



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 6. desember 2022 av Høyesterett i avdeling med

justitiarius Toril Marie Øie
dommer Henrik Bull
dommer Knut H. Kallerud
dommer Per Erik Bergsjø
dommer Kine Steinsvik

HR-2022-2329-A, (sak nr. 22-066378SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 7. mars 2022

A

(advokat Karsten Alexander Anfinsen – til
prøve)

mot

Staten v/Utlendingsnemnda

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Ida Thue)

S T E M M E G I V N I N G

(1) Dommer **Steinsvik:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder gyldigheten av Utlendingsnemndas avslag på søknad om oppholdstillatelse for ektefelle. Søknaden ble avslått med grunnlag i alderskravet på 24 år for familieetablering, jf. utlendingsloven § 41 a. Spørsmålet er om vedtaket krenker retten til familieliv i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8 eller diskrimineringsforbudet i artikkel 14.
- (3) A er født 00.00.1999 og er borger av Kosovo. I oktober 2017 giftet hun seg med B, født 00.00.1996. Han er norsk statsborger og er bosatt i Norge. Foreldrene hans kommer opprinnelig fra Kosovo.
- (4) Ekteparet traff hverandre første gang i november 2016 i Kosovo, og de forlovet seg i mars 2017. I juli 2018 reiste A til Norge på visum og oppholdt seg her frem til november 2018. Hun ble gravid under oppholdet i Norge og søkte på nytt om visum i februar 2019. Søknaden ble avslått. Hun reiste likevel til Norge, og ekteparets felles barn ble født 00.00.2019. Barnet er norsk statsborger.
- (5) Utlendingsdirektoratet (UDI) forhåndsvarslet A 5. november 2019 om mulig utvisning, men traff 18. november 2019 vedtak om ikke å utvise henne. Hun ble samtidig gjort oppmerksom på at hun snarest måtte levere søknad om midlertidig oppholdstillatelse. Slik søknad ble levert 25. november 2019, og saken ble tatt til realitetsbehandling.
- (6) Ved vedtak 6. april 2020 avslo UDI søknaden. Avslaget var begrunnet i at begge ektefellene var under 24 år. UDI fant ikke grunnlag for å gjøre unntak fra alderskravet etter utlendingsloven § 41 a andre ledd. Etter denne bestemmelsen kan det gjøres unntak dersom det er «åpenbart at ekteskapet eller samlivet er frivillig».
- (7) Etter klage fra A opprettholdt Utlendingsnemnda (UNE) avslaget ved vedtak 29. januar 2021. En senere begjæring om omgjøring av vedtaket er stilt i bero i påvente av rettskraftig dom.
- (8) A innga stevning og begjæring om midlertidig forføyning til Oslo tingrett 10. mars 2021. Hun gjorde gjeldende at vedtaket var ugyldig som følge av feil anvendelse av unntaksbestemmelsen i § 41 a og saksbehandlingsfeil, samt at det var i strid med Grunnloven § 102 jf. EMK artikkel 8 og Grunnloven § 98 jf. EMK artikkel 14.
- (9) UNE besluttet 15. mars 2021 å ikke gi utsatt iverksettelse.
- (10) Oslo tingrett avsa 30. september 2021 dom og kjennelse med slik slutning:

«DOMSSLUTNING

1. Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes.
2. Hver av partene bærer sine egne sakskostnader.

SLUTNING I KJENNELSE

1. Begjæringen om midlertidig forføyning tas ikke til følge.
 2. Hver av partene bærer sine egne sakskostnader.»
- (11) A og B fikk sitt andre barn sammen i januar 2022.
- (12) A anket til Borgarting lagmannsrett, som 7. mars 2022 avsa dom med slik slutning:
- «1. Anken forkastes.
 2. I sakskostnader for tingretten betaler A 93 525 – nittitretusenfemhundreogtjuefem – kroner senest 2 – to – uker etter at dommen er forkynt.
 3. I sakskostnader for lagmannsretten betaler A 83 200 – åttitretusentohundre – kroner senest 2 – to – uker etter at dommen er forkynt.»
- (13) A anket til Høyesterett. Anken gjaldt lagmannsrettens bevisvurdering og konkrete rettsanvendelse under spørsmålet om ekteskapet åpenbart er frivillig, jf. utlendingsloven § 41 a andre ledd, samt om bestemmelsen og praktiseringen av den er i overensstemmelse med EMK artiklene 8 og 14 og de tilsvarende bestemmelsene i Grunnloven §§ 102 og 98.
- (14) Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 1. juli 2022 ble anken over rettsanvendelsen tillatt fremmet.
- (15) Den delen av anken som gjaldt anvendelsen av utlendingsloven § 41 a, ble ikke fastholdt under saksforberedelsen. Saken for Høyesterett er derfor begrenset til spørsmålet om vedtaket krenker de påberopte bestemmelsene i EMK. For øvrig står saken i samme stilling som for lagmannsretten.

Partenes syn på saken

- (16) Ankende part – A – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (17) A har etter utlendingsloven § 40 rettskrav på oppholdstillatelse på grunnlag av ekteskapet med B.
- (18) Vedtaket om avslag innebærer en krenkelse av EMK artikkel 8. Formålet bak alderskravet i utlendingsloven § 41 a om å hindre tvangsekteskap må avveies mot As rett til familieliv.
- (19) Ved vurderingen av om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn, må det legges til grunn at det er stor usikkerhet om utbredelsen av tvangsekteskap, og om alderskravet i det hele tatt er egnet til å forhindre slike ekteskap. Reelle ofre for tvangsekteskap kan også utsettes for ytterligere overgrep ved å bli holdt tilbake i hjemlandet til alderskravet er oppfylt. Slik regelen er utformet og praktiseres, rammer den dessuten et stort antall frivillig inngåtte ekteskap. Inngrepet i retten til familieliv går derfor for langt for oppnå et usikkert formål.

- (20) Alderskravet i § 41 a og praktiseringen av unntaksadgangen er også i strid med diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14. Selv om bestemmelsen er nøytralt formulert, er det i praksis søkerens etnisitet og opprinnelsesland som er avgjørende for om oppholdstillatelse gis etter unntaksregelen.
- (21) A har lagt ned slik påstand:
- «1 UNEs vedtak av 21.01.2021 er ugyldig.
 - 2 Staten tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett.
 - 3 A tilkjennes saksomkostninger for ting- og lagmannsrett.»
- (22) Ankemotparten – *staten ved Utlendingsnemnda* – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (23) Avslaget på oppholdstillatelse er gyldig, og vedtaket krenker ikke As rettigheter etter EMK artikkel 8 og 14.
- (24) EMK artikkel 8 gir som det klare utgangspunktet ikke rett til familieetablering. Det er ingen individuelle forhold i saken som tilsier at det foreligger slike «exceptional circumstances» som kan gi rett til opphold. Ekteparet kan også etablere og utøve familielivet i søkerens hjemland. Statens skjønnsmargin er vid, også i lys av at alderskravet i utlendingsloven § 41 a sikrer andres grunnleggende rettigheter og friheter.
- (25) Vedtaket krenker heller ikke diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14 jf. artikkel 8. Avslaget er ikke basert på søkerens etniske opprinnelse. Selv om forekomsten av tvangsekteskap varierer med søkerens bakgrunn, er det forekomsten av slike ekteskap i seg selv som er det relevante for vurderingen av om det skal gjøres unntak fra alderskravet. Kunnskap om forekomsten av tvangsekteskap er dessuten bare ett av flere momenter i en individuell helhetsvurdering av om ekteskapet åpenbart er frivillig. Vedtaket innebærer følgelig ingen forskjellsbehandling basert på etnisitet eller nasjonalitet. Personer med bakgrunn fra områder henholdsvis med og uten forekomst av tvangsekteskap, er heller ikke i en sammenlignbar situasjon.
- (26) En eventuell indirekte forskjellsbehandling som følge av det strenge beviskravet for at ekteskapet er frivillig, forfølger under enhver omstendighet et legitimt formål og er forholdsmessig.
- (27) Staten har lagt ned slik påstand:
- «1. Anken forkastes.
 2. Staten v/Utlendingsnemnda tilkjennes saksomkostnader for Høyesterett.»

Mitt syn på saken

Problemstillingene og den videre drøftelsen

- (28) Slik saken står for Høyesterett, må det legges til grunn at UNEs vedtak er truffet i tråd med utlendingsloven § 41 a. Det omtvistede spørsmålet er om alderskravet på 24 år og måten dette er praktisert på, krenker As rett til familieliv etter EMK artikkel 8 og/eller diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14.

- (29) Før jeg går nærmere inn på EMK-spørsmålene, vil jeg gi en oversikt over utlendingslovens regler om oppholdstillatelse for ektefeller. Deretter vil jeg se nærmere på bakgrunnen for det særskilte alderskravet på 24 år for familieetablering, som kom inn i utlendingsloven ved en lovendring i 2016. Siden formålet med regelen er å hindre tvangsekteskap, finner jeg det også naturlig å gi en kort oversikt over norske myndigheters arbeid for å motvirke tvangsekteskap, og hvilke internasjonale forpliktelser som foreligger på dette området.

Utlendingslovens regler om familieetablering på grunnlag av ekteskap

- (30) Etter utlendingsloven § 40 har en søker som «er ektefelle» til en referanseperson med nødvendig tilknytning til Norge, «rett til oppholdstillatelse» i riket. Med referanseperson menes den personen som søkeren ønsker å bli gjenforent med eller å etablere familieliv med. Første ledd bokstav a til d angir nærmere hvilken oppholdsstatus referansepersonen må ha før ektefellen får rett til opphold. I vår sak er vilkårene i § 40 første ledd bokstav a oppfylt, siden B er norsk statsborger og bosatt her. Også ektefeller til utlendinger med lovlig opphold og som har eller kan få permanent oppholdstillatelse, har rett til opphold, jf. bokstavene b og c.
- (31) Det er et vilkår for oppholdstillatelse på grunnlag av ekteskap at begge partene er over 18 år, jf. § 40 andre ledd. I saker om familieetablering – i motsetning til gjenforening av ektefeller med et etablert samliv før den første av dem kom til Norge – gjelder det imidlertid et strengere alderskrav. Etter utlendingsloven § 41 a første ledd er det et vilkår for oppholdstillatelse at «begge parter har fylt 24 år». Det kan gjøres unntak fra 24-årskravet etter andre ledd, som lyder slik:
- «Det kan gjøres unntak fra vilkåret dersom det er åpenbart at ekteskapet eller samlivet er frivillig.»
- (32) Det nærmere innholdet i § 41 a kommer jeg tilbake til, men som nevnt er formålet med alderskravet å motvirke ufrivillige ekteskap.
- (33) Jeg nevner også utlendingsloven § 51 andre ledd, som gjør unntak fra retten til familieinnvandring, blant annet dersom referansepersonen «ikke samtykker i at søkeren gis tillatelse», eller dersom det er «sannsynlig at ekteskapet er inngått mot en av partenes vilje». Også denne bestemmelsen, som gjelder uavhengig av søkerens alder, skal motvirke at oppholdstillatelser gis med grunnlag i tvangsekteskap. Bestemmelsen i § 51 andre ledd stiller etter ordlyden strengere krav til avslagsgrunnen enn § 41 a andre ledd ved at det må være «sannsynlig» at ekteskapet er ufrivillig.

Tvangsekteskap – forekomst, regulering og tiltak

- (34) Rapporten «Global Estimates of Modern Slavery – Forced Labour and Forced Marriage, September 2022» utarbeidet av blant annet Den internasjonale arbeidsorganisasjonen (ILO) og Den internasjonale organisasjon for migrasjon (IOM), gir oppdaterte opplysninger om forekomsten av tvangsekteskap verden over. Fenomenet beskrives innledningsvis i rapporten slik:

«Forced marriage is a complex and highly gendered practice. Although men and boys are also forced to marry, it predominantly affects women and girls. Forced marriages occur in every region of the world and cut across ethnic, cultural, and religious lines. The many drivers of forced marriage are closely linked to longstanding patriarchal attitudes and practices and are highly context specific.»

- (35) Det går frem av rapporten at antydningvis rundt 22 millioner mennesker per i dag lever i tvangsekteskap, og at problemet er økende. Tvangen utøves i de fleste tilfellene av familiemedlemmer, først og fremst av foreldrene, men også andre slektninger.
- (36) Som en av flere omstendigheter rundt tvangsekteskap nevnes migrasjon. Selv om mange frivillig migrerer på grunn av ekteskap, trekker rapporten også frem at migrasjon kan sette utsatte grupper i sårbare situasjoner. Flere eksempler nevnes, blant annet at jenter og kvinner fra høyinntektsland tvinges til å inngå ekteskap med utenlandske menn av kulturelle grunner eller for å sikre ektefellen oppholdsgrunnlag.
- (37) Tvangsekteskap er alvorlige menneskerettsbrudd. Samtidig er retten til å inngå ekteskap av egen fri vilje en konvensjonsbeskyttet rettighet. Flere internasjonale konvensjoner Norge er tilsluttet, har til formål dels å sikre retten til å inngå ekteskap, uten tvang, og dels å motvirke tvangsekteskap.
- (38) Jeg nøyer meg her med å nevne FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 23, FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner artikkel 16, FNs konvensjon om samtykke til ekteskap artikkel 1 og EMK artikkel 12. Også Europarådets konvensjon 11. mai 2011 om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner – Istanbul-konvensjonen – artikkel 37 bør nevnes. Etter denne bestemmelsen har statene forpliktet seg til å kriminalisere handlinger som tvinger noen inn i ekteskap, eller som lokker noen til utlandet med det formål at de skal inngå tvangsekteskap der.
- (39) De internasjonale forpliktelsene er sammensatte og innebærer at myndighetene må utforme tiltak mot tvangsekteskap som, på den ene siden, er tilstrekkelige til å gi et effektivt vern. På den andre siden må tiltakene ikke være så vidtrekkende at de kommer i konflikt med grunnleggende rettigheter til å inngå frivillige ekteskap og utøve retten til familieliv.
- (40) Staten har vist til at norske myndigheter har iverksatt en rekke ulike tiltak mot tvangsekteskap. Foruten alderskravet for familieetablering i utlendingsloven, som denne saken gjelder, og utlendingsloven § 51 andre ledd, inneholder både ekteskapsloven og straffeloven regler som er ment å verne mot tvangsekteskap.
- (41) Norske myndigheter har også siden 1998 iverksatt en rekke tiltak mot tvangsekteskap gjennom vedtatte handlingsplaner. Jeg viser her til redegjørelsen for iverksatte tiltak i Prop. 90 L (2015–2016) side 100 for perioden frem til 2016. Også etter 2016 er dette arbeidet videreført. Gjeldende handlingsplan for perioden 2021–2024 angir fem innsatsområder med til sammen 33 tiltak. Ansvar for gjennomføringen er fordelt på syv departementer med underliggende etater.
- (42) Norske myndigheter har ut fra dette valgt et høyt beskyttelsesnivå. Målsettingen om å motvirke tvangsekteskap gjennomføres gjennom et bredt spekter av ulike tiltak, som samlet skal motvirke slike ekteskap.

Bakgrunnen for 24-årsregelen i utlendingsloven § 41 a

Innledning

- (43) Et forhøyet alderskrav for oppholdstillatelse for familieetablering har vært vurdert av lovgiver i flere omganger. Ved vedtakelsen av utlendingsloven 2008 ble et forslag om en aldersgrense på 21 år foreslått, men ikke fulgt opp. Dagens alderskrav på 24 år kom inn ved en senere endring i utlendingsloven i 2016. Jeg vil i det følgende se nærmere på de overveielsene som ligger til grunn for dagens rettstilstand.

Forslaget om et 21-årskrav ved vedtakelsen av utlendingsloven 2008

- (44) Ved vedtakelsen av dagens utlendingslov ble tiltak mot tvangsekteskap vurdert i forbindelse med utarbeidelsen av nye regler om familieinnvandring. Lovutvalget som fremla NOU 2004: 20, fremhevet i punkt 2.1.4 at familieinnvandring i stor grad må tillates ut fra humanitære hensyn, men at det var grunn til å se nærmere på tiltak som kunne beskytte dem som rammes av tvangsekteskap. Problemet ble først og fremst ansett knyttet til situasjonen ved familieetablering, jf. utredningen side 23, der det heter:

«I forhold til familieetablering er det særlig tvangsekteskapene som har stått i fokus for den offentlige debatt i den senere tid. Det er alminnelig enighet om at tvangsekteskap bør motvirkes. Når det gjelder praktiske tiltak for å hindre at de kommer i stand – og her må man ha klart for seg at norske myndigheter har få muligheter for å forhindre at selve ekteskapsinngåelsen finner sted i utlandet – er det imidlertid et problem at mange av tiltakene ikke har noen entydig virkning. En aldersgrense, slik at ektefellene må være fylt for eksempel 21 år før den som ikke har oppholdstillatelse fra før kan få det, vil nok på den ene side kunne forskyve ekteskapsalderen i en del tilfelle slik at de det gjelder får skaffet seg utdanning og generelt større modenhet og selvstendighet i forhold til familien før ekteskap kommer på tale. På den annen side kan det synes som om mange av de klareste tilfellene av tvangsekteskap skjer som 'kupp' under 'ferieopphold' i hjemlandet der den bortgiftede ved utreise ikke aner noe om det planlagte giftermålet. Slike tvangsekteskap hindres neppe ved en aldersgrense, men vil i stedet i praksis føre til at den bortgiftede holdes tilbake i foreldrenes hjemland til alderskravet er oppfylt.

Utvalget har likevel foreslått en aldersgrense på 21 år, slik det også er åpnet for i EUs direktiv om familieinnvandring fra 2003, men understreker at det er grunn til å holde oppsyn med hvilken reell virkning et slikt krav vil ha.»

- (45) Lovutvalget foreslo i tillegg en regel i tråd med dagens § 51 andre ledd, som gir adgang til å nekte oppholdstillatelse der det er sannsynlig at ekteskapet er inngått mot den ene partens vilje, eller dersom herboende ektefelle ikke samtykker i at tillatelse gis. Det ble også foreslått konkrete tiltak for å motvirke de såkalte «kupspsituasjonene» som er omtalt i sitatet.
- (46) Bakgrunnen for forslagene er nærmere utdypet i utredningens punkt 8.5.4.8, der ulike former for arrangerte ekteskap drøftes. Utvalget avviste at det var aktuelt å foreslå utlendingsrettslige tiltak som rettet seg «generelt mot alle ekteskapsinngåelser basert på en tradisjon med arrangerte ekteskap». Det som etter utvalgets syn fremsto som «særlig viktig», var å rette tiltak «mot at noen blir presset til å inngå ekteskap mot sin vilje»,

jf. utredningen på side 241–242. Utvalget trakk frem at overfor «så unge mennesker som det i mange tilfeller er tale om når det gjelder arrangerte ekteskap, må det ... være et klart ansvar for myndighetene å vurdere rimelige tiltak som kan beskytte ikke bare mot tvang, men i det hele tatt mot at noen føler seg alvorlig presset til å inngå ekteskap mot sin vilje».

- (47) Videre pekte utvalget på at det ikke forelå sikre opplysninger om hvor omfattende problematikken knyttet til tvang eller alvorlig press er i praksis, men at sannsynligheten uansett var stor for betydelige mørketall grunnet familiens rolle i situasjoner med latent press, jf. utredningen side 244. Den nærmere begrunnelsen for forslaget om å innføre et forhøyet alderskrav for familieetablering fremgår deretter på side 247:

«Et tiltak som har fått særlig aktualitet i forhold til å motvirke tvangsekteskap, er innføringen av et forhøyet alderskrav for familieinnvandring. Tanken bak et slikt forhøyet alderskrav er at eldre parter, både som følge av personlig modenhet og som følge av en mer selvstendig posisjon i forhold til familien, har en større mulighet til å motsette seg press fra familien når det gjelder avgjørende livsvalg.»

- (48) Utvalget viste til at Danmark i 2002 hadde innført et 24-årskrav både for familiegjennforening og familieetablering, samt til at EUs familiegjennforeningsdirektiv åpner for at statene kan stille som vilkår for familieinnvandring at partene er over 21 år. Ulike motforestillinger som var reist mot et forhøyet alderskrav, ble deretter drøftet, og utvalget konkluderte med at en regel tilsvarende den danske ville «være for inngripende» og ha for store mulige utilsiktede konsekvenser. Det endelige forslaget om en 21-årsgrense ble begrunnet slik på side 247:

«Etter en avveining av de hensyn og interesser som gjør seg gjeldende, anser utvalget like fullt at det er grunn til å operere med en høyere aldersgrense enn dagens 18-års grense i forhold til retten til familieetablering. Aldersgrensen bør etter utvalgets vurdering likevel ikke settes høyere enn hva det i henhold til det nye EU-direktivet er gitt rom for i EU-landenes nasjonale lovgivning, dvs. 21 år. En heving av aldersgrensen til 21 år vil innebære en større sannsynlighet for at partene har oppnådd modenhet og en selvstendighet i forhold til egen familie som gjør dem bedre rustet til å hevde egne interesser og ønsker også på tvers av familiens vilje.»

- (49) Utlendingslovutvalgets forslag ble ikke fulgt opp av departementet i Ot.prp. nr. 75 (2006–2007). Før proposisjonen ble fremmet, hadde departementet høsten 2006 gjennomført en egen høring med forslag om justeringer og supplement til det foreslåtte 21-årskravet. I proposisjonen på side 203 fremgår det at departementet mente at de aktuelle forslagene i høringsnotatet, herunder 21-årskravet, «ville kunne bidra til å redusere antallet tilfeller av tvang og alvorlig press, men ut fra en totalvurdering har departementet kommet til at man i stedet ønsker å anvende andre tiltak enn aldersgrense og tilknytningskrav».

Innføringen av 24-årskravet i 2016

- (50) Dagens aldersgrense for familieetablering ble foreslått i Prop. 90 L (2015–2016) Endringer i utlendingsloven mv. (innstramminger II). Proposisjonen inneholdt flere innstramminger i regelverket for familieinnvandring, herunder forslaget om å innføre et 24-årskrav for familieetablering. Formålet var fortsatt å bekjempe tvangsekteskap. På side 98 heter det:

«Forslaget skal beskytte unge personer mot ekteskap inngått under tvang, men også under mindre alvorlige grader av press og overtalelse fra pårørende. ... Tanken bak 24-årskravet er at eldre parter, både som følge av personlig modenhet og som følge av en mer selvstendig posisjon i familien, har større mulighet til å motsette seg press fra familien når det gjelder avgjørende livsvalg. Det kan gjøres unntak fra 24-årskravet dersom det er åpenbart at samlivet er frivillig.»

- (51) Før proposisjonen ble fremmet, ble det også denne gangen gjennomført en bred høring, og en rekke høringsinstanser kom med innspill.
- (52) Den nærmere bakgrunnen for forslaget fremkommer i proposisjonen punkt 7.3.2 følgende. Det forelå heller ikke denne gangen noe sikkert tallmateriale som viste omfanget av tvang og alvorlig press. Departementet viste til at Institutt for samfunnsforskning hadde utarbeidet en rapport på oppdrag fra UDI der konklusjonen var at det ut fra rent objektivt konstaterbare faktorer forelå indikasjoner på «at den individuelle risikoen for tvangsekteskap gjennom transnasjonale ekteskap har blitt vesentlig redusert». Departementet trakk imidlertid frem de store metodiske utfordringene knyttet til å avdekke tvang, og pekte også på at UDI hadde «mistanke om tvang i et langt større antall saker enn de avslår på dette grunnlaget». Bakgrunnen for denne mistanken var først og fremst antall henvendelser til hjelpeapparatet.
- (53) Mange høringsinstanser var negative til innføringen av et forhøyet alderskrav. Proposisjonen inneholder en bred omtale og drøftelse av motforestillingene som kom inn. Enkelte instanser var mer positive, og departementet trakk blant annet frem uttalelsen fra Politidirektoratet. Direktoratet viste i sin uttalelse til innspill fra Oslo politidistrikt, som har betydelig praktisk erfaring med saker om tvangsekteskap:
- «Oslo politidistrikt behandler mange saker om familieetablering og har bred erfaring hva gjelder utfordringene og balansen mellom arrangerte ekteskap og tvangsekteskap. Deres erfaring er at alder og personlig modenhet er sentrale momenter egnet til å motvirke tvangsekteskap. ... Hvorvidt et alderskrav er et effektivt virkemiddel mot tvangsekteskap, er som det fremgår av høringsbrevet, ikke dokumentert. Oslo politidistrikt kan imidlertid bekrefte at press fra familie ofte er fremtredende i utvalgte søkergrupper, og da særlig egnet til å påvirke unge søkere. Erfaringene fra Oslo politidistrikt tilsier at alderskravet vil omfatte en særlig utsatt gruppe. Siden forslaget vil kunne ha utilsiktede virkninger, vil det imidlertid være behov for å gjøre unntak fra 24-årskravet.»
- (54) Til tross for motforestillingene og manglende klar dokumentasjon for virkningene opprettholdt departementet forslaget og begrunnet dette slik:
- «Departementet mener imidlertid at man likevel bør iverksette tiltak som man har tro på virkningen av, selv om problemet er vanskelig å dokumentere. Heving av aldersgrensen vil innebære større sannsynlighet for at partene har oppnådd tilstrekkelig modenhet og selvstendighet vis-à-vis egen familie. Økt modenhet og selvstendighet vil gjøre dem bedre rustet til å hevde egne interesser og ønsker på tvers av familiens vilje.»
- (55) Departementet viste også til at «tvangsekteskap må bekjempes over en bred front med en rekke ulike tiltak», og at en 24-årsgrense ikke vil kunne «avverge alle slike ekteskap, men den vil kunne avverge noen». Når aldersgrensen ble foreslått til 24 år, og ikke 21 år som

tidligere forslag hadde gått ut på, var dette basert på endringer i ekteskapsmønsteret, samt opplysninger om at hjelpeapparatet ble oppsøkt også av personer over 21 år.

- (56) Også betydningen av at alderskravet ville ramme ekteskap som var frivillig inngått, ble drøftet. Om dette heter det i proposisjonen på side 112:

«Basert på det totale omfanget av familieetableringer som kan rammes, mener departementet at antallet av de som rammes utilsiktet, ikke er så stort at det i seg selv må anses som uforholdsmessig. Konsekvensen for dem som utilsiktet blir rammet, er at de må utsette tidspunktet for når de kan bosette seg i Norge. Parter som ønsker å gifte seg og flytte sammen før fylte 24 år, kan fortsatt gjøre det, men de må da bosette seg i et annet land, mest sannsynlig søkerens hjemland.»

- (57) Proposisjonen inneholder videre i punkt 7.3.9.3 en relativt grundig vurdering av forholdet til EMK artikkel 8 og diskrimineringsforbudet i artikkel 14, som jeg kommer noe tilbake til.

Nærmere om unntaket der det er «åpenbart at ekteskapet er frivillig»

- (58) Som nevnt inneholdt den foreslåtte bestemmelsen adgang til å gjøre unntak i tilfeller der det er åpenbart at ekteskapet er frivillig. Også unntaksadgangen ble omtalt i høringen, og flere av høringsinstansene mente at det var lagt «opp til en for streng tolkning av unntaksbestemmelsen» i høringsnotatet. Enkelte, heriblant UDI, trakk også frem at unntaksbestemmelsen kunne være problematisk i relasjon til diskrimineringsforbudet, ved at den aktualiserte spørsmål om diskriminering på grunn av etnisk tilhørighet. Særlig gjaldt dette dersom unntak skulle avgjøres etter en «generell vurdering basert på gruppens kulturelle bakgrunn», kombinert med at det ville være «nærmest umulig» å slå fast med en tilstrekkelig høy grad av sikkerhet at et ekteskap ikke var inngått etter tvang eller press.
- (59) Unntaksbestemmelsen drøftes nærmere i proposisjonens punkt 7.3.9.2. I lys av innspillene fra høringsrunden foreslo departementet på dette punkt en oppmykning og en «mer liberal tolkning» enn det høringsnotatet la opp til. For det første nevnte departementet at det burde gjøres unntak dersom partene ikke befinner seg i en risikogruppe for tvangsekteskap. Videre heter det på side 112-113:

«Vilkåret om at det må være 'åpenbart at samlivet er frivillig' forutsetter en skjønnsvurdering hos utlendingsmyndighetene. Departementet anser det som åpenbart at samlivet er frivillig dersom ekteskapet er inngått mellom to parter som har opprinnelse i land eller områder hvor man i Europa ikke har erfaring med at tvangsekteskap forekommer. Dersom bare én av partene har opprinnelse i et slikt land eller område, vil det også som regel være åpenbart at ekteskapet er frivillig. Det vil også være åpenbart at samlivet er frivillig dersom partene har opprinnelse i land eller områder hvor det er europeisk erfaring med at tvangsekteskap forekommer, men hvor ekteskapet åpenbart strider mot normene i de aktuelle kulturene, slik at det er helt usannsynlig at familien eller andre har presset igjennom sitt ønske i valget av ektefelle. ...

I øvrige tilfeller hvor begge parter har bakgrunn fra land eller områder hvor det er europeisk erfaring med at tvangsekteskap forekommer, vil det være vanskelig å fastslå at ekteskapet åpenbart er frivillig. Det vil ikke være tilstrekkelig at begge parter i intervju med utlendingsmyndighetene forsikrer om at ekteskapet er frivillig. Partene

kan være utsatt for press til å si dette, og det vil være nærmest umulig for utlendingsmyndighetene å kunne fastslå med høy grad av sikkerhet at det må anses som 'åpenbart' at ekteskapet ikke er et resultat av tvang eller press. Departementet legger således til grunn at det i den store majoriteten av disse sakene ikke vil bli gjort unntak fra 24-årskravet, selv om de fleste av disse ekteskapene mest sannsynlig er inngått frivillig. Departementet mener imidlertid denne praktiseringen er nødvendig for at 24-årskravet skal være effektivt.»

- (60) Unntaksadgangen ble også kommentert av kommunal- og forvaltningskomiteen i Innst. 391 L (2015–2016) på side 75, der det fremgår:
- «Et annet flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Høyre, Fremskrittspartiet, Kristelig Folkeparti, Senterpartiet og Venstre, viser til at det foreslås å gjøre unntak 'dersom det er åpenbart at samlivet er frivillig' og støtter dette forslaget. I henhold til gjeldende forvaltningspraksis må vurderingen av om unntaket kommer til anvendelse være individuell og bero på de konkrete omstendighetene i det enkelte tilfelle.»
- (61) Et flertall i komiteen støttet innføringen av alderskravet.
- (62) Gjennomgangen av forarbeidene viser at alderskravet i familieetableringstilfellene ble grundig vurdert av lovgiver både ved vedtakelsen av utlendingsloven og ved endringsloven i 2016, da § 41 a ble vedtatt. Vurderingene var bygget på det man hadde av tilgjengelig kunnskap om forekomsten av ufrivillige ekteskap, samt opplysninger blant annet fra hjelpeapparatet som indikerte at mørketallene kunne være store. Forslagene ble i begge omgangene sendt på høring, og innkomne innspill ble nøye vurdert og kommentert. Høringen i 2016 førte blant annet til en justering i unntaksadgangen ved at det både i proposisjonen og innstillingen ble understreket at spørsmålet om unntak skulle avgjøres etter en individuell vurdering, basert på de konkrete omstendighetene i saken. Også forholdet til EMK ble vurdert, ut fra tilgjengelig rettspraksis fra EMD.
- (63) Adgangen til å gjøre unntak fra 24-årskravet er forutsatt å være snever, og beviskravet er strengt ved bruken av ordet «åpenbart». Det er heller ikke tvil om at opprinnelsesland og erfaringen med tvangsekteskap fra det aktuelle området er tungtveiende momenter ved vurderingen. Regelen er likevel ikke unntaksfri. Både ordlyden og de klare uttalelsene i forarbeidene gir anvisning på at det i hvert enkelte tilfelle må foretas en individuell vurdering av om ekteskapet åpenbart er frivillig.
- (64) Det er fremlagt forvaltningsvedtak fra UNE som etter mitt syn underbygger at regelen generelt sett praktiseres i samsvar med disse forutsetningene. Vedtakene viser at det gjøres individuelle vurderinger ut fra de konkrete omstendighetene. Det er eksempler på at det er gjort unntak for ektefeller med bakgrunn fra områder der tvangsekteskap er et problem, selv om ekteskapet ikke strider mot tradisjonelle normer. En oversikt over antallet avslag og innvilgelser etter unntaksregelen i perioden 2017–2022 sortert på søkers hjemland, underbygger det samme. I saker fra Kosovo er det eksempelvis gitt avslag i 48 saker, mens unntak er innvilget i 9 saker i samme periode. For enkelte land, som Afghanistan, er det imidlertid ikke gitt unntak i perioden.

Den konkrete vurderingen av unntaket i saken her

- (65) UNEs avslag i saken er bygget på en konkret vurdering av om det var åpenbart at ekteskapet var frivillig. Nemnda tok utgangspunkt i at «terskelen for hva som er åpenbart, er høy». Den la videre stor vekt på at A kom fra et land der tvangsekteskap erfaringsvis forekommer, og at det ikke var grunnlag for å fastslå at ekteskapet åpenbart var frivillig. I vurderingen inngikk opplysningene partene hadde gitt om ekteskapsinngåelsen, alder og hvordan de møttes. Også fremlagte bilder av partene ble vurdert, men ikke tillagt avgjørende betydning.
- (66) Også lagmannsretten, som hadde full kompetanse ved prøvingen av unntaksvilkåret, har gjort en grundig og balansert vurdering av omstendighetene rundt ekteskapet.
- (67) Etter en gjennomgang av erfaringene med ufrivillige ekteskap i Kosovo basert på bevisførselen i lagmannsretten, drøfter retten spørsmålet om ekteskapet mellom partene kunne anses «åpenbart frivillig». Vurderingen er konkret og bygger på opplysningene som fremkom under ankeforhandlingen, herunder forklaringer fra begge ektefellene om hvordan de møttes og omfanget av kontakten før ekteskapsinngåelsen. Lagmannsretten trakk blant annet frem at det talte mot at ekteskapet var frivillig at partene i en alder av bare 17 og 20 år forlovet seg etter en kort periode, hvor de ikke hadde sett hverandre mer enn noen få ganger i en innledende to-ukersperiode og knapt hadde hatt noe tid sammen på egenhånd. Videre vektla lagmannsretten at A på vigselstidspunktet bare hadde ni års skolegang, bodde hjemme hos foreldrene og var økonomisk avhengig av dem. Lagmannsretten var derfor enig med UNE i at vilkåret for unntak fra 24-årskravet «etter en konkret helhetsvurdering» ikke var oppfylt. I konklusjonen presiserer lagmannsretten følgende:
- «Ved vurderingen har erfaringen om arrangerte ekteskap i Kosovo bare vært et utgangspunkt for vurderingen. Det dominerende for lagmannsretten bedømmelse har vært en samlet vurdering av de konkrete omstendighetene som er omtalt ovenfor.»
- (68) Jeg går på denne bakgrunn over til spørsmålet om vedtaket krenker As rettigheter etter EMK, og ser først på retten til familieliv.

EMK-vurderingen – rammene for domstolsprøvingen

- (69) Høyesterett har full kompetanse ved prøvingen av om vedtaket i saken krenker de påberopte rettighetene i EMK.
- (70) Ved fastleggelsen av innholdet i konvensjonsvernet skal norske domstoler foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen basert på den metode EMD benytter. Jeg viser her til HR-2019-1206-A avsnitt 104, der de nærmere utgangspunktene for tolkningen er klargjort. Under henvisning til Rt-2005-833 avsnitt 45, som igjen bygger på de prinsippene som ble trukket opp i plenumsdommen i Rt-2000-996 *Bøhler*, heter det her:

«Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.»

- (71) Ved avveiningen av ulike interesser ved domstolsprøvingen har det også betydning om lovgiver selv har foretatt slike avveininger ved regelverksutforming, og som ledd i dette vurdert forholdet til EMK, jf. Bøhler-dommen på side 1008.
- (72) EMD innrømmer statene en skjønnsmargin blant annet ved vurderingen av om inngrep i en konvensjonsrettighet er rettferdiggjort. Etter ikrafttreddelsen av protokoll 15 artikkel 1 fremgår dette av EMKs fortale, som nå klargjør at det er medlemsstatene som – i samsvar med subsidiaritetsprinsippet – «har hovedansvaret for å sikre de rettigheter og friheter som er fastlagt i denne konvensjon og dens protokoller», og at statene «i den forbindelse har en viss skjønnsmargin, underlagt Den europeiske menneskerettsdomstols kontrolljurisdiksjon».
- (73) I HR-2022-718-A *hyttekarantene* avsnitt 89 fremgår det at den skjønnsmarginen EMD innrømmer statene, ikke er «overførbar til nasjonale domstolars prøving av iverksatte tiltak i en stat». Samme sted er det imidlertid klargjort at Høyesterett likevel «på grunnlag av norsk rett, ved sin prøving av forholdet til EMK [vil] være varsom med å overprøve vurderinger som i stor grad er faglige eller beror på sammensatte samfunnsmessige avveininger». Særlig gjelder dette dersom det dreier seg om avveininger av legitime hensyn som er foretatt av politiske myndigheter, jf. HR-2018-1958-A avsnitt 86.
- (74) Partene er enige om at Grunnloven §§ 102 og 98 ikke gir et ytterligere vern av betydning ut over EMK-bestemmelsene for de spørsmålene saken reiser, og jeg finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på grunnlovsbestemmelsene.

Er vedtaket i strid med EMK artikkel 8?

Utgangspunkter

- (75) Det foreligger ikke avgjørelser fra EMD som tar stilling til om et forhøyet alderskrav som vilkår for familieetablering krenker retten til familieliv. EMD har imidlertid gjennom en omfattende praksis gitt retningslinjer for i hvilke tilfeller statene må respektere innreise med sikte på utøvelse av rettighetene i EMK artikkel 8. Denne praksisen har etter mitt syn betydelig interesse også i vår sak. Dette må gjelde selv om de interesser staten håndhever gjennom 24-årskravet, er knyttet til beskyttelse av andres rettigheter og friheter, og ikke direkte til innvandringskontroll. At hensynet til å motvirke ufrivillige ekteskap er et legitimt hensyn som sådan, er uomtvistet.
- (76) Jeg bemerker også innledningsvis at det må legges til grunn at det foreligger et «familieliv» i artikkel 8's forstand. UNE har ikke tatt endelig stilling til om ekteskapet mellom partene er inngått under tvang eller alvorlig press, noe som ville reise spørsmål om det foreligger et beskyttet familieliv overhodet. Partene bor sammen med sine barn i Norge, og har faktisk utøvd et familieliv siden A reiste ulovlig inn i riket i 2019. Staten har heller ikke utfordret vilkåret om at det må foreligge et familieliv.
- (77) Ved avslag på søknad om oppholdstillatelse for familieetablering kan det videre reises spørsmål om vi står overfor et «inngrep» i retten til familieliv, eller rekkevidden av statens positive forpliktelser. Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på dette. Som det fremgår av HR-2019-2286-A avsnitt 66, viser praksis fra EMD at det ikke alltid skilles mellom

statens positive og negative forpliktelser. I flere saker er det uttalt at de relevante prinsippene uansett er de samme. Det sentrale er om myndighetene etter en samlet vurdering har truffet en «fair balance» mellom samfunnsinteressene og hensyn til de berørte enkeltindividene, se for eksempel EMDs storkammerdom 3. oktober 2014 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 106.

Nærmere om rekkevidden av vernet

- (78) Ved vurderingen av rekkevidden av vernet i artikkel 8 tar jeg utgangspunkt i EMDs storkammerdom 9. juli 2021 *M.A mot Danmark*. Saken gjaldt avslag på søknad om familiegjengenforening for ektefellen til en mann fra Syria som var innvilget «midlertidig beskyttelsesstatus» i Danmark. Etter dansk lovgivning gjaldt det en 3-årsregel, som innebar at familiegjengenforening var betinget av at referansepersoner med slikt oppholdsgrunnlag hadde hatt oppholdstillatelse i Danmark i mer enn de tre siste år. Søknaden var avslått under henvisning til denne regelen. EMD kom med 16 mot 1 stemmer til at EMK artikkel 8 var krenket.
- (79) EMD redegjør i denne dommen for de generelle prinsippene for medlemsstatenes forpliktelser til å tillate innreise for slektninger til personer som har opphold på medlemsstatens territorium. I avsnittene 130–132 gjentas utgangspunktene fra tidligere EMD-praksis om at statene har rett til å kontrollere utledningers innreise og opphold på eget territorium. På innvandringsområdet pålegger heller ikke artikkel 8 statene en generell plikt til å respektere ektefellers valg av bostedsland for utøvelse av familielivet, eller generell plikt til å innvilge søknader om familiegjengenforening på eget territorium. Statenes forpliktelser etter artikkel 8 beror på en avveining av de interessene som gjør seg gjeldende. I avsnitt 132 og 133 klargjøres dette slik:

«Nevertheless, in a case which concerns family life as well as immigration, the extent of a State's obligations to admit to its territory relatives of persons residing there will vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interest and is subject to a fair balance that has to be struck between the competing interests involved. Factors to be taken into account in this context are the extent to which family life would effectively be ruptured, the extent of the ties in the Contracting State, whether there are insurmountable obstacles in the way of the family living in the country of origin of the alien concerned and whether there are factors of immigration control.

Finally, there is a broad consensus, including in international law, in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance. Whilst alone they cannot be decisive, such interests certainly must be afforded significant weight.»

- (80) I de påfølgende avsnittene går EMD deretter gjennom momenter som i henhold til domstolens rettspraksis står sentralt ved avveiningen.
- (81) Domstolen viser i avsnitt 134 (i-iv) til at den har vært tilbakeholden med å statuere positive forpliktelser til å innvilge familiegjengenforening dersom familielivet ble etablert på et tidspunkt hvor oppholdsgrunnlaget for en av partene var usikkert («precarious»). Dersom dette er situasjonen, vil en nektelse av innreise og opphold bare innebære en krenkelse av artikkel 8 dersom det foreligger usedvanlige omstendigheter («exceptional

circumstances»). Ytterligere momenter som taler mot at staten har en positiv plikt, er at søkeren har begrensede bånd til landet det søkes opphold i, at det ikke foreligger uovervinnelige hindringer («insurmountable obstacles») for at familielivet kan utøves i søkerens opprinnelsesland, eller at referansepersonen ikke kan sikre underhold.

- (82) I avsnitt 135 (i-v) trekker EMD deretter frem momenter som – dersom flere av dem er til stede samtidig – generelt tilsier at staten har en positiv plikt til å innvilge opphold for familiegjening. Momentene som her trekkes frem, er om søkeren har etablert sterke bånd til staten det søkes opphold i, om familielivet allerede var etablert da referansepersonen fikk opphold i landet, om begge parter allerede er bosatt i landet, om barn er involvert siden hensynet til barn skal tillegges stor vekt, og endelig, om det er uovervinnelige eller store hindringer i veien for at familielivet kan utøves i søkerens opprinnelsesland.
- (83) Jeg tar utgangspunkt i disse momentene når jeg nå går over til den konkrete vurderingen av om UNEs vedtak krenker artikkel 8 når søknaden om familieetablering i dette tilfellet er avslått. Som jeg allerede har nevnt, er det et særtrekk ved saken her at statens interesser ikke gjelder innvandringskontroll generelt, men opprettholdelse av et tiltak som skal motvirke tvangsekteskap. Dette endrer ikke vurderingen av i hvilken grad den private part har en beskyttelsesverdig interesse i å få etablere familielivet i Norge. Men når tyngden av statens interesse skal vurderes, må det aktuelle tiltaket vurderes mer konkret enn i tilfeller der statens interesser ligger i hensynet til innvandringskontroll.

Den konkrete forholdsmessighetsvurderingen

- (84) Jeg tar utgangspunkt i at As søknad om oppholdstillatelse for familieetablering med ektefellen ble fremsatt på et tidspunkt da oppholdsgrunnlaget for hennes del var usikkert. Hun hadde inngått ekteskap med en norsk borger, og hadde ved det en beskyttelsesverdig interesse i å etablere familieliv med ektefellen så raskt som mulig. Hennes lave alder innebar imidlertid at utlendingsloven § 41 a i utgangspunktet var til hinder for oppholdstillatelse, dersom vilkåret for unntak ikke ble ansett oppfylt. Som jeg har redegjort for, er unntaksadgangen snever.
- (85) På vedtakstidspunktet hadde partene fått barn, og hensynet til barnets beste styrker As beskyttelsesverdige interesse i opphold. Samtidig er det ikke gjort gjeldende at det foreligger usedvanlige omstendigheter som aktualiserer en plikt for staten til å innvilge opphold. As oppholdstid i Norge frem til avslaget var heller ikke langvarig.
- (86) Begge ektefellene har bakgrunn fra Kosovo, selv om B er norsk borger og er født og oppvokst her. Det er ikke fremkommet opplysninger i saken som underbygger at det foreligger uovervinnelige hindringer for at familielivet kan utøves i Kosovo.
- (87) A kan søke om oppholdstillatelse på grunnlag av ekteskapet så snart hun oppfyller alderskravet. Det er altså snakk om en midlertidig utsettelse av muligheten til å få innvilget opphold for familieetablering.
- (88) Formålet med alderskravet i § 41 a er å bekjempe tvangsekteskap. Dette er et legitimt formål som har til hensikt å beskytte andres rettigheter og friheter. Tvangsekteskap er et stort problem på verdensbasis, og staten er gjennom flere internasjonale konvensjoner

forpliktet til å treffe tiltak for å motvirke ufrivillige ekteskap. Som gjennomgangen av forarbeidene til dagens regel har vist, foreligger det ikke sikre opplysninger om omfanget i Norge, men opplysninger fra hjelpeapparatet tyder på at det trolig er betydelige mørketall.

- (89) Det har i begge høringsomgangene vært noe ulike oppfatninger av effekten av tiltaket. Departementet la likevel til grunn at tiltaket skulle gjennomføres som ett av flere virkemiddel, og det er ikke fremkommet noe om at vurderingen av tiltakets egnethet var bygget på uriktige forutsetninger. Norske myndigheter har valgt å iverksette samlede tiltak med sikte på et høyt beskyttelsesnivå. Lovgivers valg av beskyttelsesnivå må domstolene være varsomme med å overprøve.
- (90) Motforestillinger som er fremkommet, er vurdert og avveid av lovgiver. At alderskravet utilsiktet vil kunne ramme ekteskap som er frivillig inngått, er også vurdert, men lovgiver har her ment at de formålene alderskravet skal ivareta, er så viktige at regelen med den unntaksadgang loven gir anvisning på, ikke er uforholdsmessig.
- (91) Ut fra en samlet avveining av de momentene som gjør seg gjeldende, er min konklusjon at vedtaket om ikke å innvilge As søknad om familieetablering, bygger på en rimelig balanse mellom individets og samfunnets interesser. Vedtaket krenker da ikke EMK artikkel 8.

Er vedtaket i strid med diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14?

Rettslige utgangspunkter

- (92) Det neste spørsmålet er om vedtaket krenker diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14, som i norsk oversettelse lyder slik:
- «Art 14. Forbud mot diskriminering
Utøvelsen av de rettigheter og friheter som er fastlagt i denne konvensjon skal bli sikret uten 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.»
- (93) Bestemmelsen inneholder et såkalt aksessorisk diskrimineringsforbud. Det betyr at forbudet bare gir vern mot diskriminering ved utøvelsen av andre rettigheter og friheter som er fastlagt i EMK. I vår sak er partene enige om at 24-årskravet berører rettigheter som ligger innenfor virkeområdet for EMK artikkel 8. Jeg legger dette til grunn. Det er ikke nødvendig at det konstateres krenkelse av en av konvensjonens øvrige bestemmelser, for at artikkel 14 skal komme til anvendelse, jf. for eksempel EMDs storkammerdom 24. mai 2016 *Biao mot Danmark* avsnitt 88.
- (94) De diskrimineringsgrunnlagene som er påberopt av A, er «rase» og «nasjonal opprinnelse», som begge omfattes av bestemmelsen.
- (95) A gjør ikke gjeldende at alderskravet i utlendingsloven § 41 a innebærer en direkte diskriminering. Spørsmålet er derfor om det foreligger indirekte diskriminering i strid med artikkel 14 når alderskravet ses i sammenheng med praktiseringen av unntaket for «åpenbart frivillige» ekteskap. I *Biao mot Danmark* avsnitt 103 er det gitt følgende definisjon av slik diskriminering:

«The Court has accepted in previous cases that a difference in treatment may take the form of disproportionately prejudicial effects of a general policy or measure which, though couched in neutral terms, discriminates against a group (see, for example, *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, § 154, 4 May 2001). Such a situation may amount to ‘indirect discrimination’, which does not necessarily require a discriminatory intent (see *D.H. and Others v. the Czech Republic*, cited above, § 184).»

- (96) Forskjellsbehandling reiser bare problemer dersom personer som er i en sammenlignbar situasjon («analogous or relevantly similar situation»), behandles ulikt, jf. dommens avsnitt 89. For at en slik forskjellsbehandling skal være lovlig, må den bygge på en objektiv og rimelig begrunnelse («objective and reasonable justification»). I dette ligger det et krav om at det må foreligge en saklig begrunnelse, og at det må være forholdsmessighet mellom forskjellsbehandlingen og målet som søkes oppnådd, jf. avsnitt 90 i dommen:

«A difference in treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification, that is, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved.»

- (97) I avsnitt 93 og 94 er dette utdypet noe for enkelte av diskrimineringsgrunnlagene. Det fremgår her at dersom en forskjellsbehandling basert utelukkende på nasjonalitet skal være i samsvar med konvensjonen, må staten vise at det foreligger meget tungtveiende grunner («very weighty reasons»). Om diskriminering på grunnlag av etnisk opprinnelse heter det i avsnitt 94:

«No difference in treatment based exclusively or to a decisive extent on a person’s ethnic origin is capable of being justified in a contemporary democratic society. Discrimination on account of, inter alia, a person’s ethnic origin is a form of racial discrimination...»

- (98) Klageren har bevisbyrden for at vedkommende er utsatt for forskjellsbehandling, mens staten i tilfellet må bevise at den ulike behandlingen bygger på en objektiv og rimelig begrunnelse, jf. dommen avsnitt 92.

Den konkrete vurderingen

- (99) Anførselen fra A er at selv om alderskravet i § 41 a er nøytralt formulert, praktiseres bestemmelsen i strid med diskrimineringsforbudet. Søkere fra land der det er «europeisk erfaring» med tvangsekteskap, behandles dårligere enn etniske nordmenn og søkere med vestlig kulturbakgrunn. I praksis får søkere fra visse land og visse folkegrupper avslag, uten at det gjøres konkrete vurderinger, mens søkere med vestlig bakgrunn får unntak fra alderskravet. Jeg ser først på om alderskravet i praksis forskjellsbehandler personer i en sammenlignbar situasjon. Et naturlig utgangspunkt for denne vurderingen er etter mitt syn å se på om utenlandske ektefeller som søker familieetablering med personer med oppholdsgrunnlag i Norge, behandles likt.
- (100) Vilkåret om at begge parter må ha fylt 24 år, gjelder i utgangspunktet uavhengig av søkerens etnisitet eller opprinnelsesland. Men som jeg har nevnt, er søkerens opprinnelsesland og erfaringen med tvangsekteskap i landet tungtveiende momenter ved vurderingen av om det er grunnlag for å gjøre unntak.

- (101) Under lovprosessen som ledet til vedtakelsen av 24-årskravet, ble også forholdet til diskrimineringsforbudet vurdert. Vurderingen fremgår av Prop. 90 L (2015–2016) side 114–115. Departementet tar innledningsvis utgangspunkt i at unntaket om at det er åpenbart at ekteskapet er frivillig, vil «medføre at alderskravet særlig vil ramme par med opprinnelse i land eller områder hvor det er europeisk erfaring med at tvangsekteskap forekommer». Det gis deretter eksempler på en rekke land. I forlengelsen av opplistingen uttales det videre at «etniske nordmenn og andre med typisk vestlig kulturbakgrunn» ikke vil rammes.
- (102) Jeg er enig med ankede part i at måten departementet her uttrykker seg kan fremstå som uheldig dersom det leses isolert. Formuleringen kan gi inntrykk av at det som i praksis alene er avgjørende for unntaksadgangen, er søkerens opprinnelsesland og kulturbakgrunn. En slik praktisering av unntaket vil etter mitt syn reise klare utfordringer i relasjon til EMK artikkel 14. Jeg minner her særlig om EMDs uttalelse i *Biao mot Danmark* avsnitt 94 om at forskjellsbehandling basert «exclusively or to a decisive extent» på en persons etniske opprinnelse, vanskelig kan rettferdiggjøres.
- (103) Forarbeidene må imidlertid leses i sammenheng, og en bredere gjennomgang viser at unntaket fra lovgivers side ikke er ment praktisert på en slik måte. Jeg viser her til redegjørelsen jeg tidligere har gitt for lovprosessen. Det er her særlig grunn til å trekke frem det som ble uttalt fra stortingskomiteen i Innst. 391 L (2015–2016) side 75 om at «vurderingen av om unntaket kommer til anvendelse [må] være individuell og bero på de konkrete omstendighetene i det enkelte tilfellet». Ved behandlingen av en søknad om familieetablering der minst en av partene er under 24 år, er det altså ikke tilstrekkelig å basere et avslag på søkerens opprinnelsesland eller kulturbakgrunn alene, sammenholdt med forekomsten av tvangsekteskap i det landet vedkommende kommer fra. Loven krever at det gjøres en individuell helhetsvurdering, og vurderingstemaet er om ekteskapet er åpenbart frivillig. Forvaltningspraksis underbygger at regelen praktiseres i tråd med disse forutsetningene.
- (104) Årsaken til at det i praksis likevel er vanskeligere for søkere fra land der tvangsekteskap forekommer å få innvilget unntak fra alderskravet, er at regelen har til formål å motvirke tvangsekteskap. Den ulike risikoen for og forekomsten av tvangsekteskap i landene søkerne kommer fra, vil derfor nødvendigvis måtte få betydning i den enkelte sak. Beviskravet «åpenbart» er også strengt, noe som gjør at det rent faktisk er vanskeligere for personer fra disse landene å føre bevis for at unntaket er oppfylt.
- (105) Jeg har vært noe i tvil om de faktiske forholdene for søkere fra områder der det er risiko for tvangsekteskap, og søkere fra områder uten slik risiko, er tilstrekkelig like til at vi står overfor en forskjellsbehandling av personer i en sammenlignbar situasjon, men jeg ser ikke grunn til å ta endelig stilling til dette. Grunnen til det er at den forskjellsbehandlingen praktiseringen av unntaksbestemmelsen eventuelt måtte innebære, etter mitt syn bygger på en objektiv og rimelig begrunnelse, og dermed uansett må anses lovlig.
- (106) Jeg finner det klart at alderskravet og praktiseringen av det forfølger et saklig og legitimt formål, og jeg viser til det jeg tidligere har sagt om dette. Formålet om bekjempelse av tvangsekteskap er dessuten forankret i klare internasjonale forpliktelser.

- (107) Også formålet bak selve unntaksadgangen er saklig og legitim. Å gjøre unntak der ekteskapet åpenbart er frivillig, bidrar til at tiltaket blir mer målrettet, og til at færre frivillige ekteskap rammes av alderskravet. Inngrep i rettighetene til partene i et frivillig ekteskap bør ikke gå lenger enn nødvendig. Regelen er dermed mer nyansert enn et rent alderskrav uten muligheter for unntak. Den norske bestemmelsen er også avgrenset mot familiegjennforening, som faller utenfor alderskravet i § 41 a.
- (108) Alderskravet og praktiseringen av dette gjennom adgangen til å gjøre unntak etter en individuell vurdering, oppfyller også kravet til *forholdsmessighet*.
- (109) Tiltaket er egnet ved at eldre personer vanligvis har oppnådd mer modenhet og selvstendighet, og dermed lettere kan stå imot tvang og press om å inngå ufrivillige ekteskap.
- (110) Unntaket for ekteskap som etter en individuell vurdering åpenbart er frivillige, gjør at forskjellsbehandlingen ikke går lenger enn nødvendig. Beviskravet som ligger i uttrykket «åpenbart», vil kunne lede til at også frivillig inngåtte ekteskap rammes, men er vurdert som nødvendig for å sikre regelens effektivitet. Som nevnt har lovgiver ansett tvangsekteskap for å være et alvorlig problem og ønsket et høyt beskyttelsesnivå. Loven forutsetter at det gjøres individuelle vurderinger i hvert enkelt tilfelle, og også den konkrete skjønsmessige vurderingen av om vilkåret for unntak er oppfylt, må ligge innenfor rammene av EMK artikkel 14.
- (111) Ved forholdsmessighetsvurderingen har det endelig en viss betydning at virkningen av alderskravet for søkere som ikke får unntak, og dermed må vente med å etablere familie i Norge, vil være tidsmessig begrenset frem til begge ektefellene fyller 24 år.
- (112) Samlet sett bygger alderskravet og praktiseringen av unntaksregelen i utlendingsloven § 41 a etter mitt syn på en saklig begrunnelse. Den forskjellsbehandlingen som ligger i at unntaksadgangen praktiseres ulikt ut fra om søker er i en risikogruppe for tvangsekteskap eller ikke, er også forholdsmessig og går ikke lenger enn nødvendig for å oppnå det legitime formålet bak regelen om å beskytte mot tvangsekteskap.
- (113) Også i As tilfelle er avslaget bygget på en individuell vurdering av om vilkåret for unntak fra alderskravet er oppfylt. Avslaget er ikke basert alene på As nasjonalitet eller etniske opprinnelse, men på en rekke individuelle og konkrete omstendigheter som samlet tilsier at ekteskapet ikke åpenbart er frivillig. Det er da ikke grunnlag for å konkludere med at vedtaket krenker diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14.

Konklusjon og sakskostnader

- (114) Jeg er etter dette kommet til at UNEs vedtak om avslag på oppholdstillatelse verken krenker retten til familieliv etter EMK artikkel 8 eller diskrimineringsforbudet i artikkel 14.
- (115) Anken må derfor forkastes.
- (116) Staten har vunnet saken og har i utgangspunktet krav på dekning av sakskostnader for alle instanser, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. Alderskravet i utlendingsloven § 41 a er ikke

tidligere prøvd for Høyesterett, og staten har interesse i å få avklart forholdet til EMK, også med tanke på forvaltningsbehandlingen i fremtidige saker. I lys av dette og at saken dessuten har stor velferdsmessig betydning for ankende part, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd bokstav c, finner jeg at tungtveiende grunner gjør det rimelig å fritta ankende part fra erstatningsansvaret. Staten tilkjennes derfor ikke sakskostnader for noen instans.

(117) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

(118) Dommer **Bergsjø:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(119) Dommer **Bull:** Likeså.

(120) Dommer **Kallerud:** Likeså.

(121) Justitiarius **Øie:** Likeså.

(122) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.