrong». Tilgjengelig her: https://www.zimbabwe-situation.com/old/aug10_2002.html#link9

652 Castles, de Haas, og Miller, *The Age of Migration*, 26.

653 UNHCRs håndbok for fastsettelse av flyktningstatus anerkjenner eksplisitt denne uklarheten. UNHCR, *Håndbok*, pkt. 63f, 19.

654 Bailliet, «The Grey Zone», 55, 158ff. Se også Worm, *Fluchtmigration*, 154, Hamlin, *The Politics of International Refugee Law*, 107ff., og Hatton, *Seeking Asylum*, 31, 34f.

655 Hovedintensjonen med å begrense flyktningkategorien til å gjelde forfulgte mennesker/grupper er å avgrense den fra ofre for klimakatastrofer, tilfeldig vold, statsløse, internt fordrevne, og andre med et personlig migrasjonsbehov som ikke er drevet frem av alvorlige menneskerettighetskremler. Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, 127, 264, 287. Jf. *ibid.*, 250, og Einarsen, *Utlendingsloven – med kommentarer*, 72f.

656 Øyen, «Flyktningstatus», 210ff. og UNHCR, *Håndbok*, 16f. Jf. Shacknove, «Duties to Refugees», 158f., Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, 266ff., 285ff., og Larsen, «Asyl», 204.

657 Kukathas, «Are Refugees Special?», 257. Jf. også UNHCR, *Håndbok*, 17, og Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, 287ff. I tilfeller der man ikke kan isolere en enkeltstående avgjørende risikofaktor opererer man derfor ofte juridisk med et akkumuleringsprinsipp (jf. *Utlendingsloven*, § 29b). En vurdering av fremtidig risiko er også utfordrende fordi mennesker som søker opphold som flyktninger ofte kommer fra uforutsigbare regimer hvor fremtiden er vanskelig å spå. Liudden, «Usikkerhet», 199.

med tanke hvor stor trusselen mot deres grunnleggende menneskerettigheter utgjør. Asylsøkere er i stor grad «bærere av ambivalens», og grenseoppgangen mellom flyktninger og humanitære migranter utgjør derfor en juridisk gråsoner.⁶⁵⁸

Dersom grunnintensjonen bak asylpolitikken er å prioritere vern av mennesker som *de facto* ikke har en stat å henvende seg til for vern mot alvorlige menneskerettslige krenkelser uavhengig av hva som er grunnen for dette, og en dobbel forankring i både flyktningkonvensjonen og den europeiske menneskerettighetskonvensjonen skaper et bedre juridisk vern mot realpolitiske vurderinger, mener jeg at utvidelsen som ble gjort i den nye utlendingsloven er en forbedring sett fra et prinsipielt etisk ståsted.⁶⁵⁹ Likevel er det etisk sett mer avgjørende hvordan den vil fungere i praksis. Fra et politisk-strategisk perspektiv er nemlig spørsmålet om en reformulering av flyktningbegrepet i denne retning i praksis vil føre til at færre land vil binde seg til den, og at fordelingen av ansvar vil bli enda skjevere enn den er i dag.⁶⁶⁰ En slik utvikling vil kunne medføre en generelt mer restriktiv praksis, og derfor til syvende og sist vil gå ut over menneskene med beskyttelsesbehov.⁶⁶¹ Dersom få, eller ingen, vil følge den etiske regelen som ville fått de beste konsekvensene om alle fulgte den, og mer godt vil komme av å følge en «ikke-ideell» regel som flere vil praktisere, og som

658 Fuglerud, «Kontroll og korrupsjon», 140, og Bailliet, «The Grey Zone».

659 Hovedbegrunnelsen for utvidelsen var at det var få som fikk opphold av konvensjonsgrunner, mens mange fikk opphold på humanitært grunnlag av beskyttelsesgrunner. En slik sondering mente man ikke gav mening sett i lys av våre internasjonale forpliktelser (jf. NOU 2004: 20, 145ff.). Terje Einarsen har argumentert for at logikken i den tidligere sonderingen gav mening all den tid det ikke er trekk ved den ytre situasjonen (f.eks. krig, sult osv.) som er det avgjørende for å skulle få innvilget beskyttelse av konvensjonsgrunner, men derimot diskrimineringsaspektet. En stat kan nemlig ha lite ressurser, og dermed ikke kunne dekke befolkningens behov, uten at det foregår diskriminering. I slike tilfeller er ikke menneskene som lider konvensjonsflyktninger ifølge Einarsen. Når konvensjonen henviser til forfølgelsesgrunn er det nettopp denne grensdragning som blir gjort. Vi bør altså, ifølge Einarsen, prioritere vern av mennesker som lider pga. (alvorlig) diskriminering, fremfor dem som lider like mye av andre ikke-diskriminerende grunner (Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, 310, 323f., 655, og *Utlendingsloven – med kommentarer*, 73). Den eneste etiske grunnen jeg kan se taler for en slik prioritering er at muligheten for forbedring av sistnevntes situasjon gjennom bistandspolitikk (osv.) er større enn for førstnevntes del. En stat som (tilsynelatende) vil, men er ute av stand til å sørge for at befolkningen får dekket sine behov, er lettere å bistå, enn en stat som i utgangspunktet ikke er villig til det. I sistnevnte tilfelle er menneskene i behov for en ny stats beskyttelse. Det avgjørende for å opprettholde distinksjonen vil da være om bistand faktisk har den effekten som her forespeiles, eller om mange mennesker som lever i land der de lider av ikke-diskriminerende grunner *de facto* er i behov av en ny stats beskyttelse.

660 Jf. Goldsmith og Posner, *The Limits of International Law*, 203.

661 Jf. *Retten til vern som flyktning*, 663f., og Schotel, *Exclusion*, 12. En annen fare ved å opprettholde skillet er at man kan skape et inntrykk av at mennesker som får opphold på humanitært grunnlag ikke er i like stort behov for opphold i Norge som mennesker som får status som flyktning. Puntervold Bø og Fuglestad Bø, *Rettingetap*, 56.

lener seg så langt som praktisk-politisk mulig i retning idealet, bør man foretrekke sistnevnte.⁶⁶²

Til tross for sin høye folkerettslige status, har flyktningkonvensjonens flyktningbegrep aldri vært immunt mot realpolitikk.⁶⁶³ Staters praksis har vært svært ulik med tanke på hvordan definisjonen skal tolkes og juridisk operasjonaliseres.⁶⁶⁴ Som Terje Einarsen påpeker er dette traktatsrettslig en anomali, ettersom en avtale av denne typen ikke gir den ene part frihet til ensidig å tolke avtalen for å innskrenke sine forpliktelser, men tvert imot skal gjelde likt for alle parter.⁶⁶⁵ En uniform tolkningspraksis som følger opp konvensjonens humanitære ambisjon er derfor juridisk påkrevet.⁶⁶⁶ Flyktningkonvensjonen formulerer tross alt menneskers rettigheter *vis-a-vis* staten.⁶⁶⁷ Var det utelukkende opp til hver enkelt stat å bestemme hvem som skulle få opphold som flyktning ville ikke etableringen av en konvensjon ha noe formål.⁶⁶⁸ Konvensjonens flyktningbegrep må derfor tenkes slik at den formulerer et felles definerbart innhold som er like bindende for alle medlemsstater.⁶⁶⁹ En tydelig avklaring av dette felles innholdet er viktig fordi det institusjonelle politiske apparatet som regulerer innvandring primært ønsker å beskytte statens interesser.⁶⁷⁰ Dette er ingen kontroversiell påpekning i og for seg. Det ligger i selve statens natur å skulle beskytte sine medlemmers interesser. Den er imidlertid sjelden direkte uttalt. En felles innholdsavklaring vil også være *gunstig* for et relativt raust asylsøkerland som Norge ettersom den vil kunne bidra til en jevnere ansvarfordeling mellom

662 Carter, «Utilitarian Morality», 175ff. Jf. Driver, *Consequentialism*, 48f., 137ff. Det bør imidlertid nevnes her at et utvidet flyktningbegrep som tydeliggjør hvem som får opphold av beskyttelsesgrunner kan føre til større aksept for at flere får opphold.

663 For Norges del, foreslo da også regjeringen som nevnt å oppheve den utvidede flyktningdefinisjonen i møte med det sterkt økende innvandringspresset fra Syria. Jf. også Cecilia Bailliets analyser av tidligere praksis, i Bailliet, «The Grey Zone», 171.

664 «Alienation», 697ff., Hamlin, *The Politics of International Refugee Law*, 107ff., og Tone Lioddens studie av skjønnsutøvelse i behandling av asylsøknader i UDI i Lioddens, «Making the Right Decision», 247ff., 258f. Jf. Angenendt, Engler, og Schneider, «Europäische Flüchtlingspolitik», 2.

665 Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, 79. Det er verdt å merke seg at forfatterne av *Prop. 90 L (2015–2016)* argumenterte nettopp med at revisjonen ville føre til økt harmonisering. Behovet for dette understreker imidlertid det realpolitiske navigasjonsrommet som eksisterer innenfor et felt som juridisk sett strengt tatt ikke tillater det.

666 Bailliet, «The Grey Zone», 62, og Øyen, «Rettskilder», 40f. Ifølge Terje Einarsen betyr ikke språklig vagheth at konvensjonens flyktningdefinisjon er folkerettslig ubestemt. Gjennom anvendelsen av juridisk metode er det mulig å gjøre den presist operasjonaliserbar. Han vedkjenner imidlertid at dette ikke er en enkel metodisk øvelse, noe som nok kan være en del av forklaringen på hvorfor saksbehandlere oftere gir opphold på humanitært grunnlag (Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, 37f.). Et konkret grep kunne her vært å begynne med å utarbeide en felles regional/global liste over hvilke tredjeland som anses som sikre.

667 *Retten til vern som flyktning*, 628.

668 *Ibid.*, 81.

669 *Ibid.*, 264. Vevstad og Schultz, «Felles europeisk asylsystem», 396.

670 Kukathas, «Are Refugees Special?», 259.

stater enn det som i dag er tilfelle.⁶⁷¹ Det har derfor vært naturlig for Norge å gjøre utstrakt bruk av EUs forsøk på å bidra til en slik avklaring gjennom utformingen av det såkalte «statusdirektivet» fra 2011.⁶⁷²

Et realpolitisk resonnement som dette illustrerer også hvorfor det er så viktig å opprettholde distinksjonen mellom migranter som kun kan få sine mest grunnleggende behov dekket ved å få innvilget asyl i et annet land, og mennesker som kan motta hjelp gjennom internasjonal bistand i sitt hjemland.⁶⁷³ Selv om våre moralske forpliktelser overfor flyktninger og fattige er forankret i det samme menneskesynet, må de ofte, av praktiske hensyn, innfris på ulike måter.⁶⁷⁴ Som Einarsen påpeker er det juridisk og politisk sett lite hensiktsmessig å gi ethvert offer for negative omstendigheter flyktningstatus. En distinksjon mellom mennesker med flyktningstatus, personer med krav om opphold på humanitært grunnlag og mennesker vi bør yte humanitær assistanse i hjemlandet angir tydeligere det juridiske og politiske ansvaret.⁶⁷⁵ Skulle asylretten utvides til å omfatte alle fattige og nødlidende mennesker i verden, ville mange hundre millioner mennesker kunne påberope seg denne, og asylsystemet ville kollapse.⁶⁷⁶

Her vil jeg imidlertid understreke at det avgjørende ikke er hvorvidt mennesker som ikke er forfulgt *kan* få hjelp i sitt hjemland, men hvorvidt denne hjelpen *faktisk* ytes.⁶⁷⁷ Mottar de ikke hjelp i sitt hjemland har de en moralsk rett på opphold i et annet land. For Norges del vil det innebære at de bør få opphold på humanitært grunnlag så fremt de i antall ikke gjør det umulig for Norge å opprettholde en liberal innvandringspolitikk og ikke utgjør en trussel mot vår evne til å realisere sivil rettferdighet. Humanitære migranter som av ulike grunner ikke kan motta hjelp i sitt hjemland har, *etisk sett*, et like sterkt krav på opphold i Norge som en flyktning, og dersom de innvilges opphold bør de få nyte godt av de samme medfølgende rettighetene.⁶⁷⁸ Norges svært restriktive bruk av § 38 i utlendingsloven

671 Dette gjelder særlig dersom en del av denne innholdsavklaringen også inkluderte en stipulasjon av hvilke minimumsrettigheter flyktningene kan gjøre krav på i medlemsstatene. Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, 137.

672 Europakommisjonen ønsker å gjøre direktivet til en forordning som medfører juridiske forpliktelser for medlemslandene (Vevstad og Schultz, «Felles europeisk asylsystem», 398). Det må understrekes at disse direktivene formulerer minimumsstandarder som det kan være moralsk riktig å gå utover.

673 Lister, «Who are Refugees?», 659ff.

674 *Ot. prp. 75 (2006–2007)*, 152. Jf. det jeg skriver om integrasjonskapasitet og beskyttelseskapasitet i seksjon 6.1.

675 Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, 28.

676 Lister, «Who are Refugees?», 652.

677 Twele, «Von Menschenrechten», 34f., og Miller, *Strangers*, 168.

678 Jf. UNHCR, *Høring*, 12. feb. 2016, 16f. og Europakommisjonen, *Family reunification*.

etter at den nye loven kom, og den senere tids svekkelse av humanitære migranternes rettigheter vis-a-vis flyktninger her i Norge, lar seg vanskelig forsvare etisk. Det svært lave antallet som innvilges opphold på humanitært grunnlag de senere år tilsier at samfunnsøkonomiske argumenter for å gi dem begrensede rettigheter ikke er særlig relevant.⁶⁷⁹ Like rettigheter vil motvirke segregering og dermed fremme integrering og svekke innvandringskepsis.

Med alt dette sagt, kvalifiserer ikke et menneske for asyl bare fordi landet det bor i ikke har like mange rettigheter og muligheter til livsutfoldelse som statsborgere i andre land. Så lenge det er trygt å bo der og deres grunnleggende menneskerettigheter er ivarettatt, yter ikke verdenssamfunnet dem urett ved å nekte dem flyktningstatus eller opphold på humanitært grunnlag.⁶⁸⁰

Så langt har jeg slått fast at det er etisk legitimt å opprettholde en distinksjon mellom flyktninger og humanitære migranter når vi skal gjøre innvandringspolitiske prioriteringer, og at det i en del tilfeller vil være politisk mest hensiktsmessig å gi personer som tilhører førstnevnte kategori forrang. Men det er flere grensedragninger som potensielt er relevante når vi skal utforme asylpolitikk på en etisk reflektert måte. Hvordan bør vi eksempelvis prioritere mellom mennesker som søker asyl på riksgrensen, og mennesker andre steder i verden som lider forfølgelse, og som ofte er enda mer prekært stilt fordi de ikke har ressursene de trenger for å flykte – enten de befinner seg i hjemlandet eller i en av FNs flyktningleirer i nærområdene? Spørsmålet er altså hvordan vi bør prioritere blant ulike grupper flyktninger.

I 1990 kritiserte menneskerettighetsteoretikeren Mark Gibney Norge for kun å forholde seg reaktivt til mennesker med beskyttelsesbehov.⁶⁸¹ Skulle Norges asylpraksis være etisk forsvarlig mente Gibney man ikke bare kunne forholde seg til asylsøkere, men aktivt oppsøke mennesker med beskyttelsesbehov utenfor landets grenser og foreta utvalget der.⁶⁸² En rettferdig seleksjonspraksis krever at man sammenlikner situasjonen til menneskene som står på grensen med mennesker som ikke har vært så heldig å komme seg så langt, og som enten fortsatt befinner seg i hjemlandet

679 For tall, se seksjon 4.1.

680 Carens, *Ethics of Immigration*, 204, og Blake, *Justice*, 109f.

681 Gibney, *Critique*, 19ff. Jf. Gibney, *Ethics*, 239f.

682 Jf. de beslektede forslagene til Hathaway og Neve, «A Proposal», 144ff. og Noll, Fagerlund og Liebaut, *Processing Asylum Claims outside the EU*.

eller i et annet land i nærområdet med utbredt sosial nød.⁶⁸³ Ofte er det jo slik at det ikke er mennesker i den mest prekære nød som evner å komme seg til Norge (eldre, syke, fattige osv.). For mange flyktninger er det for farlig, ja ofte umulig, å komme seg ut av landet eller nærområdet. Skal vi fange opp de som har det verst, er det nødvendig ikke å være reaktiv, men oppsøkende. En slik praksis ville ha en rekke praktiske fordeler, ifølge Gibney. Reguleringen vil bli billigere å gjennomføre, mer forutsigbar, gjøre det enklere å få i stand en rettferdig fordeling mottakslandene imellom og hindre at en god del mennesker vil ta den store risikoen det er å bruke alle sine ressurser til å reise på risikabelt vis til et land der de ikke har noen som helst garanti for å kunne få permanent opphold. Man ville også kommet nærmere en løsning på problemet med menneskesmugling, redusere regionale politiske spenninger og bidra til å senke mistanken mange nordmenn har om at asylsøkere ikke er genuine flyktninger, men mennesker som forsøker å «utnytte systemet».⁶⁸⁴ Forståelsen av hvem som kvalifiserer som flyktning burde derfor, ifølge Gibney, løsrives fra asylsøkerbegrepet og reformuleres til også å gjelde forfulgte mennesker som oppholder seg utenfor Norges grenser.

Ekstraterritoriell behandling av asylsøknader kan anta ulik form. En mulighet vil være å la mennesker søke om asyl fra sitt hjemland. Problemet med en slik løsning er at det vanskelig lar seg gjøre å etablere og drive asyl-institusjoner i land hvor nettopp staten er forfølgeren av menneskene som søker beskyttelse. Konsulater kan eksempelvis være bemannet av lokalt personell som angir søkere til myndighetene.⁶⁸⁵ En slik prosess forutsetter at mennesker med beskyttelsesbehov lar seg identifisere som nettopp dette i en situasjon der søknaden deres er uavklart, hvilket kan sette dem i fare.

En annen mulighet kunne være å åpne muligheter for å søke asyl i nær-områdene. Både Canada, Australia, USA og Danmark har i dag slike ordninger for et utvalg land. Tony Blair fremmet i sin tid et forslag til EU om å åpne for denne muligheten. Hovedintensjonen var å unngå skjevfordeling av belastningen med å behandle asylsøknader mellom europeiske land, og at det ville være lettere å skille velbegrunnede fra «falske» søknader.⁶⁸⁶ Norge støttet forslaget. Det ble imidlertid avvist i Europakommisjonen, med hovedargumentet om at det ville bety at nærområdene fikk enda større

683 Gibney, *Critique*, 16. Jf. Singer og Singer, «The Ethics of Refugee Policy», 119f.

684 Jf. Kumin, «In-Country?», 80, og Ekins, «Right to Exclude», 51.

685 Puntervold Bø, *Immigration Control*, 360.

686 Fuglerud, *Migrasjonsforståelse*, 170.

belastning enn det som per da var tilfellet. Forslaget lå ikke lenge i skuffen. På EUs krisemøte i Brussel i 2018 ble det igjen diskutert, og daværende statsminister Erna Solberg stilte seg positiv til forslaget, på visse vilkår.⁶⁸⁷ I en instruks vedrørende opphør og tilbakekallelse av flyktningstatus i 2020 skrev Justis- og beredskapsdepartementet følgende:

Generelt er det [...] ønskelig å oppmuntre personer på flukt til å oppsøke UNHCR i sine nærområder, slik at personer med beskyttelsesbehov kan overføres gjennom FN-systemet til Norge og andre land gjennom kvoteordningen istedenfor å komme til Norge på egenhånd. Dette vil også kunne bidra til at flere av dem som har størst behov for beskyttelse, men som ikke har ressurser til å reise til Europa, får beskyttelse.⁶⁸⁸

Ekkoet fra Gibneys resonnement er tydelig. Ettersom antallet asylsøkere primært påvirkes av dårlige livsvilkår i Europas nærområder, kan man imidlertid spørre seg om denne strategien vil ha noen som helst effekt på hvor mange asylanter som dukker opp på grensen.⁶⁸⁹ Mennesker på flukt foretrekker selv å fremme sin søknad i Norge fordi søknader fremmet utenfor Norges grenser fratrar dem muligheten til å påberope seg hele det juridiske systemets beskyttelse.⁶⁹⁰ Det er tilgang til dette systemet som forklarer hvorfor terskelen til å foreta deportasjon eller bortvisning er betydelig høyere enn å avvise en søknad fremmet utenfor Norges grenser. Ettersom det å søke om asyl vil aktivere nye deler av det juridiske systemet, vil det å søke på falskt grunnlag forsterke søkerens juridiske status. Skulle migranten klage inn sitt avslag, vil den juridiske støtten hen motar være mye mer omfattende dersom hen befinner seg innenfor landets grenser. Og ved å simpelthen å befinne seg innenfor grensene blir søkeren juridisk relevant for andre juridiske områder (kriminallovgivningen, avtaleloven, familielovgivning, eiendomsloven, helseloven, arbeidsmiljøloven osv.). En ekstraterritoriell utøvelse av loven hindrer søkeren i å komme i kontakt med de deler av lovverket som kan formulere grunnene hen har for å søke opphold. I motsetning til hva intensjonen ofte har vært, har

687 «Advarer mot alenegang i asylpolitikken», *Dagbladet*, 26. jun. 2018. Også Aps innvandringspolitiske utvalg ledet av Masud Gharahkhani ønsket å gjøre dette («Slik er arbeiderpartiets nye innvandringspolitikk», *Dagbladet*, 5. apr. 2019). I sitt partiprogram fra 2021 fremmet også Frp dette forslaget. «Listhaug til flyktninger: reis hjem», *Dagbladet*, 3. mai, 2021.

688 Justis- og beredskapsdepartementet, *GI-15/2020*, 3.

689 Jf. O'Nions, *Asylum*, 23f.

690 Schotel, *Exclusion*, 134f.

ekstraterritoriell behandling av søknader også vist seg å være svært tid- og ressurskrevende.⁶⁹¹

I dag åpner Norge kun i svært begrenset grad for muligheten til å fremme asylsøknader ekstraterritorielt. Utlendingsloven åpner for at internasjonale humanitære organisasjoner kan fremme søknader på vegne av flyktninger som ikke befinner seg i Norge.⁶⁹² I 2021 utgjorde slike overføringsflyktninger i underkant av 24 prosent av alle personer med flyktningbakgrunn i Norge.⁶⁹³ Det er primært UNHCR som fremmer søknadene på vegne av flyktningene, hvorpå Norge gjør et utvalg basert på integrasjonsforutsetninger (språk, utdanning, yrkeserfaring, m.m.), og hvorvidt søkeren tilhører en særlig utsatt gruppe (barnefamilier, utsatte kvinner og seksuelle minoriteter).⁶⁹⁴ Mens UNHCR advarer mot å anvende integrasjonspotensial som seleksjonskriterium, har jeg allerede argumentert for hvorfor jeg mener siling innad blant flyktninger er moralsk forsvarlig, alt annet likt.⁶⁹⁵ Men dette gir ikke automatisk overføringsflyktninger normativ forrang fremfor mennesker som for egen maskin evner å ta seg til Norges grenser. Eksistensen av en lovlig kanal for å søke asyl fra nærområdene vil uansett ikke kunne begrunne avslag på legitime søknader som kommer gjennom andre kanaler.⁶⁹⁶ Så heller enn å fremme regulær migrasjon, vil det å gjøre et allerede underbemannet og underfinansiert UNHCR til eneste legitime kanal flyktningene kan søke beskyttelse gjennom svekke flyktnings mulighet for å få beskyttelse betydelig, og tvinge mange til i enda større grad å reise til, og oppholde seg i, destinasjonslandene på ureglementert vis.⁶⁹⁷

At mennesker i nød mangler ressurser til å bevege seg internasjonalt, betyr ikke nødvendigvis at de er mer trengende enn dem som har slike ressurser tilgjengelig.⁶⁹⁸ Menneskerettighetskrenkelsene kan være like alvorlige for ordinære asylsøkere som for overføringsflyktninger. Jeg mener derfor at det ikke er grunn til å prioritere overføringsflyktninger fremfor flyktninger som søker asyl ved grensen, gitt at alt annet er likt.⁶⁹⁹

691 Goodwin-Gill og McAdam, *The Refugee*, 465, 559.

692 Med støtte i *Utlendingsloven*, § 35. Jf. Øyen, «Flyktningstatus», 181f.

693 Ssb.no, «Personer med flyktningbakgrunn».

694 Justis- og beredskapsdepartementet, *GI-15/2020*

695 Se ovenfor, seksjon 4.1. Jf. *UNHCR Resettlement Handbook*, 245.

696 Til dette og følgende, Kumin, «In-Country», 80.

697 Loescher og Milner, «The Missing Link, 601ff., og Hathaway, *The Rights of Refugees*, 996.

698 Jf. Hathaway, «Why Refugee Law Still Matters», 95.

699 Dette betyr eksempelvis at jeg er uenig med Aps partiprogram for 2017–2021 som slo fast at «Kvoteflyktninger er den sikreste og mest rettferdige ordningen for å sikre mottak av mennesker som skal ha varig beskyttelse». Sitert etter det migrasjonspolitiske styringsdokumentet vedtatt på Aps landsmøte

Innvilgelse av flyktningstatus er i seg selv en ikke-komparativ vurdering. Alle flyktninger har rett på beskyttelse uavhengig av hvilke styrker/svakheter de har relativt til andre asylsøkere. Komparative vurderinger kan kun spille en rolle for å bestemme *hvor* flyktningene får beskyttelse. Dersom det eksempelvis finnes bedre integrasjonsforutsetninger for alenemødre eller seksuelle minoriteter i Norge enn i Iran, kan det være forsvarlig å prioritere å hente dem hit fremfor enslige menn eller heterofile, alt annet likt. Ekstraterritoriell behandling av asylsøknader vil derfor kun være etisk forsvarlig som et supplement til asylsøknader fremmet på norsk grense, ikke en erstatning.⁷⁰⁰

Hva med flyktninger som kommer til Norge med mangelfull dokumentasjon, og det ofte med viten og vilje? Burde disse stille bakerst i asylkøen, alt annet likt? I norsk lov anses brudd på utlendingslovens regler knyttet til dokumentasjon som særlig viktige for å ivareta de kontrollhensyn som er et av lovens sentrale formål.⁷⁰¹ Joseph Carens har utfordret dem som vurderer slike overtredelser av loven som alvorlige til å tenke på om de ville gjort det samme med alle jødene under krigen som passerte grensen på nettopp denne måten.⁷⁰² Etterpåkløskap kan være viktig for å unngå å gjenta fortidens feilgrep. Fravær av dokumentasjon skyldes ofte at asylsøkere ikke stoler på myndighetene, og dette kan det være forståelige grunner til, både med tanke på den utrygge bakgrunnen de har flyktet fra og fordi de ofte blir møtt med skepsis fra myndighetene i landet de kommer til. Det skyldes frykt, sjelden karakterbrister eller mangel på moralsk rygg-grad. Det avgjørende vil hele tiden måtte være om den aktuelle asylsøkeren faktisk har et beskyttelsesbehov. Problemet er selvsagt at så lenge søkeren ikke lar seg identifisere, lar ikke dette seg avgjøre så lett. Men å klage på at behandlingen av slike saker er ressurskrevende, fremstår som ynkelig sammenliknet med de dramatiske konsekvensene et feilaktig avslag kan få for mennesker – tortur, umenneskelig behandling, fengsel og i verste

i 2019. Tilgjengelig her: https://res.cloudinary.com/arbeiderpartiet/image/upload/v1/ievv_filestore/47976da3c64c4453a53d0cf3cea6b230dca2bf725d5f4abc928e3d0e4c4913bb, 8.

700 Jf. Noll, Fagerlund og Liebaut, *Feasibility*, 3f. I Norge har staten begrunnet den restriktive holdningen til muligheten for å få vurdert asylsøknader ved norske utenriksstasjoner med at det ville medføre at antallet søknader ville eksplodert (jf. *Ot. prp. 75 (2006–2007)*, 130). Her er det verdt å minne om det som ble skrevet i forrige seksjon. Norge er ikke forpliktet til å vurdere flere søknader enn det som ville vært rimelig dersom alle stater oppfylte sine forpliktelser.

701 *Utlendingsloven* §§ 17a, 21, 63, 108a. Jf. *Utlendingsforskriften* § 8-5, og videre Havre, «Utvising», 356f. samt Martnes, *Barnets beste*, 76. Det er særlig aktiv motarbeiding av forsøk på identifikasjon som anses som problematisk.

702 Carens, *Ethics of Immigration*, 192f., 211.

fall død.⁷⁰³ Så kan man argumentere med at rettsbehandling nettopp er designet for å vurdere risikoen for at dette kan skje.⁷⁰⁴ Vi kan ikke vite hva som står på spill i forkant.⁷⁰⁵ Det er nettopp det retten skal avgjøre. Dette er utvilsomt riktig, men ettersom en feil avgjørelse kan få så fatale konsekvenser, bør vi gjøre alt vi kan for å forsikre oss om at vi ikke sender mennesker med godt begrunnede asylsøknader tilbake til eksistensielt truende situasjoner.⁷⁰⁶ Dette er grunnen til at vi ikke bør legge for stor vekt på antallet asylsøknader som er grunnløse, eller som er vanskelige å avgjøre. Gjør vi dette, nedvurderer vi konsekvensene av feil avgjørelser.⁷⁰⁷ Dette er jo selve hovedgrunnen til at vi har så strenge krav til bevis i rettssaker – det er bedre at ti skyldige går fri, enn at én uskyldig blir dømt. I dette spørsmålet, som i prioriteringsspørsmål generelt, er det beskyttelsesbehovet alene som bør være det avgjørende, og ikke hvordan man har passert Norges grenser i og for seg.

En annen aktuell gruppe som mange intuitivt vil sette høyt opp på prioriteringslisten, er familiemedlemmer av mennesker som er permanent bosatt i Norge. Ser vi bort fra mennesker som misbruker mulighetene for familieinnvandring (tvangsekteskap, proformækteskap, polygami), har jeg ovenfor argumentert for at mennesker som søker familiegjening har et sterkt humanitært krav om å få komme til Norge, ettersom det å ivareta familierelasjoner er av grunnleggende verdi for de aller fleste mennesker. Ettersom det er urimelig å kreve at mennesker med sin primære sosial tilhørighet i Norge skal forlate landet, er det viktig å sørge for at familiegjening får skje. Som argumentert ovenfor, veier retten til familiegjening tyngre enn kravet om å beherske språket, og det økonomiske potensialet man eventuelt skulle ha i en normalsituasjon. Det bør også i en del tilfeller inkludere enslige (gamle) foreldre, som det i mange kulturer er tradisjon for at skal tas hånd om av sine barn, og ikke av staten.⁷⁰⁸ Selv om en raus familiegjeningsspolitikk ikke uten videre vil gi Norge direkte økonomiske gevinster, vil det gagne samfunnet fordi det skaper mer

703 Aleinikoff, «Due Process», 248.

704 Jf. Øyen, «Flyktningstatus», 186f.

705 På samme måte vil det å hindre mennesker man mistenker har liten sjanse for å få asylsøknaden godkjent til å søke om asyl bety at man ofrer ansvarlighet for effektivitetshensyn. Prisen for uaktsomhet er potensielt svært høy. Lindahl, «Jus Includendi et Excludendi», 243.

706 Aleinikoff, «Due Process», 248f.

707 Ibid., 252. Jf. Larsen, «Asyl», 214.

708 Jf. *Utlendingsloven*, §§ 46 og 49.

stabilitet for innvandrere og gir dem bedre fysisk og psykisk helse, og dermed øker sannsynligheten for konstruktiv deltakelse i samfunnslivet.⁷⁰⁹

Hva så med mennesker som ikke er flyktninger, humanitære migranter eller søker familiegjenforening, og som ikke omfattes av EØS-avtalens regelverk for fri bevegelse av arbeidskraft?⁷¹⁰ Står vi helt fritt til å prioritere dem bort, og det på grunnlag av hvilke som helst seleksjonskriterier? Hvordan kan vi være selektive overfor denne innvandrergruppen uten å bli diskriminerende? Grunnleggende sett handler det da om å vurdere søknader om opphold med utgangspunkt i hva de bringer til Norge, og ikke på hvem de er. Sagt på en annen måte: Vi bør anvende et sett seleksjonskriterier som migrantene selv kan godta som fornuftig uten å måtte innrømme sin mindreverdighet vis-a-vis andre migranter som står i samme forhold til den norske stat.⁷¹¹ Velferdstjenester er dyre goder. Enkelte argumenterer derfor for at det er etisk legitimt å foretrekke mennesker som behersker språket og har kompetanse det norske arbeidsmarked trenger.⁷¹² Å foretrekke disse fremfor mennesker som, relativt sett, er mer økonomisk vanskeligstilte er kanskje ikke *raust*, men det er likevel etisk forsvarlig.⁷¹³ Spørsmålet er her hva man vil bruke sin frihet til å være: en nasjon som ikke bare gjør det *rette*, men også det *gode*? Samtidig er det viktig å understreke at dersom arbeidsinnvandring utgjør en nettogevinst for staten, vil de også kunne bidra til å øke våre muligheter til å ta imot flyktninger og humanitære migranter.

Hvordan skal vi sammenfatte resonnementene som har blitt utført i denne seksjonen? Det er mange etiske avveininger som må gjøres når vi skal bestemme hvordan vi skal prioritere blant dem som tilfredsstillende krav vi med rimelighet kan stille for å få innvilget opphold i Norge. Hva gjelder arbeidsinnvandringspolitikken, mener jeg den bør utformes slik at den gir rom for en mest mulig liberal politikk overfor mennesker med rent menneskerettslige begrunnelser for opphold i Norge. Blant sistnevnte er det klart at mennesker som trenger internasjonal beskyttelse bør prioriteres

709 Undersøkelser fra USA har også vist at mange enslige gifte innvandrere benytter seg av prostitusjon med den risiko det har for å pådra seg seksuelt overførbare sykdommer (Heyer, *Kinship across Borders*, 68). Det er ikke usannsynlig at dette også er tilfelle blant denne kategorien innvandrere i Norge.

710 Det bør her noteres at den store majoriteten av mennesker som kommer til Norge gjennom familiegjenforeningsordningen, kommer til andre enn flyktninger (21 % mellom 1990 og 2018). Østby, «Setter familieinnvandrere opp mot flyktninger».

711 Blake, *Justice*, 121f.

712 Macedo, «The Moral Dilemma». Se også Carens, *Ethics of Immigration*, 183.

713 I den kristne bakgrunnskulturen til Grunnloven finnes det for eksempel mange ressurser for å motivere en raushet som går ut over det som strengt tatt moralsk eller juridisk kreves (oppfordringen til å gå «den andre mil» og å gi gensenen når noen ber om ytterjakken (Matt 5,40f.)).

høyest. Men innad i denne gruppen er det også grunn til å differensiere. Noen er mer sårbare enn andre. Alt annet likt, finnes det gode grunner til at man fra et etisk ståsted bør prioritere å gi beskyttelse til de mest sårbare blant dem (ofte kvinner med små barn, eldre, syke og fattige). Status som overføringsflyktning utgjør i seg selv ingen grunn til å prioritere dem fremfor søkere som fremmer sine søknader ved grensen, men i den grad det forteller oss at de selv ikke har ressurser til å forlate nærområdet, kan dette ofte være en indikator på særlig sårbarhet. Blant de øvrige søkerne kan det være grunn til å vurdere å prioritere personer med biologiske eller kulturelle slektskapsbånd til mennesker som bor i Norge.⁷¹⁴ Og jo flere slike bånd, jo mer grunn har vi for å gjøre dette. Begrensningene i antallet av de mest sårbare vi tar imot lar seg først og fremst begrunne i pragmatisk-politiske hensyn til å bevare en innvandringsvennlig politisk opinion, samt de strukturelle betingelsene for realiseringen av sivil rettferdighet. Dette er nemlig også gruppen som har vanskeligst for å ta seg inn i det norske arbeidsmarkedet.

Det er imidlertid viktig å minne om at Norges beskyttelseskapasitet overskrider vår integrasjonskapasitet. Vårt ansvar overfor flyktninger og humanitære migranter stopper ikke når vi ikke har kapasitet til å ta imot flere. Å bidra med subsidier til bistands- og integrasjonstiltak i nærområdene vil her også kunne inngå som økonomiske prioriteringer rettet mot å ivareta våre folkerettslige og moralske forpliktelser. Norges innvandringspolitikk er bare én måte å innfri slike forpliktelser, og de vil derfor på et generelt plan måtte balanseres opp mot andre sider ved vårt internasjonale ansvar, slik som nødhjelp, bistand og klimatiltak, for å nevne noe.⁷¹⁵ Som stat bør Norge derfor ha en holistisk tilnærming til vårt ansvar for å gjøre verden bedre. Taket vi setter på antallet flyktninger og humanitære migranter vi er forpliktet til å ta imot eller yte bistand bør bestemmes ut ifra en rettferdig internasjonal ansvarsfordeling. Jeg har allerede indikert hvordan dette bør skje ovenfor, og vil vende tilbake til spørsmålet om hvordan dette bør skje ved flere anledninger videre i boken, da særlig i avslutningskapitlet.

Jeg har argumentert for at selv om en definatorisk og juridisk distinksjon mellom flyktninger og humanitære migranter tjener en viss hensikt, forutsetter prioriteringen av førstnevnte gruppe at man kan avhjelpe personer tilhørende sistnevnte i deres hjemland. Av praktiske årsaker bør i

714 Jf. Gibney, «Refugees», 259f.

715 Jf. Brock, *Justice*, 213ff.

utgangspunktet de moralske kravene innfris på ulikt vis. Dersom dette ikke lar seg gjøre mener jeg at de moralske kravene de to gruppene innvandrere stiller oss ofte vil være like sterke, og de bør derfor også ha krav på samme rettigheter dersom de får innvilget opphold. Ettersom grenseoppgangen mellom kategoriene er såpass kompleks og omstridt, bør man etterstrebe det nivå av raushet overfor humanitære migranter som tillater oss å føre en mest mulig liberal innvandringspolitikk over tid så fremt det ikke truer vår evne til å realisere sivil rettferdighet.

Derneft følger gruppen mennesker om søker familiejenforening, og som ikke kvalifiserer til beskyttelse eller humanitært opphold på selvstendig grunnlag. Disse har en rettighetsbegrunnet prioritering forankret i retten til familieliv. Personer som søker familieetablering vil i en del tilfeller ha et tilnærmet like sterkt moralsk krav, uten at det kan sies normalt sett å være tilfelle. Hva gjelder arbeidsinnvandrere fra utenfor EU bør man, for å sikre lik respekt, jobbe ut ifra antall, ikke ut ifra kvalitet.⁷¹⁶ Men denne prioriteringsrekkefølgen er ikke absolutt. At den norske stat må gjøre tragiske valg der disse gruppens interesser ofres til fordel for statens muligheter for å sikre støtte til en mest mulig liberal innvandringspolitikk og for å realisere sivil rettferdighet, er ikke til å unngå. Den gir likevel en hjelp til å utforme sammensetningene av gruppen mennesker vi gir opphold på en etisk velbegrunnet måte.

4.4 Hvilke krav bør vi stille til mennesker som ønsker norsk statsborgerskap?

«Immigration is not just about crossing borders; it is also about entering communities», skriver Ayelet Shachar.⁷¹⁷ Formell anerkjennelse som *fullt* medlem av samfunnet får mennesker først gjennom innvilgning av statsborgerskap. I Norge bor det mange innvandrere som ikke har status som statsborgere, og som derfor heller ikke har fulle politiske rettigheter.⁷¹⁸ Noen har fast bosted her, uten å ha sin primære sosiale tilhørighet i Norge.

⁷¹⁶ Bauböck, *Transnational Citizenship*, 330.

⁷¹⁷ Shachar, «Selecting by Merit», 196.

⁷¹⁸ Det er først og fremst retten til å delta i stortingsvalg, og retten til å kunne stille til valg, som er betinget av at man har norsk statsborgerskap. Men også enkelte andre rettigheter er inkludert, slik som retten til å ha norsk pass, og retten til opphold i Norge. Ettersom økonomiske og sosiale rettigheter i økende grad har blitt knyttet til bosted heller enn statstilhørighet, og nå blir menneskerettslig begrunnet, har insentivene for å søke statsborgerskap blitt færre og svakere. Midtbøen, «Divergens», 312ff., og videre NOU 2000: 32, 56f.

Disse kalles gjerne «delborgere» (eng. *denizens*).⁷¹⁹ Andre er såkalte «medborgere». Denne gruppen har sin primære tilhørighet her, men har ikke nødvendigvis statsborgerskap. Status som full samfunnsborger har man først med innvilgelse av statsborgerskap. Statsborgerskap er en forutsetning for opplevelsen av å være en likeverdig deltaker i det politiske fellesskapet. Det er derfor et grunnleggende gode for alle som har slått seg ned i et land.⁷²⁰ Men å være statsborger i et liberalt demokrati er et privilegium relativt få forunt i vår verden. I Norge har vi de siste årene sett en kontinuerlig skjerping av kravene for naturalisering. Hva er det da som, fra et etisk ståsted, skal til for at delborgere og medborgere bør innvilges muligheten til å bli fullverdige samfunnsmedlemmer?

Man kan oppnå status som statsborger på to måter: gjennom fødsel eller naturalisering. Konstitusjonelt demokrati blir historisk sett på som en reaksjon mot ordninger av samfunnet basert på arvede privilegier. Samtidig er det slik at alle demokratiske stater innvilger statsborgerskap til barn født av statsborgere som bor i landet.⁷²¹ Dette prinsippet kan virke innlysende, men er det ikke. Statsborgerskap er ikke et naturgitt fenomen forankret i genetiske koblinger mellom et barn og dets biologiske foreldre, men en sosial konstruksjon med et bestemt etisk rasjonale som kan gjøres til gjenstand for kritisk etterprøving.⁷²² Barn av norske statsborgere har ikke gjort seg fortjent til samme status som foreldrene ved å anerkjenne samfunnets politiske orden, bidra til statskassen, delta i sivilsamfunnet og så videre. Når et barn av norske foreldre mottar norsk statsborgerskap ved fødsel er det ikke primært statens interesser som skal ivaretas, men barnets. Barnets moralske krav på statsborgerskap er begrunnet i dets tilhørighet til det sosiale nettverket det er født inn i og som det har en grunnleggende interesse av kontinuerlig å tilhøre. Kriteriet for statsborgerskap er altså *sosial tilhørighet*.⁷²³

Gitt at vi aksepterer at sosial tilhørighet *de facto* er kriteriet som begrunner hvorfor barn født av norske foreldre skal ha rett til statsborgerskap, hva er da grunnen til at ikke også barn av innvandrerforeldre uten norsk statsborgerskap som har slått seg ned i det norske samfunnet innvilges statsborgerskap ved fødsel (inkluderer altså ikke barn født av turister (som

719 Til disse distinksjonene, se f.eks. Brochmann, «Statsborgerskap».

720 Walzer, «Membership», 146, Heisler og Heisler, «Citizenship», 101ff., og Becka, «Zugehörigkeit», 85.

721 Knudsen, «Erverv og tap av norsk statsborgerskap», 240.

722 Carens, *Ethics of Immigration*, 21ff.

723 Til dette og følgende, se *ibid.*, 158ff. Jf. også Celikates, «Demokratische Inklusion: Wahlrecht oder Bürgerschaft?».

i f.eks. USA) eller andre med korttidsopphold)? Disse barna vil motta sin sosiale dannelse i det norske samfunnet, og den norske stat legger de politiske premissene for hvilke livsvalg de kan ta. Det er godt for et barn å vite at det fra det er født har mulighetene til å la sin stemme bli hørt og tatt på alvor av omgivelsene, og at samfunnet det er født og oppvokst i er dets eget. Sosial tilhørighet er imidlertid et spørsmål om grad, og det er derfor ikke problematisk å si at barn av norske statsborgere har et *sterkere* etisk krav på statsborgerskap. Det er likevel viktig å fastholde at dette ikke skyldes blodsbånd (*ius sanguinis*), men de sosiale båndene det har til samfunnet det er født i, og bor i (*ius domicili*).⁷²⁴ Den formelle politisk-juridiske status barnets foreldre har er kun etisk relevant fordi den indikerer graden av tilhørighet et barn har til samfunnet. Barn født av innvandrere uten norsk statsborgerskap har derfor et sterkere etisk krav om å få innvilget statsborgerskap enn barn født av foreldre med norsk statsborgerskap som har slått seg ned i utlandet.⁷²⁵ Akkurat hvor stor sannsynlighet det må være for at barn av innvandrere uten norsk statsborgerskap kommer til å vokse opp i det norske samfunnet, er umulig teoretisk å fastsette. For barn med lovlig opphold som kom til Norge før de ble 18 år er kravet at de skal ha bodd i Norge fem av de syv siste årene. Så vidt jeg kan bedømme er kravet rimelig.

Men hvordan bør et kriterium for rettigheten til statsborgerskap basert på sosial tilhørighet anvendes på innvandrere som kommer til Norge i voksen alder, og som ikke har mottatt sin sosiale dannelse i det norske samfunnet? Sosial tilhørighet handler ikke bare om hvor man mottar sin sosiale dannelse.⁷²⁶ Det er noe som vokser frem hos voksne innvandrere jo lenger ens livsvalg har blitt formet av de muligheter og begrensninger samfunnets geografi, politikk og lovverk gir. Menneskers identitet og interesser skapes i relasjon til de geografiske, sosiale og politiske omgivelsene de lever i. I tillegg kommer det fundamentale demokratiske prinsippet om at ethvert myndig menneske med sosial tilhørighet i et samfunn har rett til å være med å bestemme hvem som skal utforme lovene de over tid er underlagt.⁷²⁷

724 Jf. Bauböck, *Transnational Citizenship*, 32.

725 Gitt kriteriet om sosial tilhørighet vil også andregenerasjons utvandrere ha et legitimt krav på å få innvilget statsborgerskap i landet foreldrene kom fra, men kravet blir svakere for hver generasjon som går uten at disse flytter tilbake. Graden av sosial tilhørighet er også her det avgjørende. Carens, *Ethics of Immigration*, 26ff.

726 Til dette og følgende, se *ibid.*, 50.

727 Walzer, *Spheres of Justice*, 62ff. Jf. Habermas, *Between Facts and Norms*, 124f. To forhold bør her kort utdypes. For det første kan ikke det at man betaler skatt i seg selv være en tilstrekkelig grunn til at man burde innvilges statsborgerskap, ettersom den er begrunnet i inntekt og forbruk (Möhring-Hesse, «Aus Migranten werden Bürger?», 120). For det andre kan ikke statsborgerskap begrunnes alene i det forhold at man er underlagt et bestemt lovverk som påvirker ens livsmuligheter. Dette prinsippet kan eksempelvis

Det moralske kravet om å få innvilget statsborgerskap dersom man ønsker det får altså sin legitimitet intensivert jo lengre tid innvandrere i alle aldersgrupper lever i det norske samfunnet.⁷²⁸ Tiden er altså ikke primært et hjelpemiddel for norske myndigheter til å avgjøre om en innvandrere er verdt statsborgerskap, men primært en periode hvor innvandreren får et erfaringsgrunnlag for å vurdere hvorvidt hen ønsker naturalisering.⁷²⁹ Igjen er det ikke mulig teoretisk å fastsette hvor lang tid dette tar. Også dette må lovgiverne gjøre ved bruk av praktisk skjønn. EU kom for en tid tilbake med et direktiv som slår fast at innvandrere fra land utenfor EU kan søke om permanent opphold⁷³⁰ dersom de har oppholdt seg lovlig i et EU-land i fem år.⁷³¹ En slik tidsramme er relativt raus, men det hadde ikke vært helt urimelig om den hadde vært noe høyere. I dag har de fleste EU-land et botidskrav på mellom fem og ti år.⁷³² For Norges del har botidskravet ligget stabilt på syv år for søkere fra land utenfor EU som har lovlig opphold, og har med det ligget på det europeiske gjennomsnittet.⁷³³ Kravet ble imidlertid nylig hevet til åtte av siste elleve år.⁷³⁴ For flyktninger er botidskravet fortsatt syv av siste ti år, for innvandrere fra Schengenområdet tre år, mens nordiske statsborgere kun må ha bodd her i to år for å kunne søke statsborgerskap.⁷³⁵ Akkurat hvor grensen går må som sagt være et spørsmål om praktisk skjønn. Vi kunne kanskje anslå ti år som en øvre grense for hva som er etisk forsvarlig, men samtidig understreke at jo strengere terskel, jo høyere er risikoen for at deler av innvandrerbefolkningen anses (ev. anser seg selv) som annenrangs borgere, med de negative ringvirkninger

ikke begrunne hvorfor mennesker skal kunne inneha doble statsborgerskap (Bauböck, «Diaspora und transnationale Demokratie», 31ff.). Her er tilhørighetskriteriet avgjørende. Jf. resonnementet i tilknytning til doble statsborgerskap nedenfor.

728 Walzer, *Spheres of Justice*, 60f. Kriteriet gir innvandrere en rett, ikke en plikt, til å bli statsborgere. Bauböck, *Transnational Citizenship*, 88ff.

729 Bauböck, *Transnational Citizenship*, 94.

730 Direktivet omhandler reglene for permanent opphold, men har blitt tolket som å åpne for en subsidiær form for statsborgerskap i EU. Acosta Arcarazo, *The Long-Term Residence Status*.

731 Europarådet/Europaparlamentet, «Directive 2004/38/EC». Jf. Guild, Peers, og Tomkin, *The EU Citizenship Directive*, 197ff.

732 Europakonvensjonen om statsborgerskap av 1997 slår i art. 6 (3) fast at 10 år skal være en øvre grense for hvor lenge man må ha bodd i et land for å få rett til å søke statsborgerskap.

733 IOM, *World Migration Report 2020*, 200.

734 *Statsborgerloven* § 7e, Jf. Knudsen, «Norsk statsborgerskap», 246f. Kravet kan reduseres med to år dersom søkeren kan dokumentere inntekt over en bestemt terskel på søketidspunktet (*Lov om endringer i statsborgerloven og integreringsloven*, § 10). Innvandrere som har oppholdt seg sammenhengende i Norge i 3 år med midlertidig oppholdstillatelse har rett til permanent bosetting (*Utlendingsloven* § 62). Antall år innvandrere har måttet bo permanent i Norge for å få innvilget statsborgerskap har steget i takt med endringer i hvilke land innvandrerne har kommet fra. Midtbøen, «Divergens», 317ff.

735 *Statsborgerloven* §§ 13 og 14, 16a.

det vil få for opplevelsen av sosialt og politisk samhold.⁷³⁶ Hensynet til likebehandling tilsier også at botidskravet bør være det samme uavhengig av oppholdsgrunnlag.⁷³⁷

Men er tiden den eneste indikator på sosial tilhørighet? Burde vi ikke også kunne kreve at innvandrere til Norge har et minimum av norsk språkkompetanse og kunnskap om den norske samfunnsordningen for å få innvilget fulle rettigheter til demokratisk deltakelse? I 2016 vedtok Stortinget at permanent opphold og statsborgerskap kun kan innvilges til innvandrere fra utenfor EØS-området som kan dokumentere muntlig kompetanse i norsk og har bestått en prøve i samfunnskunnskap.⁷³⁸ I den nye integreringsloven som ble vedtatt i 2020 med virkning fra 1. januar 2021 bortfalt kravet om et visst antall timer til opplæring til fordel for et rent nivåkrav.⁷³⁹

Det er selvsagt en fordel at innvandrere får muligheten til å tilegne seg slik kompetanse, og at de får oppmuntring til å benytte seg av et slikt tilbud. Der dette ikke skjer, svekkes innvandrernes mulighet for å tilegne seg sivil kompetanse og evne til demokratisk deltakelse. Muligheten for opplæring i norsk og samfunnsfag er derfor et viktig innvandringspolitisk ansvar.⁷⁴⁰ De fleste innvandrere består slike tester, og opplever det endatil som verdifullt å forberede seg til dem.⁷⁴¹ Er det virkelig noe ved et slikt krav som er urimelig?

Fra et etisk ståsted er det relativt uproblematisk å forsvare *idealet* som ligger til grunn for en slik integreringsstrategi, nemlig et demokratisk samfunn der alle er optimalt rustet til deltakelse. Spørsmålet som imidlertid

736 I Norge ble et forslag om å øke kravet til 10 år nedstemt i 2019 (jf. Carens, *Ethics of Immigration*, 104, og vurderingen i NOU 2000: 32, 6). Utfordringen her er at det ikke foreligger symmetri mellom tidspunktet for når et menneske mister statsborgerskapet i landet det er født i, og når det mottar sitt nye statsborgerskap i landet det bor i. Dersom man kun anvender *ius domicilii* som kriterium for statsborgerskap kan dette altså resultere i at mennesker enten blir midlertidig statsløse eller tilegner seg flere statsborgerskap (Bauböck, *Transnational Citizenship*, 33f.). For første generasjons emigranter vil prinsippet om *ius solis* (og *ius sanguinis*) sikre at de ikke ender opp som statsløse. Ibid. 49.

737 Jf. *Ot. prp. 75 (2006–2007)*, 248.

738 *Statsborgerloven* § 8. Gjelder aldersgruppen 18–67 år. Jf. oversikten i NOU 2017: 2, 45, 73, og videre *Introduksjonsloven*, særlig §§ 2, 4, 17, og 19, *Integreringsloven* § 8, samt forarbeidet i *Prop. 144 L (2015–2015)*, 19. For en filosofisk begrunnelse for en slik naturaliseringspolitikk, se Miller, *Strangers*, 128, 136ff. Antallet europeiske land som har innført språkkrav har økt kraftig de siste 30 årene, fra ett i 1990 til 18 i 2014. IOM, *World Migration Report 2020*, 192. Jf. Hamnes Carlsen, «Språkkrav», 108f.

739 Nivåkravet er imidlertid ulikt for innvandrere med ulik utdanningsbakgrunn. *Integreringsforskriften*, § 28.

740 Dette betyr ikke at norskopplæring sikrer full tilgang til det sivile liv. Som Marko Valenta påpeker er det en rekke tilleggsforutsetninger som må være på plass. Arbeidsmarkedet må fremfor alt være strukturert slik at det unngår etnisk og klassemessig segregering. Valenta, «Hindringer», 358f. Jf. nedenfor, kap. 6.

741 Midtbøen og medarbeideres undersøkelse om unge voksnes holdninger til norsk naturaliseringspolitikk, viser at unge innvandrere selv mener slike tester er et rimelig krav. Midtbøen mfl., «Assessments of Citizenship Criteria», 14ff.

bør stilles, er hvorvidt *kravet* om å bestå slike tester er moralsk legitimt som *middel* for å nå dette målet. Vi krever tross alt ikke at norske statsborgere skal avlegge en slik test for å kunne stemme ved valg.⁷⁴² Hvorfor skulle vi kreve noe av andre som vi ikke krever av oss selv? Selv med et velfungerende obligatorisk skolesystem er det ikke mulig å sikre at alle stemmeberettigede har evnen til å orientere seg i det politiske landskap på en måte som gjør at de kan ta veloverveide valg. I Norge er det fullt lovlig å stemme selv om man er fullstendig politisk uinformert og stemmer mot egne interesser.⁷⁴³ I et liberalt demokrati er staten forpliktet til også å verne om rettighetene til mennesker som ikke ønsker å benytte seg av alle de valgmuligheter statsborgerskapet gir.⁷⁴⁴ Hadde noen våget å fremme et forslag om å innføre en språk- og kunnskapstest for norskfødte ville man formodentlig ganske raskt blitt stemplet som elitistisk, diskriminerende, udemokratisk og så videre. Dette skjer fordi mange har en dypt forankret moralsk intuisjon om at enhver person som bor fast i Norge har rett til å være med å påvirke lover og politiske prioriteringer som legger rammer for hvordan man lever sitt liv i det norske samfunnet. For å unngå sortering ut ifra evner og kunnskap har alle demokratiske stater innført et kriterium for deltakelse som ikke tillater gradert bestemmelse, nemlig alder. Dette til tross for at vi vet at evne til å tilegne seg kunnskapen som er ønskelig for god demokratisk deltakelse ikke automatisk følger alder. Blir man gammel nok er alder endatil et hinder for læring.

Dernest kan man også stille seg spørsmålet om hvorvidt slike tester faktisk måler evnen eller viljen til demokratisk deltakelse. For det første kan vi ikke slutte fra kunnskapen en person har om norske samfunnsforhold til om personen har viljen til å delta.⁷⁴⁵ For det andre kan vi heller ikke vite om et menneske som kjenner til de liberale verdiene det norske samfunn er basert på, rent faktisk har slike verdier.⁷⁴⁶ For det tredje kan mennesker stryke på slike tester av grunner som ikke er knyttet til deres kunnskap (f.eks. psykologisk stress eller dårlig kvalitet på opplæringen),

742 Til dette og følgende, se Carens, *Ethics of Immigration*, 57ff. Jf. Huseby og Angell, «Irregular Immigrants», 366, og Cole, «Open Borders», 274ff. Asle Toje har argumentert for at aksept av en «tykk» liberal verdikultur bør være en betingelse for statsborgerskap (NOU 2017: 2, 187). Bør dette være et krav for alle som ønsker å stemme ved valg, også dem av oss som allerede er norske statsborgere? Spørsmålet er om det er moralsk forsvarlig å ekskludere samfunnsmedlemmer fra å stemme på grunnlag av kriteriene man bruker for å inkludere ikke-medlemmer. Rettferdighet krever at man behandler like saker likt, og disse sakene er ikke like.

743 Hamnes Carlsen, «Språkkrav», 113.

744 Bauböck, *Transnational Citizenship*, 96f., og Bader, «Citizenship», 227.

745 Universitetet i Bergen, *Høringsvar*, 4. feb. 2016, lf.

746 Joppke, *Citizenship and Immigration*, 141.

og man mister da muligheten for demokratisk deltakelse på falskt grunnlag.⁷⁴⁷ For det fjerde går vurderingsevner man trenger for å gjøre kloke politiske valg ofte langt ut over kompetanse i majoritetsspråket og kunnskap om hvordan det demokratiske samfunnet er institusjonelt organisert. Spørsmål knyttet til vurdering av ulike verdier og ulike politikeres troverdighet, krever andre og mer sammensatte menneskelige evner enn språkkompetanse og samfunnskunnskap.⁷⁴⁸ Men hvordan kan innvandrere tilegne seg kunnskap om disse verdiene, og danne seg et godt inntrykk av de aktuelle politikerne, hvis de ikke behersker majoritetsspråket? Her er mulighetene mange: venner, familie, naboer, etno-religiøse organisasjoner og mediekkanaler på morsmålet, for å nevne noe.⁷⁴⁹ Ok, vil noen si, men dette er tross alt indirekte, kanskje ofte tendensiøs, tilgang. Det er nok riktig, men er det ikke til syvende og sist også slik at innfødte nordmenn flest tilegner seg politisk informasjon gjennom liknende filtrerte kanaler? Til sist, dersom formålet er å sikre evnen til å ta veloverveide politiske valg, vil man måtte kreve en språkbeherskelse som gjør innvandrere i stand til å skille Høyre og Frp, Venstre og KrF sin politikk fra hverandre. Et slikt nivåkrav ville bety at man utelukket så å si alle dem som i dag søker fra muligheten å bli statsborgere.⁷⁵⁰ Hva gjelder den mer generelle kunnskapen om det norske politiske system, kunne man tenke seg et introduksjonskurs på innvandrernes morsmål, og slik hindre at den er betinget av språkkunnskap.⁷⁵¹ I den nye integreringsloven gis innvandrerne nettopp denne muligheten når de skal avlegge prøven i samfunnskunnskap som kreves for å få permanent oppholdstillatelse, men i skrivende stund gjelder ikke tilsvarende for søknad om statsborgerskap.⁷⁵²

Det viktigste poenget er imidlertid et annet. Husk at vi her diskuterer hvorvidt innvandrere med permanent opphold skal få innvilget statsborgerskap, og med det medbestemmelse i saker som angår deres liv i et samfunn hvor de også har sin primære sosiale tilhørighet. Kriteriet for fulle

747 Huseby og Angell, «Irregular Immigrants», 366, og Puntervold Bø og Fuglestad Bø, *Rettighetstap*, 96f. Det bør bemerkes at søkere kan få fritak dersom det foreligger særlige helsemessige eller andre tungtveiende årsaker som hindrer deltakelse i opplæringen. *Statsborgerforskriften* 4-1 og 4-2 (jf. *Integreringsloven*, § 29).

748 Mot dette skriver Randall Hansen: «There can be no meaningful political participation without knowledge of the national language.» Hansen, «Citizenship tests», 26.

749 Dette underbygges til dels empirisk av at valgdeltakelse for en del etniske gruppers tilfelle øker i takt med styrken på det etno-kulturelle nettverket i bydeler der innvandrere bor. Bjørklund og Bergh, *Minoritetsbefolkningens møte*, 90ff.

750 Hamnes Carlsen, «Språkkrav», 113.

751 Huseby og Angell, «Irregular Immigrants», 366. For statistisk belegg for at nettopp slike informasjonskanaler er viktige i forbindelse med valg, se Kleven, «Innvandrere og stortingsvalget 2017», 46f.

752 *Integreringsloven*, § 33.

demokratiske rettigheter bør ikke være relatert til kunnskap og evner, men til hvor lenge innvanderne har vært en del av det norske samfunnet. Som Avishai Margalit og Joseph Raz skriver: «Membership is a matter of belonging, not of achievement.»⁷⁵³ I 2017 fremmet Justis- og beredskapsdepartementet forslag om å heve botidskravet for å kunne søke om statsborgerskap med begrunnelse i at «[n]orsk statsborgerskap skal henge høyt».⁷⁵⁴ Mot denne grunnholdningen vil jeg hevde at statsborgerinstitusjonen er til for å sikre likhet, og likhet er ikke noe som bør være gjenstand for evaluering og knyttet til fortjeneste.⁷⁵⁵ Er det virkelig riktig å si til et menneske som ikke består testen, at «Joda, du kan nok bo her, men politisk deltakelse er du ikke kunnskapsrik nok til å få tilgang til»?

En gangbar mellomløsning kan være å oppmuntre innvandrere til å delta i opplæring i norsk og samfunnskunnskap ved å love *raskere* tilgang til fulle demokratiske rettigheter, men samtidig sette et tak på hvor lenge man må ha bodd i Norge for å få disse, helt uavhengig av om man benytter seg at et slikt tilbud eller ikke.⁷⁵⁶ Å gjøre en slik test til et absolutt krav er både kontraproduktivt og uetisk.⁷⁵⁷ Heller enn at flere tilegner seg tilstrekkelig kunnskap setter man opp et permanent hinder for deler av innvandrerbefolkningen til å bli fulle medlemmer, kanskje særlig innvandrerkvinner som ofte mangler grunnutdanning fra landene de kommer fra.⁷⁵⁸ At antallet som søker statsborgerskap sank etter innføringen av de nye språkravene, kan være en indikasjon på dette.⁷⁵⁹ Mer enn kunnskapstester er det selve valget om å søke å bli norsk statsborger som er det tydeligste uttrykk for at et menneske har gjort seg til kjenne med det politiske systemet og ønsker å ta del i dette på lik linje med andre samfunnsborgere.⁷⁶⁰ Oppfatningen om

753 Margalit og Raz, «National Self-Determination», 189. Jf. Bauböck, *Transnational Citizenship*, 173. I dansk statsborgerlovgivning er dette motsatt. Der er naturalisering en belønning for integrering, ikke et resultat av sosial tilhørighet. Se Midtbøen, «Statsborgerrettslig revisjon», 533f., og Kriegbaum Jensen, Fernández og Brochmann, «Naturalization», 609ff.

754 Justis- og beredskapsdepartementet, *Høringsnotat*, jul. 2017, 4, 9, 13. Jf. *Prop. 144 L (2014–2015)*, 24.

755 Joppke, «Earned Citizenship», og «From Liberal to Neoliberal Citizenship». Jf. Universitetet i Bergen, *Høringsvar*, 4. feb. 2016, 1.

756 Forslaget ble vurdert, men avvist pga. antatt liten nytteeffekt. NOU 2000: 32, 200. Det samme skjedde i Sverige nå senest i 2013. Kriegbaum Jensen, Fernández og Brochmann, «Naturalization», 617.

757 Jf. også flertallets innstilling i NOU 2000: 32, 6. Mindretallet, representert ved Alf-Inge Jansen, argumenterer på den ene side mot muligheten for dobbelt statsborgerskap fordi det skaper forskjeller borgerne imellom (ibid., 122ff.), og på den andre siden, argumenterer han for språk- og kunnskapskravet, som empirisk sett hindrer personer (særlig flyktninger) fra å søke statsborgerskap (ibid., 201f.). Jeg har vanskelig for å se hvordan denne argumentasjonen kan gjøres konsistent.

758 Bauböck, *Transnational Citizenship*, 99. Jf. også flertallets vurdering i NOU 2000: 32, 141, 199.

759 Vatne Pettersen, «Overgang til norsk statsborgerskap».

760 Bauböck, *Transnational Citizenship*, 92. Det å ikke benytte seg av muligheten til å søke statsborgerskap er ikke nødvendigvis et uttrykk for at man ikke har kunnskap om det politiske systemet, eller at man

at testene måler evnen og viljen til integrering har ikke forskningsmessig støtte.⁷⁶¹ Er testene gratis, enkle, tilpasset søkergruppene forutsetninger og mulig å ta flere ganger, er imidlertid ikke kravet om å avlegge dem et stort etisk problem. Dersom 30 prosent stryker, slik tilfellet var i 2017–2018, og ny test må betales av innvandreren selv, mener jeg derimot problemet etisk sett er betydelig.⁷⁶² Testene vil da ekskludere større grupper innvandrere fra majoritetssamfunnet, og da kanskje særlig de som trenger trygghet og opplevelsen av å få et nytt hjem mest.⁷⁶³ Er tallet derimot 97 prosent, slik tilfellet var i Tyskland, er det mindre å si på ordningen.⁷⁶⁴ Kommer innvandreren som flyktning, gjennom familiejenforeningsordningen, eller har særlige læringsutfordringer, mener jeg vi er moralsk *forpliktet* til ikke å anse språk- og kunnskapskravet som absolutt.⁷⁶⁵ Med særlige læringsutfordringer sikter jeg ikke kun til dyslektikere, analfabeter, mennesker med helseutfordringer eller eldre, men også til mennesker som på grunn av sin utdanningshistorikk ikke vil ha mulighet til å oppfylle de ordinære nivåkravene, som må anses å være meget strenge.⁷⁶⁶ Norskkravet tilsvarende nivået som elever som har gått i norsk skole skal være på etter ti års skolegang.⁷⁶⁷ Dersom språk- og kunnskapskravene viser seg å utgjøre et permanent hinder for flyktninger til å få statsborgerskap, vil det stride mot flyktningkonvensjonens § 34, som sier at «De kontraherende stater skal så vidt mulig lette flyktningers [...] erverv av statsborgerskap».⁷⁶⁸

Hva da med irregulære innvandrere, det vil si mennesker som oppholder seg i Norge uten juridisk oppholdstillatelse? Bør disse også innvilges permanent opphold/statsborgerskap basert på hvor lenge man har bodd i Norge? Mange vil nok intuitivt svare et definitivt nei på dette spørsmålet, og

aviser det. Grunnen kan simpelthen være at man har sterkere interesser knyttet til opphavslandet og ønsker å returnere (selv om det ikke skulle skje). *Ibid.*, 93.

761 Rocca, Hamnes Carlsen og Deygers, «Linguistic Integration», 61, 67. Jf. *Prop. 144 L (2014–2015)*, 20.

762 Forskning.no, «Tre av ti strøk på statsborgerprøven». Da testene ble innført uttalte Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet at det var tilstrekkelig at kun «majoriteten av de som ønsker det» ville innfri kravene. *Prop. 144 L (2014–2015)*, 23.

763 En studie fra SSB viste at det først og fremst var mennesker med bakgrunn fra ustabile stater med svake utdanningssystem som søkte statsborgerskap (Vatne Pettersen, «Overgang til norsk statsborgerskap», 17). Et poeng også gjort i flere høringsuttalelser gjengitt i *Prop. 144 L (2014–2015)*, 22.

764 VOX, *Endringer*, 14. okt. 2009, 9.

765 Rocca, Hamnes Carlsen og Deygers, «Linguistic Integration», 61f., 68f.

766 Unntaksbestemmelsene finnes i *Statsborgerforskriften* 4-1 og 4-2.

767 Jf. Puntervold Bø og Fuglestad Bø, *Rettighetstap*, 112ff. Norges Dialog og Fredsforum minner i denne forbindelse om at kartlegging av selv moderate lærevansker er svært komplisert hva gjelder fremmedspråklige med andre referanserammer og begrepsforståelse. Se høringsuttalelse, gjengitt i *Prop. 144 L (2014–2015)*, 18.

768 Jf. Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *General recommendation no. 32*, avsnitt 55.

eventuelt legge til at heller enn å bli «premiert» for sine illegale handlinger ved å få permanent opphold og statsborgerskap, bør slike innvandrere få strengere straff jo lenger de har bodd ulovlig i Norge.

Her mener jeg man bør tenke seg mer nøye om. Aller først er det viktig å skille mellom hva staten juridisk har rett til å bestemme, og hva som er moralsk riktig å gjøre. Selv om irregulære innvandrere som har fått sin sak prøvd for de relevante juridiske instansene ikke har *rett* til opphold og naturalisering, er det liten tvil om at den *moralske* styrken i et krav om å få innvilget permanent opphold og mulighet for naturalisering, under normale omstendigheter,⁷⁶⁹ blir sterkere jo lengre tid man har bodd i landet.⁷⁷⁰ Et betydelig antall innvandrere som har fått avslag på asylsøknad uten å kunne tvangsutsendes bor i lang tid i Norge uten rett til skolegang og muligheter for å arbeide (osv.).⁷⁷¹ Samfunnsmessig vil det være et mindre onde å innvilge dem amnesti enn det vil være å opprettholde eksistensen av en illegal underklasse. Kriteriet om sosial tilhørighet har særlig moralsk styrke for barn av irregulære innvandrere som har mottatt sin sosiale dannelse i Norge. Men i kraft av båndene de har til barna (og til samfunnet for øvrig), vil et argument som tar utgangspunkt i tiden de har hatt til å knytte bånd til sine sosiale og naturlige omgivelser også gjelde barnas foreldre: Jo lenger de har bodd i landet, jo sterkere moralsk grunn har de til å forvente at deres sosiale tilhørighet blir juridisk anerkjent. Å deportere dem vil være inhumant.⁷⁷²

Men hvorfor er tid så viktig? Er det ikke viktigere å vurdere hvor integrert/assimilert den aktuelle innvandreren faktisk er, hvorvidt hen har utført (alvorlige) kriminelle handlinger ut over det å oppholde seg ulovlig i Norge, er i arbeid, snakker språket, «skjønner» samfunnet (osv.)? Er ikke dette, tross alt, de beste konkrete målene på *faktisk* sosial tilhørighet? Det finnes gode grunner til hvorfor vi burde begrense oss til generelle indikatorer som hvor lenge man har bodd i landet.⁷⁷³ For det første fordi tid, til forskjell fra andre alternativ, er lett målbart. Ingen av de ovennevnte

769 I en situasjon der irregulære innvandrere utgjør en form for ublodig invasjon, gjelder selvsagt ikke dette kriteriet. Huseby og Angell, «Irregular Immigrants,» 369.

770 Til dette og følgende, se Carens, *Ethics of Immigration*, 147ff., og presiseringene hos Blake, *Justice*, 155ff.

771 For anslag, se Zhang, *Unauthorized Foreigners in Norway*. Jf. Estimater til NOAS oppgitt på noas.no, «Norges papirløse underklasse».

772 Jf. VM art. 3, CAT. Dersom deportasjon medfører at barn skilles fra sine foreldre, er det et alvorlig brudd på barns rettigheter. Blake, *Justice*, 153f.

773 Carens, *Ethics of Immigration*, 163. Også i den kristne tradisjon formative skrifter ble rettigheter gradert ut ifra hvor lenge man hadde bodd et sted. Rajendra, *Migrants and Citizens*, 100.

faktorene kan måle graden av sosial tilhørighet med særlig stor nøyaktighet.⁷⁷⁴ Man kan være lavt utdannet, uten jobb, beherske språket relativt dårlig og ha et kriminelt rulleblad – og samtidig ha sterke sosiale bånd til (deler av) samfunnet.

Retten til å delta i valg er utelukkende knyttet til alder fordi alder *normalt sett* er et godt mål for sosial tilhørighet og evne til å ta ansvarlige valg. I tillegg er det et kriterium som kan anvendes på samme måte overfor alle individer (til forskjell fra f.eks. kjønn, hudfarge, sosioøkonomisk status, religion, verdier, estetiske preferanser osv.). Et alderskriterium nøytraliserer alle former for tendensiøs og diskriminerende anvendelse.⁷⁷⁵

Men finnes det ikke mange eksempler på mennesker som har levd lenge i et samfunn uten å etablere noen form for tilknytning til samfunnet rundt? De spiser den samme maten, snakker det samme språket, går kledd i de samme klærne, følger de samme reglene for sosialt samkvem og forfekter de samme verdiene som de gjorde før de kom til Norge. Et slikt argument er dypt problematisk, og det av flere grunner. For det første forutsetter det at omgang med innvandrere med samme kulturelle bakgrunn ikke er å omgås «ordentlige» nordmenn. For det andre er argumentet basert på en overforenkling, og grov fortegnning, av den faktiske sosiale virkeligheten. Som Carens skriver:

The air people breathe, the streets they walk, the buildings in which they live and work, the money they use, the taxes they pay, the laws they must obey, the language in which most social institutions function – all these are concrete realities linking the lives of immigrants to the new society where they live.⁷⁷⁶

Sosial tilhørighet er et svært sammensatt nettverk av erfaringer og praksiser. Selv om den sosiale virkeligheten til en somalisk innvandrere er ulik de sosiale virkelighetene mange nordmenn uten innvandrerbakgrunn kan identifisere seg med, er den da også unik sammenliknet med den sosiale virkeligheten til mennesker i Somalia. For det tredje, selv ikke de ytterst få mennesker som har få og svake bånd til samfunnet rundt seg (og blant disse finnes det også mennesker uten innvandrerbakgrunn) vil vi med rette kunne frata politiske rettigheter. Vi vil begå en dyp urett ved å ekskludere

774 Dette betyr også at vi ikke bør overvurdere betydningen av strategisk integrasjonspolitik. Innvandringshistorie har lært oss at tiden er den beste integrasjonsfaktor. Hampshire, *Politics*, 152.

775 Historisk sett var dette også en av de gunstige effektene av *ius sanguinis*. Bauböck, *Transnational Citizenship*, 45.

776 Carens, *Ethics of Immigration*, 167.

dem fra et fellesskap de gjennom valget om å søke naturalisering uttrykker et ønske om å delta i på samme linje som alle andre samfunnsmedlemmer. Ved å anerkjenne dem som samfunnsmedlemmer utfordrer vi marginalisering i et forsøk på å opprettholde det sosiale grunnlaget for et liberalt demokrati.⁷⁷⁷ Samtidig er koblingen mellom statsborgerskap og opplevd tilhørighet komplekst sett fra et fenomenologisk perspektiv. For noen er det en tett kobling, mens det for andre ikke er det.⁷⁷⁸ Men selv om man ikke opplever tilhørighet til «norsk» kultur, gir muligheten for statsborgerskap like fullt den politiske status som utgjør benbygningen i demokratisk kultur.⁷⁷⁹

Kan rettighetskrav knyttet til sosial tilhørighet annullere det faktum at irregulære innvandrere er kriminelle? De har da tross alt brutt Norges lover? Undergraver vi ikke den norske rettsstaten ved å la dem bli og med tiden erverve rett til statsborgerskap? Mark Amstutz argumenterer eksempelvis langs en slik linje.⁷⁸⁰ Han er ikke alene. Ifølge Vigdis Vevstad ser vi internasjonalt en tydelig tendens mot å kriminalisere migranter som forsøker å passere grenser ulovlig.⁷⁸¹ Også i Norge ser vi tydelige tendenser i denne retning.⁷⁸² Her er det mange problemer å ta tak i.

777 Bauböck, *Transnational Citizenship*, 173. Gillian Brock kritiserer Carens' forsøk på å forankre retten til statsborgerskap i opplevelsen av tilhørighet ved å snu argumentet på hodet. Vil det at man ikke lenger føler tilhørighet (f.eks. på grunn av «fremmede» kulturers inntog) føre til bortfall av naturaliseringsretten, og vil det i de mest radikale tilfeller oppstå en sesesjonsrett (Brock, *Justice*, 98f.)? Teoretisk sett vil ikke dette skje før mangelen på opplevelsen av sosial tilhørighet forårsaker en opplevelse av manglende politisk tilhørighet, dvs. hvor man ikke lenger føler seg «hjemme» i den politiske kulturen, og dens konstitusjonelle forankring. I praksis vil det grunnlovsmessige vernet av minoritetskultur normalt sett hindre at dette skjer i en liberal demokratisk kultur. I de sjeldne tilfeller der en slik total fremmedgjøring vedvarer for en stabil befolkningsgruppe over lang tid, så oppstår det en sesesjonsrett (Stilz, *Territorial Sovereignty*, 136ff.), som da Norge gikk ut av union med Sverige i 1905. Marginaliseringen kan også bli juridisk, slik at mennesker som ikke oppholder seg lovlig i Norge, ikke gjør bruk av mulighetene de har for å sikre sine grunnleggende menneskerettigheter i frykt for å bli sendt ut av landet. For å unngå at dette skjer mener Carens at staten bør gjøre juridisk bruk av det såkalte «brannmurprinsippet» (Carens, *Ethics of Immigration*, 132ff.). Prinsippet sier at ingen informasjon innhentet av dem som arbeider for å sikre ivaretagelsen av de irregulære innvandrernes rettigheter kan deles med innvandringsmyndighetene. Irregulære innvandrere får slik en juridisk garanti mot utsendelse dersom de kontakter myndighetene for hjelp til å få ivarett sine generelle menneskerettigheter. Har disse innvandrerne eksempelvis blitt utsatt for kriminelle handlinger skal de kunne søke hjelp fra politi og rettsmyndigheter uten at informasjon om deres oppholdsstatus blir videreformidlet. I tilfeller der innvandringsmyndighetene anvender informasjon som har blitt gjort tilgjengelig fordi en irregulær innvandrer søkte rettshjelp, bør denne informasjonen ses som ugyltig grunn for utvisning (*tainted evidence*). Uten en slik brannmur vil irregulære innvandrere, i *realiteten*, ikke få anerkjent sine menneskerettigheter.

778 Bivand Erdal, Doeland og Tellander, «How Citizenship Matters (or not)», 712ff.

779 Joppke, «Transformation of Citizenship», og *Citizenship*, 5f., 8f., 31f. Jf. diskusjonen av «norskhet» nedenfor i seksjon 7.5.

780 Amstutz, *Just Immigration*, 148f., 151.

781 Jf. Vevstad, «Grensekontroll», 188.

782 Til dette og følgende, se Puntervold Bø, «Et rettssikkerhetsproblem?», 249ff.

For det første bidrar Norge selv til irregularisering av innvandrere ved å etablere en rekke hindre som gjør det nærmest umulig å lovlig bevege seg til Norge for å få sitt beskyttelsesbehov vurdert, for eksempel ved å innføre flyrestriksjoner og legge inn returforutsetninger for innvilgelse av visum. I fraværet av reelle muligheter til å søke gjennom konsulater eller ambassader i utlandet, blir ulovlig grensepassering den eneste måten å få tilgang til asylretten på for de aller fleste beskyttelsessøkende mennesker.⁷⁸³

Både genuine flyktninger og mange mennesker som lider nød i sine hjemland har en rekke sterke etisk legitime insentiver til å bryte reglene for normal innvandringskontroll.⁷⁸⁴ De bryter loven motivert av selvrespekt og kjærligheten til sine nærmeste. Selv om migranter har en presumptiv forpliktelse til å respektere norsk og internasjonal lov, gis det omstendigheter som utgjør gode etiske grunner til at de bør bryte dem.⁷⁸⁵ Hva ville vi gjort dersom vi var jøder i Nazi-Tyskland under krigen, eller en liberal afghaner? Ville vi ansett det som etisk legitimt å flykte, og selv søkt hjelp fra menneskesmuglere dersom annen assistanse ikke var tilgjengelig? Flyktningkonvensjonens artikkel 31 slår da også fast at man ikke skal straffe flyktninger som har kommet inn på ens territorium uten tillatelse. Men hva med migranter som ikke er flyktninger? Delegitimerer vi de deler av lovverket som ekskluderer dem ved ikke å straffeforfølge dem?⁷⁸⁶

Skal vi ta velbegrunnet stilling til dette spørsmålet, må vi reflektere over ulike lovers faktiske funksjon. Selv om mennesker som kjører for fort har brutt norsk lov, vurderer vi dem ikke som en trussel mot rettsstaten. Vi kaller dem heller ikke «kriminelle», og det gjør vi med god grunn, nemlig fordi lover er ulike med tanke på hva de er designet for å forhindre. Noen lover er utformet for å forhindre handlinger med alvorlige samfunnsmessige konsekvenser (voldtekt, mord, terrorisme, spionasje osv.), mens overtredelse av andre lover får mindre alvorlige følger. Dette betyr ikke at sistnevnte type lover mangler legitimitet. Det betyr bare at vi ikke er avhengige av at de håndheves strengt, og med stor ressursbruk, for at de skal tjene sin samfunnsmessige funksjon. Det er nok at de er der, og at et visst tilsyn er på plass. Vi trenger altså et nyansert vokabular for mennesker som begår lovbrudd. Det er dette sammenlikningen mellom brudd på innvandringsloven

783 Unntaket er de ytterst få som med hjelp av UNHCR får mulighet til søke om status som konvensjonsflyktninger. Se nedenfor.

784 Shacknove og Byrne, «The Safe Country Notion», 190.

785 Blake, Justice, 166ff.

786 En slik posisjon hevdes i Amstutz, *Just Immigration*, 104.

og brudd på trafikkreglene illustrerer viktigheten av.⁷⁸⁷ Brudd på utlendingsloven bør derfor ikke regnes som en *forbrytelse* som gir migranten status som kriminell, men er et eksempel på en mindre sivil *forseelse* som bør ha relativt kort foreldelsestid (3–5 år for normale tilfeller). Fengsling eller utvisning som straff vil være urimelig, ettersom det er en form for straff som ikke bare uttrykker juridisk fordømmelse, men også *moralsk* fordømmelse. I Norge har praksis tidligere vært å ikke straffeforfølge mennesker som har kommet til Norge på ulovlig vis.⁷⁸⁸ Norge har også bundet seg til flyktningkonvensjonen, som slår fast at flyktninger ikke skal straffes for ulovlig innreise (§ 31) så fremt de gir seg til kjenne for myndighetene innen rimelig tid.⁷⁸⁹ Oppgir man imidlertid uriktige opplysninger om egen eller familiemedlemmers identitet (osv.) betraktes dette som et alvorlig lovbrudd fordi det rammer kontrollhensynene loven har som formål å ivareta, og er til hinder for likebehandling av asylsøkere.⁷⁹⁰ Slike hensyn er viktige, men jeg mener også det må tas høyde for at irregulære migranter ofte er drevet av etisk legitime motiver, og at de bryter loven fordi de opplever at den ikke lever opp til sine idealer.⁷⁹¹ De har også mange grunner til ikke å stole på politiske myndigheter. Slike motiver mener jeg bør ha tung juridisk vekt.⁷⁹² Som Michael Blake skriver: «We cannot mark others out as uniquely immoral, when their crime is one that [we] would expect ourselves to do, were we in their shoes.»⁷⁹³ Dersom vi selv (eller våre barn) stod på andre siden av grensen og søkte om opphold, hvilke argumenter ville vi da ansett som moralsk legitime?⁷⁹⁴ Verken det å krysse en grense ulovlig, med manglende/misvisende identitetspapirer, eller kriminell fortid i et dysfunksjonelt samfunn utgjør derfor nødvendigvis et godt grunnlag for å forutsi fremtidig kriminell atferd.⁷⁹⁵ Anerkjennelsen av at grunnene mange irregulære migranter har for å krysse grenser er etisk legitime åpner også opp muligheten for å gi dem amnesti.⁷⁹⁶ Har migrantene oppholdt

787 Til dette og følgende, se Carens, *Ethics of Immigration*, 155f. Jf. også Huseby og Angell, «Irregular Immigrants», 368.

788 Jf. Øyen, «Flyktningstatus», 175.

789 Vevstad, «Grensekontroll», 188, og Fuglerud, *Migrasjonsforståelse*, 16.

790 Jf. Martnes, *Barnets beste*, 74ff., og *Utlendingsforskriften* § 8-5, tredje ledd.

791 Gibney, «The Duties of Refugees», 149f.

792 Jf. EMDs vurdering i saken som omhandlet Nunez og Kaplan gjengitt i Martnes, *Barnets beste*, 75.

793 Blake, *Justice*, 182. Jf. Brock, *Justice*, 97f.

794 Jf. Puntervold Bø, *Søkelys*, 165.

795 O'Nions, *Asylum*, 45f.

796 Det er verdt å påpeke at det også finne irregulære migranter som ikke har et ønske om å bli innvilget lovlig opphold i Norge, som oftest personer som bedriver sirkulær arbeidsmigrasjon. Fangen og Andreassen Kjærre, «Ekskludert av staten, inkludert i hva?», 28.

seg irregulært i Norge over lang tid, burde opphold og statsborgerskap innvilges på grunnlag av deres primære sosiale tilhørighet – selv etter tidligere avslått asylsøknad, og uavhengig av om man aktivt har motarbeidet utsendelse eller ikke.⁷⁹⁷ I mine øyne vil de samfunnsmessige fordelene ved å regularisere dem veie opp for den negative signaleffekten det gir med tanke på innvandringskontroll og likebehandling, da særlig dersom barn er involvert.⁷⁹⁸ Slike migranter bør innvilges «virtuelt amnesti».⁷⁹⁹ Da tenker jeg på mye omtalte tilfeller som for eksempel Lula Tekle, Mustafa Hassan eller Madina Salamova (bedre kjent som Maria Amelie).⁸⁰⁰ For de to sistnevnte endte saken godt.⁸⁰¹ Thomas Ugelvik beskrev utgangen av Amelie-saken på en måte som også passer for Mustafa Hassans skjebne: «Staten viste seg samtidig som en effektiv grensekontrollør med et menneskelig ansikt.»⁸⁰²

Men hva da med innvandrere som begår kriminelle handlinger i Norge? Dansk lov ekskluderer personer med fengselsstraff på over 18 måneder *permanent* fra muligheten til naturalisering.⁸⁰³ Burde ikke Norge følge samme praksis? Her er det selvsagt viktig å skille mellom utenlandske kriminelle som ikke er permanent bosatt i Norge, og mennesker med rulleblad som har bodd lenge nok i landet til at vi med rimelighet kan si at de har sin primære sosiale tilhørighet til Norge. For førstnevnte gruppe er avslag på søknad om statsborgerskap et juridisk verktøy for å opprettholde politiets deportasjonsrett i møte med alvorlig kriminalitet.⁸⁰⁴ Dersom en kriminell innvandrер som er fast bosatt i Norge søker statsborgerskap kan man med rette vente til eventuell straff er sonet. Norge opererer med en viss karenstid

797 Hva som skal gjelde som tegn på tilstrekkelig sosial tilhørighet er ikke lett å si. David Miller trekker frem arbeidsvilje og medlemskap i frivillige organisasjoner som eksempler (Miller, *Strangers*, 125). Som argumentert for ovenfor mener jeg det er *tiden* som primært er avgjørende. Tidsaspektet er innreflektert i § 6 i *Statsborgerskapsloven*, som omhandler betingelsene for dispensasjon for barn som har fått statsborgerskap på falskt grunnlag. Jf. *Ot. prp. 75 (2006–2007)*, 158, 163.

798 Jf. *Ot. prp. 75 (2006–2007)*, 166.

799 Uttrykket ble opprinnelig brukt om migranter som ikke hadde fått behandlet sin søknad innen rimelig tid. Amstutz, *Just Immigration*, 65.

800 For Maria Amelie og Mustafa Hassan veier i tillegg det faktum at de kom til Norge som barn særlig tungt som argument for at de burde innvilges opphold (jf. *Utlendingsforskriften* § 8-5, første ledd). I saker som dette skal ikke barn straffes for foreldres handlinger (CRC art. 2(2)). Hva gjelder foreldrenes handlinger er det ikke alltid at migrantens sivile ulydighet utgjør en «protest» rettet mot en bestemt lov. Den kan simpelthen være rettet mot tolkningen av den i en bestemt sak (jf. Birnie, «The Ethics of Resisting», 196, 205). Maria Amelies mor fikk opphold gjennom familiegjenforening. Se for øvrig vurderingen flertallet gjorde vedrørende utvisning av utlendinger som har brutt utlendingsloven men som har barn i Norge i Justis- og beredskapsdepartementets utredning *Terskelen for utvisning i saker som berører barn*, 176ff.

801 Hassan-saken medførte en endring i *Statsborgerverloven* (§ 26). Lula Tekle har i skrivende stund fått innvilget midlertidig opphold med mulighet for årlig fornyelse.

802 Ugelvik, «Hvem er Maria Amelie?», 83.

803 Midtbøen, «Statsborgerrettslig revisjon», 533. Jf. *Statsborgerloven* § 9.

804 Til dette og følgende, se Bauböck, *Transnational Citizenship*, 100.

etter soning, noe som ikke er helt urimelig. Etter at karenstiden er utløpt, derimot, vil det fortsatt å nekte innvandrere med rulleblad naturalisering forsterke opplevelsen av utenforskap og hindre reintegrering i samfunnet.⁸⁰⁵ Her bør det etiske kriteriet knyttet til sosial tilhørighet reaktiveres.

Innvandrerens opplevelse av sosial tilhørighet i det norske samfunnet følger ikke automatisk av innvilgelse av like rettigheter som øvrige medlemmer av det norske samfunnet. Det finnes et utall mer eller mindre formelle ekskluderingsmekanismer som svekker god integrasjon. Bestemte krav til sosial væremåte, utseende, estetisk stil, beherskelse av kulturelle «koder» og så videre kan føre til at mange innvandrere føler seg utenfor selv om de formelt sett er «innenfor». De opplever at ens kroppsspråk, talemåte, høflighetsnormer, humor, musikksmak, kleskoder og lignende gjør at folk holder dem på avstand. Integrasjon handler om mye mer enn at lover, formelle prosedyrer og adgangene til samfunnsinstitusjoner er like for alle. Et velfungerende demokratisk flerkulturelt samfunn krever at en ikke-diskriminerende etos preger samfunnsmedlemmenes måte å omgå hverandre.⁸⁰⁶

Men dette handler ikke bare om hvordan majoritetsbefolkningen forholder seg til innvandrere. Det handler også om hvordan innvandrere forholder seg til majoritetsbefolkningen. Mens majoritetsbefolkningen må forsøke å unngå majoritetstyranni (i den grad det er mulig innenfor en konstitusjonelt forankret statsorden), er det urimelig at storsamfunnet alltid skal tilpasse sine lover på måter som imøtekommer innvandrerminoritetenes preferanser. Der uenigheten angår saker som er viktige for begge parter, må det forhandles frem rimelige kompromisser. Den gjensidige tillit som kreves for at en samfunnsordning skal være stabil, krever at alle behandler hverandres interesser som likeverdige og etterstreber å finne løsninger som er tilfredsstillende (om ikke alltid opplevd som ideelle) for alle parter gjennom demokratiske prosesser.

Utfordringen med å «måle» tilhørighet kan belyses gjennom et velkjent eksempel. Det er ikke uvanlig å argumentere for at bosettingsmønsteret til førstegenerasjons innvandrere bør reguleres for å unngå gettodannelser.⁸⁰⁷ Man vil unngå etniske enklaver organisert rundt uformelle antiliberale

805 *Statsborgerloven* §§ 7 og 9. Jf. Knudsen, «Norsk statsborgerskap», 250. Utenforskap i relasjon til majoritetskulturen er ikke nødvendigvis et tegn på manglende sosial tilhørighet. Kriminalitet blant innvandrere kan like gjerne tolkes som et tegn på at disse innvandrerne har sin primære sosiale tilhørighet i den kriminelle norske underverden. Joppke, «The Nation-State», 36f.

806 Carens, *Ethics of Immigration*, 62ff.

807 Brattbakk, Vaattovaara og Andersson, «Natives Opinions».

sosiale og politiske strukturer med en justis basert på kulturelle normer og sosiale autoritetsformer importert fra opphavslanene.⁸⁰⁸ I Norge blir ofte bydeler i Göteborg eller Malmö (f.eks. Rosengård) trukket frem som eksempler til skrekk og advarsel.⁸⁰⁹ Fra majoritetsbefolkningens perspektiv vil gettodannelser svekke det tillitsforholdet mellom ulike befolkningsgrupper som samfunnet er avhengig av for å sikre god samhandling. Staten har derfor en betydelig interesse av å unngå en slik utvikling. Hvordan fremstår en slik statlig styring for innvandrerne? Opplevs det som et statlig overgrep mot et ønske om ikke å delta i det norske samfunnet? Eller er det kanskje slik at førstegenerasjons innvandrere opplever det å bo sammen med mennesker med liknende kulturell bakgrunn som en ressurs for integrering? At valgdeltakelse for en del etniske grupper i Norge øker i takt med konsentrasjonen av innvandrere fra samme etnisitet er et eksempel på hvordan sosiale nettverk kan gi positive effekter for innvandrere både fordi velgermobilisering er enklere, og fordi disse innvandrerne opplever mindre krysspress som skaper handlingslammelse.⁸¹⁰ Det å bosette seg i et samfunn er tross alt en svært krevende tilpasningsprosess. I en slik situasjon kan kontakt med mennesker med samme språk og beslektet kulturell referanseramme føre til at de opplever overgangen mer skånsom, og dermed som lettere å mestre.⁸¹¹ Selv mennesker fra kulturer med nært slektskap til norsk kultur kan ha et sterkt behov for et slikt støttende nettverk. De britiske krigsbrudenes problemer med å bli integrert i etterkrigstidens norske samfunn kan eksempelvis knyttes til mangelen på kontakt med andre i samme situasjon.⁸¹² I sine detaljerte analyser av integrasjon i Storbritannia og Frankrike, har statsviter Rashaan Maxwell vist at personer som er sosialt integrerte (dvs. ikke bor i gettoer, som gifter seg med personer uten innvandringsbakgrunn og er kulturelt assimilert) under visse betingelser faktisk er mindre politisk og økonomisk integrerte (dvs. har lavere utdanning og oftere arbeidsledige) fordi de mangler støtte i grupper som mobiliserer politisk innflytelse, og som kan gi ressurser til økonomisk integrasjon.⁸¹³ Tilgangen til sosiale og kulturelle «brobyggere» er bedre i etniske og kulturelt familiære omgivelser – mennesker som kan hjelpe

808 Streeck, «Between Charity and Justice», 11f.

809 Se f.eks. *Meld. St. 30 (2015–2016)*, 9.

810 Se Bjørklund og Bergh, *Minoritetsbefolkningens møte*, 87ff.

811 Søholt, «Pathways to Integration». Se også Foner og Alba, «Immigrant Religion», 362f.

812 Brochmann og Kjeldstadli, *Innvandringen til Norge*, 198.

813 Maxwell, *Ethnic Minority Migrants*, 4. Unntaket er dersom de ikke tilhører grupper som er sårbare for diskriminering, og/eller har tilgang til uavhengige økonomiske ressurser.

dem til å forstå det norske samfunnet i alle dets kriker og kroker.⁸¹⁴ Så lenge slike nettverk komplementerer, men ikke fullt ut erstatter, relasjoner til norskfødte mennesker, vil de kunne være integrasjonsfremmende.⁸¹⁵

Hva da med mennesker som har doble statsborgerskap? Er det etisk legitimt å kreve at de sier opp sitt opprinnelige statsborgerskap før de får mulighet til å naturaliseres, slik som norsk lov, med støtte i folkeretten, har krevd frem til nylig?⁸¹⁶ Tradisjonelt har dette vært et av de viktigste naturaliseringskriteriene. Kravet er problematisk av følgende grunner.

Sosial tilhørighet er ikke et enten-eller-spørsmål.⁸¹⁷ Den kan krysse grenser. I den grad vår sosiale tilhørighet gir opphav til politiske interesser, er det naturlig at førstegenerasjons innvandrere ikke uten videre gir opp sitt opprinnelige statsborgerskap.⁸¹⁸ Og selv om få innvandrere gjør bruk av sine politiske rettigheter i opprinnelseslandet, kan det å bevare sitt opprinnelige statsborgerskap, samtidig som man søker naturalisering i landet man emigrerer til, fungere som et symbolsk uttrykk for denne sammensatte opplevelsen av tilhørighet.⁸¹⁹ Muligheten for å beholde sitt opprinnelige statsborgerskap kan formelt sikre muligheten for reetablering i opprinnelseslandet dersom dette blir mulig («hjernesirkulasjon»), og i kraft av sine sosiale relasjoner til hjemlandet (slektninger osv.) er innvandreres fremtid både faktisk og potensielt delvis påvirket av politiske forhold i opphavslandet.⁸²⁰ Rainer Bauböck kaller dette et *stakeholder*-kriterium for

814 En av grunnene til at man har unngått gettodannelser kan være at Norge har en variert boligstruktur i innvandrertette områder. Dette har gjort at innvandrere kan avansere sosialt uten å endre bosted. Mønsteret i Norge er multietnisk, heller enn etnisk homogent, nabolag (bortsett fra hva gjelder etniske nordmenn), både hva gjelder preferanser og faktisk foreliggende forhold. Søholt og Lynnebakke, «Neighbourhood Qualities», 2319. Jf. Kristin Clemets analyse i intervjuet hun gav til Sven Egil Omdal, gjengitt i *Skandinavisk uro*.

815 I norsk kontekst finnes det kvalitative undersøkelser som viser at innvandrere selv ikke uttrykker et tydelig ønske om å bo i byområder med mange mennesker av samme kulturelle (eller etniske) bakgrunn. Støtten de søker fra disse, får de enkelt dekket på bynivå. For øvrig er det andre forhold som var mer avgjørende når de skulle velge bosted. Søholt og Lynnebakke, «Neighbourhood Qualities», 2327ff.

816 *Statsborgerloven*, § 10. Jf. Knudsen, «Norsk statsborgerskap», 240, 52ff., og NOU 2000: 32, 108f. Unntak fra kravet om løsning fra opprinnelig statsborgerskap ble normalt gitt til mennesker med flyktningstatus, og dersom myndighetene i hjemlandet stilte urimelig strenge krav for å bli løst fra statsborgerskap.

817 Fuglerud, *Migrasjonsforståelse*, 146ff.

818 Bauböck, *Transnational Citizenship*, 91, 126, «Migrant Transnationalism», og Aleinikoff og Klusmeyer, *Citizenship Policies*, 36.

819 Da Sverige i 2001 innførte muligheten for doble statsborgerskap, var det nettopp aksept for slike doble identiteter som var den viktigste drivkraften (Midtbøen, «Divergens», 319, og videre Bauböck, «Migrant Transnationalism», 716). Det at flyktninger i mye større grad søker om overgang til norsk statsborgerskap, mens arbeidsinnvandrere fra EU i mindre grad gjør det, er et tydelig uttrykk for at kombinasjonen av migrantenes fremtidsutsikter i Norge og forholdet til opphavslandet er det avgjørende. Se Vatne Pettersen, «Overgang til norsk statsborgerskap».

820 Erdal, Doeland og Tellander, «How Citizenship Matters», 717. Selv om de ikke selv må bære de umiddelbare konsekvensene av sin bruk av stemmeretten i opphavslandet, kan de ha en rekke legitime interesser i landet som stemmeretten gjør det mulig å ta ansvar for å sikre.

statsborgerskap, men i bunn og grunn handler det om den politiske vekten av sosial tilhørighet. Som Bauböck skriver:

Territorial movements of people and territorial shifts of their interests are completely synchronized only in nomadic societies [...] Basic interests and identities of people on the move are still related to social networks which remain fixed in the locations of the sending and the receiving area [...] If citizenship were strictly determined by one's present territorial location, there would be no more tourists and all migrants would be like refugees.⁸²¹

Men krever ikke naturalisering at innvandrere viser udelt lojalitet til nasjonen Norge? Dersom statsborgerskap primært handler om retten til å delta i kollektiv politisk selvbestemmelse, vil ikke da doble statsborgerskap bety at man deltar i to politiske «herredømmer» (som potensielt kan komme i konflikt med hverandre)?⁸²²

Her er det viktig først å skille mellom valgrett og valgbarhetsrett. Å inneha høyere politiske verv i sitt opphavsland samtidig som man er statsborger i et annet, er ikke forenlig med tanken om demokratisk representasjon.⁸²³ Politikere har et ansvar overfor velgerne å dedikere seg fullt og helt til landet det har politiske verv i.⁸²⁴ For disse bør derfor ikke dobbel valgbarhet være en mulighet. Men i et representativt demokrati der folk flest selv ikke direkte utøver politisk makt, er det ikke strengt nødvendig å kreve at en statsborger kun er medlem av ett folk.⁸²⁵ Selv om det skulle være prinsipielle grunner til å nekte norske statsborgere å inneha dobbelt statsborgerskap, har de doble valgdrettighetene dobbelt statsborgerskap gjort mulig så å si ingen praktisk betydning.⁸²⁶ Ytterst få vil formodentlig gjøre bruk av dem. I de tilfeller det faktisk skulle oppstå konflikt mellom statsborgerlige forpliktelser, kan det gis forrang til medlemskapet i landet man har sin faste bopel, eller det man har sterkest tilknytning til.⁸²⁷ Hva gjelder valgrett, har dette også liten praktisk betydning ettersom mange land legger

821 Bauböck, *Transnational Citizenship*, 32.

822 Jf. Joppke, *Citizenship*, 48.

823 Aleinikoff og Klusmeyer, *Citizenship Policies*, 41. Jf. Bauböck, «Migrant Transnationalism», 717f.

824 Song, «The Significance of Territorial Presence», 245.

825 Bauböck, *Transnational Citizenship*, 85. Heller ikke i middelalderen, da politiske forpliktelser var direkte og personlige, var lojalitet udelt, eller ordnet i et hierarkisk system (Spruyt, *The Sovereign State*, 38ff.). I særtilfeller der motstridende politiske krav er knyttet til statsborgerskapet, er det tvilsomt om lojalitetsforholdet vil bli entydig avklart gjennom et krav om bare ett statsborgerskap. NOU 2000: 32, 118.

826 Ibid., 119, og videre Bauböck, «Migrant Transnationalism», 706.

827 NOU 2000: 32, 108, og Aleinikoff and Klusmeyer, *Citizenship Policies*, 40. Dette kan f.eks. gjelde retten til diplomatisk beskyttelse eller avtjening av verneplikt.

sterke begrensninger på hvordan den kan brukes av emigranter.⁸²⁸ Det er imidlertid viktig å understreke at tilhørighetskriteriet innebærer at kravet om doble statsborgerlige rettigheter svekkes allerede i neste slektsledd, og har helt mistet sin relevans for barn av norskfødte som har foreldre med innvandrerbakgrunn.

Grenseoverskridende politiske interesser blir ikke borte ved å hindre migranter dobbelt statsborgerskap.⁸²⁹ I kraft av å gi innvandrere med statsborgerskap i andre land tilgang til fulle politiske rettigheter vil tilgang til norsk statsborgerskap for mange være tillitsskapende og integreringsfremmende, og slik bidra til å styrke det norske demokratiet. På samme måte som språk- og kunnskapskravet, vil kravet om å oppgi sitt opprinnelige statsborgerskap kunne føre til at mange nøler med å søke naturalisering, og dermed tilgang til fulle rettigheter i det norske samfunnet.⁸³⁰ Da Bondevik-regjeringen i 2004 vedtok å opprettholde prinsippet om ett statsborgerskap, gjorde de det mot flertallet i utvalget bak NOU 2000:32, *Lov om erverv og tap av norsk statsborgerskap*.⁸³¹ Resonnementet mitt støtter forslaget om å innføre muligheten om doble statsborgerskap som flertallet i utvalget den gang argumenterte for, og som i 2018 endelig ble vedtatt i Stortinget.⁸³² Den nye lovparagrafen trådte i kraft 1. januar 2020. Som ventet, ble resultatet en kraftig økning i antall mennesker som søkte norsk statsborgerskap.⁸³³

Så langt har jeg argumentert med utgangspunkt i en forståelse av statsborgerskap som utelukkende en rettighet. Men statsborgerskap medfører også ansvar. I Norge er det for eksempel bare statsborgere som avtjener verneplikt. Ettersom dette ansvaret burde fordeles likt på alle dem som nyter godt av fruktene, har Helder De Schutter og Lea Ypi argumentert

828 Ellis mfl., *Voting from Abroad*, 11ff.

829 Jf. NOU 2000: 32, 89.

830 Erdal, Doeland og Tellander, «How Citizenship Matters», 717. Som Erdal påpeker betyr ikke dette at statsborgerskap utgjør den siste manglende puslebiten i følelsen av tilhørighet. Mange innvandrere opplever at rase fortsatt blir brukt av mange (bevisst eller ikke) som markør for full tilhørighet til det norske samfunnet. *Ibid.*, 16.

831 NOU 2000: 32, 121ff. Norge fulgte altså lenge samme praksis som Danmark, mens den svenske utredningskomiteens anbefaling om å innføre muligheten for doble statsborgerskap ble fulgt opp med en lovendring som åpnet for dette i 2001 (se f.eks. Midtbøen, «Statsborgerrettslig revisjon», 529ff. og Kriegbaum Jensen, Fernández og Brochmann, «Naturalization», 613f). I sine intervjuer med involverte i prosessen, finner Brochmann og Midtbøen tegn på at terrorangrepene i New York i 2001 førte til en holdningsendring blant de ansvarlige politikerne i restriktiv retning. Brochmann og Midtbøen, «Philosophies of Integration», 156f.

832 Midtbøen, «Dual Citizenship», 303. Jf. *Prop. III L (2017–2018)*. Sylvi Listhaugs begrunnelse for at hun som innvandrings- og integreringsminister ønsket forslaget velkommen var at en ordning med doble statsborgerskap ville gjøre det lettere å utvise terrormistenkte fra Norge – en heller tvilsom begrunnelse i mine øyne. *Ibid.* Jf. *Statsborgerloven*, §§ 26a og b.

833 Sørlien Molstad og Naz, «Sterk økning i antall overganger til norsk statsborgerskap».

for at statsborgerskap burde være en juridisk forpliktelse for innvandrere som har bodd lenge nok i Norge.⁸³⁴ De aller fleste byrdene statsborgerskapet medfører er imidlertid, slik jeg ser det, et *moralsk* ansvar. Argumentet understreker likevel at en innvandrere er moralsk klanderverdig dersom det å fraskrive seg dette ansvaret ikke er basert på tilstrekkelig gode grunner.

I denne seksjonen har jeg pakket ut Joseph Carens' argument for at sosial tilhørighet bør være det avgjørende kriteriet for hvorvidt en innvandrere har krav på politiske, sivile og sosiale rettigheter normalt forbeholdt statsborgere. Mark Amstutz karakteriserer Carens' posisjon som kosmopolitisk orientert, det vil si en rettighetstenkning der *alle* rettigheter et menneske bør tilskrives er begrunnet i forhold som ikke er knyttet til hvilket samfunn det tilhører.⁸³⁵ Dette er imidlertid ikke en adekvat beskrivelse.⁸³⁶ Carens' teori om sosial tilhørighet skiller seg fra en renskåret kosmopolitisk posisjon blant annet fordi den ikke er avhengig av et argument om at alle mennesker har like rettigheter.⁸³⁷ Uten å avvise gyldigheten av universelle menneskerettigheter, mener Carens at slike rettigheter bare utgjør en brøkdel av de juridiske rettigheter som gjelder for mennesker som lever i demokratiske stater. En rekke juridiske rettigheter er avhengig av sosial tilhørighet, det vil si at de er gruppebaserte rettigheter som er knyttet til måter man deltar i et bestemt politisk fellesskap på (f.eks. rett til sosialytelser osv.). Disse rettighetene er utformet for å beskytte et menneskes interesse av å være knyttet til et bestemt politisk fellesskap basert på idealet om sivil rettferdighet. Carens forsøker bare å etablere et argument for at et samfunn er moralsk forpliktet til ikke å diskriminere mennesker som gjennom sin sosiale dannelse hører til i et samfunn, uavhengig av om de er statsborgere eller ikke. Teorien er et forsøk på å forankre gruppebaserte rettigheter i noe mer grunnleggende enn statsborgerskap. Problemet for Carens er altså ikke ordningen med arvede statsborgerskap, men hindrene for å skifte statsborgerskap.⁸³⁸

Den canadiske politiske filosofen Arash Abizadeh mener likevel at Carens' teori om sosial tilhørighet er situert i en mer fundamental

834 De Schutter og Ypi, «Mandatory Citizenship».

835 Amstutz, *Just Immigration*, 95.

836 Riktignok gyldig for en rekke andre migrasjonsetikere. De mest kjente er Soysal, *Limits of Citizenship*, og Jacobson, *Rights across Borders*.

837 Carens, *Ethics of Immigration*, 109, 161. Matthew Gibneys kritikk mot Carens' «upartiske» posisjon på dette punktet treffer derfor heller ikke (Gibney, *Ethics*, 77ff.). Carens' posisjon skiller seg også fra en (radikal) kosmopolitisk posisjon fordi den ikke ønsker å *avskaffe* grenser mellom stater, men derimot i *normale omstendigheter* alltid motivere *åpnere* grenser. Carens, *Ethics of Immigration*, 231.

838 Joseph Carens, «Birthright Citizenship», 205, 222.

kosmopolitisk grunnholdning.⁸³⁹ Mens Carens argumenterer for at en stat har visse moralske forpliktelser overfor medlemmer som den ikke har overfor ikke-medlemmer, mener Abizadeh at medlemmer har slike krav fordi en stat er forpliktet overfor *ethvert* menneske som er underlagt dens jurisdiksjon. Grunnen til at medlemmer i et samfunn har visse rettigheter overfor staten, er at *alle mennesker* har rett til vern om grunnleggende interesser fra den politiske enheten de tilhører. For Carens er imidlertid ikke medlemsspesifikke menneskerettigheter et enten-eller-spørsmål (medlem/ikke-medlem), slik generelle menneskerettigheter er det (menneske/ikke-menneske). Medlemsspesifikke rettigheter vokser frem over tid.⁸⁴⁰ Hvilke moralske krav man har overfor en stat er også bestemt av valg man har gjort (dvs. valget å migrere), og ikke noe man har i kraft av å være menneske (rett til arbeid, men ikke rett til arbeid *der*).

Hvorvidt et land har en restriktiv eller liberal naturaliseringspolitikk, har historisk vist seg ofte å korrelere med hvor lenge et land har vært preget av en demokratisk kultur.⁸⁴¹ Det ligger i selve den liberaldemokratiske forestillingen om statsborgerskap at den skal være inkluderende. Det norske samfunnet bør være et politisk fellesskap som etterstreber at alle mennesker med sin primære sosial tilhørighet i landet bør ha samme mulighet til deltakelse. En naturaliseringspraksis som utgjør en åpenbar trussel mot denne grunnleggende inklusiviteten er etisk uforsvarlig.⁸⁴² Dette betyr ikke at alle som har bodd en viss tid i Norge *må* engasjere seg i det politiske liv på lik linje, men at det politiske rom er *åpent* for lik deltakelse.⁸⁴³ Valgfri naturalisering uttrykker både en anerkjennelse av innvanderens rettigheter uavhengig av statsborgerskapsstatus, men bidrar også til å forsterke opplevelsen av naturalisering som en personlig forpliktelse til en bestemt politisk kultur.⁸⁴⁴ Det er imidlertid naivt å tro at en slik naturaliseringspolitikk vil medføre full *de facto* inkludering. For at dette skal skje, kreves

839 Til dette og følgende, se Abizadeh, «The Rights of Migrants», 382.

840 Joseph Carens, «Alternative Approaches», 410.

841 Hampshire, *Politics*, 119.

842 Til dette og følgende, se Bauböck, *Transnational Citizenship*, 94, 102, 114f.

843 Den lave valgdeltakelsen blant naturaliserte innvandrere, tyder også på at det like gjerne kan være behov for trykgheten det norske passet gir som er motivasjonen for å søke statsborgerskap, og ikke bare deltakelse.

844 Med dette sagt kan også en nedbygging av forskjellen i rettigheter mellom statsborgere og andre med permanent opphold fjerne et viktig insentiv for sistnevnte gruppe til å søke statsborgerskap (Heisler og Heisler, «Citizenship», 116f. Jf. Erdal, Doeland og Tellander, «How Citizenship Matters», 715f. Se De Schutter og Ypi, «Mandatory Citizenship»). Sistnevnte argumenterer blant annet for at dette vil styrke det sosiale samholdet. Men vil ikke det motsatte skje? Dessuten er ikke det å stille til valg, eller å bruke stemmeretten, juridiske forpliktelser, men rettigheter norske statsborgere har.

også en liberaldemokratisk etos som hindrer negative fordommer og usikkerhet i møte med de «fremmede» i å komme til uttrykk i rasistiske holdninger og diskriminerende praksiser i det sivile liv.⁸⁴⁵ Men her ligger det også et ansvar på innvandrerne selv. Prisen for å ikke velge naturalisering er tap av representasjon, noe som over tid vil kunne føre til politisk marginalisering.⁸⁴⁶

4.5 Er emigrasjon moralsk klanderverdig?

En viktig forutsetning for det jeg har sagt så langt i dette kapitlet, er at mennesker faktisk har rett til å forlate sitt opphavsland. Men dette er ingen selvfølge. Selv om mennesker som lever under dårlige menneskerettslige kår i sitt hjemland har en *prima facie* moralsk legitim grunn og juridisk rett til å emigrere (ICCPR, art. 12.2), kan det likevel være verdt å reflektere over om ikke disse menneskene har et mer grunnleggende moralsk ansvar overfor sine medborgere til arbeide for å motvirke årsakene som skaper behovet for å reise ut av landet. Selv om det ikke er folkerettsstridig, kan man like fullt spørre seg om det ikke er *uetisk* å dra fra et sted som trenger deg.⁸⁴⁷ Og selv om man ikke skulle ha moralske og politiske forpliktelser til politiske institusjoner som ikke følger opp sine forpliktelser til befolkningen, kan man vel likevel ha moralske forpliktelser overfor de menneskene som er underlagt slike institusjoner? En rekke andre generelle faktorer har også blitt fremhevet som grunner til at mennesker bør avstå fra å emigrere.⁸⁴⁸ For det første er det økonomisk kostbart. For det andre er det farlig. For det tredje er det knyttet høye integreringskostnader til dem i et nytt land, og for det fjerde pådrar migrantene seg tap av kulturelle røtter og identitet.⁸⁴⁹

Disse etiske innvendingene kan problematiseres ved å anvende dem på intern migrasjon.⁸⁵⁰ Ville vi ansett det som politisk forsvarlig å hindre mennesker i å flytte fra en sosialt og økonomisk belastet del av Norge til

845 Jf. nedenfor, seksjon 6.4.

846 Bauböck, *Transnational Citizenship*, 65.

847 Retten til emigrasjon kan forsvares uten retten til immigrasjon, akkurat som retten til religionsfrihet kan forsvares uten at man forsvaret retten til å anvende andres ressurser for å få den realisert (f.eks. å dra på en dyr pilegrimsreise). Retten til emigrasjon er begrunnet i at en stat ikke kan forhindre meg i å dra. Retten til immigrasjon er forsøkt begrunnet i plikten en annen stat har til å ta meg imot. Selv om både nordmenn og asylsøkere har rettigheter mot den norske stat, er de ulike, og krever ulik begrunnelse. Det er ikke bare den opplevde vekten av interessene for de ulike gruppene som er avgjørende, men hvorvidt den spesifikke begrunnelsen for maktutøvelse holder vann. Blake, *Justice*, 44ff.

848 Nida-Rümelin, *Über Grenzen denken*, 24.

849 Collier, *Exodus*, 173ff.

850 Til dette og følgende, se Clemens, «The Biggest Idea», 33.

en landsdel med færre sosiale problemer og bedre økonomiske utsikter? Er disse menneskene moralsk klanderverdige dersom de ikke ønsker å bli, og å arbeide for sosial forbedring og økonomisk utvikling? Utvandring fra belastede områder er ikke en årsak til problemene, men et symptom på komplekse underliggende utfordringer. Er slike utfordringer komplekse lokalt og nasjonalt, er de det i enda større grad globalt. På samme måte som fri intern mobilitet har skapt mange nye muligheter til sosiale mobilitet for mennesker i lavere sosiale lag i vårt eget land, vil åpnere internasjonale grenser skape nye muligheter for mange mennesker i den globale underklassen.⁸⁵¹

Dernest er det viktig å ta inn over seg distinksjonen mellom etikk og jus. Selv om det ikke nødvendigvis er etisk riktig å flytte til et annet land dersom ditt opphavsland er i dårlig stand, er det langt fra denne dommen til konklusjonen at det bør være ulovlig, i det minste under normale omstendigheter. Det finnes mange eksempler på at det ikke er ulovlig å gjøre noe moralsk klanderverdig.⁸⁵² Selv om forbud mot emigrasjon kan legitimt innføres i visse unntakstilstander, har et generelt forbud i nyere tid kun vært innført i totalitære regimer, som kommuniststater i den kalde krigens Europa og på Cuba, eller i Iran, Kina og Nord-Korea.⁸⁵³

Hvor store ofre man kan forvente at mennesker tar på seg overfor sin egen befolkning, er situasjonsbetinget.⁸⁵⁴ Er landet relativt stabilt og vel-fungerende, vil det være et mindre offer å bli enn dersom landet er plaget av borgerkrig. Det å bli værende for å hjelpe ens egen befolkning kan nok være moralsk godt uten at man er moralsk forpliktet til det, det vil si det er ingen som har en rett til å at akkurat *du* skal bli værende, men du kan likevel gjøre noe moralsk godt dersom du gjør det. Har man en rett til å emigrere betyr dette at man ikke er (moralsk eller juridisk) *forpliktet* til ikke å gjøre det.⁸⁵⁵ En lege som valgte å forbli i Syria i 2015 var ikke moralsk forpliktet til det, men gjorde likevel en god gjerning dersom hun ble i landet for å hjelpe sin egen befolkning, eventuelt dersom man tolker dette som et

851 Whelan, «Free Movement», 13.

852 Jf. Wolterstorff, *Justice*, 253.

853 Retten en stat har til å hindre emigrasjon i en unntakstilstand er også nedfelt i ICCPR, art. 4 og 12.3 (jf. Cole, «Open Borders», 304f., og Torpey, *The Invention of the Passport*, 64, 105, og Zapata-Barrero, «European Migration Governance», 12). Frem til 1860 hadde også Norge forbud mot å forlate landet. Grunnen var den knappe tilgangen på arbeidskraft og soldater (Puntervold Bø, *Søkelys*, 21), en begrunnelse vi nylig har sett anvendt av den ukrainske stat da krigen mot Russland brøt ut. Se også Ricard Zapata-Barreros nevnte skisse til en etisk praksiskode (ECP) for migrasjonsstyring i EU, hvor da avtaler med autoritære regimer for å hindre emigrasjon blir sett på som et brudd på fundamentale etiske normer.

854 Brock, «Responsibilities», 165.

855 Gibney, «Duties», 143. Jf. Wolterstorff, *Justice*, 251f., og Bauböck, *Transnational Citizenship*, 142.

eksempel på paritet så stod hun i det minste fritt til å gjøre det. Hvorvidt det å (midlertidig) ofre noen av sine interesser for opphavlandet er en moralsk forpliktelse eller en supererogatorisk (frihets-/paritets)handling kommer altså an på situasjonen og hvor stort offeret er. Merk også at det finnes mange måter å støtte kampen for menneskerettigheter (osv.) på som ikke innebærer at man bor i sitt hjemland. Man kan for eksempel vitne om menneskerettskrenkelser eller yte økonomisk støtte til frigjøringsbevegelser.⁸⁵⁶

Peter Higgins argumenterer for at emigrasjonsretten ikke bør gjelde dersom opphavlandet blir drenert for menneskelige ressurser det trenger for å bedre de generelle livsvilkårene i landet.⁸⁵⁷ Man kan derfor legitimt hindre høyt utdannede mennesker i å utvandre til Norge fordi deres landsmenn og -kvinner vil lide som en konsekvens av det. Problemet med Higgins' argument er at emigrasjonsretten er begrunnet i det demokrati-teoretisk grunnleggende kravet om at en legitim stat skal basere sitt styre på folkeviljen. Emigrasjonsretten beskytter med andre ord retten til å motsette seg undertrykkende styringssett.⁸⁵⁸ Det betyr imidlertid ikke at emigrasjonsretten bør anses som ubetinget, moralsk sett. Selv om ens personlige valg skal veie tungt, følger det visse moralske forpliktelser med å forlate en legitim stat, det vil si et land som har sikret ivaretagelsen av en persons grunnleggende rettigheter (f.eks. til helsetjenester, tilgang til mat, skolegang osv.), og hvor man har sin primære sosiale tilhørighet.⁸⁵⁹ Ifølge Gillian Brock finnes det gode grunner for at en stat hvor det er alvorlig mangel på den kompetansen migranten besitter, som har finansiert migrantens høyere utdanning (samtidig som private alternativ finnes),⁸⁶⁰ og som ikke vil motta en netto gevinst på at migranten drar (remittering osv.), kan ha rett på *rimelig* kompensasjon i en overgangsperiode.⁸⁶¹ Kompensasjonen

856 Gibney, «Duties», 151.

857 Higgins, *Immigration Justice*, 70ff., 225ff.

858 Whelan, «Free Movement», 250.

859 Stilz, «Right to Leave?».

860 De fleste filippinske sykepleiere har f.eks. selv betalt for sin høyere utdanning. Da faller den filippinske statens rett på kompensasjon bort. Dersom det ikke finnes private alternativ av tilstrekkelig god kvalitet har ikke menneskene som søker utdanning et valg (f.eks. Sør-Afrika). Det har de heller ikke dersom disse finnes, men der fraværet av kredittordninger gjør at de ikke kan tilbakebetale studie gjelden etter at de har fått jobb i utlandet. I slike tilfeller vil en kompensasjon for tapt menneskelig kapital være urimelig (Clemens, «Skill Flow», 19). Det må understrekes at dette gjelder høyere utdanning, og ikke hele utdanningsløpet.

861 Jf. Brocks argument i Blake og Brock, *Debating Brain Drain*, 51ff., 69ff., 87ff., 252f., Brock, «Responsibilities», 167f. og Nida-Rümelin, *Über Grenzen denken*, 27, 141, 152, samt Bhagwati og Wilson, *Income Taxation*. Her bør det bemerkes at grunnskoleutdanning er i de aller fleste utviklingsland offentlig finansiert (Schiff, «Brain Gain», 17). Ifølge Collier utgjør gevinsten for industriland ca. 0,4 % av nasjonale inntekter per år, en sum som ofte er høyere enn det industrilandene faktisk yter i bistand per år (Collier, *Exodus*, 226f.). For Norges del er ikke dette tilfellet (1 %).

kan enten bestå i en viss skatteprosent på migrantenes inntekt, gunstigere handelsbetingelser med mottakerlandet eller en bestemt kvote migranter. At kompensasjonen er rimelig betyr blant annet at den ikke må bli til hinder for at personen kan emigrere. En slik form for redistribusjon bidrar også til å begrense muligheten for at all (menneskelig og finansiell) kapital samler seg ett sted i verden. Mangler opphavlandet derimot institusjonene som gjør det mulig for potensielle emigranter å gjøre bruk av sin kompetanse i hjemlandet, eller dersom landet er preget av korrupsjon, sosial uro og økonomisk diskriminering, er ikke en slik kompensasjon rimelig.⁸⁶² I realiteten finnes det imidlertid få land med høye emigrasjonstall hvor dette ikke er tilfellet. Michael Clemens viser også til tall som tyder på at mange høyt utdannede i fattige land enten betaler utdanningen sin selv, tar utdanningen sin i utlandet (ofte gjennom utenlandsfinansierte stipendordninger), og har jobbet en lengre tid i hjemlandet før de emigrerer. På denne måten gir de myndighetene tilbake en del av investeringen de har gjort.⁸⁶³ Er ikke dette tilfellet, kan de også «betale tilbake» gjennom remitteringer som er mye høyere enn de ville ha tjent dersom de hadde forblitt i hjemlandet, og som i tillegg omgår korrupsjonsfiltre.⁸⁶⁴

Det finnes også mange grunner til å mistenke at en slik kompensasjonsstrategi vil være kontraproduktiv i de få tilfellene det gjelder. For det første vil det resultere i lavere remittering. Ser vi på dagens remitteringstall, sender utdannede migranter betydelig mer penger tilbake til hjemlandet enn det opphavlandet har brukt på å utdanne dem.⁸⁶⁵ Selv om de reelle tallene er usikre, er det ikke urimelig å anta at noe av disse pengene vil føre til en økning i opphavslanets BNP. For det andre kan det innebære at insentivene til å utvandre blir svekket for altfor mange mennesker, og at utviklingen av menneskelig kapital dermed hemmes i det lengre løp.⁸⁶⁶ For det tredje vil den virke mot sin hensikt dersom den hindrer returnigrasjon/sirkulærmigrasjon, og bidrar til at mennesker sier fra seg sitt opprinnelige statsborgerskap.⁸⁶⁷ En fjerde risikofaktor er at fattige land kan ende opp med å bli leverandører av helsearbeidere til rike land innenfor rammer som utnytter maktasymmetrien både på stats- og individnivå.⁸⁶⁸ For det femte,

862 Docquier, «The Brain Drain», 9.

863 Clemens, og McKenzie, «Think Again: Brain Drain».

864 Ibid.

865 Clemens, «A Case Against Taxes».

866 Docquier og Rapoport, «Skilled Migration».

867 Docquier, «The Brain Drain», 9.

868 Cole, «Open Borders», 257.

dersom kompensasjonen ikke kanaliseres inn i utdanning av nytt helsepersonell, vil den bidra til utarming av arbeidsstokken. Sammenlikner vi nivået på bistand til fattige land med summen som brukes på utdanning av helsepersonell, kan det virke nærliggende å konkludere med at slik utdanning er langt nede på prioriteringslisten. Fra et amerikansk perspektiv har Michael Clemens analysert dette forholdet i relasjon til ni afrikanske land, og konkluderer med følgende:

In the last five years, the same nine countries have received over \$82 billion in Official Development Assistance. Suppose again that the marginal cost of public funds in Africa is \$1.2 per \$1. This means that just the last *six weeks* of development aid to those same nine countries would have been sufficient to pay for the full education, since childhood, of every physician who ever trained there and emigrated.⁸⁶⁹

Så lenge kompensasjonen ikke går direkte til utdanning av erstattere for emigrert helsepersonell eller investeres på måter som øker den menneskelige kapitalen tilsvarende det som har gått tapt gjennom emigrasjon, vil begrunnelsen for kompensasjon svekkes betydelig.⁸⁷⁰ Å konvertere tilgjengelige ressurser (inkl. ev. kompensasjon) til samfunnsutvikling er en svært kompleks utfordring for mange fattige land.⁸⁷¹ Selv om disse reservasjonene skulle vise seg å være ubegrunnet, gjenstår det likevel å vise at kompensasjonsordningen vil være praktisk gjennomførbar. Det er det grunn til å tvile på at den er.⁸⁷² For å kunne sette en presis kompensasjonssats kreves blant annet omfattende informasjon om hvilke positive og negative effekter høyt utdannede migranter har for sin yrkesgruppe, og sitt land, det året utvandringen finner sted.

Det finnes også andre etisk problematiske sider ved kompensasjonsordningen. Michael Clemens illustrerer hovedproblemet med et eksempel:

Consider the hypothetical case of a proposed tax on women who become lawyers. A large literature has shown, for example, that the skills and qualifications of schoolteachers in the US have declined sharply over the last half century because skilled women now have a much broader range of career choices available to them [...]. The exodus of skilled women from the classroom might plausibly be the cause, in some sense, of a loss of positive externalities to schoolchildren. An observer with no regard

869 Clemens, «A Case Against Taxes», 16.

870 Ibid., 33.

871 Higgins, *Immigration Justice*, 224f.

872 Clemens, «A Case Against Taxes», 20f.

for women's ambitions and fundamental rights might define this exodus pejoratively as «school drain». That observer might recommend a tax on female lawyers to compensate schools for the loss; a penalty for law firms that recruit women; or a «ceiling» on the number of women that law firms may hire. The same observer might consider it a virtuous side-effect of these policies that women's expected wages are reduced in general, forcing them to be more likely to seek out teaching jobs.⁸⁷³

Det finnes ingen måte etisk å forsvare det å skattlegge kvinner for å ta egne karrierevalg, å straffe arbeidsgiverne deres for uetisk rekrutteringspraksis, og å sette et tak på hvor mange de fikk ansette. Og skulle kompensasjonstapet for lærere være alvorlig nok, betyr ikke dette at kvinnene var den gruppen som var forpliktet til å bære ansvaret alene. Det ville være et felles ansvar. Slik er det også hva gjelder migrasjon av høyt utdannede mennesker. I møte med utfordringen om at menneskelig kapital samler seg i rike land hviler ansvaret like mye på innbyggerne i rike land. Like lite som kvinner har valgt sitt kjønn, har migranter valgt sitt opphavsland. Mer grunnleggende er det viktig å spørre seg om det er etisk riktig å skattlegge mennesker for å ikke utnytte sitt produktivitetspotensial optimalt i hjemlandet. Like lite som det vil være etisk riktig å kreve kompensasjon av en hjemmeværende lege, vil det være etisk riktig å kreve kompensasjon fra en emigrert lege. Til sist er det også grunn til å stille spørsmål ved hvor etisk det er å belaste migranter, som ofte befinner seg nederst på lønnsstigen i mottakerlandene, med ekstra skatt.⁸⁷⁴

I denne seksjonen har jeg argumentert for at mennesker bør stå fritt til å emigrere eller ei, både juridisk og moralsk, dersom ofrene ved å avstå fra å gjøre det er betydelige. Hvor store ofre man er forpliktet til å ta på seg er avhengig av om den enkelte befinner seg i en unik situasjon til å hjelpe, og om behovene er prekære nok. Jeg har også uttrykt betydelig skepsis mot forslaget om at emigranter bør yte kompensasjon overfor opphavslandet sitt dersom det har prekær mangel på kompetansen emigranten besitter, har finansiert emigrantens utdanning og ikke mottar en netto gevinst på at migranten drar. Kompensasjonsordningen vil i de alle fleste tilfeller være både kontraproduktiv, ha problematiske etiske sider og være praktisk vanskelig å gjennomføre.

873 Clemens, «A Case Against Taxes», 28. Global Commission on International Migration, *Migration in an Interconnected World*, 25.

874 Collier, *Exodus*, 152.