

TILKNYTNING TIL NORGE VIA EKTESKAP

- de ulike rettslige reguleringer

Kandidatnr: 480
Veileder: Professor Helge J. Thue
Leveringsfrist: 25. november 2003

Til sammen 17136 ord

12.03.2004

Innholdsfortegnelse

DEL 1: INNLEDNING	1
1.1 PRESENTASJON AV TEMA OG PROBLEMSTILLINGER	1
1.2 FAGLIG TILNÆRMING	3
1.3 AVGRENSNING AV OPPGAVEN	3
1.4 BEGREPSAVKLARING/DEFINISJON	4
1.5 OPPBYGNING AV OPPGAVEN	5
1.6 RETTSKILDER	6
DEL 2: EKTESKAPSINNGÅELSE I NORGE	7
2.1 INNLEDNING	7
2.2 DEFINISJON AV EKTESKAP I NORSK RETT I DAG	7
2.3 EKTESKAPSVILKÅRENE I HENHOLD TIL GJELDENDE RETT	8
2.3.1 EKTESKAPSINNGÅELSE I UTLENDINGSSAKER	8
2.3.1.1 Ekteskapsvilkår generelt	9
2.3.1.2 Ordre public	9
2.3.2 EKTESKAPSVILKÅRENE I NORSK RETT	10
2.3.2.1 Særlig om el. § 5a	10
2.3.2.2 Hvem har lovlig opphold?	11
2.3.2.3 Dokumentasjon av lovlig opphold	12
2.3.2.4 Vilkårets stedlige begrensning	14
2.3.2.5 Omgåelse av el. § 5a	15
2.4 PRØVING AV EKTESKAPSVILKÅRENE	16
2.4.1 SÆRLIG OM PRØVING AV VILKÅRET OM LOVLIG OPPHOLD	16
2.4.1.1 Høringsuttalelser vedrørende el. § 5a	16
2.4.1.2 Prøving av el. § 5a, har det fungert?	17
2.4.1.3 Forslag til endringer	18
2.4.1.4 Vurdering av endringsforslaget	19
2.4.1.5 Hvem skal ha søksmålskompetanse?	20
2.4.1.6 Hvilke problemer står uløst?	21
2.5 NÅR ER ET EKTESKAP UGYLDIG ETTER GJELDENDE NORSK RETT?	21
2.5.1 INNLEDNING	21
2.5.2 FORMELL UGYLDIGHET	22

2.5.3	MATERIELL UGYLDIGHET	22
2.5.3.1	Nærmere om el. § 16 tredje og fjerde ledd	23
2.6	NORSK JURISDIKSJON.....	24
2.7	RETTSVIRKNING AV UGYLDIGHET	25
2.8	KAN PARTENES MOTIV FOR EKTESKAPSINNGÅElsen MEDFØRE UGYLDIGHET ETTER ULOVFESTET RETT?	26
2.8.1	RETTSPRAKSIS	26
2.9	OPPSUMMERING.....	29
DEL 3: RETTSVIRKNINGER AV ET GYLDIG EKTESKAP I INNVANDRINGSRETTLIGE SPØRSMÅL.....		30
3.1	INNLEDNING.....	30
3.2	TILKNYTNING TIL NORGE VIA EKTESKAP	31
3.2.1	INNLEDNING.....	31
3.2.2	GENERELT OM FAMILIEGJENFORENING	32
3.2.3	SÆRLIG OM FAMILIEGJENFORENING PÅ BAKGRUNN AV EKTESKAP.....	32
3.2.3.1	Tolkning av vilkåret "ektefellene skal bo sammen"	33
3.2.3.2	Beviskravene i saker om familiegjenforening.....	34
3.3	NÆRMERE OM HÅNDHEVING AV BESTEMMELSENE OM FAMILIEGJENFORENING.....	35
3.4	KONTROLL MED FORVALTNINGSVEDTAK I UTLENDINGSSAKER	36
3.4.1	SÆRLIG OM UTLENDINGSNEMNDA	37
3.4.1.1	Utlendingsnemndas tilblivelse.....	37
3.4.1.2	Utlendingsnemndas rettslige grunnlag.....	38
3.4.1	DOMSTOLSKONTROLL MED VEDTAK I SAKER OM FAMILIEGJENFORENING	38
3.4.3	RETTSPRAKSIS	39
3.5	OPPSUMMERING.....	41
DEL 4: REPRESENTERER EMK EN SKRANKE NÅR DET GJELDER EKTESKAPSINNGÅELSE OVER LANDEGRENSENE OG RETTEN TIL FAMILIEGJENFORENING?.....		42
4.1	INNLEDNING.....	42
4.2	ET HISTORISK TILBAKEBLIKK	43
4.3	STATENES GJENNOMFØRINGSPLIKT	44
4.4	TOLKNING AV EMK.....	45
4.4.1	EMK SOM RETTSKILDEFaktor I NORSK RETT	46

4.4.2	NORSKE RETTSKILDER VED TOLKNING AV EMK.....	46
4.5	SÆRLIG OM EMK ART. 12.....	47
4.6	SÆRLIG OM EMK ART. 8.....	48
4.6.1	INNGREPSHJEMMELEN I EMK ART. 8 ANNET LEDD	49
4.7	HVILKE UTLENDINGSSAKER FALLER UTENFOR EMK?	50
4.8	FORHOLDET MELLOM EL. § 5A OG EMK.....	52
4.8.1	MEDFØRER EL. § 5A DISKRIMINERENDE FORSKJELLSBEHANDLING?.....	53
4.8.1.1	Innledning	53
4.8.1.2	Nærmere om EMK art. 14.....	54
4.8.2	KASUISTIKK	55
4.8.3	OPPSUMMERING	57
4.9	HVA SIER EMK OM FAMILIEGJENFORENINGSSAKER?	57
4.9.1	KASUISTIKK	57
4.9.2	OPPSUMMERING	60
5	KILDER.....	61
5.1	LITTERATURLISTE.....	61
5.2	RAPPORT	62
5.3	FØRARBEIDER	63
5.4	STORTINGS-DOKUMENTER	63
5.5	LOVER OG FORSKRIFTER.....	63
5.6	RUNDSKRIV	64
5.7	SIVILOMBUDSMANNEN	65
5.8	KONVENSJONER	65
5.9	DOMSREGISTER.....	65

Del 1: Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstillinger

Tema for oppgaven er ekteskapsinngåelse over landegrensene i den hensikt å få opphold i Norge; hvordan dette forsøkes motvirket av norske myndigheter.

Omgåelse av regler er ikke et ukjent fenomen. Såkalte pro forma-arrangementer er ikke minst velkjent i skatteretten. Der rettsreglene begrenser individenes handlefrihet, etableres ofte arrangementer for å omgå reglene og derved oppnå de ønskede rettslige virkninger.

Lovgiver har forsøkt å hindre inngåelsen av det man betegner pro forma-ekteskap ved å innføre et vilkår som fremgår av lov om ekteskap av 4. juli 1991 nr. 47 (el.) § 5a. Ifølge denne bestemmelsen må en utenlandsk statsborger ha lovlig opphold i Norge for å inngå ekteskap her. Dette vilkåret har vist seg vanskelig å håndheve. Dessuten kommer det kun til anvendelse på ekteskap som inngås i Norge. Man oppnår derfor bare en delvis løsning av problemet.

Vilkåret kan omgås ved at det inngås ekteskap i utlandet, hvorpå den utenlandske part søker opphold gjennom reglene om familiegjenforening jf. lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 24. juni 1988 nr. 64 (utlendl.) § 9.¹ Denne bestemmelsen gir etter søknad de nærmeste familiemedlemmer rett til gjenforening med herboende dersom bestemte grunnvilkår er oppfylt, og det ikke foreligger et rettslig grunnlag for å avslå.

Hensynet bak reglene om familiegjenforening er retten til å utøve et familieliv. Det er kun det reelle familieliv som har krav på beskyttelse. Dette reiser svært vanskelige bevismessige spørsmål. Hva som er et reelt ekteskap finnes det ingen definisjon på. Ekteskap defineres i norsk rett uavhengig av innhold, dessuten er en ekteskapsinngåelse i seg selv et viktig argument for at det foreligger et reelt

¹ Jf. forskrift fastsatt i medhold av utlendl. § 59 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 21. desember 1990 nr. 1028 (utlendingforskriften) §§ 22 og 23 første ledd bokstav a

ekteskap. Kulturelle forskjeller gjør at spørsmålet kompliseres ytterligere. Det kan derfor være vanskelig å skille omgåelsestilfellene fra andre.

Omgåelsesarrangementene kan sies å være fremkalt av en streng innvandringspolitikk. Et tilbakeblikk kan illustrere utviklingen de senere årene.

Interessen for å innvandre til Norge meldte seg med stadig stigende styrke i årene rundt 1975. Etter en periode på 50-tallet med liten innvandring, sterk økonomisk vekst og periodevis mangel på arbeidskraft, fikk man på 70-tallet et innvandringsnivå som gjorde at det ble oppfattet som et problem.² Regjeringen foreslo derfor at det ble innført restriksjoner på adgang til å oppnå arbeidstillatelse.³ Ved kgl.res. av 10. januar 1975 ble det vedtatt forskrift om midlertidig innvandringsstopp med virkning fra 1. februar 1975. Forskriften ble senere forlenget inntil utlendingsloven trådte i kraft 1. januar 1991. Man har senere hatt en regulert og kontrollert innvandring.⁴

EØS-avtalen har medført at Norge har måttet slippe opp en ellers restriktiv politikk. Avtalen ble undertegnet 2. mai 1992, og trådte i kraft 1. januar 1994.⁵ Kjernen i EØS-avtalen er EF-rettens regler om de fire friheter og konkurranse, som nesten i sin helhet er kopiert under EØS.⁶ Den ”friheten” som er relevant for oppgavens tema, er den frie flyt av arbeidskraft som er nedfelt i EØS art. 28. Norges deltakelse i EØS-samarbeidet gjør altså at EØS-borgere enklere enn andre utlendinger får muligheten til opphold og arbeid i Norge.

² Ot.prp. nr. 46 (1986-87) om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) s. 18-20

³ St.meld. nr. 39 (1973-74) om innvandringspolitikken

⁴ St.meld. nr. 16 (1999-00) om regulering av arbeidsinnvandring pkt. 2

⁵ Jf. Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. av 27. november 1992 nr. 109

⁶ EØS-rett 1995 s. 58

1.2 Faglig tilnærming

Siden oppgaven omhandler ekteskapsinngåelse over landegrensene, vil partene ha en rettslig tilknytning til flere stater. Det oppstår derfor spørsmål om rettsvalg. Rettsvalget beror på den enkelte stats internasjonale privatrett. Ved ekteskapsinngåelse i Norge kommer norsk internasjonal privatrett til anvendelse. Det rettslige grunnlaget er stort sett sedvanerettslige prinsipper, utviklet gjennom rettspraksis og juridisk teori. De anvendes som utgangspunkt for resonnementer og argumentasjon innenfor rammen av det som er prinsippets begrunnelse.⁷ Den faglige tilnærmingen til oppgavetemaet har derfor sitt utgangspunkt i den internasjonale privatrett.

Oppgavens tema er videre belyst ut fra et menneskerettslig perspektiv. Hensikten med dette har vært å vurdere hvorvidt de ovennevnte rettslige reguleringene er i samsvar med våre forpliktelser i henhold til menneskerettighetene.

1.3 Avgrensning av oppgaven

Det er antatt at omgåelsesarrangementer inngås frivillig og under tvang.⁸ Det kan være vanskelig å skille de ulike tilfellene fra hverandre, og det kunne vært reist en rekke problemstillinger i den forbindelse. Oppgavens begrensede omfang tilsier at ikke alle sider av saken kan drøftes. Det er derfor i hovedsak omtalt det man betegner som ”pro forma-ekteskap” og såkalte ”tvangsekteskap” uten at grensdragningen er drøftet nærmere.

Under begrepet ”nærmeste familiemedlemmer” jf. reglene om familiegjenforening, inngår også samboere. De regler som gjelder om ekteskap, er imidlertid ikke overført på uformelle samboerforhold. I disse tilfellene må partene ”ha bodd sammen i et fast og etablert samboerforhold i minst to år og akte å fortsette samlivet.”⁹ Det at noen erklærer at de vil påbegynne et uformelt samlivsforhold, bør

⁷ Thue 2002 Innledning pkt. D s. XLIV

⁸ Dette fremholdes bl.a. i Ot.prp. nr. 44 (1993-94) om lov om endringer i lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap s. 4-5

⁹ Se utlendl. § 9, jf. utlendingsforskriften §§ 22 og 23 første ledd bokstav b

i henhold til lovens motiver ikke være grunnlag for oppholdstillatelse.¹⁰ Således skiller disse tilfellene seg fra de sakene denne oppgaven omhandler, der ekteskapsinngåelsen i seg selv danner grunnlag for søknad om familiegjenforening. Det omtales derfor ikke familiegjenforening på bakgrunn av samboerforhold.

Det avgrenses også mot vilkår for familiegjenforening så som krav til alder, underhold og bolig. Dessuten omtales ikke opphold med hjemmel i asyl- og flyktningbestemmelsene jf. utlendl. kapittel 3. Videre avgrenses det mot bortvisning og utvisning av utlending jf. utlendl. kapittel 5, der vurderingen blir hvorvidt det vil være et uforholdsmessig tiltak. Det er en annen type problemstilling som faller utenfor oppgavens hovedtema.

Forvaltningsrettslig er håndhevelsen av bestemmelsene om familiegjenforening i utlendingsloven behandlet. Det er videre gjort rede for opprettelsen av Utlendingsnemnda som klageorgan. De øvrige saksbehandlingsreglene i utlendingsaker er ikke omtalt nærmere.

Retten til å inngå ekteskap og til å utøve et familieliv er nedfelt i Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950 (EMK) art. 12 og art. 8. FN har dessuten nedfelt retten til å inngå ekteskap og vernet om familien i Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (SP) art. 23. Familiens viktige posisjon i samfunnet fremgår også av Den europeiske sosialpakt av 18. oktober 1961 art. 16. Denne oppgaven omhandler Norges forpliktelser i henhold til EM; det avgrenses derfor mot andre konvensjoner.

1.4 Begrepsavklaring/definisjon

Oppgaven omhandler altså såkalte pro forma-ekteskap. Uttrykket ”pro forma” er latinsk og betyr ”for formens skyld”.¹¹ Uttrykket brukes om disposisjoner som har et formelt, men ikke reelt innhold.

¹⁰ Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 61-62

¹¹ Jusleksjon 2002 ”pro forma”

Uttrykket pro forma brukes i denne oppgaven om ekteskap som antas å være inngått med det formål å omgå innvandringsbegrensningene i norsk rett.

Med begrepet ”tilknytning” menes at det etableres en rett til varig opphold.

1.5 Oppbygning av oppgaven

I Del 2 gjøres det rede for ekteskapsvilkårene i norsk rett, med hovedvekt på vilkåret om lovlig opphold i el. § 5a. Deretter gjennomgås prøving av vilkåret i praksis siden bestemmelsen ble vedtatt, og de endringer som nå er foreslått. Rettsomgåelse ved inngåelse av ekteskap i utlandet og spørsmålet vedrørende anerkjennelse av utenlandske ekteskap omtales også. Videre gjøres det rede for når et ekteskap anses ugyldig etter gjeldende rett.

Del 3 omhandler hjemmelsgrunnlaget i norsk rett for å vektlegge ekteskapets innhold i innvandringsrettslige spørsmål. Tolkning av det rettslige grunnlaget drøftes, samt de vanskelige bevisspørsmålene som foreligger når det skal avgjøres om et ekteskap fyller vilkåret for familieforening om at ”ektefellene skal bo sammen”. Dessuten gjøres det rede for de myndigheter som forvalter rettsreglene på området, og domstolskontrollen med disse.

I Del 4 drøftes vilkåret om lovlig opphold i el. § 5a og reglene om familieforening i utlendl. § 9 i lys av Norges menneskerettslige forpliktelser i henhold til EMK. Rekkevidden av de materielle rettighetene i EMK illustreres ved praksis fra konvensjonens tilsynsorganer. I denne delen er det innledningsvis tatt med en del generelt stoff om menneskerettighetene, for med dette å sette rettsområdet i et større perspektiv.

Det oppsummeres underveis i oppgaven, og presenteres således ikke noen konklusjon utover dette.

1.6 Rettskilder

De temaene i oppgaven som omhandler internasjonal privatrett er fattige på rettskilder. Sedvanerettslige prinsipper som fremgår av juridisk litteratur i dette faget kommer derfor til anvendelse.¹²

Ved tolkning av norske lovtekster og forskrifter, anvendes i stor utstrekning lovforarbeider. Disse er brukt både som rettskildefaktorer, og for å finne bakgrunnsstoff og utredninger av rettsspørsmål.

Videre refereres det til ”etterarbeider” i form av rundskriv, som kan anvendes for å tolke lover tidsmessig og iverksette styringsverkets formål.¹³ Det er også brukt en uttalelse fra Sivilombudsmannen. Dette er ingen tung rettskildefaktor, men for forvaltningen er det naturlig å følge Sivilombudsmannens rettssyn fordi han nettopp er satt til å kontrollere forvaltningen.¹⁴

Til en viss grad er det også brukt rettspraksis, både dommer fra Høyesterett og fra Lagmannsrettsnivå.

I Del 4 er folkerettslig metode anvendt for å finne momenter som kan bidra til å belyse de materielle rettighetenes rekkevidde. Den primære rettskilden er praksis fra konvensjonsorganene. Juridisk teori har gitt støtte til resonnementene. Ved anvendelsen av praksis fra EMD, er teksten hovedsakelig oversatt til norsk. Enkelte avsnitt er imidlertid beholdt i originalspråket (engelsk) for å unngå eventuelle forskjeller i meningsinnhold som kan oppstå ved oversettelse. Det er videre gjort rede for norske rettskilders betydning for tolkningen av EMK i norsk rett.

¹² Se Thue 2002 Innledning pkt. D s. XLIV

¹³ Se Boe 1996 s. 238 flg.

¹⁴ Jf. Eckhoff / Helgesen 1997 s. 227 og Eckhoff / Smith 1997 s. 628 flg.

Del 2: Ekteskapsinngåelse i Norge

2.1 Innledning

Det rettslige grunnlaget for inngåelse av ekteskap, fremgår av lov om ekteskap av 4 juli 1992 nr. 47 (el.). Loven inneholder bestemmelser om inngåelse og oppløsning av ekteskap, formuesforholdet mellom ektefeller, og bidrag og pensjon etter separasjon og skilsmisse. Mens ektefellene i utgangspunktet har avtalefrihet når det gjelder formuesordningen, er reglene om inngåelse og oppløsning av ekteskap preseptoriske. Dette betyr at verken inngåelse eller oppløsning av ekteskap er gyldig etter norsk rett dersom ikke bestemmelsene i ekteskapsloven er tilfredstilt.

2.2 Definisjon av ekteskap i norsk rett i dag

I norsk rett kan ekteskap i dag defineres som følger: "Ekteskapet er i rettslig forstand en forbindelse mellom mann og en kvinne som inngås i bestemte former og som samfunnet gir sin autorisasjon og tillegger visse rettsvirkninger".¹⁵ Definisjonen er ikke lovfestet. Under forberedelsen av dagens ekteskapslov så man det som: "tilstrekkelig å gi regler for hvorledes ekteskap inngås. Foreligger det et gyldig inngått ekteskap, blir partene underlagt det system av rettsregler som lovgivningen til enhver tid fastsetter".¹⁶

Definisjonen ser bort fra kulturelle og historiske forskjeller, og ser også bort fra det moralske eller religiøse innholdet av ekteskapet.¹⁷

Innholdet av et ekteskap er altså ikke underlagt noen rettslig regulering. I norsk rett har lovgiver derfor nøydt seg med å fastslå at dersom formkravene og de materielle vilkår er tilfredstilt, er ekteskapet gyldig. Det har blant annet den virkning at det kun kan oppløses etter reglene om separasjon og skilsmisse.

¹⁵ Lødrup 1997 s. 39

¹⁶ NOU 1986:2 s. 62

¹⁷ Lødrup 1997 s. 42

Imidlertid er det antatt at det også inngås ”ekteskap” i Norge som ikke er gyldige etter norsk rett. Dette kom frem etter en kartlegging av omfanget av polygami foretatt av Barne- og familiedepartementet i 1999.¹⁸

Det kan refereres fra et brev som Justisdepartementet mottok i 1997 fra Det islamske forbund gjengitt i Ot.prp. nr. 103 (2002-2003) om lov om endringer i lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap m.m. s. 13:

”Aqd zawaj shara î betyr...avtale om ekteskap ifølge Shariah. For muslimer er dette et helt nødvendig dokument for å kunne leve sammen. Dette dokumentets funksjon er at de to det gjelder, ikke lever sammen ”i synd”, men at de har inngått avtale om å leve sammen med Guds velsignelse. Det er ikke det samme som et offentlig registrert ekteskap. Dette papiret har ingen som helst funksjon utover å ha Guds velsignelse for å kunne leve sammen, og har ikke noen offentlig funksjon i Norge. De som får utstedt et slikt dokument, blir opplyst om dette.”

Slike ”vielser” kan komme i stand fordi det i norsk rett jf. el. § 4 ikke tillates tvegifte. Kartleggingen avdekket at bigami ikke er et stort problem i juridisk forstand, men Barne- og familiedepartementet antar at det kan være store mørketall. Bigamiliknende samliv kan være et problem, fordi partene i slike forhold kan tro at de er gift med partneren selv om de altså ikke er det etter norsk rett. Denne problemstillingen drøftes ikke nærmere, men anses som et eksempel på en samlivsform som faller utenfor definisjonen av ekteskap i intern norsk rett i dag.

Ett av temaene for oppgaven er en av rettsvirkningene ved ekteskapsinngåelse, nemlig at det etableres en tilknytning til riket, og hvilke grep lovgiver har tatt for å begrense ”ulovlig innvandring” på bakgrunn av ekteskapsinngåelse med dette for øyet. Det avgrenses derfor mot ”vielser” inngått i Norge som ikke er formelt gyldige.

2.3 Ekteskapsvilkårene i henhold til gjeldende rett

2.3.1 Ekteskapsinngåelse i utlendingssaker

Etter et fast etablert prinsipp, har norske myndigheter kompetanse til å vie brudefolk som ikke har noen tilknytning til landet annet enn at de vies her.¹⁹ Norske

¹⁸ Se Ot.prp. nr. 103 (2002-2003) om lov om endringer i lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (ekteskapslova) m.m s. 13

¹⁹ Thue 2002 pkt. 349 s. 312-313

myndigheter har begrenset sin egen kompetanse ved innføringen av vilkåret i el § 5a, siden utenlandsk statsborger som ønsker å gifte seg i Norge må ha lovlig opphold her. Tema for dette avsnittet er imidlertid hvilke ekteskapsvilkår som skal legges til grunn når en utlending vies i Norge. Det rettslige grunnlaget blir lovvalgsreglene i denne type spørsmål, som løses etter norsk internasjonal privatrett. Rettskildene er i hovedsak som nevnt innledningsvis sedvanerettslige prinsipper, som må tolkes ut ifra prinsippets begrunnelse.²⁰

2.3.1.1 Ekteskapsvilkår generelt

Når det gjelder vilkår for ekteskapsinngåelse, er hovedregelen at partenes hjemlands lov skal legges til grunn. Dette fremgår forutsetningsvis av el. § 7 bokstav h. Ved avgjørelsen av hvilket land som skal anses som en persons hjemland, anvendes i norsk rett det såkalte domisilprinsippet.²¹ Begrepet ”domisil” er avledet av det latinske domus: hus, bolig. Det har som romerrettslig akseptert begrep et internasjonalt grunninnhold; en person må ha faktisk opphold i en stat, og en intensjon om å forbli der. I norsk rett legges denne romerrettslige forståelsen til grunn.²² Hensikten med å anvende hjemlandsretten er å unngå såkalte ”haltende ekteskap” som ikke er gyldig i partenes hjemland.²³

2.3.1.2 Ordre public

Unntak fra domisilprinsippet følger av den såkalte ordre public-regelen, som går ut på at det ikke anvendes utenlandske rettsregler som er særlig fremmede eller støtende for vår rettsoppfatning. Som eksempel kan nevnes vilkår som har karakter av religiøse, etniske eller politiske hindringer.²⁴ Slike ekteskapsvilkår vil altså ikke godtas etter norsk rett, de vil ikke hindre ekteskapsinngåelse i Norge.

²⁰ Thue 2002 Innledning pkt. D s. XLIV

²¹ Thue 2002 pkt. 44 s. 48

²² Thue 2002 pkt. 58-59 s. 62-64

²³ Thue 2002 pkt. 351 s. 314

²⁴ Thue 2002 pkt. 362-370 s. 323-326

Dessuten følges i norsk rett et prinsipp om at norske ekteskapsvilkår skal anvendes ved vigsel av norsk myndighet også der den ene eller begge parter har domisil i et annet land.²⁵ Dette kan få betydning i for eksempel bigamisaker. Selv om bigami er godtatt i partenes hjemland, vil ikke partene kunne inngå ekteskap i Norge så lenge et tidligere ekteskap består, jf. el. § 4.

Ifølge Holmøy og Lødrup har vi således hatt en overgang fra domisilprinsippet til territorialprinsippet ved anvendelsen av norske ekteskapsvilkår. Dette betyr at en utenlandsk statsborger må ha lovlig opphold i Norge, og fylle både de norske og sitt hjemlands vilkår (med unntak av ordre public) før ekteskap kan inngås.

Et annet unntak fra domisilprinsippet følger av en konvensjon mellom de nordiske land, Nordisk konvensjon av 6. februar 1931.

2.3.2 Ekteskapsvilkårene i norsk rett

Vilkår for å inngå ekteskap fremgår av el. kapittel 1. Vilkårene har karakter av ekteskapshindringer. Ingen vigsler må derfor vie et brudepar hvis han vet at en eller annen ekteskapshindring er tilstede. Gjør han det likevel, kan han straffes etter Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 (straffeloven) § 324. Også brudefolkene selv kan straffes, jf. straffeloven § 338.

Ekteskapsvilkårene ivaretar ulike hensyn, og er grundig behandlet i juridisk litteratur.²⁶ Siden temaet for oppgaven er ekteskapsinngåelse der motivet antas å være innvandring, begrenses omtalen til det vilkåret som er ment å begrense dette.

2.3.2.1 Særlig om el. § 5a

El. § 5a ble tilføyd ved endringslov av 24. juni 1994 nr. 24. Siden norske myndigheter i utgangspunktet har kompetanse til å vie brudefolk uten annen

²⁵ Holmøy og Lødrup 2001 s. 46

²⁶ Se for eksempel Holmøy og Lødrup 2001 kap. 3

tilknytning til riket enn at de vies her, medfører bestemmelsen altså at norske myndigheter begrenser sin egen kompetanse. Bakgrunnen for vedtakelsen av el. § 5a fremgår av forarbeidene fra Barne- og familiedepartementet (heretter BFD).²⁷ Det fremholdes som et økende problem at utenlandske statsborgere holder til her i landet på ulovlig vis. Forslaget om et nytt ekteskapsvilkår er her begrunnet med at:

”Det kan virke inkonsekvent og krenkende på allmennheten at norsk lovgivning på den ene siden slår fast at en person ikke har rett til å være her, og på den andre siden gir anledning til vigsler og andre samfunnsgoder som skolegang, helsetjenester og sosiale tjenester.”

BFD viser til at utlendinger omgår utlendingsloven ved hjelp av mer eller mindre pro forma-pregede giftemål. Det konstateres at ekteskap gir sterk tilknytning til landet. Ved spørsmål om oppholdstillatelse vil en slik tilknytning veie opp de fleste hensyn som eventuelt måtte tale mot å gi en slik tillatelse. Videre drøftes misbruk av ekteskapsinstitusjonen ved inngåelse av pro forma ekteskap. Vilkåret anses som egnet til å begrense et slikt misbruk.²⁸

2.3.2.2 Hvem har lovlig opphold?

Begrepet ”lovlig opphold” er ment å ha samme innhold i ekteskapsloven § 5a som i utlendingsloven. Hvorvidt en utenlandsk statsborger har lovlig opphold i Norge, må således avgjøres etter utlendingsloven og utlendingsforskriften.²⁹

Vilkåret har ikke virkning for utlendinger som holder til i landet på lovlig vis uten oppholdstillatelse. Denne gruppen favner om utlendinger som er i Norge innenfor de tre månedene som en ikke-visumpliktig utlending kan være her uten tillatelse, og utlendinger fra visumpliktige land som har lovlig visum for den tiden de er her.

Gruppen favner også om utlendinger som er her mens de venter på utfallet av søknaden sin om asyl eller oppholdstillatelse. Det hensynet BFD anfører for denne

²⁷ Ot.prp. nr. 44 (1993-94)

²⁸ Ot.prp. nr. 44 (1993-94) s. 4-5

²⁹ Ot.prp. nr. 44 (1993-94) s.10

gruppen, er at det ikke kan gis garantier for hvor lang tid behandlingen av søknaden kan ta, særlig dersom en sak blir påklaget. Av denne grunn mener BFD at personer i denne gruppen ikke bør nektes giftemål. Derfor vil asylsøker som har fått avslag på søknaden sin i første instans, og som får være i landet til klagesaken eller et eventuelt søksmål er avgjort kunne gifte seg mens klagen er til behandling eller saken er oppe for domstolene.

Vilkåret har derimot virkning for borgere fra visumpliktige land som har kommet ulovlig inn i landet uten visum, borgere fra ikke-visumpliktige land som ikke reiser hjem etter tre måneder, borgere fra visumpliktige land som holder til i landet etter at visumet deres har gått ut, utenlandske borgere som har fått endelig avslag på søknaden sin om asyl, oppholdstillatelse eller arbeidstillatelse og utenlandske borgere som er bortvist eller utvist fra landet.³⁰

2.3.2.3 Dokumentasjon av lovlig opphold

Ifølge el. § 7 bokstav k må den utenlandske statsborger legge frem dokumentasjon som viser at vedkommende har lovlig opphold i Norge. De nærmere reguleringer fremgår av rundskriv fra BFD.³¹ Her foretas en summarisk gjennomgang. For ytterligere presiseringer henvises til rundskrivet.

Nordiske borgere trenger ikke noen form for tillatelse for å oppholde seg i Norge. Pass eller andre identifikasjonspapirer vil kunne dokumentere statsborgerskapet.

Statsborgere av EØS/EFTA-landene, og deres familiemedlemmer på visse vilkår, har rett til opphold i Norge i tre måneder fra innreise til Norge, eventuelt i seks måneder dersom de er arbeidssøkende, uten noen form for tillatelse. Dokumentert statsborgerskap vil være tilstrekkelig innenfor disse tidsrammene.

³⁰ Ot.prp. nr. 44 (1993-94) s. 5

³¹ Se rundskriv Q-18/03 av 2. juli 2003, som erstatter rundskriv Q-9/94 og rundbrev av 16. oktober 1995 under pkt. 3

Øvrige utlendinger som ikke er visumpliktige har lovlig opphold i Norge tre måneder fra innreise til Schengenområdet. Stemplet pass/reisedokument ved passering av ytre Schengengrense kan legges til grunn som dokumentasjon på lovlig opphold.

Utenlandske statsborgere som oppholder seg i Norge kan ha ulike typer tillatelser. EØS/EFTA-borgere som oppholder seg i Norge ut over tre måneder må som hovedregel ha særskilt oppholdstillatelse. Den fremgår av et eget oppholdsdokument som kan legges til grunn som dokumentasjon på lovlig opphold.

Asylsøkere har registreringsbevis inntil de får avklart sin status, og har lovlig opphold i riket til søknadene er endelig avgjort. Utlendinger som søker familiegjening med norsk statsborger og arbeidstillatelse som spesialist eller sesongarbeider og søker fornyet tillatelse fra Norge kan ha lovlig opphold. I disse tilfellene bør vigselsmyndigheten kontakte Utlendingsdirektoratet for å få bekreftet at vedkommende fortsatt har lovlig opphold.

Utlendinger med gyldig oppholdstillatelse, arbeidstillatelse eller bosettingstillatelse generelt har tillatelsen anmerket i sitt hjemlands pass, i norsk reisebevis eller i utlendingspass. Anmerkningen legges til grunn som dokumentasjon på lovlig opphold. Personer som har fått asyl i Norge har lovlig opphold og har som hovedregel krav på reisebevis for flyktning. Dette kan legges til grunn som bevis på lovlig opphold.

Overføringsflyktninger som har fått innreisetillatelse til Norge har lovlig opphold fra det tidspunkt vedkommende ankommer Norge. Vedtak om oppholds- og arbeidstillatelse kan benyttes som dokumentasjon på lovlig opphold. Registreringsbevis, reisebevis for flyktning eller et utlendingspass gjelder tilsvarende.

Visumpliktige utlendinger vil ha lovlig opphold i henhold til visumetiketten i reisedokumentet.

Borgere av stater utenfor Schengenområdet med oppholdstillatelse i annet Schengenland kan oppholde seg lovlig i Norge i inntil tre måneder. Oppholdstillatelsen må kunne fremvises som dokumentasjon.

Utlending som har midlertidig oppholdstillatelse utstedt av et land som deltar i Schengensamarbeidet med sikte på behandling av en søknad om asyl eller opphold må, for å være unntatt fra visumplikten i tillegg ha reisedokument utstedt av det land som har utstedt oppholdstillatelsen. Personer med slik midlertidig oppholdstillatelse har ikke lovlig opphold i Norge med mindre de har gyldig reisedokumentasjon utstedt av oppholdsstaten. Dette må fremlegges som dokumentasjon.

2.3.2.4 Vilkårets stedlige begrensning

Vilkåret kommer ikke til anvendelse ved vielse i utlandet av en tjenestemann i den norske utenrikstjenesten.³² En utenrikstjenestemann kan få fullmakt til å vigsle også når bare en av brudefolkene er norsk statsborger eller bosatt i Norge.

Bakgrunnen for den stedlige begrensningen av el. § 5a, er at brudefolk som gifter seg ved en norsk utenriksstasjon ikke trenger å ha noe ønske om å reise til Norge. Det kan derfor ikke settes krav om lovlig opphold for denne gruppen. Der en norsk statsborger gifter seg på en norsk utenriksstasjon med en som ikke har lovlig opphold i Norge, må den utenlandske ektemaken søke om oppholdstillatelse i Norge på vanlig måte på grunnlag av ekteskapet. Reglene om familieegjenforening i utlendingsloven vil få anvendelse på denne type saker.

El. § 5a skal heller ikke gjelde på Svalbard. I utlendl. § 49 avgrenses lovens virkeområde. Ifølge utlendl. § 49 fjerde ledd, gjelder ikke loven for Svalbard. Dette betyr at brudefolk som ønsker å vies på Svalbard kan ha lovlig opphold der, selv om de ikke har lovlig opphold på fastlandet. De samme hensyn gjelder her som ved vielse på norsk utenriksstasjon.³³

³² Denne har vielseskompetanse ifølge el. § 12 bokstav c, Lov om utenrikstjenesten av 18. juli 1958 nr. 1 § 21 og forskrift om vigsel ved norsk utenriksstasjon av 1. januar 1984

³³ Se Ot.prp. nr. 44 (1993-94) s. 6

2.3.2.5 Omgåelse av el. § 5a

Lovlig opphold er jf. el. § 5a et vilkår ”for å inngå ekteskap i Norge”. El. § 5a kan derfor omgås ved at brudefolkene inngår ekteskap i utlandet, og søker opphold etter reglene om familiegjensforening jf. utlendl. § 9.

I slike tilfeller blir det først et spørsmål om ekteskapet anerkjennes som gyldig etter norsk rett. Det rettslige grunnlaget for anerkjennelse av utenlandske ekteskap antas å være sedvanerett. Etter hovedregelen anerkjennes et ekteskap som er gyldig i partenes hjemland.³⁴ Dette utgangspunktet anses som ubetinget når det gjelder de formelle ekteskapsvilkår i den staten der ekteskapet inngås.³⁵ Når det gjelder de materielle vilkår, og ekteskapet er gyldig etter begge parters hjemlands rett, anerkjenner vi det med et ordre public-forbehold.³⁶ Hva som skal klassifiseres som formelle/materielle vilkår kan variere fra stat til stat; det vil være et spørsmål om internasjonal privatrettslig kvalifikasjon.³⁷

Denne vurderingen blir en annen enn ordre public-reservasjonen ved anvendelse av utenlandske ekteskapsvilkår jf. pkt. 2.3.1.2. Hensynet til partene taler for å anerkjenne et ekteskap som allerede er inngått. Begrunnelsen er å unngå ”haltende ekteskap”; ekteskap som er gyldige i en stat og ikke i en annen. Etter norsk rett er det dessuten resultatet av å anerkjenne det utenlandske ekteskapet som må være ordre public-stridig.³⁸ Det vil således ikke være ordre public-stridig i seg selv å søke familiegjensforening på bakgrunn av et ekteskap som er inngått i utlandet for å omgå innvandringsreglene i Norge.

³⁴ Thue 2002 pkt. 383-384 s. 374-375

³⁵ Thue 2002 pkt. 378 s. 329

³⁶ Thue 2002 pkt. 389 flg. s. 337 flg. Ifølge Holmøy og Lødrup 2001, er det naturlig å søke veiledning i FN-konvensjonen av 10. desember 1962 om samtykke til ekteskap, minstealder for ekteskap og registrering av ekteskap når det gjelder ordre public-forbeholdet i denne sammenheng.

³⁷ Thue 2002 pkt. 381 s. 332

³⁸ Thue 2002 pkt. 188 flg s. 182 flg

Selv om et ekteskap anerkjennes som gyldig, blir det neste spørsmålet hvilke rettsvirkninger ekteskapet gis. Når det søkes om familiegjenforening på grunnlag av ekteskapet, stilles et minimumskrav til ekteskapets innhold. Det er således ved

spørsmålet om et av vilkårene for familiegjenforening er oppfylt at eventuelle omgåelsestilfeller kan avsløres. Reglene om familiegjenforening omtales nærmere i Del 3.

2.4 Prøving av ekteskapsvilkårene

Hvem som foretar prøvingen, fremgår av el. § 6 annet ledd; ”Prøvingen foretas av en vigsler på det stedet der en av brudefolkene bor, eller om ingen av brudefolkene har bopel i her i landet, på det stedet der en av dem oppholder seg”. Videre fremgår det av el. § 10 at en attest på at vilkårene er oppfylt skal utstedes av vigsler. Hvilke bevis som kreves, er fastsatt i el. § 7. Siden oppgaven retter seg mot ekteskap med innvandringsformål, gjøres rede for prøving av vilkåret i el. § 5a.³⁹ De øvrige vilkårene omtales ikke nærmere.

2.4.1 Særlig om prøving av vilkåret om lovlig opphold

Det er i underkant av ti år siden dette vilkåret ble vedtatt og trådte i kraft. Som utgangspunkt for redegjørelsen refereres enkelte av høringsinstansenes kommentarer slik de fremgår av lovens forarbeider.⁴⁰

2.4.1.1 Høringsuttalelser vedrørende el. § 5a

Høringsinstansene hadde både positive og negative kommentarer til lovutkastet. Kontaktutvalget mellom innvandrere og norske myndigheter påpeker blant annet at lovendringen ikke vil hindre at utenlandske statsborgere med lovlig opphold gifter seg pro forma, mens utenlandsk statsborger som virkelig ønsker å gifte seg med en fastboende ikke får anledning til det.

³⁹ Se pkt. 2.3.2.3 om dokumentasjon av lovlig opphold i Norge

⁴⁰ Ot.prp. nr. 44 (1993-94) s. 7-10

Et politikammer påpeker at målet ikke vil nås med mindre det settes begrensninger i adgangen til å inngå ekteskap for utlending som er her i påvente av behandling av asylsøknad/søknad om oppholdstillatelse. Norsk Husmorforbund stiller seg positive

til forslaget og legger særlig vekt på at det vil verne kvinner som blir utsatt for press til å gifte seg pro forma. Men de minner om at problemet er uløst når det gjelder ekteskap som er kommet i stand i utlandet, noe som påpekes av flere.

Sorenskriveren i Trondenes viser til at en vigsler ikke er egnet som utlendingskontrollør, og at vigslere vil kunne ha problemer med å oppdage når en utlending holder til i riket på ulovlig vis, særlig i asylsaker. Sorenskriveren i Ryfylke går sterkt imot lovforslaget, og fremholder blant annet at det er dårlig lovteknikk at ekteskapsloven inneholder vilkår som hører hjemme i utlendingsloven eller forskriftene til denne.

Kommentarene kan sies å sette fokus på noen av de problemstillinger som står uløst etter vedtakelsen av el. § 5a, og spørsmålet om vigselsmyndighetene er egnet som ”utlendingskontrollører”.

2.4.1.2 Prøving av el. § 5a, har det fungert?

De ulike vigselsmyndigheter fikk altså i oppgave å prøve om dette vilkåret var tilstede. Vigselsmyndigheten er i Norge i dag spredt på mange hender. Dette kan vanskeliggjøre prøving av vilkåret. Det fremgår av rundskriv til prestskapet at:

”Departementet er blitt gjort oppmerksom på at det har forekommet at utenlandsk statsborger har inngått ekteskap i Norge til tross for at vedkommende ikke hadde lovlig opphold her.”⁴¹

Videre fremgår det av høringsnotat om endringer i ekteskapsloven fra BFD at vilkåret i el. § 5a har vist seg å være vanskelig å prøve.⁴² Det vises blant annet til

⁴¹ Rundskriv F-038-98 av 16. april 1998 fra Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet

⁴² Høringsnotat av 26. juni 2002 om endringer i ekteskapsloven fra BFD under pkt 3.4.1.

en rapport fra 2000 av Ragnhild Hennum og Rachel Paul ved Institutt for kriminologi i Oslo; ”Lovgivning mot tvangsekteskap og bigami”.⁴³

Rapporten baserer seg på intervjuer med representanter for en rekke organisasjoner. Ifølge rapporten kom det frem eksempler på at det ikke skjedde en tilfredsstillende prøving av ekteskapsvilkårene. Enkelte mente at vigslere som de hadde vært i kontakt med overhodet ikke kjente til at de skulle prøve ekteskapsvilkårene. Forfatterne drøfter deretter tre ulike forslag med det formål å fremme grundigere prøving. De foreslår obligatorisk borgerlig vigsel, offentlig prøving av ekteskapsvilkårene eller obligatorisk kurs for personer som skal inneha vigselskompetanse.⁴⁴

I høringsnotatet vises det også til en arbeidsgruppe bestående av representanter fra ulike departementer som har pekt på den løsning at prøvingen av ekteskapsvilkår overføres til en offentlig myndighet. Justisdepartementet har dessuten vurdert spørsmålet om prøving av ekteskapsvilkårene burde legges til domstolene, men det konkluderes med at utredning fra BFD om eventuelle endringer i ekteskapsloven avvantes.⁴⁵

2.4.1.3 Forslag til endringer

BFD fremmet 20. juni 2003 forslag om å innføre obligatorisk borgerlig prøving av ekteskapsvilkårene, med folkeregisteret som ny prøvingsinstans.⁴⁶ Folkeregisteret skal skrive ut en attest som viser at vilkårene er prøvet, og at det ikke er noe til hinder for at brudefolkene kan inngå ekteskap. Det foreslås sanksjoner dersom vigsler bryter reglene; det skal regnes som ”forsømd tenesteskylt på sers alvorleg vis”. Fylkesmannen skal på et slikt grunnlag kunne ta fra en prest eller

⁴³ Se høringsnotatet pkt. 3.3. Rapporten ble laget på oppdrag av Kommunal- og regionaldepartementet.

⁴⁴ Hennum og Paul 2000 s. 48 flg

⁴⁵ St. meld. nr. 23 (2000-2001) fra Justisdepartementet; Førsteinstansdomstolene i fremtiden

⁴⁶ Ot.prp. nr. 103 (2002-2003) om lov om endringer i lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (ekteskapslova) m.m. s. 5. Forslaget ligger til behandling i Stortinget, og vil etter opplysning fra BFD eventuelt tidligst tre i kraft sommeren 2004. Ifølge Aftenposten 15. november 2003 fikk forslaget dagen før flertall i Stortingets familie-, kultur- og administrasjonskomite.

forstander i et registrert trossamfunn retten til utøve preste- eller forstandertjeneste.⁴⁷

Ifølge endringen vil manglende prøvingsattest medføre at vielse som er utført i Norge ikke er gyldig etter norsk rett. Det foreslås et nytt punktum i el. § 16 første ledd; ”Ekteskapet er ikke inngått dersom bestemmelsene i § 11 første ledd, jf. § 12 ikke er overholdt. Det samme gjelder dersom ekteskapet ble inngått uten at det forelå gyldig prøvingsattest i henhold til § 10”.

I samsvar med Nordisk konvensjon av 6. februar 1931, vil også gyldig prøving gjort i et annet nordisk land gjelde som gyldig prøvingsattest. Unntak skal gjelde når ”særlige grunner taler for det” jf. el. § 16 annet ledd.⁴⁸

2.4.1.4 Vurdering av endringsforslaget

Endringsforslaget er ment å bedre prøving av ekteskapsvilkårene generelt, og begrunnes i proposisjonen hovedsakelig med den nåværende regjerings handlingsplan mot tvangsekteskap.⁴⁹ Vilkåret om lovlig opphold i el. § 5a er ikke nevnt spesielt, men det må antas at prøvingen av dette vilkåret bedres siden det ifølge forslaget vil være offentlig ansatte underlagt instruksjon som nå skal stå for prøvingen. Vigslere vil ikke lenger fungere som ”utlendingskontrollører”.

Virkingen av manglende prøvingsattest medfører i praksis en skjerpelse når det gjelder vielse i strid med el. § 5a. Den gang vilkåret om lovlig opphold ble innført, skulle det ikke medføre ugyldighet at ekteskapet var inngått i strid med dette. BFD så det da som naturlig at det måtte oppløses etter reglene om separasjon og skilsmisse. Dette betyr at vielsen var formelt gyldig, men den ble gitt begrensede

⁴⁷ Lov om trdomssamfunn og ymist anna av 13. juni 1969 nr. 25 § 27 kommer til anvendelse.

⁴⁸ Dette fremgår av Ot.prp. nr. 103 (2002-2003) s. 19

⁴⁹ Ot.prp. nr. 103 (2002-2003) s. 6

rettsvirkninger siden; ”Ekteskap som er komne i stand i strid med dette vilkåret, bør likevel ikkje vera grunnlag for oppholdsløyve”.⁵⁰

Med endringen skjerpes kontrollen med at en utenlandsk statsborger har lovlig opphold i Norge ved ekteskapsinngåelsen, og virkningen av en eventuell overtredelse blir langt større enn etter gjeldende rett.⁵¹

2.4.1.5 Hvem skal ha søksmålskompetanse?

Etter gjeldende rett kan ekteskaps sak ifølge tvml. § 417 ”bare reises av en av ektefellene selv eller av den som påstår å være eller ikke å være saksøktets ektefelle, hvis ikke noe annet er bestemt”. Ved ekteskapsinngåelse i strid med el. § 3 eller § 4, altså ekteskap mellom nære slektninger eller bigami, skal fylkesmannen reise sak for å få ekteskapet oppløst dersom ingen av ektefellene reiser sak.

Det fremgår av endringsforslaget at fylkesmannen etter BFDs vurdering bør ha generell søksmålskompetanse i saker om et ekteskap er gyldig eller ikke.⁵² Det påpekes at det offentlige kan ha behov for å reise sak også i andre tilfelle enn tvangsekteskaps sakene.

BFD legger frem forslag om en ny bestemmelse i ekteskapsloven.⁵³ Ny § 16a skal lyde: ”Fylkesmannens adgang til å reise sak om ekteskapets gyldighet. Fylkesmannen kan reise sak for å få dom for at et ekteskap består eller ikke består”.

⁵⁰ Ot.prp. nr 44 (1993-94) s. 6

⁵¹ Se nærmere om rettvirkning av ugyldighet i ekteskaps saker under pkt. 2.7.

⁵² Ot.prp. nr. 103 (2002-2003) s. 31

⁵³ Ot.prp. nr. 103 (2002-2003) s. 44

2.4.1.6 Hvilke problemer står uløst?

Siden el. § 5a kun får anvendelse i Norge, har man ikke løst problemet med omgåelse av vilkåret ved ekteskapsinngåelse i utlandet med påfølgende søknad om familiegjeningforening, slik det ble fremholdt under punkt 2.3.2.5. Det å inngå ekteskap i

utlandet for å omgå innvandringsbegrensningene er ikke i seg selv ordre public-stridig. Ekteskapet vil etter hovedregelen anerkjennes som gyldig etter norsk rett. For å imøtegå denne problemstillingen, er det ifølge Thue en mulighet å innføre et rettsomgåelsesforbehold.⁵⁴ Et såkalt fraus legis-forbehold finnes i mange staters internasjonale privatrett. Det vil si at ekteskapet anerkjennes som gyldig, men det gis ikke rettsvirkning i forhold til de regler som forsøkes omgått, nemlig retten til familiegjeningforening. Hvordan dette spørsmålet løses etter gjeldende norsk rett, gjøres rede for i Del 3.

2.5 Når er et ekteskap ugyldig etter gjeldende norsk rett?

2.5.1 Innledning

Det er altså foreslått at manglende attest på at ekteskapsvilkårene er oppfylt skal medføre ugyldighet. I dette avsnittet behandles spørsmålet om ugyldighet etter gjeldende norsk rett, herunder spørsmålet om ugyldighet på ulovfestet grunnlag. Spørsmålet om det foreligger ugyldighet kan komme opp i ulike sammenhenger; for eksempel i saker om separasjon og skilsmisse, ved innføring i folkeregisteret og ved behandling av søknad om familiegjeningforening.⁵⁵ Hensikten med dette avsnittet er å drøfte når og om partenes motiv for ekteskapsinngåelsen kan medføre ugyldighet.

Spørsmålet om ekteskapsvilkårene er oppfylt, prøves som beskrevet ovenfor ved de bevis som brudefolkene må legge frem for vigsleren, jf. el. § 7. Dersom fremgangsmåten i el. kap. 2 og 3 ikke er fulgt, blir spørsmålet om ekteskapet er å anse som en nullitet. Etter hovedregelen i norsk rett er ekteskapet likevel fullt ut

⁵⁴ Thue 2002 pkt. 389 s. 337. Se nærmere om dette i Festskrift til Peter Lødrup; Rettsomgåelse i internasjonale saksforhold: Fraus legis. Av professor dr. juris Helge J. Thue

⁵⁵ Se Holmøy og Lødrup 2001 s. 49

gyldig, med noen unntak som går frem av el. § 16. Det kan være vanskelig å sondre skarpt mellom formell og materiell ugyldighet. Ifølge Thue er ekteskapsalder en ”forutsetning for rettslig handleevne når det gjelder å gifte seg. Og viljen til å gifte seg er et uttrykk for denne evne. Begge deler må rubriseres som materielle

forutsetninger for ekteskap”.⁵⁶ Tvangsregelen jf. el. § 16 tredje ledd behandles derfor som et materielt spørsmål.

2.5.2 Formell ugyldighet

Det fremgår av el. § 16 første ledd, at et ekteskap er ”ikke inngått”, dersom bestemmelsene i el. § 11 første ledd jf. § 12 ikke er overholdt. Med uttrykket ”ikke inngått” menes at ekteskapet er en nullitet, det vil si at det aldri har eksistert. Det er altså ekteskapsinngåelse i strid med formkravene som medfører ugyldighet etter el. § 16 første ledd. Unntak fra formkravene går frem av el. § 16 annet ledd, nemlig der ”særlige grunner foreligger”, eller der ”én eller begge partene er død”.

2.5.3 Materiell ugyldighet

Ugyldighetsbestemmelsen i el. § 16 tredje ledd ble tilføyd ved endringslov av 1994 nr. 24, og kommer til anvendelse i de tilfeller der en av partene er blitt ”tvunget til å inngå ekteskapet ved rettsstridig adferd”. Ifølge el. § 16 fjerde ledd må søksmål reises innen seks måneder etter at ektefellen er blitt fri for tvangen, med en endelig frist satt til fem år etter ekteskapets inngåelse.

Videre medfører det materiell ugyldighet ifølge el. § 16 femte ledd at den ene eller begge parter var ”uten rettslig handleevne”. Spørsmålet er jf. el. § 9 om ekteskap er inngått til tross for at noen av partene på grunn av alvorlig sinnslidelse eller alvorlig utviklingshemming mangler evne til normal forståelse av hva en ekteskapsinngåelse innebærer, og evne til normal motivering for å inngå ekteskap. Begrepet ”rettslig handleevne” omfatter ifølge Holmøy og Lødrup også andre tilfeller. Det påpekes at det er grunn til å vise varsomhet med å kjenne et ekteskap

⁵⁶ Thue 2002 pkt. 357 s. 319

ugyldig på grunnlag som er så ubestemt og uklart.⁵⁷ Søksmål må reises innen seks måneder etter vigselen.

2.5.3.1 Nærmere om el. § 16 tredje og fjerde ledd

Som nevnt ble denne tilføyd i 1994. Bestemmelsen medførte ikke noen endring i gjeldende rett, men var en lovfesting av gjeldende ulovfestet rett. Hensikten med regelen var å ”synliggjera den utvegen som finst alt i dag til å reisa sak for domstolane i medhald av dei allmenne ulovfeste ugildingsreglane”.⁵⁸

Bakgrunnen for loven er utbredelsen av såkalte ”tvangsekteskap” og ”arrangerte ekteskap”. Problemet antas å oppstå fordi særlig jenter som vokser opp i Norge i familier med foreldre fra en annen kulturbakgrunn, blir sendt til foreldrenes hjemland og giftes bort mot sin vilje.⁵⁹

Som tidligere nevnt kommer norske rettsregler til anvendelse der partene har domicil i Norge og vielsen foretas her. Ved vielse i utlandet vil dette lands internasjonale privatrett bestemme hvilke ekteskapsvilkår som skal legges til grunn. Etter norsk rett blir det da et spørsmål om anerkjennelse av det inngåtte ekteskapet.

Ifølge norsk ordre public anerkjennes ikke et ekteskap inngått i utlandet under rettsstridig tvang som gyldig stiftet.⁶⁰ Dersom den ene eller begge parter har slik tilknytning til Norge at ekteskaps sak kan reises her, kommer el. § 16 tredje ledd til anvendelse, og ugyldigheten vil bygge direkte på denne bestemmelsen. Søksmål må reises innen seks måneder etter at tvangssituasjonen er opphørt, og senest fem år etter at ekteskapet ble ”inngått”, jf. el. § 16 fjerde ledd. Dersom ikke søksmål reises innen fristen, får ekteskapet gyldighet. Det redegjøres for norsk jurisdiksjon i ekteskaps saker under punkt 2.6.

⁵⁷ Holmøy og Lødrup 2001 s. 97

⁵⁸ Ot.prp. nr. 44 (1993-94) s. 13

⁵⁹ Ot.prp. nr. 44 (1993-94) s. 12

⁶⁰ Se Thue 2002 pkt. 392 s. 339

Når det gjelder hvilken grad av tvang som skal til for at det skal medføre ugyldighet, er både loven og forarbeidene tause. Denne vurderingen overlates til domstolene.⁶¹ En pekepinn kan være ordlyden i den tidligere ekteskapsloven av 1918 § 35 første ledd nr. 6, som hjemlet omstøtelse av ekteskap. Etter denne kunne

en ektefelle kreve ekteskapet omstøtt; ”Hvis han er blit tvunget til at indgaa egteskabet ved retsstridig adfærd, som var skikket til at medføre alvorlig frygt”. Domstolene må altså foreta en konkret vurdering av hvert enkelt tilfelle for å kunne avgjøre om det foreligger tvang eller ikke.

Dette spørsmålet har et kulturelt aspekt, siden vår oppfattelse av hva som er tvang kan være ganske annerledes enn hvilket syn enkelte kulturer har på spørsmålet. Ifølge Holmøy og Lødrup må det i alle tilfelle ”foreligge et meget sterkt press for å kunne begrunne ugyldighet på grunn av tvang. Nettopp med sikte på de tilfelle som har foranlediget lovregelen, må pressituasjonen vurderes på bakgrunn av det kulturelle miljø vedkommende hører til”.⁶² Ifølge Thue er det slik at: ”Hva som er retsstridig tvang er et norsk-rettslig spørsmål. Det er anvendelse av vår ordre public”.⁶³ Siden tvangsvurderingen er overlatt til domstolene, vil en avklaring antakelig følge av fremtidig rettspraksis.

2.6 Norsk jurisdiksjon

Norsk jurisdiksjon i ekteskapsaker går frem av Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr. 6 (tvml) § 419a. Bestemmelsen gjelder dersom ikke annet er fastsatt ved overenskomst med fremmed stat. Ekteskapsak kan reises ved norsk domstol:

- 1) når saksøkte har bopel i riket, eller
- 2) når saksøkeren har bopel i riket og enten har bodd her de siste to år eller tidligere har hatt bopel her, eller
- 3) når saksøkeren er norsk statsborger og det godtgjøres at han på grunn av sitt statsborgerskap ikke vil kunne reise sak i det land hvor han har bopel, eller

⁶¹ Jf. Ot.prp. nr. 44 (1993-94) s. 15

⁶² Holmøy og Lødrup 2001 s. 95

⁶³ Thue 2002 pkt. 392 s. 339

4) når begge ektefellene er norske statsborgere og saksøkte ikke motsetter seg at saken reises ved norsk domstol, eller

5) når det blir søkt om skilsmisse på grunnlag av separasjon som er meddelt her i riket i løpet av de fem foregående år.

Overenskomst er inngått mellom de nordiske land, jf. Nordisk konvensjon av 6. februar 1931. For politiske flyktninger følger spesielle regler av Flyktningekonvensjonen av 28. juli 1951.⁶⁴

2.7 Rettsvirkning av ugyldighet

Rettsvirkningen av en ugyldighetsdom er at ekteskapet ikke er, og aldri har vært gyldig. Dommen får altså virkning både fremover og tilbake i tid.⁶⁵ Partene får status som ugift. Dette kan blant annet få virkning for barn som er født i ekteskapet. De kan bli stående uten formell far der farskapet er fastslått gjennom den såkalte pater-est-regelen.⁶⁶ Ifølge Holmøy og Lødrup er dette standpunkt for ubetinget i forhold til materiell ugyldighet. Etter deres mening gjelder pater-est-regelen i disse tilfellene selv om ugyldighet fastslås ved dom.⁶⁷

Thue vurderer spørsmålet om rettsvirkning av ugyldighet jf. el. § 16 tredje ledd ut fra hensynet bak regelen.; ”Bak vår regel om at tvangsekteskap kan ugyldigerklæres etter el. § 16, 3. ledd ligger en ordre public betraktning: Ekteskap inngått under tvang er ordre public-stridig og kan ved dom erklæres ugyldig med tilbakevirkende kraft. Er det født et barn i ekteskapet rekkes imidlertid ikke ordre public-innsigelsen nødvendigvis så langt at den fratrar barnet status som født i ekteskap. Pater est-regelen kan være den eneste mulighet til å etablere farskapet; faren bor for eksempel i Pakistan”.⁶⁸

⁶⁴ Ifølge Holmøy og Lødrup s.104 antas både kompetansereglene i tvml. § 416a og i den nordiske konvensjonen å avløses av regler utarbeidet av EU i nær fremtid

⁶⁵ Ot. prp. nr. 44 (1993-94) s. 13

⁶⁶ Med ”pater-est regelen” menes at den som var gift med moren ved fødselen regnes som far til barnet, jf. Lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr. 7 § 3

⁶⁷ Holmøy og Lødrup 2001 s. 96

⁶⁸ Thue 2002 pkt. 494 s. 442

Når det gjelder virkninger av en ugyldighetsdom, fremgå det av det ovennevnte endringsforslaget at flere av høringsinstansene har påpekt behovet for en grundig gjennomgang av dette spørsmålet. Det nevnes hvordan spørsmålet om

foreldreansvar for barn født i ekteskapet, bidrag, pensjonsretter og eventuelle problemer knyttet til oppholdstillatelse skal håndteres.⁶⁹

BFD viser til de store konsekvensene ugyldigheten kan få for de som rammes. Etter deres oppfatning må derfor unntaksbestemmelsen i el. § 16 annet ledd komme til anvendelse. Ifølge denne kan et ekteskap erklæres gyldig i ettertid når ”særlige grunner taler for det”. Etter BFDs vurdering må denne bestemmelsen komme til anvendelse også der brudefolkene manglet prøvingsattest.⁷⁰

2.8 Kan partenes motiv for ekteskapsinngåelsen medføre ugyldighet etter ulovfestet rett?

2.8.1 Rettspraksis

Med innføringen av bestemmelsen om ugyldighet ved tvang, ble det lovfestet gjeldende ulovfestet rett.⁷¹ Spørsmålet er om det kan tenkes andre ulovfestede ugyldighetsgrunner. Problemstillingen var oppe i en dom av prinsipiell interesse, Rt. 1926 s. 426 ”Baronessedommen”.

Ifølge sakens faktum hadde en russisk baronesse fått en nordmann til å inngå ekteskap med henne mot betaling for å oppnå norsk statsborgerskap. Den gjensidige forutsetningen var at ekteskapet ikke skulle medføre faktiske eller rettslige virkninger mellom dem, og at det snarest skulle begjæres opphevet. Spørsmålet var om ekteskapet av denne grunn var å anse som ugyldig.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 103 (2002-2003) s. 25

⁷⁰ Ot.prp. nr. 103 (2002-2003) s. 19

⁷¹ Ot.prp. nr. 44 (1993-94) s. 13

Byrettens mindretall drøfter hvorvidt det kan tenkes andre ugyldighetsgrunner enn de som er angitt i loven, altså ulovfestede regler. Det fremholdes at oppregningen av ugyldighetsvilkårene i den ekteskapsloven av 1918 § 31 ikke kan anses uttømmende. Pro forma-verk må ikke mindre her enn på andre områder nektes rettslig anerkjennelse. Etter deres oppfatning er det slik at:

”Paa grund av den høie værdi for menneskenes samliv i det hele, som er tiltænkt ekteskapet, er det nemlig formentlig indlysende, at ikke et hvilket som helst misbruk av den formelle ekteskapsstiftelse bør nyte beskyttelse av rettsorden. (...) Det synes saaledes at maatte bli resultatet, at vigselen overhodet ikke tillægges retsvirkning, fordi den alene er foranstaltet pro forma og samtidig har krænket samfundets interesse baade på ekteskapets og statsborgerrettens omraade.”

Byrettens mindretall er altså av den oppfatning at vigselen overhodet ikke kan tillegges retsvirkninger fordi den er stiftet pro forma.

Byrettens flertall fremholder at retsvirkningene trer inn av seg selv såfremt ekteskapet er inngått lovlig, og det er opp til lovgiver å fastsette hvilke retsvirkninger et gyldig ekteskap skal ha. Domstolen kan bare vurdere spørsmålet på bakgrunn av de lovbestemmelser som den gang fantes i ekteskapsloven, der ekteskapets innhold ikke var tillagt vekt.

Høyesterett kom enstemmig til samme resultat som byrettens flertall, og tiltrådte i det vesentlige dens begrunnelse

Den slutning som senere er trukket av dommen, er at motivet for ekteskapsinngåelsen ikke spiller noen rolle for ekteskapets formelle gyldighet.

Spørsmålet var også oppe i en sak fra 2003. Det dreier seg om en dom fra Borgarting lagmannsrett datert 2003-06-04.⁷² Saken gjaldt spørsmål om inngått ekteskap i Norge mellom partene var ugyldig på bakgrunn av ulovfestede ugyldighetsgrunner.

⁷² Se Lovdata online; Borgarting lagmannsrett LB-2002-03920

Ifølge sakens faktum hadde partene A og B inngått ekteskap i Norge i 2002. Den ankende part A, påstod at hans ekteskap var ugyldig bl.a. på grunn av pro forma. Han hevdet at B og hennes tidligere ektefelle hadde spekulert i et opplegg for å få opphold her i landet, men uten å lykkes. Det er på det rene at disse to tidligere hadde fått avslag på søknad om oppholdstillatelse flere ganger, men de hadde en

datter her og dette var det nye forsøket. Ankemotparten påstod at det forelå et fullt ut gyldig ekteskap, og at hun inngikk dette med ærlige hensikter.

Lagmannsretten drøfter først hjemmelsspørsmålet, hvorvidt det foreligger ulovfestede ugyldighetsgrunner. Retten viser til Ot.prp. nr. 44 (1993-94) der det overhodet ikke er diskutert andre mulige ugyldighetsgrunner enn den nå lovfestede tvangsregelen. Det vises til BFDs uttalelse på s.13 i proposisjonen om ugyldighet ved tvang:

”Å innføra ein slik heimel vil ikkje endra noko i høve til rettstilstanden i dag, men berre vera ei lovfesting av gjeldande ulovfest rett. Men ei slik kodifisering vil synleggjera den utvegen som finst alt i dag til å reisa sak for domstolane i medhald av dei allmenne ulovfeste ugildingsreglane.”

Imidlertid tolker lagmannsretten formuleringen dithen at det ikke kan utelukkes andre ulovfestede ugyldighetsregler enn tvang. Til støtte for sitt syn viser retten til juridisk teori, hvor det fremholdes at det i så fall må være tale om situasjoner hvor det ville være ”klart støtende om ekteskapet skulle anerkjennes”.⁷³ Etter rettens oppfatning kan det tenkes tilfeller hvor det foreligger et så grovt misbruk av ekteskapsinstitusjonen at et ekteskap av den grunn kjennes ugyldig.

Etter bevisføringen finner imidlertid retten at de ulovfestede ugyldighetsreglene ikke kommer til anvendelse på det foreliggende tilfellet. Selv om det skulle være slik at hennes motiver for å inngå ekteskapet var annerledes enn hans, for eksempel fordi hun ønsket å bedre sin status som innvandrers i relasjon til utlendingsmyndighetene, er dette ikke tilstrekkelig til å gjøre ekteskapet ugyldig.

⁷³ Holmøy og Lødrup 2001 s. 97

Etter dette er det rimelig å anta at det finnes ulovfestede ugyldighetsregler i norsk rett, men at det skal svært mye til før disse kommer til anvendelse. Ingen (publiserte) dommer konstaterer ugyldighet på dette grunnlag. Derfor fremstår det som en mulighet som kun eksisterer på det teoretiske plan. Det som imidlertid synes avklart både i ”Baronessedommen” og den refererte dommen fra Borgarting lagmannsrett, er at inngåelse av pro forma-ekteskap i Norge ikke medfører ugyldighet.

2.9 Oppsummering

Det ovenstående avsnittet skulle være egnet til å belyse de rettslige reguleringene vedrørende kontroll med ekteskapets inngåelse i norsk rett, og forholdet mellom norsk og utenlandsk rett i ekteskapsaker. Det er foreslått endringer i prøving av ekteskapsvilkårene som øker kontrollfokuset i forkant av ekteskapsinngåelsen.

Kontrollen kommer kun til anvendelse på vielser i Norge. Utenlandske ekteskap anerkjennes som hovedregel, men kan angripes i Norge dersom norske myndigheter har jurisdiksjon. Problemstillingen rundt tvangsekteskap er forsøkt rettslig regulert, men bringes sjelden inn for domstolene.⁷⁴ Ifølge Hennem og Paul er både tvangsekteskap og bigami kulturelle praksiser som har eksistert i århundrer. Det er derfor etter deres skjønn viktigere med dialog og informasjon til de det gjelder enn å lete etter rettslige løsninger.⁷⁵

De to dommene det refereres til under pkt. 2.8.1 kan sies å illustrerer forskjellen mellom ugyldighet og rettsvirkninger, og at det skal svært mye til før et ekteskap erklæres ugyldig på ulovfestet grunnlag. Men selv om ekteskapet er gyldig og derfor må oppløses etter reglene om separasjon og skilsmisse, kan lovgiver fastsette hvilke rettsvirkninger ekteskapet skal ha. Dette er et annet spørsmål, hvor ekteskapets innhold kan tillegges vekt.

⁷⁴ Jf. Ot.prp. nr. 102 (2002-2003) s. 21

⁷⁵ Hennem og Paul 2000 s. 86

Del 3: Rettsvirkninger av et gyldig ekteskap i innvandringsrettslige spørsmål

3.1 Innledning

Tidligere er vilkåret i el. § 5a som har som formål å hindre omgåelse av innvandringsbestemmelsene behandlet. Videre er det drøftet hvorvidt innvandring som motiv for ekteskapsinngåelsen kan tenkes å medføre ugyldighet. I denne delen belyses inngåelse av pro forma-ekteskap med det formål å omgå vilkåret i el. § 5a. Det forutsetter at det er inngått et ekteskap i som er gyldig etter norsk rett, og den utenlandske part søker opphold i Norge etter reglene om familiegjening i utlendl. § 9.

Det rettslige grunnlaget for utlendingers innreise, opphold og adgang til å arbeide i Norge fremgår som nevnt innledningsvis av utlendingsloven og utlendingsforskriften. Med ”utlending” menes jf. utlendl. § 48: ”enhver som ikke er norsk statsborger”, altså utenlandske statsborgere og statsløse.

Utlendingsforskriften er ment å utfylle skjønnspregede bestemmelser, og blir sammen med rundskriv benyttet som politiske styringsinstrumenter for den til enhver tid sittende politiske ledelse. Slike ”etterarbeider” kan være relevante rettskildedefaktorer for å kunne tolke loven tidsmessig. Særlig vil forvaltningen måtte ta hensyn til etterarbeidene, fordi de skal iverksette styringsverkets mål.⁷⁶

⁷⁶ Boe 1996 s. 238 flg jf. Eckhoff/Helgesen 1997 s. 98

Utlendingslovens bestemmelser håndheves av ulike forvaltningsorganer, jf. utlendl. § 5. Vedtak i første instans kan påklages til overordnet forvaltningsorgan, jf. utlendl. § 38 tredje ledd. Klageinstansen er etter 01.01.01 Utlendingsnemnda (heretter UNE) jf. utlendl. § 38a.

3.2 Tilknytning til Norge via ekteskap

3.2.1 Innledning

Ekteskapets gyldighet er som tidligere vist etter hovedregelen ikke betinget av ekteskapets innhold eller partenes motiv for ekteskapsinngåelsen, med unntak av de lovfestede ugyldighetsreglene. Imidlertid har lovgiver tillagt slike forhold vekt når det gjelder ekteskapets rettsvirkning;

”Det er muligheten til å utøve et familieliv og beskyttelsen av retten til dette som er årsaken til at ekteskap med en som er bosatt i landet gir grunnlag for oppholdstillatelse, det er ikke slik at en trekker en automatisk slutning fra den formelle rettstilstand på ett område over til et annet. Et gyldig inngått ekteskap vil derfor ikke gi grunnlag for oppholdstillatelse hvis det ikke er noen realitet i det”.⁷⁷

Når det er spørsmål om å innvilge opphold i Norge på grunnlag av ekteskap, stilles det derfor visse minimumskrav til ekteskapets innhold. Dette følger også av en uttalelse fra Fremmedlovutvalget;

”Det er helt på det rene at blant annet fremmedkontrollmessige krav kan stilles, og at nødvendige formalia må være oppfylt, ikke minst kontroll av personens identitet, og av at de oppgitte familieforhold er reelle og ekte”.⁷⁸

Retten til familiegjenforening på bakgrunn av ekteskap er altså forbeholdt de ”reelle” ekteskapene.

⁷⁷ Dette følger av Ot.prp. nr. 46 (1986-87) om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her s. 61

⁷⁸ Se NOU 1983:43, side 19, jf. Ot. prp. nr. 44 (1993-94) s. 7

3.2.2 Generelt om familiegjenforening

Familiegjenforening er en vanlig betegnelse på den adgang til oppholds- eller arbeidstillatelse utlendl. § 9 gir de nærmeste familiemedlemmene til norsk eller

nordisk borger som er bosatt i riket, eller til utlending som har fått oppholds- eller bosettingstillatelse. Som nærmeste familiemedlemmer regnes først og fremst ektefelle, samboer og barn under 18 år, jf. utlendingsforskriften § 23. Hvis barnet er forsørget og ikke har ektefelle eller samboer, er aldersgrensen 21 år dersom en av foreldrene er borger av et land som har tiltrådt Den europeiske sosialpakt.

Oppholdstillatelse for familiemedlemmer gis etter søknad og innvilges som hovedregel bare hvis underhold er sikret, og det ikke foreligger omstendigheter som etter loven vil gi grunn for å nekte familiemedlemmene adgang til riket, opphold eller arbeid (utlendl. § 9, jf. § 8).⁷⁹

3.2.3 Særlig om familiegjenforening på bakgrunn av ekteskap

Et uttrykk for at ekteskapet må være ”reelt” fremgår av utlendl. § 9 jf. utlendingsforskriften §§ 22 og 23 første ledd bokstav a; ”Det er et vilkår at ektefellene skal bo sammen”.

Dessuten fremgår det av utlendl. § 11 jf. utlendingsforskriften § 37 tredje ledd; ”Ved fornyelse av tillatelse gitt på grunnlag av ekteskap eller samboerforhold er det et vilkår at ekteskapet eller samboerforholdet fortsatt består og at partene fortsatt bor sammen. Det kan gjøres unntak fra vilkåret om at partene må bo sammen når sterke rimelighetsgrunner tilsier det.”

Unntakene fremgår av utlendingsforskriften § 37 sjette ledd for de tilfellene der en kvinne ikke fyller vilkårene for fornyet opphold. Unntakshjemmelen omfatter de tilfellene der kvinnen ”som følge av samlivsbruddet vil få urimelige vanskeligheter i hjemlandet grunnet de sosiale og kulturelle forhold der”. Selv om slike grunner ikke foreligger, skal tillatelse gis der kvinnen eller eventuelle barn er blitt

⁷⁹ Jusleksikon 2002 “familiegjenforening”

mishandlet i samlivsforholdet. Disse tilfellene vil falle inn under betegnelsen ”andre sterke menneskelige hensyn” i forskriften § 21 femte ledd.

Videre har lovgiver gitt hjemmel for tilbakekall jf. utlendl. § 13, der utlendingen har misligholdt sin opplysningsplikt. Vurderingstemaet er hvorvidt utlendingen i

søknaden ”mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket”.

3.2.3.1 Tolkning av vilkåret ”ektefellene skal bo sammen”

Ifølge utlendl. § 9 jf. utlendingsforskriften §§ 22 og 23 første ledd bokstav a er det altså et vilkår at ”ektefellene skal bo sammen”, dersom ekteskapet skal gi grunnlag for familiegjenforening. En tolkning av ordlyden ut fra alminnelig språkforståelse, tilsier at partene må ha felles bostedsadresse for at vilkåret skal være oppfylt.

Imidlertid gir forarbeidene som tidligere nevnt begrepet et nærmere innhold ut fra formålet med loven. Det er reelle ekteskap som reglene om familiegjenforening er ment å tilgodese.⁸⁰

Tolkning av hva som ligger i vilkåret at ”ektefellene skal bo sammen” er drøftet i en uttalelse fra Sivilombudsmannen (heretter Ombudsmannen) datert 19. mai 1993. Uttalelsen ble gitt på bakgrunn av klagesak vedrørende avslag på søknad om oppholdstillatelse. Begrunnelsen for avslaget var at ekteskapet i Norge måtte anses pro forma. Klageren reiste spørsmål om det rettslige grunnlaget for avslaget.

I uttalelsen drøfter Ombudsmannen rettsanvendelsen i saker om familiegjenforening. Det påpekes at utlendingsloven gir utlending rett til oppholdstillatelse der vilkårene er oppfylt; ”Det er ellers ikke gitt noen nærmere bestemmelser om hvilke krav som eventuelt kan stilles til partene og til ekteskapets innhold, og det foreligger ikke uttrykkelig hjemmel i regelverket for å avslå oppholdstillatelse i pro forma-tilfellene når de fastsatte vilkår er oppfylt.”⁸¹

⁸⁰ Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 61

⁸¹ Se uttalelse fra Ombudsmannen av 19. mai 1993 under pkt. 2

Ombudsmannen har derfor i brev av 7. februar 1992 til Justisdepartementet⁸² (heretter JD) spurt om vilkårene i loven og forskriften må anses uttømmende, slik at søknad om oppholdstillatelse ikke kan avslås når de fastsatte vilkår er tilstede. JD

uttaler i sitt svar at den formelle forankringen for praksis på området og for vedtaket i denne saken, er vilkåret om at ”ektefellene skal bo sammen”. Det vises i den forbindelse til lovens forarbeider.

Etter Ombudsmannens oppfatning fremstår denne forankringen ikke ”helt treffende”, siden det er tale om et grunnvilkår som skal oppfylles uavhengig av hvilken realitet det ellers måtte være i ekteskapet.

Imidlertid er han enig med JD i at en søknad, etter omstendighetene, må kunne avslås med grunnlag i de hensyn som ligger til grunn for retten til familiegjenforening. Hensynet bak reglene tilsier at det er den ekteskapelige realitet som beskyttes, ikke ekteskapets formelle gyldighet. Ombudsmannen finner derfor ikke grunnlag for å rette kritikk på noe avgjørende punkt mot JDs rettsanvendelse i saken.

3.2.3.2 Beviskravene i saker om familiegjenforening

Dersom et tilfelle byr på tvil, blir spørsmålet hvilken sannsynlighetsovervekt som kreves. Med beviskrav menes den grad av sannsynlighet som skal til før et faktum anses bevist.⁸³

I saker om familiegjenforening er det utlendingsmyndighetene som har bevisbyrden, dvs. de må bevise at partene ikke fyller vilkåret om at ”ektefellene skal bo sammen”.⁸⁴

Ombudsmannen drøfter de vanskelige bevisspørsmålene i denne type saker i sin uttalelse av 19. mai 1993. Han påpeker: ”Å fastslå hva som er motivet for en

⁸² Justisdepartementet var frem til 01.01.01 klageinstans etter utlendingsloven

⁸³ Hov 1999 s. 201

⁸⁴ Se Lovdata online; Borgarting lagmannsrett LB-2002-01893

ekteskapsinngåelse vil kunne være problematisk. Det er tale om strengt private forhold som en utenforstående uten nærmere kjennskap til ektefellene vil ha vanskelig for å kunne bedømme. I en sak som denne blir de bevismessige vanskeligheter forsterket ved at tema for vurderingen er å ta stilling til hva som er et sannsynlig fremtidig hendelsesforløp, dvs. hvorvidt ektefellene da vil etablere et

ekteskapeleg samliv. (...) Videre må myndighetene i forvaltningen av regelverket ta i betraktning at det her er tale om et livsområde hvor variasjonene kan være mange, både med hensyn til hva som er partenes begrunnelser for å inngå ekteskap, og hvordan de ordner samlivet. Det kan derfor ikke settes strenge krav til hva som skal kunne anses som et reelt ekteskap eller et ordinært ekteskapeleg samliv”.

Ombudsmannen påpeker at myndighetene bør vise stor grad av forsiktighet, og at det bør stilles strenge krav til bevisene. Begrunnelsen er at det vil kunne få svært alvorlige konsekvenser hvis forvaltningen skulle gripe feil.⁸⁵

UNE har derfor lagt til grunn at det kreves mer enn sannsynlighetsovervekt for å kunne fastslå at ekteskapsinngåelsen ikke er reell. Dette fremgår av et søk i UNES praksisbase. ”Hvis ekteskapet fremstår som klart ikke reelt, og motivert kun for å sikre søkeren oppholdstillatelse, vil det falle utenfor familiegjenforeningsreglene”. I praksis er det tale om en konkret skjønsmessig vurdering i hvert enkelt tilfelle.⁸⁶

3.3 Nærmere om håndheving av bestemmelsene om familiegjenforening

Utlendingslovens bestemmelser håndheves som tidligere nevnt av ulike forvaltningsorganer, jf. utlendl. § 5. Vedtak i første instans kan påklages til overordnet forvaltningsorgan, jf. § 38 tredje ledd. Klageinstansen er altså etter 1. januar 2001 Utlendingsnemnda.

Hensikten med klageadgangen er som i forvaltningen generelt, å påse at forvaltningsorganene på en tilfredsstillende måte løser de oppgaver de er pålagt av de folkevalgte organer og av sine overordnede i forvaltningen. Det andre

⁸⁵ Se uttalelse fra Ombudsmannen av 19. mai 1993 pkt. 3

⁸⁶ Se www.une.no sak med referanse nr. 80038903:80

hovedformålet er å styrke rettssikkerheten til enkeltindivider. Det sentrale er altså å beskytte individet mot overgrep.⁸⁷

3.4 Kontroll med forvaltningsvedtak i utlendingssaker

Vedtak som fattes av utlendingsmyndighetene i saker vedrørende familiegjenforening jf. utlendl. § 9 bringes relativt sjelden inn for domstolene. Domstolenes kontrolloppgave kan sies å bli ivaretatt av klageinstansen; det ”domstolliknende forvaltningsorganet” UNE. Vurderingen av hvorvidt et ekteskap har det minimum av innhold som kreves for at det skal gi grunnlag for familiegjenforening, foretas derfor i hovedsak av UDI og UNE.

Det kan reises spørsmål om rettssikkerheten blir godt nok ivaretatt når det er tale om vanskelige bevismessige spørsmål som i familiegjenforeningssaker. I juridisk teori drøftes de særtrekk som oppstår i forvaltningens rettsanvendelse. De særtrekk som nevnes, er blant annet den store saksmengde og det tidspres som ofte gjør seg gjeldende i forvaltningen. Dette kan medføre rutinemessige avgjørelser. Man ser ofte hen til sine egne presedensregistre. Avveiningen mellom effektivitet og rettssikkerhet gjør seg antakelig enda mer gjeldende i forvaltningen enn i domstolene.⁸⁸

Når det gjelder ”nemnder” som kontrollinstans, har organenes reelle uavhengighet vært drøftet i juridisk teori.⁸⁹ Det spørsmålet som drøftes, er om overordnet forvaltningsorgan har instruksjonsmyndighet når en rettsregel legger myndighet til et forvaltningsorgan. Det påpekes at det rår atskillig tvil og uklarhet i disse spørsmålene. Ulike hensyn må veies opp mot hverandre. Et hensyn taler for at det bør være en mulighet for sentral styring av samfunnsutviklingen, mens andre hensyn taler for å gi visse organer uavhengighet. Svaret må bero på en tolkning av hjemmelsgrunnlaget.

⁸⁷ Eckhoff / Smith 1997 s. 617-618

⁸⁸ Eckhoff / Helgesen 1997 s. 221-223: Særtrekk ved forvaltningens rettsanvendelse

⁸⁹ Eckhoff / Smith 1997 s. 179-180

De ovenstående problemstillingene var sentrale når man vurderte opprettelsen av en utlendingsnemnd i Norge.

3.4.1 Særlig om Utlendingsnemnda

3.4.1.1 Utlendingsnemndas tilblivelse

Opprettelsen av en nemnd ble vurdert av JD allerede under forberedelsen av utlendingsloven av 1988.⁹⁰ Opprettelse av en nemnd ble den gang foreslått som et alternativ til å bringe domstolene direkte inn i saksbehandlingen i utlendingssaker, som et ledd i utbyggingen av rettssikkerhetsgarantiene.

JD kom imidlertid til at de fortsatt burde være klageinstans i alle saker som er avgjort av UDI som første instans. Begrunnelsen som ble anført var: ”Innenfor vårt politiske system gjør det seg gjeldende klare prinsipielle betenkeligheter ved å overføre myndighet til frittstående forvaltningsorganer som er unndratt styring gjennom regjering og departement”. Det påpekes at saker etter utlendingsloven er gjenstand for sterk interesse, samt at det vil medføre kostnader og en risiko for sen saksgang å etablere en slik nemnd.⁹¹

I 1996 ble det igjen lagt frem forslag om å opprette en klagenemnd i utlendingssaker.⁹² Av justiskommiteens innstilling i saken, fremgår at det den gang ikke ble flertall for opprettelse av en nemnd. Saken ble sendt tilbake til Regjeringen ”for nærare avklaring og ny vurdering”. Begrunnelsen for dette var blant annet at flere av våre naboland var i ferd med å evaluere sine ordninger, slik at det ble ansett som mest hensiktsmessig å avvente deres konklusjoner.⁹³

⁹⁰ Ifølge Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 147-148 drøftet Fremmedlovutvalget nedsatt ved kgl. res. 3. juni 1977 fordelene og ulempene ved opprettelse av en klagenemnd

⁹¹ Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 152

⁹² Ot.prp. nr. 38 (1995-96) om endringer i utlendingsloven

⁹³ Innst. O. nr. 24 (1996-97) s. 4

I 1999 fremmet JD forslaget igjen.⁹⁴ Det ble fremhevet to viktige hensyn; hensynet til rettssikkerheten for utlendingen som har en sak etter utlendingsloven, og avlastning av JD i enkeltsaker. Stortinget fattet etter dette, som det fremgår av det

nedenstående, vedtak til lov i samsvar med forslaget om opprettelse av en Utlendingsnemnd.⁹⁵

3.4.1.2 Utlendingsnemndas rettslige grunnlag

Det rettslige grunnlaget for UNE fremgår av utlendl. §§ 38a og 38b.⁹⁶ Kommunal- og regionaldepartementets instruksjonsmyndighet fremgår av utlendl. § 38 første ledd;

”Departementet kan instruere om lovtolkning og skjønnsutøvelse når det gjelder hensynet til rikets sikkerhet eller utenrikspolitiske hensyn, og om avgjørelsen av enkeltsaker som innebefatter slike hensyn”. For øvrig kan verken Stortinget, regjering eller departementet instruere Utlendingsnemnda om lovtolkning, skjønnsutøvelse eller avgjørelse av den enkelte sak.⁹⁷

Det kan etter dette sies at en har funnet en middelvei, ved at Kommunal- og regionaldepartementet har beholdt sin instruksjonsmyndighet i utlendingssaker av særlig viktighet, mens departementet ellers ikke har instruksjonsmyndighet.

3.4.1 Domstolskontroll med vedtak i saker om familiegjenforening

Overprøving av vedtak fra UNE kan bare skje gjennom søksmål for domstolene. Spørsmålet er hvor langt domstolenes prøvingsrett rekker i saker vedrørende familiegjenforening. Svaret beror på en tolkning av hjemmelsgrunnlaget.

⁹⁴ Ot.prp. nr 17 (1998-99) om lov om endringer i utlendingsloven og i enkelte andre lover (klagenemnd for utlendingssaker m.v.)

⁹⁵ Lov av 30. april 1999 nr. 22

⁹⁶ Utlendl. § 38 a tredje ledd er senere endret ved lov av 28. juli 2000 nr. 75 ved at ”Justisdepartementet” ble erstattet med ”Kommunal- og regionaldepartementet”

⁹⁷ Se også www.une.no; ”Dette er UNE”

I utlendingsloven av 1988 valgte JD en lovgivningsteknikk som var ment å bedre rettssikkerheten. Det ble derfor lovfestet en rett til opphold og arbeid i Norge dersom bestemte grunnvilkår er oppfylt, med mindre hjemmel for å gjøre unntak er gitt i selve loven eller i forskrift fastsatt i medhold av loven.⁹⁸ Gjennom bl.a.

motivene til lovbestemmelsene søkte en å klargjøre hvilke hensyn som kan gis plass ved anvendelsen av de fullmakter loven gir, og således stramme inn forvaltningens skjønnsutøvelse betydelig i forhold til daværende fremmedlov av 22. juli 1956. Skjønnsutøvelsen var heretter ment å komme inn ved anvendelse av unntaksreglene.

Gjennom familiegjenforeningsreglene har altså personer en rett til å kunne etablere seg i Norge dersom bestemte grunnvilkår er oppfylt, og det ikke finnes et rettslig grunnlag for å avslå. Dette fremgår av utlendl. § 9 første ledd; ”har etter søknad rett til” og ”dersom det ikke foreligger omstendigheter som nevnt i § 8 første ledd nr. 3”. Domstolenes kontroll med forvaltningen blir derfor et spørsmål om vilkårene for familiegjenforening er oppfylt. Dette er et spørsmål om lovtolkning og rettsanvendelse som domstolen kan overprøve.⁹⁹ Annerledes stiller det seg ved unntakshjemmelen, der domstolene vil vike tilbake for å overprøve forvaltningens skjønn.

Dette betyr at spørsmålet om partene oppfyller vilkåret ”ektefellene skal bo sammen”, vil være en tolkningsoppgave, hvor domstolen kan overprøve forvaltningens lovtolkning og rettsanvendelse.

3.4.3 Rettspraksis

En gjennomgang av rettspraksis viser at det ikke foreligger noen Høyesterettsdom som omhandler vilkåret ”ektefellene skal bo sammen”. Det foreligger imidlertid en dom fra Borgarting lagmannsrett datert 2003-02-13 som omhandler spørsmålet om ektefellene har bodd sammen.¹⁰⁰

⁹⁸ Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 30

⁹⁹ Ot.prp. nr. 46 (1986-87) s. 55

¹⁰⁰ Se Lovdata online; Borgarting lagmannsrett LB-2002-01893

Saken gjaldt gyldigheten av vedtak fattet av UNE 24. september 2001. Vedtaket stadfestet UDIs vedtak av 6. september 1999 om å tilbakekalle tidligere gitte arbeids- og oppholdstillatelser for A, samtidig som det varig utviser ham fra landet. Bakgrunnen for UDIs vedtak var at de mente A ved flere anledninger hadde gitt feil

opplysninger til utlendingsmyndighetene om at han hadde bodd sammen med sin ektefelle (D).

Spørsmålet i saken var først hvilket faktum som skulle legges til grunn, om retten kunne ta hensyn til faktiske omstendigheter som hadde fremkommet etter at utlendingsmyndigheten traff sitt vedtak. Retten viser til Rt. 1960 s. 1374: ”At domstolene kan prøve holdbarheten av det faktiske grunnlag en slik avgjørelse bygger på, må anses sikkert fastslått. Og det må etter min mening være klart at domstolene ved en slik prøving kan – og må – ta hensyn også til materiale som er kommet frem etter at den angrepne forvaltningsavgjørelse ble truffet”.

Lagmannsretten finner det nødvendig å gå gjennom de politirapporter og politiavhør som forelå i saken. Det vises til flere bostedskontroller foretatt av en eller flere polititjenestemenn. En bostedskontroll ble foretatt av to tjenestemenn samt tre politiskoleelever. Etter lagmannsrettens vurdering er det ”vanskelig å legge noe avgjørende vekt” på hva to polske kvinner som var tilstede i leiligheten sa til politiet under denne kontrollen, fordi de ”kan ha blitt skremt av at fem polititjenestemenn uanmeldt kom og foretok kontroll”.

Til tross for det omfang av politirapporter og avhør som forelå, illustrerer lagmannsrettens konklusjon de bevisproblemer man står overfor i slike saker. Lagmannsretten bemerker:

”Etter lagmannsrettens oppfatning er det utlendingsmyndigheten som må bevise at D og A ikke bodde sammen. Dette bevisetema er relativt omfattende og krevende. Det samlede bilde i denne saken – slik bevisene er presentert – gir ikke noe entydig svar på spørsmålet om ektefellene bodde sammen eller ikke”.

Det påpekes blant annet som et problem at flere av personene som rapportene viser til ikke snakker norsk eller dårlig norsk, og det er ikke benyttet tolk. Etter lagmannsrettens syn er det på bakgrunn av bevisføringen ”ikke ført tilstrekkelig bevis for at ektefellene ikke har bodd sammen”. Retten finner derfor at partene har oppfylt kravet om å bo sammen, og at UNEs vedtak bygger på feil faktisk grunnlag. Feilen anses så vesentlig at vedtaket må kjennes ugyldig.

3.5 Oppsummering

Den ovenstående redegjørelsen skulle være egnet til å illustrerer de utfordringer norske myndigheter står overfor i disse sakstiltfellene. Det er her tyngden av problemet ligger, når en skal forsøke å hindre omgåelse av innvandringsbestemmelsene ved hjelp av såkalte pro forma-ekteskap. El. § 5a hindrer kun inngåelse av slike ekteskap i Norge, og kan omgås.

Det kan hevdes at dette er et rettsområde som egner seg dårlig for rettslig regulering, siden det gjelder forhold som i utgangspunktet er strengt private. Utlendl. § 9 jf. utlendingsforskriften §§ 22 og 23 første ledd bokstav a hjemler et krav til ekteskapets innhold som kan være vanskelig å håndheve. Det reiser svært vanskelige bevismessige spørsmål. Som det fremgår av Ombudsmannens uttalelse s. 5, ligger det i forholdets natur at saken bevismessig er slik at oppholdstillatelse som regel må gis hvis begge parter i et ekteskap hevder at det er reelt.

En står egentlig overfor en vurdering av hvilke ressurser som skal settes inn for å håndheve vilkåret, og hvilke menneskelige omkostninger en slik kontrollvirksomhet kan medføre. To hensyn står mot hverandre; På den ene side står statenes interesse i å unngå omgåelse av innvandringsbegrensningene ved inngåelse av såkalte pro forma ekteskap. På den andre siden står de omkostninger både materielt og menneskelig som kreves dersom en slik omgåelse skal unngås, og risikoen for å gripe feil slik Ombudsmannen påpekte i sin uttalelse.

Det kan fremholdes som uheldig at kravet til ekteskapets innhold ikke fremgår tydeligere av det rettslige grunnlaget. Ordlyden i utlendingsloven jf. utlendingsforskriften kan etter en naturlig språkforståelse neppe tolkes dit hen at det stilles krav til partenes samliv utover det at de bor sammen. Familiegenforening er

en rettighet såfremt vilkårene er oppfylt. Hensynet til forutberegnelighet taler for at det går tydelig frem av det rettslige grunnlaget at det er de reelle ekteskap retten til familiegjenforening er ment å tilgodese. Lovens forarbeider er normalt ikke tilgjengelig for folk flest.

Del 4: Representerer EMK en skranke når det gjelder ekteskapsinngåelse over landegrensene og retten til familiegjenforening?

4.1 Innledning

I de to foregående delene er utlendingers tilknytning til Norge via ekteskap behandlet. Det er gjort rede for el. § 5a som er ment å hindre inngåelse av såkalte pro forma-ekteskap i Norge, og betydningen av partenes motiv for ekteskapsinngåelsen når det gjelder ekteskapets formelle gyldighet. Videre er det rettslige grunnlaget for å vektlegge ekteskapets innhold i saker vedrørende familiegjenforening drøftet.

I dette kapitlet drøftes disse rettslige reguleringene i lys av Norges forpliktelser i henhold til Den europeiske menneskerettskonvensjon av 1950 (EMK). Det begrensede omfang som er til rådighet her tilsier at ikke alle eventuelle menneskerettslige spørsmål kan reises. Imidlertid belyses noen problemstillinger, som kan være egnet til å illustrere hvor langt det menneskerettslige vernet rekker når det gjelder ekteskapsinngåelse over landegrensene, og retten til familiegjenforening.

Det rettslige grunnlaget blir altså EMK, som er innlemmet i norsk rett gjennom Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999

(menneskerettsloven). Ifølge utlendl. § 4 var imidlertid menneskerettighetene en relevant rettskildefaktor i utlendingssaker også før innlemmelsen av EMK jf. også Grunnloven av 1814 § 110c. For å sette oppgavens tema i et større perspektiv, følger først et historisk tilbakeblikk på de moderne menneskerettighetenes tilblivelse.

4.2 Et historisk tilbakeblikk

Moderne menneskerettigheter (heretter MR) kan sies å ha sine røtter i ulike nasjonale milepæler som uttrykte et krav om garantier mot overgrep. For eksempel kan nevnes det britiske Magna Charta fra 1215, USAs uavhengighetserklæring av 4. juli 1776 og ikke minst den franske rettighetserklæring av 26. august 1789.¹⁰¹ De europeiske MR skjøt fart i kjølvannet av den annen verdenskrig. Under mottoet ”aldri mer”, ble FN grunnlagt i 1945, i den tro at krigens grusomheter kunne ha vært forhindret dersom et effektivt internasjonalt system hadde eksistert for å beskytte MR.¹⁰²

Historisk sett har rettighetene hatt en gradvis utvikling fra idealisering; hvilke ideer har vi, til positivisering; ideene kommer til uttrykk i skrevne og rettslig forpliktende tekster, til realisering; virkeliggjøring i det daglige liv.¹⁰³

FN-pakten av 26. juni 1945 brukte begrepet ”fundamental human rights” i fortalet, uten å definere begrepet nærmere. Imidlertid ble det i Verdenserklæringen om menneskerettighetene av 1948 satt opp en katalog av rettigheter. Dette var en ikke-bindende beslutning fra FNs hovedorgan, generalforsamlingen, som har vært et forbilde for senere juridisk bindende konvensjoner.¹⁰⁴

Utviklingen av det konvensjonsbaserte vern foregår dels på det globale plan gjennom FN-systemet, dels på regionalt plan gjennom grupper av stater som

¹⁰¹ Møse 2002 s. 29-30

¹⁰² Buergenthal 1995 s. 21 flg

¹⁰³ Eide 1978 s. 30-50

¹⁰⁴ Opsahl 1996 s. 5

geografisk hører sammen. Som eksempel kan nevnes det europeiske systemet utviklet av Europarådet, det inter-amerikanske MR-systemet¹⁰⁵ og det afrikanske systemet¹⁰⁶, mens Asia enda ikke har noe slikt. Først ute var Europarådet med EMK. Denne er senere utvidet gjennom en rekke tilleggsprotokoller.

MR-kjernen er den rettslige beskyttelse slik det følger av konvensjonens krav til statenes gjennomføring på det nasjonale plan. Rettighetene må gjennomføres i dagliglivet. Den nasjonale gjennomføring er det primære. Der den nasjonale gjennomføring svikter, kommer det internasjonale vern inn. Det internasjonale vern via tilsyn er altså subsidiært.¹⁰⁷

4.3 Statenes gjennomføringsplikt

Ifølge EMK har de statene som har ratifisert konvensjonen en dobbel gjennomføringsplikt. De må respektere og sikre rettighetene, jf. uttrykket ”secure” i EMK art.1. Myndighetene skal på den ene side ikke hindre utøvelse av rettighetene. På den annen side skal de legge forholdene til rette. Overvåkingsorganene, Domstolen (EMD) og den nå nedlagte kommisjonen overvåker statenes gjennomføring både gjennom statsklage jf. EMK art. 33, og individklage jf. EMK art. 34.

Det spesielle med de internasjonale menneskerettighetene, er altså at de ikke bare gir individene rettigheter, men de pålegger statene plikter. Statenes suverenitet begrenses derfor.¹⁰⁸ Hvor langt statenes plikter rekker, avhenger av en tolkning av konvensjonens materielle rettigheter.

¹⁰⁵ Se Buergenthal 1995 s. 174 flg

¹⁰⁶ Se Buergenthal 1995 s. 228 flg

¹⁰⁷ Jf. EMK art. 35 første ledd; alle nasjonale rettsmidler må være uttømt. Se Danelius 2000 s. 37

¹⁰⁸ Se Buergenthal 1995 s. 13

4.4 Tolkning av EMK

De materielle rettighetene må tolkes etter folkerettslige tolkningsprinsipper, jf. Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 (Wien-konvensjonen).¹⁰⁹ Ifølge Wien-konvensjonen art. 31 nr. 1, skal traktater tolkes ”in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context”.

Ordlyden er altså helt sentral i tolkningen av traktater. Det er ordlyden man har blitt enige om, det er den som er det fremforhandlede sluttprodukt.

Imidlertid skal ordlyden jf. art. 31 nr. 1 tolkes ”in the light of its object and purpose”. Det fremgår av fortalen til EMK at formålet med konvensjonen er; ”securing the universal and effective recognition and observance of the Rights therein”. EMD har derfor lagt til grunn et effektivitetsprinsipp, der tolkning av konvensjonen må skje i lys av den særegne karakter konvensjonen har som middel for kollektiv fremming av MR. Dette prinsippet ble etablert gjennom uttalelsene fra EMD i saken *Artico mot Italia* fra 1980 (A 37); ”The Court recalls that the convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory, but rights that are practical and effective”.¹¹⁰

En effektiv håndhevelse av MR forutsetter en dynamisk tolkning, tilpasset samfunnsforholdene slik de utvikler seg. Dette ble fremholdt i *Tyrer mot Storbritannia* 1978; ”...the Convention is a living instrument which, ... must be interpreted in the light of the present-day conditions”.¹¹¹ Rettighetene gis et autonomt innhold, uavhengig av statenes forståelse av begrepene i det nasjonale rettssystem. Dette er nødvendig for at rettighetene skal få det samme materielle innhold i alle stater.¹¹² Utfallet av de enkelte sakene er bare bindende for partene i

¹⁰⁹ Norge har ikke ratifisert konvensjonen, men anses bundet av den fordi den har karakter av internasjonal sedvanerett

¹¹⁰ *Artico mot Italia* fra 1980 (A 37) under pkt. 33 tredje avsnitt

¹¹¹ Se *Tyrer mot Storbritannia* fra 1978 (A 26) pkt. 31

¹¹² *Danelius* 2000 s. 59

saken, jf. EMK art. 46, men har prejudikatverdi ved tolkning av rettighetenes innhold.

4.4.1 EMK som rettskildefaktor i norsk rett

Etter inkorporering av de tre sentrale MR konvensjoner, må fortsatt innholdet av norsk rett og menneskerettsregelen fastlegges. I Rt. 2000 s. 996

”Tilleggsskattdommen” uttales; ”Ved harmonisering gjennom tolking kan en tilsynelatende motstrid falle bort.” Det vanskelige spørsmålet blir likevel i hvilke tilfelle konvensjonen skal gis forrang med den følge at norsk lovgivning eller praksis settes tilside.

I ”Tilleggsskattdommen” ble løsningen; Når tolkningsresultatet som fremgår av EMK er ”rimelig klart” følger det av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 at konvensjonsbestemmelsen skal legges til grunn. Når det er ”begrunnet tvil” om hvordan EMK skal forstås, er holdningen mer restriktiv i favør av norsk lovgivervilje. Oppgaven med å utvikle konvensjonen overlates stort sett til EMD, og det skal ikke bygges inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd. Denne tilnæringsmåte er bekreftet i ”KRL-dommen”, Rt. 2001 s. 1006.

I en plenumsavgjørelse, Rt. 2002 s. 557, ble det fastslått at det ikke er slik at konvensjonstolkningen må være ”rimelig klar” for at annen norsk lovgivning skal kunne settes til side. Etter dette er altså situasjonen at det klarhetskravet som ble fastslått i ”Bølgepappkjennelsen”, Rt. 1994 s. 610, ikke gjelder lenger.¹¹³

4.4.2 Norske rettskilder ved tolkning av EMK

Norske rettskildefaktorer kan være relevante ved tolkning av konvensjonen. Der Høyesterett har funnet at et saksforhold er i samsvar med våre konvensjonsforpliktelser, vil det være naturlig at rettsanvenderen tillegger rettspraksis avgjørende vekt.

¹¹³ Møse 2002 s. 185

Norske forarbeider kan være en rettskildefaktor av betydelig vekt, siden lovgiver vurderer forholdet til EMK når nye lover vedtas. Rettsanvendere vil se hen til forarbeidene. Dersom lovgiver har funnet at en lovbestemmelse er i samsvar med våre forpliktelser, vil det være naturlig for rettsanvenderen å legge stor vekt på dette. Siden konvensjonen tolkes dynamisk, kan imidlertid senere praksis fra håndhevingsorganene tilsi et annet resultat, slik at både rettspraksis og forarbeider ikke lenger kan tillegges avgjørende vekt.¹¹⁴

4.5 Særlig om EMK art. 12

Art. 12 etter norsk oversettelse lyder slik:

”Art. 12 Retten til å inngå ekteskap

Menn og kvinner i gifteferdig alder har rett til å gifte seg og til å stifte familie, i samsvar med de nasjonale lover som regulerer utøvelsen av denne rettigheten”.

Det er antatt at statene har stor frihet til selv å bestemme hvilke vilkår som skal gjelde for ekteskapsinngåelse, men her som ellers gjelder et proporsjonalitetskrav.¹¹⁵ Med proporsjonalitet forstås at et vilkår ikke må være mer langtgående enn hva som fremstår som rimelig for formålet.¹¹⁶

Spørsmålet var oppe i EMD i saken F mot Sveits fra 1987 (A 128). Klageren i saken hadde vært gift fire ganger. Han påklaget en rettsavgjørelse hvor han ble nektet å gifte seg igjen før det hadde gått en treårs periode som et brudd på art. 12. EMD uttaler i at begrensningene i retten til å inngå ekteskap ikke må ”restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right

¹¹⁴ Se Rundskriv G-45/99 31. mai 1999 s. 28-29

¹¹⁵ Danelius 2000 s. 297

¹¹⁶ Danelius 2000 s. 61

is impaired”.¹¹⁷ I denne saken ble den rettslige separasjonen ansett som et brudd på art. 12.¹¹⁸

4.6 Særlig om EMK art. 8

EMK art. 8 etter norsk oversettelse lyder slik:

”Art. 8. Retten til respekt for privatliv og familieliv

1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.

2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.”

Art. 8 regulerer myndighetenes adgang til å gjøre inngrep i folks privatliv i vid forstand. Mellom de rettigheter som er nevnt i art. 8 første ledd er det en flytende overgang. I praksis fungerer retten til privatliv som et overbegrep for de forhold som omfattes av bestemmelsen.¹¹⁹

Bestemmelsen innledes med uttrykket ”enhver”. Sammenholdt med ikke-diskrimineringsbestemmelsen i EMK art. 14, tilsier dette at vernet tilkommer alle individer uavhengig av kjønn, rase etc., jf. også det såkalte universalitetsprinsippet.¹²⁰

EMK art. 8 er bygget opp på samme måte som art. 9-11. I første ledd beskrives rettigheten, mens det i annet ledd gis hjemmel for konvensjonspartene til inngrep i

¹¹⁷ F mot Sveits pkt. 32

¹¹⁸ F mot Sveits pkt. 40

¹¹⁹ Danelius 2000 s. 221

¹²⁰ Universalitetsprinsippet: Menneskerettighetene tilkommer enhver jf. Møse 2002 s. 96

rettigheten. Dersom staten har grepet inn i den art. 8 beskyttede rettighet, blir spørsmålet om inngrepet omfattes av inngrepshjemmelen i annet ledd. Hvis ikke så er tilfelle, foreligger det brudd på konvensjonen. Når det gjelder forståelsen av disse inngrephjemlene, er det omfattende praksis fra konvensjonsorganene under EMK. Det er imidlertid viktig å merke seg at det her handler om innskrenkninger som konvensjonen selv ikke gjør, men som den tillater statene å gjøre.

4.6.1 Inngrepshjemmelen i EMK art. 8 annet ledd

Ifølge art. 8 annet ledd må tre vilkår være oppfylt:

1) Inngrepet må være hjemlet i lov. Dette behøver ikke være formell lov jf. grunnloven § 96, hvilket ville være uhensiktsmessig jf. det engelske common-law. Men det rettslige grunnlaget må sikre rimelige krav til rettsikkerhet, det må gi beskyttelse mot tilfeldighet, være

tilgjengelig for allmennheten og være utformet med en slik presisjon at innskrenkningene i den grunnleggende MR i rimelig utstrekning er forutsigbar.¹²¹

Nasjonal lov som gir et rettsanvendelsesorgan et visst tolkningsrom og en viss diskresjonær prøvingsrett, er ikke i og for seg uforenlig med kravet til forutsigbarhet. Forutsetningen er at omfanget av den diskresjonære bedømmelsen er tilstrekkelig avgrenset til å gi individet beskyttelse mot inngrep. Dette rettsikkerhetshensynet er grunnleggende og går frem av uttrykket "the rule of law" i fortalen til EMK.¹²²

2) Inngrepet må være egnet til å tilgodese noen av de oppregnede allmenne eller enkelte rettigheter. Oppregningen av de legitime formålene er omfattende, og de er allment formulert. Det vil derfor i de fleste tilfelle være mulig å henføre et inngrep til noen av disse kategoriene. Imidlertid skal oppregningen anses uttømmende og tolkes strengt. Dessuten må det tillatte formål være på det rene når inngrepet foretas, ikke rettferdiggjøres etterpå. Det vil ellers være et misbruk av inngrephjemmelen, i strid med EMK art. 18.¹²³

¹²¹ Se Silver m.fl. mot Storbritannia fra 1983 (A 61) pkt. 86-88

¹²² Se også Danelius 2000 s. 223

¹²³ Se Danelius 2000 s. 223

3) Inngrepet må være ”nødvendig” i et demokratisk samfunn. Ifølge EMD er dette ikke synonymt med ”uunngåelig”, men det må foreligge et ”pressing social need”.¹²⁴ Innskrenkningen må dessuten være proporsjonal med det formål som skal tilgodeses. Hver konvensjonsstat har en viss frihet til å avgjøre om en innskrenkning er nødvendig (”margin of appreciation”), men statens frihet er ikke ubegrenset. EMD overvåker om friheten er utnyttet på et rimelig vis.

Rekkevidden av statenes skjønnsmargin er utviklet gjennom praksis fra EMD. Prøvingsintensiteten varierer etter inngrepets art og hvilket rettsområde det er tale om. På områder av stor betydning for statene, for eksempel sikkerhetsspørsmål, vil

statenes skjønnsmargin være større enn i saker som berører grunnleggende rettigheter.¹²⁵

Den vurdering av forholdsmessigheten som foretas av EMD er ofte svært konkret, og knyttet opp til faktum i hver enkelt sak. I tillegg foretas en dynamisk tolkning som kan medføre endringer i samsvar med utviklingen i samfunnsforholdene.¹²⁶ Det kan derfor være vanskelig å fastslå prejudikatvirkningen av rettspraksis. Imidlertid trekker EMD frem momenter og foretar avveininger av ulike hensyn som kan være retningsgivende for senere saker.

4.7 Hvilke utlendingssaker faller utenfor EMK?

Etter vel etablert folkerett, har en stat rett til å kontrollere utlendingers adgang til dens territorium.¹²⁷ Folkeretten gir således ingen rett til adgang eller opphold i fremmed stat. Det er heller ikke en menneskerett å få adgang til fremmed land. Fra dette utgangspunkt finnes imidlertid unntak. Retten til familieliv etter EMK art. 8

¹²⁴ Fra *Handyside mot Storbritannia* fra 1976 (A 24) pkt. 48

¹²⁵ Se *Danelius* 2000 s. 223-224

¹²⁶ Se *Dudgeon mot Storbritannia* fra 1981 (A 45), om utviklingen av synet på homofili

¹²⁷ *Møse* 2002 s. 223

kan begrense statenes handlefrihet i utlendingssaker. Det foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.¹²⁸

Generelt kan sies at EMD har vært forsiktig med å akseptere en rett til innreise.¹²⁹ Dersom art. 8 skal komme til anvendelse, må det dreie seg om et etablert familieliv. Et ønske om å inngå ekteskap med en utlending man ikke tidligere har levd med som familie, kan ikke sikre utlendingen innreise etter EMK.¹³⁰

Praksis fra EMD viser at pro forma-ekteskap faller utenfor begrepet "familieliv" i art. 8 første ledd. Dette fremgår blant annet av saken Abdulaziz, Cabales and Balkandali mot Storbritannia fra 1985 (A 94); "Whatever else the word "family"

may mean, it must at any rate include the relationship that arises from a lawful and genuine marriage".¹³¹

Det fremholdes dessuten av Danelius; "Är det fråga om skenäktenskap, kan artikel 8 uppenbart inte åberopas".¹³² Dette betyr at statene ikke er forpliktet til å sikre og respektere slike ekteskap, og at art. 8 ikke kan påberopes som grunnlag for en rett til innreise- og oppholdstillatelse.

Konvensjonen må leses i sammenheng slik at ikke en bestemmelse blir overflødig eller meningsløs.¹³³ Det kan hevdes at det neppe ville gi mening dersom retten til ekteskapsinngåelse skulle være en konvensjonsforpliktelse, men ikke retten til å leve sammen som en familie. Det er derfor rimelig å anta at de tilfeller som faller utenfor art. 8 også faller utenfor art. 12. Det betyr at retten til å inngå et pro forma-ekteskap neppe er omfattet av art. 12, og statene står antakelig fritt til å hindre inngåelsen av slike.

¹²⁸ Møse 2002 s. 425 flg

¹²⁹ Møse 2002 s. 426

¹³⁰ Opsahl 1996 s. 48

¹³¹ Abdulaziz, Cabales and Balkandali mot Storbritannia fra 1985 (A 94) under pkt. 62

¹³² Danelius 2000 s. 246

¹³³ Danelius 2000 s. 57-58

Vilkåret om lovlig opphold i el. § 5a kan derfor ikke sies å være i strid med Norges forpliktelser jf. EMK når det er tale om pro forma-ekteskap. Ikke fordi statene har en skjønnsmargin i denne type saker, men fordi forholdet ikke er omfattet av art. 8 første ledd. Det er derfor ikke nødvendig å gå via inngrepshjemmelen i art. 8 annet ledd.

4.8 Forholdet mellom el. § 5a og EMK

Utgangspunktet i norsk rett er at det skal oppstilles færrest mulig vilkår for ekteskapsinngåelse.¹³⁴ El. § 5a er et resultat av en presumpsjon om at mennesker som ikke har lovlig opphold i Norge vil inngå ekteskap for med dette å oppnå en tilknytning som gir grunnlag for oppholdstillatelse. Dette er altså en innvandringsrettlig bestemmelse, som således skiller seg fra de andre ekteskapsvilkårene.

Siden bestemmelsen er plassert i ekteskapsloven, rammer den også par som ikke har opphold i Norge som mål for sitt ekteskap, og par som ønsker å inngå det man betegner som et reelt ekteskap. I forarbeidene til bestemmelsen uttaler BFD at bestemmelsen i el. § 5a ikke strider mot Norges folkerettslige forpliktelser, verken i henhold til EMK art.12 eller art. 8. Standpunktet begrunnes med statenes skjønnsmargin i denne type saker. Det vises dessuten til Fremmedlovutvalgets uttalelse i denne forbindelse:

”Det er helt på det rene at blant annet fremmedkontrollmessige krav kan stilles, og at nødvendige formalia må være oppfylt, ikke minst kontrollen av personens identitet, og av at de oppgitte familieforhold er reelle og ekte.”¹³⁵

Som det ble fremholdt under punkt 4.4.2, er det naturlig at rettsanvendere legger stor vekt på lovgivers vurdering av forholdet til våre internasjonale forpliktelser. Dette betyr at norske rettsanvendere må legge til grunn at el. § 5a etter gjeldende rett er i samsvar med Norges forpliktelser i henhold til EMK art. 8 og art. 12. Men siden EMK tolkes dynamisk, kan det altså ikke utelukkes at nyere rettspraksis fra EMD kan tilsi et annet resultat.

¹³⁴ Dette fremgår av NOU 1986:2, s. 16

¹³⁵ Ot.prp. nr. 44 (1993-1994) s. 7, jf. NOU 1983:47 s. 193

Det spørsmål som imidlertid kan reises, er hvorvidt el. § 5a medfører diskriminerende forskjellsbehandling av individer. Praksis fra EMD under art. 12 er sparsom. EMK art. 8 regulerer som tidligere nevnt retten til privatliv i vid forstand. Det er derfor valgt å se hen til den rikholdige praksisen under art. 8, for å se om det kan trekkes noen slutninger derfra. Statenes innskrenkninger i medhold av art. 8 annet ledd, må i henhold til art. 14 ikke gjøres på et diskriminerende vis.¹³⁶ Det kan da konstateres brudd på konvensjonen.

4.8.1 Medfører el. § 5a diskriminerende forskjellsbehandling?

4.8.1.1 Innledning

Vilkåret om lovlig opphold er som tidligere nevnt ment å ha samme innhold i ekteskapsloven som i utlendingsloven.¹³⁷ Lovlig opphold i Norge er derfor knyttet opp mot norske visumregler, som etter utlendl. § 25 gir norske myndigheter kontroll med utlendingers innreise i riket. En gruppe individer står imidlertid i en særstilling. Som følge av Norges forpliktelser i henhold til EØS-avtalen, skal fri bevegelighet av arbeidstakere gjennomføres mellom EFs medlemsstater og EFTA-statene.¹³⁸

De særlige regler for utlendinger som omfattes av EØS-avtalen fremgår av utlendl. kapittel 8. Ifølge utlendl. § 50 første ledd, er det slik at: ”Utlending som omfattes av EØS-avtalen, kan uten tillatelse reise inn i riket og ta opphold eller arbeid her i inntil tre måneder, eller inntil seks måneder dersom utlendingen er arbeidssøkende”.

Dette betyr at EØS-borgere som følge av EØS-avtalen har lovlig opphold i Norge og kan inngå ekteskap her under andre betingelser enn utlendinger ellers.

¹³⁶ Danelius 2000 s. 306

¹³⁷ Se under pkt. 2.3.2.2; Hvem har lovlig opphold?

¹³⁸ Jf. EØS-avtalen av 27. november 1992 art. 28 første ledd

Spørsmålet er om dette kan være diskriminerende forskjellsbehandling i henhold til EMK art. 14.

Art. 14 er ifølge Danelius vanskelig å tolke.¹³⁹ Selv om det er enighet om at diskriminering skal motvirkes, er det på ingen måte klart hva som menes med diskriminering.

4.8.1.2 Nærmere om EMK art. 14

EMK art. 14 lyder etter norsk oversettelse slik:

”Art. 14 Forbud mot diskriminering

Utøvelsen av de rettigheter og friheter som er fastlagt i denne konvensjonen skal bli sikret uten noen diskriminering på noe grunnlag slik som kjønn, rase, farge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status”.

Art. 14 supplerer de materielle rettighetsbestemmelsene i konvensjonen, og eksisterer ikke uavhengig av disse. Bestemmelsen får utelukkende virkning i forhold til rettigheter som vernes, og kan ikke anvendes med mindre de faktiske forhold faller innenfor virkeområdet for en eller flere av de andre rettighetene.¹⁴⁰

Bestemmelsen rammer diskriminering i form av usaklig forskjellsbehandling. Det fremgår av praksis fra EMD at følgende spørsmål må stilles: Faller sakens faktum innenfor en av rettighetene? Forelå forskjellsbehandling? Er personer som sammenliknes i like situasjoner? Hadde forskjellsbehandlingen en objektiv og rimelig forklaring?¹⁴¹

¹³⁹ Danelius 2000 s. 304

¹⁴⁰ Møse 2002 s. 96-98

¹⁴¹ Prejudikatet var Belgian Linguistic Case fra 1968 (A 6) se pkt. 33

Listen anses ikke-uttømmende. Vurderingen blir også her om det er rimelig forholdsmessighet mellom de midler som benyttes og de formål som skal realiseres. Dersom dette ikke er tilfelle, vil det foreligge et brudd på konvensjonen.

Siden EMK art. 14 ikke står på egne ben, vil den ikke kunne påberopes dersom et forhold faller utenfor konvensjonens anvendelsesområde. Som tidligere nevnt, er pro forma-ekteskap ikke beskyttet av EMK art. 8. En kan derfor ikke påberope art. 14 når det gjelder inngåelse av slike. I det videre forutsettes derfor at et saksforhold kan sies å omfattes av EMK art. 8, men at norske myndigheter har hjemmel for inngrep i art. 8 annet ledd. Inngrepet må altså ikke gjøres på et diskriminerende vis.

4.8.2 Kasuistikk

Det første eksemplet er hentet fra saken *Abdulaziz, Cabales and Balkandali mot Storbritannia* fra 1985 (A 94). Saken omhandlet tre kvinner som var lovlig bosatt i Storbritannia. Deres ektefeller var nektet innreise. Myndighetenes nektelse ble ikke ansett som et brudd på retten til respekt for familieliv etter art. 8. Imidlertid var art. 8 krenket sammenholdt med art. 14, fordi reglene om opphold på grunnlag av ekteskap forskjellsbehandlet kvinner og menn. Formålet var å beskytte det britiske arbeidsmarkedet, men forskjellsbehandlingen hadde ikke tilstrekkelig begrunnelse.

¹⁴²

Det ble videre påstått at det forelå forskjellsbehandling på grunnlag av rase. Klagerne hevdet at vilkår som ektefeller eller parter som ønsker å inngå ekteskap møter fungerer til ulempe for individer fra det Indiske sub-kontinent, hvor praksisen med arrangerte ekteskap er vanlig. EMD uttaler:

”In the Court’s view, however, such a requirement cannot be taken as indication of racial discrimination: its main purpose was to prevent evasion of the rules by means of bogus marriages or engagements”.¹⁴³

¹⁴² *Abdulaziz, Cabales and Balkandali mot Storbritannia* fra 1985 (A 94) pkt. 59-83 jf. Møse 2002 s. 425

¹⁴³ *Abdulaziz, Cabales and Balkandali mot Storbritannia* fra 1985 (A 94) pkt. 85 (b)

Denne uttalelsen kan sies å tale for at formålet med el. § 5a kan tillegges vekt. Dette betyr at selv om bestemmelsen også rammer individer som ønsker å inngå det man betegner som et reelt ekteskap, har den som hovedformål å hindre inngåelse av pro forma-ekteskap, og er således ikke i strid med våre forpliktelser under EMK art. 8 jf. art. 14.

Det andre eksemplet er hentet fra saken *Moustaquim mot Belgia* fra 1991 (A 193). Saken gjaldt en 2. generasjons innvandrere som var blitt utvist på grunn av straffbare handlinger. Utvisningen utgjorde etter domstolens oppfatning et uforholdsmessig inngrep som ikke var nødvendig i et demokratisk samfunn, og konstaterte brudd på art. 8.

I saken påstod klageren at han var et offer for diskriminering på grunnlag av nasjonalitet, fordi han ble behandlet annerledes enn individer fra EF-landene. EMD uttaler i dommen:

”As for the preferential treatment given to nationals of the other member States of the Communities, there is objective and reasonable justification for it, as Belgium belongs, together with those States, to a special legal order”.¹⁴⁴

Det ble ikke konstatert brudd på art. 8 jf. art. 14. Det er rimelig å anta at den samme vurderingen vil gjøres også ved spørsmål om forskjellsbehandling av utlendinger og deres mulighet til å inngå ekteskap i Norge. Dette betyr at ulik behandling av individer på grunnlag av et større internasjonalt samarbeid ikke skal anses diskriminerende, til tross for art. 14 i prinsippet forbyr forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet. Avgjørelsen taler for at el. § 5a ikke er i strid med Norges forpliktelser i henhold til EMK selv om EØS/EFTA-borgere har en enklere adgang til lovlig opphold i Norge og vielse her enn andre utlendinger.

¹⁴⁴ *Moustaquim mot Belgia* fra 1991 (A 193) pkt. 49

4.8.3 Oppsummering

Det er rimelig å anta at to slutninger kan trekkes fra disse eksemplene. For det første vil norske ekteskapsvilkår som har som hovedformål å hindre omgåelse av innvandringsregler ikke anses diskriminerende i henhold til EMK. Dette betyr at selv om vilkår for ekteskapsinngåelse også rammer par som ønsker å inngå et reelt ekteskap, vil det ikke anses diskriminerende så lenge hovedformålet er å hindre pro forma-ekteskap. For det andre vil ikke det forholdet at enkelte lands borgere gis lettere adgang til en stat være diskriminerende, når dette er en del av et større internasjonalt samarbeid.

4.9 Hva sier EMK om familiegjenforeningssaker?

Som nevnt innledningsvis, er det i denne oppgaven avgrenset mot vilkår for familiegjenforening så som alder, underhold og bolig. Imidlertid er det gjort rede for det krav som stilles til ekteskapets innhold i familiegjenforeningssaker. Det er

altså et vilkår for familiegjenforening på bakgrunn av ekteskap at det er reelt.

Vilkåret går ikke frem av ordlyden i utlendl. § 9 jf. forskriftens §§ 22 og 23 første ledd bokstav a, men det tolkes inn på bakgrunn av hensynet bak reglene.

Beviskravet i denne typen saker er strenge. Dersom forvaltningen trår feil, vil det lett kunne føre til svært urimelige resultater. Dessuten kan det være i strid med retten til et familieliv under EMK art. 8 første ledd. I det følgende trekkes frem noen momenter fra saker som har vært oppe i EMD, som kan illustrere hvor langt rettigheten i art. 8 rekker når det gjelder adgang til en stat på bakgrunn av ekteskap. Det forutsettes altså at det er tale om et reelt ekteskap.

4.9.1 Kasuistikk

En ledende rettsavgjørelse er den tidligere nevnte saken *Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia*. Saken omhandlet altså kvinner som var bosatt i Storbritannia, hvis menn ble nektet oppholdstillatelse av de britiske myndigheter. Domstolen uttaler blant annet:

”In particular, in the area now under consideration, the extent of a State’s obligation to admit to its territory relatives of settled immigrants will vary according to the

particular circumstances of the persons involved. Moreover, the Court cannot ignore that the present case is concerned not only with family life but also with immigration and that, as a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, a State has the right to control the entry of non-nationals to its territory.”¹⁴⁵

Domstolen konstaterer at dette tilfellet ikke gjelder innvandrere som allerede hadde en familie som de forlot i et annet land i påvente av at de skulle få oppholdstillatelse i Storbritannia. Det var ikke før klagerne hadde fått oppholdstillatelse at de inngikk ekteskap. Forpliktelsen jf. art. 8 kan ikke anses så vidstrakt at den omfatter en alminnelig forpliktelse for en konvensjonsstat til å respektere ektefellers valg av bosettingsland, og å gi utenlandske ektefeller rett til å bosette seg i landet.

I dette tilfellet hadde klagerne ikke vist at det forelå et hinder for dem i å innrette sitt familieliv i sine egne eller sine ektefellers hjemland, eller at det fantes spesielle årsaker til at de ikke kunne ventes å gjøre dette. EMD fremholder videre at klagerne allerede da de giftet seg kjente til at det kunne bli et problem med deres ektefellers bosettingstillatelse i Storbritannia. Det forelå derfor under de gitte omstendighetene ingen brist på respekt for deres familieliv jf. art. 8.

Et annet eksempel, saken Gül mot Sveits fra 1996 (RJD 1996), gjaldt arbeidsinnvandring og familiemedlemmers rett til opphold. I denne saken var spørsmålet hvorvidt det var slik at Mr Güls eneste mulighet for å etablere et familieliv med sin sønn var at sønnen fikk flytte til Sveits.¹⁴⁶ Det er rimelig å anta at de avveininger som foretas gjelder generelt i familiegjenforeningssaker.

EMDs flertall foretar en konkret vurdering av sakens faktum før den konkluderer med at det ikke foreligger noen hindringer for at familien Gül etablerer et familieliv i Tyrkia. Dette konkrete tilfellet falt altså etter domstolens vurdering utenfor rekkevidden av EMK art. 8.

¹⁴⁵ Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia pkt. 67

¹⁴⁶ Gül mot Sveits fra 1996 pkt. 39

Imidlertid er to dissenterende dommere av en annen oppfatning. Dissensuttalelser har ikke rettskildemessig vekt når det gjelder fastsettelsen av rettighetens rekkevidde, men kan være egnet til å belyse problemet – hva dette handler om. Det redegjøres derfor nærmere for mindretallets synspunkter.

I dissensuttalelsen refereres til den ovenfor omtalte saken fra 1985, der den veletablerte doktrinen fra den nå nedlagte kommisjonen ble benyttet. Denne doktrinen fastslår at selv om retten til å reise inn i eller å bosette seg i en stat ikke i seg selv er en rett garantert av konvensjonen, må innvandringskontroll utøves i samsvar med konvensjonsforpliktelsene. Derfor kan utelukkelse av en person fra en stat der medlemmer av hans familie er bosatt reise spørsmål under art. 8.¹⁴⁷

Det påpekes at siden avgjørelsen fra 1985 har det vært en omfattende utvikling av domstolens generelle doktrin under art. 8, men ikke på dette punkt. Tvert om har den senere rettspraksis med fasthet bekreftet prinsippet at, selv om medlemsstatene ifølge vel etablert folkerett har retten til å kontrollere innreise, bosettelse og utvisning av utlendinger, så er denne retten underlagt deres konvensjonsforpliktelser, særlig forpliktelsene under art. 8.

Dissenterende dommer påpeker at i denne saken var ikke søkerne innvilget bosettingstillatelse, men måtte basere sin rett til opphold på en tillatelse som var av midlertidig karakter, og derfor hadde en lavere rettslig status enn en bosettingstillatelse. Imidlertid påpeker dommeren:

“However, the European Court of Human Rights has to ensure, in particular, that State interests do not crush those of an individual, especially in situations where political pressure – such as the growing dislike of immigrants in most member States – may inspire State authorities to harsh decisions”.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Se Gül mot Sveits, dissensuttalelse pkt. 4 som viser til Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia fra 1985

¹⁴⁸ Gül mot Sveits, dissensuttalelse pkt. 15

Dommeren foretar deretter en konkret vurdering av de ulike omstendigheter av sakens faktum, og konkluderer med at det ikke forelå en rimelig balanse mellom de involverte interesser. Avgjørelsen fra de sveitsiske myndigheter var uproporsjonal, og derfor ikke nødvendig i et demokratisk samfunn.¹⁴⁹

Flertallet konkluderte altså med at det foreliggende faktum ikke var omfattet av art. 8. Dissenterende dommer hevdet derimot at tilfellet var omfattet av art. 8, at staten ikke hadde hjemmel for inngrep jf. art. 8 annet ledd, og konstaterte derfor brudd på art. 8.

4.9.2 Oppsummering

Den slutningen som kan trekkes av disse eksemplene, er at EMK i liten grad begrenser statenes frihet til selv å bestemme hvem som skal få adgang til deres territorium, selv om det er tale om reelle familieforhold.

Saker om familiegjenforening kan kan reise spørsmål under EMK art. 8, men noe generelt svar i slike spørsmål kan ikke gis. Svaret beror på omstendighetene i hvert enkelt tilfelle. Dissenterende dommer i Gül-saken kan sies å peke imidlertid på et poeng, nemlig at EMD må påse at statene ikke går for langt i utlendingssaker fordi politiske stemningsbølger mot innvandring medfører at statenes myndigheter fatter ”brutale” avgjørelser. EMK tolkes dynamisk for å holde tritt med de endrede samfunnsforholdene. Derfor kan det ikke utelukkes at nyere rettsavgjørelser fra EMD kan lede til at statene må endre sin praksis i utlendingssaker.

Det som imidlertid kan sies med sikkerhet, er at pro forma-ekteskap faller utenfor de konvensjonsbeskyttede rettigheter. Det er de reelle ekteskap retten til familiegjenforening er ment å tilgodese, og som kan reise spørsmål under EMK art. 8.

Det spørsmål som likevel står uløst, er hva som skal til før et ekteskap anses reelt. Dette er et vanskelig spørsmål, ikke minst bevismessig, slik det er gjort rede for i Del 3.

¹⁴⁹ Se Gül mot Sveits, dissensuttalelse pkt. 10 flg.

Spørsmålet vedrørende innvandring ved hjelp av omgåelsesarrangementer har antakelig ingen enkel løsning. Problemstillingen er påtrengende i de fleste vest-europeiske land. Utlendingsretten er i endring, påvirket av europeisk harmonisering og rettspraksis fra de nasjonale rettsinstansene og fra EF-domstolen og EMD.¹⁵⁰ Hvilken vei utviklingen vil følge i fremtiden og hvilken rolle EMD vil spille, er derfor vanskelig å spå.

5 Kilder

5.1 Litteraturliste

Boe 1996: Boe, Erik. *Innføring i juss*. 1. utg. Oslo, 1996

Buergenthal 1995: Buergenthal, Thomas. *International Human Rights*. 2. utg. USA, 1995

Christensen 2000: Christensen, Lone B [et al.]. *Utlendingerætt*. 2 utg. København, 2000

¹⁵⁰ Se Christensen 2000

Danelius 2000: Danelius, Hans. *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*. 1. utg. Stockholm, 2000

Eckhoff / Smith 1997: Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 6. utg. ved Eivind Smith. Oslo, 1997

Eckhoff / Helgesen 1997: Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 4. utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo, 1997

Eide 1978: Eide, Asbjørn. *Fattig, ufri og mishandlet. Om det internasjonale menneskerettighetsvernet*. Oslo, 1978

EØS-rett 1995: Fredrik Sejersted [et al.]. *EØS-rett*. 1. utg. Oslo, 1995

Hov 1999: Hov, Jo. *Rettergang I*. 1 utg. Oslo, 1999

Holmøy og Lødrup 2001: Lødrup, Peter. *Ekteskapsloven – og enkelte andre lover med kommentarer*. Peter Lødrup og Vera Holmøy. 2. utg. Oslo, 2001

Jusleksikon 2002: Gisle, Jon m.fl. *Jusleksikon*. Oslo, 2002

Lødrup 1997: Lødrup, Peter. *Familieretten*. 3. utg. Oslo, 1997

Møse 2002: Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. 1. utg. Oslo, 2002

Opsahl 1996: Opsahl, Torkel. *Internasjonale menneskerettigheter*. 2. utg. Oslo, 1996

Thue 2002: Thue, Helge. *Internasjonal privatrett*. 1. utg. Oslo, 2002

5.2 Rapport

Hennum og Paul 2000: Hennem, Ragnhild. *Lovgivning mot tvangsekteskap og bigami*. Ragnhild Hennem og Rachel Paul. Stensilserien nr. 92, ISBN 82-7100-126-4, Institutt for kriminologi ved Universitetet i Oslo, 2000

5.3 Forarbeider

NOU 1983:43

NOU 1986:2

Ot.prp. nr. 46 (1986-87) om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Ot.prp. nr. 44 (1993-94) om lov om endringer i lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap

Ot.prp. nr. 38 (1995-96) av 22. mars 1996 om endringer i utlendingsloven

Ot.prp. nr 17 (1998-99) om lov om endringer i utlendingsloven og i enkelte andre lover (klagenemnd for utlendingssaker m.v.)

Ot.prp. nr. 103 (2002-2003) om lov om endringer i lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (ekteskapslova) m.m

Innst.O. nr. 24 (1996-97) av 3. desember 1996

Høringsnotat av 26. juni 2002 om endringer i ekteskapsloven fra BFD

5.4 Stortingsdokumenter

St.meld. nr. 39 (1973-74) Om innvandringspolitikken

St.meld. nr. 16 (1999-2000) Om regulering av arbeidsinnvandring

St.meld. nr. 23 (2000-2001) Førsteinstansdomstolene i fremtiden

5.5 Lover og forskrifter

1814: Kongeriget Norges Grundlov 17.mai 1814

1902: Almindelig borgerlig straffelov av 22.mai 1902 nr. 10

1915: Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr. 6

1918: Lov om indgaaelse og opløsning av egteskap av 31. mai 1918 nr. 2

1958: Lov om utenriktjenesten av 18. juli 1958 nr. 1

1969: Lov om trudomsaamfunn og ymist anna av 13. juni 1969 nr. 25

1988: Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 24. juni 1988 nr. 64

1991: Lov om ekteskap av 4. juli 1991 nr. 47

1992: Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

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

Forskrifter om forlenget innvandringsstopp, fastsatt ved Kongelig resolusjon 12. desember 1975

Forskrift om vigsel ved norsk utenriksstasjon av 1. januar 1984

Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 21. desember 1990 nr. 1028 (utlendingsforskriften)

5.6 Rundskriv

Q-18/03 av 2. juli 2003 fra Barne- og familiedepartementet

F-038-98 av 16. april 1998 fra Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet

G-45/99 av 31. mai 1999 fra Justis- og politidepartementet

5.7 Sivilombudsmannen

Uttalelse fra Stortingets ombudsmann for forvaltningen av 19. mai 1993

5.8 Konvensjoner

Charter of the United Nations, San Francisco 26. juni 1945

Norsk tittel: FN-pakten, 1945

Universal declaration of human rights, Paris 10. desember 1948

Norsk tittel: Verdenserklæringen om menneskerettighetene, 1948

European convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, Roma 4. november 1950.

Norsk tittel: Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, 1950

Vienna convention on the law of treaties, Vienna May 23, 1969

Norsk tittel: Wien-konvensjonen

Convention relating to the status of refugees, Geneva 28 July 1951

Norsk tittel: Flyktningekonvensjonen, 1951

Konvensjonen mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige inneholdende internasjonal-privatrettslige bestemmelser om ekteskap, adopsjon og vergemål med sluttprotokoll, Stockholm 6. februar 1931

Tittel: Nordisk konvensjon av 1931

5.9 Domsregister

Rt. 1926 s. 426 ”Baronessedommen”

Rt. 2000 s. 996 ”Tilleggsskattdommen”

Rt. 2001 s. 1006 ”KRL-dommen”

Rt. 2002 s. 557

Upubliserte dommer

LB-2002-03920 [Lovdata online]. Borgarting lagmannsrett – Dom. 2003-06-04

Europadomstolen (EMD)

Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia. Dato 28.05.1985. (A 94)

Artico mot Italia. Dato 13.05.1980. (A 37)

Belgian Linguistic Case mot Belgia. Dato 23.07.1968. (A 6)

Dudgeon mot Storbritannia. Dato 22.10.1981. (A 45)

F mot Sveits. Dato 18.12.1987. (A 128)

Gül mot Sveits. Dato 19.02.1996. (RJD 1996-1)

Handyside mot Storbritannia. Dato 07.12.1976. (A 24)

Moustaquim mot Belgia. Dato 18.02.1991. (A 193)

Silver m.fl. mot Storbritannia. Dato 24.03.1983. (A 61)

Tyrer mot Storbritannia. Dato 25.04.1978. (A 26)

