

Utredning av ekteskapsloven § 18 a – barneekteskap og bigami.

Av Tone Linn Wærstad

Utredning avgitt Barne- og likestillingsdepartementet 1. juni 2017.

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Mandat og oversikt over utredningen	1
1.2	Nærmere om struktur, avgrensninger og rammer for utredningen.....	3
2	INNLEDNING OG OVERSIKT OVER RETTSKILDEBILDET	5
2.1	Innledning	5
2.2	Et brokete rettskildebilde	5
2.3	Sammenhengen mellom § 18 a og andre bestemmelser i ekteskapsloven	6
2.4	Menneskerettslige overvåkningsorganer tolkningsuttalelser	8
2.5	Forholdet mellom internasjonale menneskerettigheter og innholdet i ordre public forbeholdet	12
2.6	Oppsummering	13
3	REGULERINGEN AV BARNEEKTESKAP OG BIGAMISKE EKTESKAP ETTER EKTESKAPSLOVEN § 18 A ANDRE LEDD	14
3.1	Innledning	14
3.2	Gjeldende rett med hensyn til ekteskap inngått der minst en av partene var norsk statsborger eller fast bosatt i Norge på vigselstidspunktet, jf. § 18 a andre ledd bokstav b og c.....	14
3.3	Barneekteskap og bigamiske ekteskap inngått mens en av partene hadde tilknytning til Norge	15
3.4	Etterfølgende anerkjennelse av ekteskapet jf. el § 18 a andre ledd siste punktum	16
3.4.1	Vilkåret om at begge parter begjærer at ekteskapet skal anerkjennes	16
3.4.2	Kravet om sterke grunner.....	17
3.4.3	Vilkåret om sterke grunner i barneekteskapstilfellene	21
3.4.4	Vilkåret om sterke grunner i bigamitilfellene	23
3.5	Oppsummering	23
4	GJELDENDE RETT VEDRØRENDE EKTESKAP INNGÅTT I UTLANDET DER INGEN AV PARTENE HADDE TILKNYTNING TIL NORGE DA EKTESKAPET BLE INNGÅTT, JF. EL § 18 A FØRSTE LEDD – BARNEEKTESKAP.....	25
4.1	Innledning og oversikt	25
4.2	Ordre public-forbeholdet i el § 18 a første ledd fjerde punktum m.h.t partenes alder ved ekteskapsinngåelsen.....	26
4.3	Menneskerettslig regulering av alderskravet	29

4.4	Oppsummering	32
5	GJELDENE RETT MED HENSYN TIL EKTESKAP DER INGEN AV PARTENE HAR TILKNYTNING TIL NORGE VED EKTESKAPSINNGÅELEN, JF. EL § 18 A FØRSTE LEDD – BIGAMISKE EKTESKAP	33
5.1	Innledning og oversikt	33
5.2	Rettstilstanden etter norsk «intern» rett	35
5.2.1	Oppsummering intern rett	40
5.3	Regulering av bigami i internasjonal rett	40
5.3.1	Innledning	40
5.3.2	Oppsummering internasjonal rett	46
5.4	Oppsummering og veien videre	46
6	RAMMER FOR REGULERING AV ANERKJENNELSE AV UTENLANDSKE EKTESKAP ETTER NORGES INTERNASJONALE FORPLIKTELSER.....	48
6.1	Innledning	48
6.2	Menneskerettslige rammer: Sammenhengen med utlendingsretten	48
6.3	Bigamitilfellene	50
6.4	Barneekteskapene	51
6.5	Internasjonalprivatrettslige rammer.....	52
6.6	Oppsummering	53
7	VURDERING AV GJELDENE RETT OM ANERKJENNELSE AV BARNEEKTESKAP OG BIGAMISKE EKTESKAP INNGÅTT I UTLANDET	54
7.1	Innledning	54
7.2	Sammenligningen mellom reglene for anerkjennelse av utenlandske ekteskap og vilkårene for å inngå ekteskap etter intern norsk rett	55
7.3	Vurdering av vilkårene for etterfølgende anerkjennelse av ekteskap etter § 18 a andre ledd siste punktum.....	56
7.4	Vurdering av vilkårene for anerkjennelse av ekteskap inngått i utlandet etter § 18 a første ledd – barneekteskap.....	57
7.5	Vurdering av mulige endringer i regelverket som kan bidra til å hindre anerkjennelse av ekteskap som ikke lovlig kunne vært inngått i Norge –bigamiske ekteskap.	59
7.5.1	Innledning	59
7.5.2	Nærmere om etterfølgende anerkjennelse der sterke grunner foreligger	60
7.6	Oppsummering	64
8	DISKUSJON OG FORSLAG TIL LOVENDRINGER.....	66

8.1	Innledning	66
8.2	Valg mellom ulike lovtekniske løsninger: Ordre public eller internasjonalt preseptoriske regler.....	66
8.3	Utarbeidelse av forslag til lovtekst.....	69
9	OPPSUMMERING AV HOVEDFUNN	72
10	VEDLEGG: MANDAT FOR UTREDNING.....	75

1 Innledning

1.1 Mandat og oversikt over utredningen

For det første, skal det redegjøres for gjeldende rett på to områder som dekkes av ordlyden i ekteskapsloven¹ § 18 a: barneekteskap og bigamiske ekteskap. Dette knytter seg til både første og andre ledd av bestemmelsen som gjelder henholdsvis ekteskap der ingen av partene har tilknytning til Norge og der en eller begge parter har en nødvendig tilknytning til riket. Bestemmelsen lyder slik:

« Et ekteskap som er inngått i utlandet, anerkjennes her i riket dersom ekteskapet er gyldig inngått i vigsellandet. En regulert samlivsform i utlandet som i hovedsak har samme rettsvirkninger som ekteskap i inngåelseslandet, anerkjennes som et ekteskap her i landet, når begge parter skriftlig har samtykket til dette. Departementet kan ved forskrift gi nærmere regler om i hvilke tilfeller en regulert samlivsform i utlandet vurderes å ha samme rettsvirkninger som ekteskap i inngåelseslandet. Et ekteskap anerkjennes likevel ikke dersom dette åpenbart ville virke støtende på norsk rettsorden (ordre public).

Et ekteskap som er inngått i utlandet, anerkjennes ikke her i riket dersom minst en av partene var norsk statsborger eller fast bosatt her i riket på vigselstidspunktet, og:

- a) ekteskapet er inngått uten at begge parter var til stede under vigselen,
- b) en av partene var under 18 år, eller
- c) en av partene allerede var gift.

Etter begjæring fra begge parter kan ekteskapet likevel anerkjennes dersom sterke grunner taler for det. Departementet fastsetter hvilke fylkesmenn som skal behandle slike begjæringer.»

Først her i kapittel 1, vil det bli gitt en innledning til utredningens tema og struktur. I kapittel 2 gis en oversikt over rettskildet bildet. Deretter, i kapittel 3, vil gjeldende rett rundt barneekteskap behandles og så bigamiske ekteskap der minst en av partene har tilknytning til Norge jf. el § 18 a andre ledd bokstav b og c, men hovedtyngden vil i tråd med mandatet

¹ Lov om ekteskap, 4. juli 1991 nr. 47, heretter forkortet til el eller ekteskapsloven.

gjelde kravet om sterke grunner i § 18 a andre ledd siste punktum når det gjelder etterfølgende anerkjennelse av utenlandske ekteskap der minst en av partene var statsborger eller hadde fast bosted i Norge ved vigselstidspunktet.

Når det gjelder etterfølgende godkjenning der det foreligger «sterke grunner» er det mer til felles ved denne vurderingen for de to typer ekteskap og dette vil derfor først behandles felles, i kapittel 3 (punkt 3.4.2), for så å vurdere de momenter som gjør seg særskilt gjeldende for hver type (punkt 3.4.3 og 3.4.4).

I henholdsvis kapittel 4 og 5 redegjøres det så for gjeldende rett med hensyn til barneekteskap og bigamiske ekteskap der ingen av partene hadde tilknytning til Norge på vigselstidspunktet. Her vil hovedtyngden, i tråd med mandatet, være på grensene som ligger i ordre public-forbeholdet i el § 18 a første ledd.

Videre skal en rekke spørsmål gis en selvstendig vurdering i kapittel 6: Hvilket handlingsrom finnes i dag for norske myndigheter til å anerkjenne ekteskap som ikke kunne vært lovlig inngått i Norge? Det skal særskilt redegjøre for rammene som følger av Norges menneskerettslige forpliktelser og internasjonal privatrettslige rammer. Det vil også redegjøres for rettstilstanden i nasjonal rett om hvilke ekteskap som kan inngås og hvilke mekanismer det er i norsk rett for å «reparere» ekteskap som i utgangspunktet ikke kan inngås, for så å sammenligne med funnene i kapittel 3, 4 og 5.

Videre skal det, i kapittel 7, gjøres en vurdering av eventuelle endringer i regelverket som kan bidra til å *hindre* anerkjennelse av ekteskap som *ikke* kan inngås i Norge. Bigamiske ekteskap kan ikke inngås i Norge og ei heller ekteskap der en part er under 16 år. Spørsmålet som stilles i mandatet som gjennomgås i kapittel 7 er altså hvorvidt disse rettslige skrankene i intern rett også kan danne rammen for anerkjennelse av ekteskap inngått i utlandet.

I kapittel 8 skal det så utarbeides konkret forslag til lovtekst, med bakgrunn i vurderingene i kapittel 6 og 7. Utredningen vil vise at forskjellige lovtekniske muligheter kan velges og disse vil først vurderes før en endring av el § 18 a foreslås.

Til slutt vil det i kapittel 9 gjøres en oppsummering av hovedfunnene og anbefalingene i utredningen. Mandatet vedlegges utredningen.

1.2 Nærmere om struktur, avgrensninger og rammer for utredningen

Utredningen skal vurdere ekteskap som er forskjellige og like på måter som fører til utfordringer med hensyn til å gi utredningen en god struktur. Det er likheter og forskjeller mellom ekteskap med tilknytning til Norge og de uten tilknytning som får betydning for hvordan stoffet skal fremstilles. Videre er det betydelige likheter og forskjeller mellom barneekteskap og bigamiske ekteskap som gjør at noen steder er det fornuftig å behandle dem sammen og andre ganger for seg. Det at kombinasjoner av tilknytning og type ekteskap skal vurderes fortløpende opp mot ulike problemstillinger byr på noen fremstillingsmessige utfordringer. Jeg har valgt å holde meg tett til slik mandatet for utredningen er inndelt, men noen gjentakelser og generaliseringer har ikke vært å unngå.

Videre er det rettslige landskapet som spørsmålene som skal besvares befinner seg i, særdeles komplekst, der flere «nivåer» av rett får betydning og der sammenhengen mellom dem ikke alltid er klar. Dette gjelder typisk de internasjonale menneskerettighetene som Norge er forpliktet til å oppfylle, internasjonal privatrett på familierettens område, ved siden av ulike rettsområder i norsk «intern» rett, herunder familierett, utlendingsrett og strafferett. Jeg tar opp noen av disse overordnede temaene knyttet til rettskildebildet og problemer med sammenheng i den retten som skal vurderes, i kapittel 2.

I tråd med mandatet har utredningen et klart fokus på ekteskapsloven § 18 a om anerkjennelse av utenlandsk inngåtte ekteskap. Som vil bli klart i utredningen, omhandler også anerkjennelse av utenlandske inngåtte ekteskap andre lovbestemmelser, og disse vil behandles der de kommer opp, men hovedfokuset vil altså beholdes med tanke på å klarlegge innholdet i el § 18 a og rammen for å endre denne i tråd med mandatet for utredningen.

En annen avgrensning er at utredningen kun behandler situasjonen i norsk rett. Det er relevant å nevne at dansk ekteskapsrett nylig ble endret, der det ble innført en 18 års grense for inngåelse av ekteskap i Danmark og tilsvarende for anerkjennelse av utenlandsk inngåtte ekteskap.² Det ble i samme bestemmelse tatt inn et unntak hvor «der foreligger tvingende

² Lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, jf. lovbekendtgørelse nr. 1818 af 23. december 2015, som ændret ved lov nr. 1729 af 27. december 2016, § 2: ”Den, som er under 18 år, må ikke indgå ægteskab.” og § 22 b: ”Et ægteskab, der er indgået i udlandet, anerkendes, hvis ægteskabet er gyldigt i det land, hvor ægteskabet er indgået, jf. dog stk. 2.

grunde herfor og parterne stilles i en urimelig situation, hvis ægteskabet ikke anerkendes.»³. Den danske lovendringen vil altså ikke redegjøres for nærmere i denne utredningen, ei heller annen utenlandsk rett direkte.

Stk. 2. Et ægteskab, der er indgået i udlandet, anerkendes ikke,

- 1) hvis parterne ikke var samtidig til stede ved vielsen,
- 2) hvis en part ved vielsen ikke var fylt 18 år, eller
- 3) hvis anerkendelse af ægteskabet strider mod grundlæggende danske retsprinsipper.

Stk. 3. Uanset stk. 2 anerkendes ægteskabet, hvis der foreligger tvingende grunde herfor og parterne stilles i en urimelig situation, hvis ægteskabet ikke anerkendes.

Stk. 4. Betingelsen i stk. 2, nr. 2, gælder ikke for EU-/EØS-borgere og disses ægtefæller.”

³ Ibid.

2 Innledning og oversikt over rettskildebildet

2.1 Innledning

El § 18 a første ledd lovfester allerede ulovfestet rett med hensyn til at «Et ekteskap som er inngått i utlandet, anerkjennes her i riket dersom ekteskapet er gyldig inngått i vigselslandet». Bestemmelsens første ledd fjerde punktum gjør unntak fra dette når ekteskapet åpenbart vil virke støtende på norsk rettsorden, det som gjerne omtales som «ordre public», altså når det strider mot grunnleggende prinsipper i norsk rett. Andre ledd inneholder en særbestemmelse som begrenser anerkjennelsen av utenlandske inngåtte barneekteskap og bigamiske ekteskap der minst en av partene er norsk statsborger eller fast bosatt i Norge.

Hovedregelen i el § 18 a forutsetter et gyldig ekteskap i utlandet. Det er en alminnelig gjeldende regel om at det kun gjelder krav om at *formreglene* i vigselslandet er fulgt og det er altså dette som må kontrolleres i den enkelte anerkjennelsessak.⁴ Grunnen til at det er slik, er at i en rekke land (herunder Norge) fører ikke nødvendigvis brudd på materielle vilkår for ekteskapsinngåelse til at det blir ugyldig.⁵

I det følgende skal jeg redegjøre for rettskildebildet knyttet til bestemmelsen og enkelte særskilte aktuelle temaer knyttet til dette og videre noen overordnede spørsmål knyttet til sammenhengen mellom bestemmelsen og andre bestemmelser i ekteskapsloven.

2.2 Et brokete rettskildebilde

Noe som slår en med en gang man begynner å se nærmere på reguleringen i norsk rett av utenlandske barneekteskap og bigamiske ekteskap er at det er et brokete og uklart rettskildebilde. Dette skal jeg komme grundig tilbake til i de ulike delene av denne utredningen, men jeg vil likevel gi en kort oversikt innledningsvis til de mest problematiske aspektene knyttet til dette. Dette er fordi kjennskap til bakgrunnen for dagens regulering er nødvendig for å forstå gjeldende rett så vel som noen av de anbefalinger jeg vil gjøre til slutt i utredningen med hensyn til hvordan dette feltet bør reguleres i norsk rett.

⁴ Thue 2002 Internasjonal privatrett: Personrett, familierett og arverett. Gyldendal Akademisk. Oslo, s. 330.

⁵ Se Thue 2002 Internasjonal privatrett: Personrett, familierett og arverett, s. 331.

For det første er det mangel på rettskilder til å tolke de relevante bestemmelsene i lovverket. Dette skyldes i stor grad manglende oppmerksomhet hos både lovgiver, forvaltningen og rettslitteraturen rundt de rettslige spørsmål som reiser seg med hensyn til disse typene ekteskap i norsk rett og det norske samfunnet. De rettskildene som finnes er i stor grad utdaterte, men likevel er det disse man tyr til når man har forsøkt å løse noen av de problemene som nylig har oppstått. For det andre, og dette henger sammen med punktet over, har det vært gitt lite oppmerksomhet mot reguleringen disse spørsmålene har fått i internasjonal rett de siste tiårene. Internasjonalt har det skjedd mye med hensyn til spesielt barneekteskap på den internasjonale arenaen. I takt med økende vedtak om og inkorporering av de underliggende menneskerettighetene som får betydning i disse spørsmålene, typisk diskrimineringsvernet og barns menneskerettigheter i Grunnloven⁶ og menneskerettsloven⁷, fremstår det som det er behov for nøyere undersøkelse av disse internasjonale kildene i norsk rett og i praksisfeltet knyttet til dem.

Videre er noe uklar sammenheng mellom el § 16 tredje og fjerde ledd og § 18 a vurdert i regulering og praksis rundt disse spørsmålene i norsk rett..

2.3 Sammenhengen mellom § 18 a og andre bestemmelser i ekteskapsloven

For denne utredningen vil det—som jeg skal komme nærmere tilbake til—være spesielt relevant å vurdere rettsstridig tvang når det gjelder reguleringen av barneekteskap og dette gjør at den *generelle* reguleringen av tvangsekteskap vil være aktuell for flere av de spørsmål som skal gjennomgås her. Det bør derfor innledningsvis nevnes at i tvangsekteskapstilfellene fremstår forholdet mellom ekteskapsloven § 18 a og § 16 tredje og fjerde ledd som noe inkonsekvent og uklart.

⁶ Kongeriket Norges Grunnlov, 17. mai 1814, heretter Grunnloven.

⁷ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, heretter menneskerettsloven eller mrl.

Et § 16 tredje ledd er en selvstendig bestemmelse som i utgangspunktet vil gjelde uavhengig av § 18 a. Den har vært ansett å gjelde også utenlandske ekteskap så lenge saken har verneting i Norge.⁸ Den lyder:

«Hver av ektefellene kan reise søksmål for å få kjent ekteskapet ugyldig dersom han eller hun er blitt tvunget til å inngå ekteskapet ved rettsstridig atferd. Dette gjelder uavhengig av hvem som har utøvd tvangen.»⁹

Thue formulerer dette som at vi ikke trenger å gå veien om ordre public for at ekteskapet skal kjennes ugyldig, ettersom § 16 tredje ledd gir en selvstendig hjemmel for dette i tvangsekteskapstilfellene, så lenge saken har verneting i Norge.¹⁰ Holmøy, Lødrup og Asland finner det dog vanskelig å forene at utenlandske ekteskap omfattes av § 16 tredje og fjerde ledd med de spesielle reglene som er innført gjennom § 18 a andre ledd a og b, som er innført nettopp fordi de i stor grad regulerer nettopp tvangsekteskap.¹¹ § 18 a andre ledd lyder:

« Et ekteskap som er inngått i utlandet, anerkjennes ikke her i riket dersom minst en av partene var norsk statsborger eller fast bosatt her i riket på vigselstidspunktet, og:

- a) ekteskapet er inngått uten at begge parter var til stede under vigselen,
- b) en av partene var under 18 år, eller
- c) en av partene allerede var gift.

Etter begjæring fra begge parter kan ekteskapet likevel anerkjennes dersom sterke grunner taler for det. Departementet fastsetter hvilke fylkesmenn som skal behandle slike begjæringer.»

De mener at dette to-sporede system bør avklares ved lov, men at det inntil videre bør være slik at § 16 tredje og fjerde ledd, siden det er innarbeidet i rettsoppfatningen, bør gis forrang

⁸ Jf. Ot. prp. nr. 44 (1993-94) s. 12-13. Rettspraksis har fulgt denne linjen slik at utenlandske tvangsekteskap anses å falle innunder bestemmelsen i § 16 tredje ledd så lenge det er verneting for saken her, jf. f.eks. RG 1999 s. 449, RG 2002 s. 912, RG 2002 s. 981.

⁹ Fjerde ledd gjelder søksmålsfrister:

«Adgangen til å reise søksmål bortfaller hvis sak ikke er reist innen seks måneder etter at ektefellen er blitt fri for tvangen. Søksmål kan ikke i noe tilfelle reises senere enn fem år etter ekteskapets inngåelse.»

¹⁰ Thue, Helge Johan 2002. Internasjonal privatrett: personrett, familierett og arverett. Gyldendal akademisk. Oslo, s. 339.

¹¹ Holmøy, Lødrup og Asland 2013 Ekteskapsloven med kommentarer: Bind 1. Gyldendal Juridisk. Oslo, s. 107-108. Denne lovbestemmelsen er altså kommet etter Thues bok.

foran det generelle ordre public-forbeholdet i § 18 a første ledd. Dette støttes av at forholdet til § 16 tredje og fjerde ledd ikke ble vurdert i forarbeidene til el § 18 a. Det kan legges til at dette også vil stemme overens med et *lex specialis* synspunkt ettersom reglene i § 16 tredje og fjerde ledd er mer spesielle enn ordre public-regelen i § 18 a første ledd.

Dessuten mener de at § 18 a andre ledd, på grunn av at bestemmelsen gir uttrykk for nøye overveiede regler som lovgiver ikke synes å ha gitt noen selvstendig vurdering av at skal innpasses i vurderingen etter § 16 tredje ledd flg., bør legges til grunn uten de begrensninger som følger av § 16 tredje ledd flg. Dette betyr altså at et ekteskap som er inngått slik det er beskrevet i § 18 a andre ledd alternativ a-c, ikke vil anerkjennes uavhengig av hvordan ekteskapet ville bli ansett etter en vurdering etter § 16 tredje ledd flg. Dette fremstår som den løsningen som vil være mest i tråd med lovgivers vilje, ettersom reglene i § 18 a andre ledd a-c ellers ville kunne miste noe av sin praktiske rekkevidde.

Også i bigamitilfellene er det dårlig sammenheng mellom § 18 a andre ledd og § 16 jf. § 24. Det må likevel være slik at § 18 a som stadfester at «[e]t ekteskap som er inngått i utlandet, anerkjennes ikke her i riket dersom minst en av partene var norsk statsborger eller fast bosatt her i riket på vigselstidspunktet, og:
c) en av partene allerede var gift.»

Denne regelen stadfester klart at ekteskapet ikke anerkjennes og da vil heller ikke rettsvirkninger av ekteskapet være aktuelt. Ekteskapet kan heller ikke oppløses ved skilsmisse etter norsk rett. § 18 a er derfor en selvstendig regel om ugyldighet som kommer i tillegg til reguleringen av ugyldige ekteskap etter § 16. Når det gjelder § 24 om oppløsning av ekteskapet dersom det er inngått i strid med bigamiforbudet, vil det ikke bli aktuelt for ekteskap som faller inn under virkeområdet for § 18 a andre ledd bokstav c, ettersom det da i norsk rett ikke vil være noe ekteskap og oppløse; etter norsk rett eksisterer det ikke noe ekteskap.

2.4 Menneskerettslige overvåkningsorganers tolkningsuttalelser

Flere av de spørsmål som reises i denne utredningen har blitt vurdert av overvåkningsorganene til ulike menneskerettighetskonvensjoner som Norge er part i og som

er inntatt i menneskerettsloven. Det har vært noe uklarhet om disses tolkningsuttalelsers vekt i norsk rett og jeg vil derfor først redegjøre kort for dette.

Det er klart at tolkningsuttalelser fra de internasjonale overvåkningsorganene i utgangspunktet har en betydelig rettskildemessig vekt i gjeldende rett i dag. For Norges del følger dette av en sammenheng mellom folkerettslige og nasjonale rettskilder som gjør seg gjeldende i norsk rett.

Det naturlige folkerettslige utgangspunktet må naturlig tas i tolkningsreglene i Wienkonvensjonen om traktatretten. Norge har riktignok ikke ratifisert konvensjonen, men tolkningsreglene ansees for å være uttrykk for folkerettslige sedvanerett og er således bindende for Norge.

Det er to måter overvåkningsorganenes uttalelser kan ansees å være autoritative med hensyn til fortolkning av rettighetene som er nedtegnet i konvensjonene. Den første er å anse å gi dem vekt på grunn av den stilling komiteene er gitt i selve konvensjonstekstene, jf. VKTR art. 31 (1). Det er riktignok ikke slik, med unntak av EMK, at overvåkningsorganene kan gi tolkningsuttalelser som er bindende for statspartene.

Med unntak av for den europeiske menneskerettighetsdomstolen, følger det direkte av konvensjonstekstene at komiteenes uttalelser *ikke* er bindende for statspartene. For eksempel er kvinnekomiteen opprettet for å «vurdere den fremgang som finner sted i gjennomføringen av denne konvensjon» jf. KDK art. 17¹² og barnekomiteen er opprettet for «å vurdere de fremskritt partene har gjort i retning av å virkeliggjøre de forpliktelser de har påtatt seg i denne konvensjonen» jf. BK art. 43.¹³ Det følger altså direkte av ordlyden at komiteene ikke er gitt noen rett til å gi bindende pålegg for statspartene. Videre er individklageordningene som er etablert for begge konvensjonene, men som Norge kun har sluttet seg til for kvinnekonvensjonens vedkommende, kun en rett for komiteene til å gi «views» i individuelle saker. Disse er altså heller ikke bindende jf. KDK P art 7 (4), selv om statspartene i tråd med artikkelens ordlyd, forplikter seg til å ta tilbørlig hensyn til komiteens og gi et skriftlig svar til komiteen innen 6 måneder etter uttalelsen er gitt.

¹² FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner, 1979. Ratifisert av Norge 21. mai 1981, heretter kvinnediskrimineringskonvensjonen eller KDK.

¹³ FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989, heretter Barnekonvensjonen eller BK.

Til tross for at det mangler konvensjonsforankring for at komiteene skal gi statspartene bindende pålegg, kan man likevel argumentere for at deres fortolkninger har rettskildemessig vekt på grunn av komiteenes status og formålet med opprettelse av komiteene som *er* forankret i konvensjonstekstene. Flere folkerettsteoretikere argumenterer langs disse linjene, altså at siden konvensjonsteksten i seg selv er bindende og komiteen er gitt ansvar for å tolke konvensjonsteksten vil komiteenes fortolkninger om ikke formelt, så i praksis, gi sterke indikasjoner for partene om deres forpliktelser etter konvensjonene.¹⁴ Nowak for eksempel behandler alle typer tolkningsuttalelser fra menneskerettighetskomiteen som autoritative tolkninger av konvensjonen, i sin kommentarutgave.¹⁵

Det andre alternativet er å se på tilslutning til komiteenes uttalelser som statspraksis jf. VKTR art. 31 (3) b eller som annen relevant praksis. Praksis fra komiteene passer riktignok ikke kategoriene som er listet i bestemmelsen.¹⁶ Ettersom listen ikke er uttømmende kan likevel komiteep praksis anses å være relevant praksis etter konvensjonen.¹⁷ Dette er også oppfatningen til den anerkjente International Law Association.¹⁸

For å oppsummere kan man ut i fra dette konkludere at på folkerettsnivået er komiteenes praksis en relevant rettskilde som holder en betydelig vekt.

En slik forståelse som det er redegjort for over stemmer godt overens med hvordan tolkningsuttalelser til konvensjonsorganene har blitt tillagt relevans og vekt i norsk rett. Det har vært en stadig utvikling i norsk rett mot å gi menneskerettigheter økt betydning i rettssystemet, og mot å anse komiteuttalelser både som relevante i fortolkningen av

¹⁴ Steiner, Henry J. et al. 2008. *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals. Text and Materials*. Oxford University Press. Oxford.) s. 915. Nowak, M. 2005. *UN Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR Commentary, 2nd Edition*, N.P.Engel, Kehl. s. 668–669. Hanski, R. and M. Scheinin (eds.) 2003. *Leading Cases of the Human Rights Committee*. Turku : Institute for Human Rights, Åbo Akademi University. s. 22 Joseph, Sarah, Jenny Schultz and Melissa Castan 2004. *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*. Oxford University Press. Oxford, s. 24

¹⁵ Nowak Manfred, 2005. *UN Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR Commentary, 2nd Edition*, N. P. Engel, Kehl, s. XXVII.

¹⁶ Ulfstein, Geir 2009. "Menneskerettslige overvåkningsorganer: betydningen i folkeretten og norsk rett." In Aune et al. (eds.) *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70 års dag*. Cappelen akademisk forlag. Oslo, s. 612.

¹⁷ Ruud, Morten and Geir Ulfstein 2006. *Innføring i folkerett*. Universitetsforlaget. Oslo s. 93.

¹⁸ International Law Association(2004) . *Report of the Seventy-First Conference (Berlin)*. London 2004. . Report of the Seventy-First Conference (Berlin). London 2004, s. 629.

konvensjonenes bestemmelser, så vel som å ha stor vekt i avveiningen mot andre relevante rettskilder. Dette følger for det første av forarbeidene til menneskerettsloven.¹⁹ Videre er det etter hvert en større høyesterettspraksis som uttalt tillegger ulike komiteuttalelser betydelig vekt.

Det har fremkommet en viss kritikk av ulike norske domstoler og myndigheters vurderinger av komiteuttalelser. En side av denne kritikken omhandler at det mangler en argumentativ tilnærming til kildene, kort fortalt at komiteuttalelsene må vurderes ut i fra holdbarheten til de argumentene de fremfører.²⁰ En annen linje med kritikk omhandler at norske domstoler baserer sin rettskildemessige vurdering av komiteuttalelsene på nasjonale rettskilder, typisk å legge stor vekt på forarbeider til inkorporerte konvensjoner.²¹ Det argumenteres med at de nasjonale kildene ikke tilstrekkelig tar høyde for den internasjonale rettstilstanden som Norge er bundet av og at vurderingene mer direkte burde bygges på internasjonale tolkningsregler.

Det ligger utenfor rammen av denne rapporten å gå nærmere inn på denne kritikken. Det som vil legges til grunn videre i utredningen med bakgrunn i det som er redegjort for over, er at komiteuttalelser har en betydelig vekt i fortolkningen av innholdet av inkorporerte menneskerettigheter. I fastleggelsen av uttalelsen, vil naturligvis dens klarhet og relevans for drøftelsen av gjeldende rett med hensyn til barneekteskap og bigamiske ekteskap være av betydning. Videre vil det kunne være av betydning hvorvidt uttalelser om disse typene av ekteskap bygger på et enhetlig og langvarig syn på disse spørsmålene i komiteens arbeid og til slutt naturligvis hvorvidt det samsvarer med andre relevante kilder i feltet.²² Som vil bli nærmere redegjort for under, er det ikke egentlig så mye usikkerhet knyttet til komiteenes fortolkninger når det gjelder barneekteskap og bigamiske ekteskap med hensyn til rettskildemessig vekt. Det som først og fremst har skapt en uklar rettstilstand er at det har vært manglende oppmerksomhet rundt disse kildene, som ved nærmere ettersyn, er av betydning for gjeldende rett på feltet. Når innholdet i uttalelsene kan bringes på det rene vil de i det store og hele få stor betydning for hvordan de nasjonale reglene skal forstås. Ikke minst er jo dette

¹⁹ NOU 1993: 18 (Lovgivning om menneskerettigheter), s. 89.

²⁰ Strand, Vibeke Blaker 2012. Diskrimineringsvern og religionsutøvelse: Hvor langt rekker individvernet? Gyldendal Juridisk. Oslo. 86–96.

²¹ Ulfstein, Geir 2012. “Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer.” Lov og Rett. Vol. 51 (9), s. 552–570.

²² Se Wærstad, Tone Linn 2016. Protecting Muslim Minority Women’s Human Rights at Divorce: Application of the Protection against Discrimination Guarantee in Norwegian Domestic Law, Private International Law and Human Rights Law. Nomos. Baden-Baden, s. 50-57.

situasjonen siden den nasjonale retten det er snakk om jo er et ordre public-forbehold som jo nettopp vil være åpent for å gis et innhold i tråd med den generelle rettsutviklingen. Det vil altså ikke være snakk om noen motstridsproblematikk mellom nasjonal og internasjonal rett, ettersom den nasjonale retten etter sin art vil måtte avhenge av de internasjonale rettighetene når de er inntatt i nasjonal rett. Dette vil jeg komme tilbake til i redegjørelsen for gjeldende rett under.

2.5 Forholdet mellom internasjonale menneskerettigheter og innholdet i ordre public forbeholdet

Det skal også nevnes at det i norsk rett har vært lite fokus på betydningen av internasjonale menneskerettigheter i vurderinger som gjøres i norsk internasjonal privatrett, spesielt knyttet til innholdet i ordre public forbeholdet som gjelder på ulike områder.²³ Internasjonale menneskerettsregulering vil ha stor betydning for hvordan ordre public forbeholdet i el § 18 a skal forstås og dette vil være et hovedfokus i utredningen.

Det er videre et poeng at menneskerettighetene er bestemmende for ordre public kun i den utstrekning at en forståelse av ordre public skal være overens med forpliktelsene etter menneskerettighetene og altså ikke føre til rettighetsbrudd. Når det er sagt vil et ekteskap fortsatt kunne anses å være i strid ordre public, altså grunnleggende rettsgrunnsetninger i norsk rett, uten at dette følger av menneskerettighetsreguleringer. Som jeg skal redegjøre nærmere for vil dette kunne ha aktualitet i om bigamiske ekteskap skal anses å være i strid med ordre public eller ikke.

I denne sammenheng er det videre er nødvendig å bemerke at når det gjelder § 18 a første ledds ordre public-forbehold, så er det opp til den enkelte myndighet som får saken på sitt bord å vurdere om ekteskapet er i strid med norsk rettsorden. Dette er omtalt i forarbeidene slik: «Det finnes ikke noen egen «anerkjennelsesinstans» for ekteskap inngått etter utenlandsk rett. En vurdering av et ekteskaps gyldighet foretas «prejudisielt» av ulike offentlige myndigheter der det er relevant (blant annet utlendingsmyndighetene og folkeregisteret), og beslutningen er ikke uten videre bindende for andre offentlige myndigheter. Det stilles også

²³Wærstad, Tone Linn (2016): Harmonising Human Rights Law and Private International Law through the Ordre Public Reservation: The Example of the Norwegian Regulation of the Recognition of Foreign Divorces. Oslo Law Review, 2016, Issue 1, 51-71. Wærstad, Tone Linn 2016. Protecting Muslim Minority Women's Human Rights at Divorce, s. 232-237.

ulike dokumentasjonskrav i de ulike tilfellene.»²⁴ Det at ulike myndigheter kan få dette spørsmålet på sitt bord tilsier at det bringes større klarhet enn hva det har vært frem til i dag i innholdet i ordre public-forbeholdet i el § 18 a første ledd fjerde punktum.

2.6 Oppsummering

Dette kapittelet har redegjort kort for problematikk knyttet til rettskildesituasjonen og sammenhengen i ekteskapsloven som vil ha betydningen for utredningen av gjeldende rett og vurdering av denne når det gjelder utenlandske inngått barneekteskap og bigamiske ekteskap, som følger i de videre kapitlene. Generelt er det verdt å ta med at når regler som har betydning for oppfyllelsen av menneskers rettigheter og videre som reiser nye spørsmål av familierettslig eller annen karakter i intern rett, bør det være en bevissthet om dette i lovforarbeidet til lovendringen. Dette vil jeg komme tilbake til underveis i denne utredningen, dog med enkelte begrensninger som følger av mandatet og rammen for denne utredningen. Denne problematikken bør altså tas med i et eventuelt videre lovforarbeid angående regulering av anerkjennelse av utenlandske ekteskap i norsk rett.

²⁴ Ot. prp nr. 100 (2005-2006), s. 12.

3 Reguleringen av barneekteskap og bigamiske ekteskap etter ekteskapsloven § 18 a andre ledd

3.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg redegjøre for gjeldende rett når det gjelder ekteskap inngått i utlandet der minst en av partene var norsk statsborger eller fast bosatt i Norge på vigselstidspunktet og en av partene var under 18 år eller en av partene allerede var gift da ekteskapet ble inngått jf. el § 18 a andre ledd. Jeg vil også gjøre enkelte fortløpende vurderinger av rettsstilstanden slik den er i dag av både de lege lata og de lege ferenda-karakter. En særskilt vurdering av hvorvidt reglene åpner for anerkjennelse av ekteskap som ikke kunne vært inngått i Norge behandles for seg i kapittel 7 (punkt 7.2).

3.2 Gjeldende rett med hensyn til ekteskap inngått der minst en av partene var norsk statsborger eller fast bosatt i Norge på vigselstidspunktet, jf. § 18 a andre ledd bokstav b og c

El § 18 a andre ledd vil ikke ekteskap inngått der minst en av partene norsk statsborger eller fast bosatt på vigselstidspunktet anerkjennes dersom en av partene var under 18 år, eller en av partene allerede var gift da ekteskapet ble inngått.²⁵ Bestemmelsen tar sikte på et formelt gyldig inngått ekteskap i utlandet.

Innholdet i kategorien statsborgerskap fremgår av lov om norsk riksborgerrett²⁶ og vil normalt ikke by på tvil. Når det gjelder kategorien «fast bosatt» er den mer usikker, men det følger av forarbeidene at det er ment at man som fast bosatt må ha domisil i Norge i tråd med hvordan domisil-begrepet er utviklet i internasjonal privatrett.²⁷ I vurderingen av hva som nærmere kreves «er det naturlig å se hen til forskrift om når en utenlandsk statsborger skal anses som fast bosatt i Norge i forbindelse med prøving av ekteskapsvilkår.»²⁸ Etter denne forskrift § 1 anses utenlandske statsborgere med bosettingstillatelse som fast bosatt i Norge.²⁹ I følge

²⁵ Jeg behandler ikke stedfortrederekteskapene, som heller ikke anerkjennes etter el § 18 a andre ledd bokstav a, i denne utredningen, ettersom denne tematikken ikke fokus for de overordnede problemstillingene som skal utredes.

²⁶ Lov av 8. desember 1950 nr. 3.

²⁷ Ot. prp. Nr. 100 (2005-2006) s. 36-37.

²⁸ Ibid., s. 37.

²⁹ Forskrift av 5. november 1992 nr. 979, om når en utenlandsk statsborger skal anses som fast bosatt i Norge i forbindelse med prøving av ekteskapsvilkår.

forskriften § 2 må det for utenlandske statsborgere med en oppholdstillatelse som kan danne grunnlag for bosettingstillatelse, gjøres en skjønnsmessig vurdering av om personen skal anses å være fast bosatt. I denne vurderingen skal det legges vekt på en rekke momenter, herunder utlendingens tilknytning til Norge, hvor lenge han/hun har hatt opphold i Norge, om han/hun har til hensikt å bli boende, om han/hun har nær familie i Norge, fast arbeid mv.³⁰

3.3 Barneekteskap og bigamiske ekteskap inngått mens en av partene hadde tilknytning til Norge

Dersom minst en av partene er norsk statsborger eller fast bosatt i Norge og en av partene var under 18 år på vigselstidspunktet vil hovedregelen være at ekteskapet ikke anerkjennes i tråd med bestemmelsen i el § 18 a andre ledd bokstav b.

Forarbeidene til bestemmelsen viser at bestemmelsen i § 18 a andre ledd, ikke er ment å gjelde dersom det foreligger attest fra fylkesmannen «til bruk ved vigsel i utlandet der utenlandske myndigheter krever slik attest.»³¹ Det må altså antas at fylkesmannen kan gi dispensasjon ned til 16 år også for ekteskap der minst en av ektefellene er herboende og at et slikt ekteskap da ikke vil måtte kreves anerkjent etter § 18 a andre ledd siste punktum.

Der minst en av partene med tilknytning til Norge slik det er regulert i el § 18 a, inngår ekteskap mens et ekteskap allerede består, vil ekteskapet ikke anerkjennes etter § 18 a andre ledd bokstav c og heller ikke være et gyldig ekteskap, jf. el §§ 16 jf. 24.³²

Disse ekteskapene kan likevel anerkjennes dersom begge parter begjærer det og sterke grunner foreligger jf. § 18 a andre ledd siste punktum. Fra og med 1. januar 2016 ble myndigheten til å avgjøre slike saker delegert til Fylkesmannen i Oslo og Akershus med Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (Bufdir) som klageorgan. Før 1. januar 2016 var det Bufdir som hadde myndighet til å gi slik etterfølgende anerkjennelse og Barne- og likestillingsdepartementet som var klageorgan. Ettersom anerkjennelsesregelen er felles for barneekteskap og bigamiske ekteskap behandles disse under ett i neste punkt (3.4).

³⁰ Ot. prp. Nr. 100 (2005-2006) s. 36.

³¹ Ot. prp. Nr. 100 (2005-2006) s. 70.

³² Se om sammenhengen mellom el § 18 a og § 16 jf. § 24 i punkt 2.3.

3.4 Etterfølgende anerkjennelse av ekteskapet jf. el § 18 a andre ledd siste punktum

3.4.1 Vilkåret om at begge parter begjærer at ekteskapet skal anerkjennes

Et ekteskap som ikke anerkjennes jf. el § 18 a, kan likevel anerkjennes dersom begge parter begjærer dette og sterke grunner foreligger jf. el § 18 a andre ledd siste punktum. I dette avsnittet skal vi se på hva som ligger i kravet om at begge parter må begjære at ekteskapet skal anerkjennes. Vilkåret er i forarbeidene begrunnet med at begge parter skal få gi uttrykk for sitt syn.³³ Hovedgrunnen bak de nye reglene i § 18 a er å bekjempe tvangsekteskap og det at begge parter skal begjære anerkjennelse vil bidra til å hindre at en som er tvunget inn i et ekteskap senere får anerkjent ekteskapet i Norge mot sin vilje.³⁴ Når det er sagt er det vel tvilsomt hvor treffsikkert et slikt tiltak er mot tvang, ettersom det er naturlig å tenke seg at en som tvinges inn i ekteskap også lett kan tvinges til å skrive under på en begjæring om anerkjennelse. Det vil riktignok uansett bidra til at parten får kunnskap om anerkjennelsessaken og dermed vil kunne benytte seg av andre muligheter for å komme ut av tvangssituasjonen.

Bufdirs notat om praksis nevner en sak der en ektefelle som var tvunget inn i ekteskap og til å skrive under begjæringen om anerkjennelse tok kontakt i etterkant og forklarte at hun var blitt tvunget inn i ekteskapet.³⁵ Begjæringen om anerkjennelse ble avslått uten at det var nødvendig å ta med disse opplysningene i vedtaket.

Forarbeidene gir ikke anvisning på formkrav når det gjelder begjæringen. Praksis slik det er beskrevet i Bufdirs notat viser at det ikke stilles strenge krav til begjæringen verken når det gjelder form eller innhold. Den godtas dersom det fremkommer at partene begjærer at ekteskapet anerkjennes og at begge har skrevet under. Den godtas selv om den er skrevet på norsk og det er klart at en av partene ikke kan norsk, men underskrift av en som representerer parten blir ikke godkjent. Dette er begrunnet med formålet om å gi begge parter kunnskap om

³³ Ot. prp. nr. 100 (2005-2006) s. 55.

³⁴ Ibid.

³⁵ Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet 2016. Ekteskapsloven § 18a: Veileder for saksbehandling av enkeltsaker etter ekteskapsloven § 18a om anerkjennelse av ekteskap inngått i utlandet. (Heretter «Bufdir-notat»).

anerkjennelsessaken, å motvirke tvang og gi partene mulighetene for å gi uttrykk for sitt syn.³⁶

At det kreves begjæring fra begge parter har vært gjenstand for kritikk for at et slikt krav kan være til ulempe for den som bestemmelsen er ment å beskytte.³⁷ Frantzen nevner som eksempel at den svake parten kan ha et legitimt ønske om å få anerkjent ekteskapet for så å kunne få det oppløst. Dette kan være situasjonen dersom det er vanskelig å få ekteskapet oppløst i vigselslandet eller andre land. Andre legitime grunner kunne være der parten ønsket å gjøre seg nytte av rettsvirkninger som følger av ekteskapet.³⁸ Dette vil altså kun bli aktuelt der også den andre parten i ekteskapet begjærer ekteskapet anerkjent. Man kunne tenkt seg et annet utgangspunkt, altså at det var nok at en av partene søkte om etterfølgende anerkjennelse, men at begge parter fikk anledning til å uttale seg i saken og at det så måtte gjøres en selvstendig vurdering av sterke grunner der hensyn til begge parter naturligvis måtte tas med.³⁹

3.4.2 Kravet om sterke grunner

Generelt kan det slås fast at kravet om sterke grunner er et svært strengt krav og at det bare unntaksvis vil være aktuelt å etterfølgende anerkjenne et ekteskap som er inngått i strid med el § 18 a andre ledd, første punktum. Det gjøres anvisning på en slik streng vurderingsnorm i forarbeidene til bestemmelsen og det begrunnes nettopp i formålet med bestemmelsen og at anerkjennelse vil kunne uthule oppfyllelse av dette.⁴⁰ Praksis har fulgt en slik streng norm (Bufdir-notat s. 9).

Forarbeidene peker dessuten på noen sentrale momenter i vurderingen.⁴¹ For det første kan det være et moment for etterfølgende godkjennelse der partene har en svak tilknytning til

³⁶ Bufdir-notat s. 2-3.

³⁷ Frantzen, Torstein 2007. Tiltak mot tvangsekteskap. I Frantzen et al. (red.): Rett og toleranse: Festskrift til Helge Johan Thue. Gyldendal akademisk, s. 223-237 på s.234-235.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid., s. 234. Dette er kan hende spesielt aktuelt i saker der rettsvirkningen det er snakk om er arv til gjenlevende ektefelle og der naturligvis ikke den avdøde kan begjære å få ekteskapet etterfølgende anerkjent på grunn av at sterke grunner foreligger. Dette vil også være aktuelt når det gjelder ekteskap som ikke hadde tilknytning til Norge da ekteskapet ble inngått, se om dette i punkt 8.4.

⁴⁰ Ot. prp. nr. 100 (2005-2006) s. 52.

⁴¹ Ibid. s. 53-54.

Norge og det dermed anses for en legitim grunn for ekteskapsinngåelsen at man ikke kunne forvente at partene har satt seg inn i den norske ekteskapslovgivningen. Dette vil typisk kunne være aktuelt dersom bare en av partene hadde tilknytning til Norge på tidspunktet ekteskapet ble inngått, men at denne var svak, for eksempel at parten hadde norsk statsborgerskap, men hadde vært bosatt i vigselslandet i lang tid. Praksis har ikke ansett svak tilknytning for å være tilstrekkelig grunn når en av partene var fast bosatt i Norge riktignok. Dette begrunnes nettopp i at det stilles krav til parter som er bosatt i Norge å sette seg inn i norsk ekteskapslovgivning. Det opplyses at en reell svak tilknytning i disse tilfellene kan tillegges noe vekt når det ellers foreligger andre sterke grunner.

Et annet hensyn som kan komme opp i vurderingen av slike saker er der partene har barn eller venter barn. Forarbeidene til bestemmelsen gjør det klart at det ikke skal være noen automatisk anerkjennelse selv om dette skulle være tilfelle. Grunnen til dette finnes i formålet med bestemmelsen som skal komme tvangsekteskap til livs. Det kan jo godt tenkes at en graviditet hos et par som har inngått ekteskap ved tvang, også er en følge av tvangen. Det ville altså stride mot formålet å godkjenne slike ekteskap på grunn av graviditet eller at paret har fått barn.

Det har etter at el § 18 a ble vedtatt vært en sterk utvikling i norsk rett for å styrke barns rettigheter og i 2014 ble en ny grunnlovsbestemmelse vedtatt som sier at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle saker som berører barnet. Dette har ført til en kursendring hos Høyesterett der hensynet til barnets beste har blitt vektlagt sterkere i vurderingen der andre hensyn trekker i motsatt retning.⁴² Høyesterettspraksis viser således at andre hensyn som ikke har samme rettslige vekt som barnets beste må vike når det er motstrid. Denne vurderingen kan synes som ikke er reflektert tilstrekkelig i praksis angående kravet i el § 18 a om sterke grunner. For eksempel vises det i Bufdirs notat til at "barnets beste kun er ett grunnleggende hensyn, og det er flere grunnleggende hensyn som må tas med i vurderingen av om det foreligger sterke grunner for å anerkjenne et ekteskap"⁴³. Her kan det være verdt å bemerke at det er en rangorden, som følger av at hensynet til barnets beste er vernet av forrangsbestemmelser både i Grunnloven §104 og menneskerettighetsloven § 3 og at det kan være nødvendig å nyansere motstridende hensyn angående hvorvidt disse også nyter et rettslig vern på samme nivå. Dette vil jo typisk kunne være tilfelle der for eksempel

⁴² Rt. 2015 s. 93 (Maria).

⁴³ Bufdir-notat, s. 9.

en av partene i ekteskapet er tvunget inn i det mot sin vilje og således nyter vern av rettigheter som også er festet i Grunnloven og menneskerettsloven. Når det gjelder barneekteskapene vil det også kunne tenkes tilfeller der hensynet til barnets beste befinner seg på begge sider, ettersom det vil kunne gjelde hensynet til både barnet som partene har sammen og moren til barnet som er tvunget inn i ekteskap før hun ble voksen. I tråd med retningslinjene for vurderingen i forarbeidene, krever det en svært grundig og konkret vurdering i hvert tilfelle. Ikke minst er dette slik fordi det ofte vil reise seg grunnleggende rettigheter (som kan være i motstrid) i den enkelte sak.

I følge forarbeidene kan videre innrettelseshensynet og hvor lang tid det er gått siden ekteskapet ble inngått, være relevant i vurderingen. Det stadfestes riktignok samtidig at det kan være risiko for at ektefeller som har blitt tvangsgiftet kan bli holdt mot sin vilje i utlandet og at dette må myndighetene være observante på når innrettelse og tidsaspekt skal vurderes som sterke grunner. Dette fordrer en grundig og konkret vurdering i den enkelte sak. Bufdir omtaler at i praksis har det blitt lagt liten vekt på dette hensynet, ofte på grunn av at partene ikke har kunnet etablere et familieliv ettersom manglende oppholdstillatelse til Norge for den parten som er bosatt i utlandet, stopper for dette.⁴⁴

Vilkåret om sterke grunner er ikke avgrenset ordlydsmessig eller i forarbeidene til å være knyttet til særskilte grunner og det må derfor gjøres en konkret vurdering i den enkelte sak av grunner som kommer opp. Der det vil ha spesielt negative konsekvenser for partene om de ikke får anerkjent ekteskapet, skal dette vektlegges vurderingen.⁴⁵ Praksis viser at det har blitt vektlagt dersom partene ikke kan etablere seg i vigselslandet evt. et tredjeland.⁴⁶ Det har også vært vektlagt dersom partene ikke har mulighet til å skille seg i hjemlandet for å inngå et nytt ekteskap som vil anerkjennes etter reglene i el § 18 a. Dette vil typisk kunne komme opp der den herboende er flyktning og ikke har mulighet til å returnere til opprinnelseslandet der dette er nødvendig for å kunne få en skilsmisse, og videre gjengifte. Bufdir angir at de foretar en grundig vurdering av hvorvidt det vil være mulig for partene å skille seg og så gifte seg igjen i den enkelte sak, og bruker Landinfo-informasjon i denne vurderingen.⁴⁷

⁴⁴ Det kan kanskje spørres om ikke partene likevel kan innrette seg etter at de er gift på ulike måter, selv om de ikke eller i liten grad kan være sammen.

⁴⁵ Ot. prp. nr. 100 (2005-2006) s. 54.

⁴⁶ En slik vurdering stemmer også overens med hensynene som blir vektlagt i vurderingen av EMK artikkel 8, som skal redegjøres for senere (punkt 4.3.1).

⁴⁷ Bufdir-notat s. 10.

Nærliggende problemstillinger til dette knytter seg til der det stilles krav for å få skilsmisse som strider mot menneskerettighetene eller grunnleggende prinsipper i norsk rett. I slike saker vil dette tale for å anerkjenne ekteskapet på grunn av sterke grunner. Et slikt eksempel, som også nevnes i Bufdirs notat er kravet i tradisjonell muslimsk familierett om at ektemannen ikke kan skille seg og så gifte seg på nytt med samme kvinne, uten at hun har inngått et fullbyrdet (altså at partene har hatt samleie) ekteskap med en annen mann—et såkalt «hilala-ekteskap» og blitt skilt fra han igjen. Landifo har undersøkt hvorvidt denne retten gjelder i ni muslimske land i 2012 og kommet frem til at det ikke gjelder slike krav i noen av disse. Bufdir viser til rapporten og skriver at de ikke har lagt slike hensyn til grunn i deres behandling av etterfølgende anerkjennelse av ekteskap når det foreligger sterke grunner jf. el § 18 a andre ledd, andre punktum.

Det er forståelig at det legges vekt på den formelle retten i vigselflandet når vurderingen av sterke grunner skal gjøres, ettersom det er vanskelig å undersøke og kontrollere uformelle krav til skilsmisse og gjengifte i andre land. Det bør dog være en viss sensitivitet i saksbehandlingen i Norge av at situasjonen reelt sett kan være svært vanskelig for spesielt kvinner, ettersom den formelle retten med formelle skilsmissemuligheter i realiteten kan være stengt for dem. Det finnes et stort forskningsmateriale på vanskeligheter for kvinner i mange muslimske land med hensyn til skilsmisse, og utbredelsen av hilala-ekteskap er også godt dokumentert, også fremstår det som i formell rett.⁴⁸ Forskning fra Norge viser at det også praktiseres i Norge i den uformelle sfære.⁴⁹ Det kan derfor være gode grunner for myndighetene, i hvert fall der partene kan dokumentere det, å legge vekt på også momenter som ligger utenfor den formelle retten i det enkelte land. Ofte gis det ikke noe reelt bilde av rettssituasjonen ved å bare se på den formelle retten. Dette er et lite utviklet felt i menneskerettighetsforskningen, men det vil være aktuelt å vurdere om rett til likhet for loven, ikke-diskriminering og retten til en rettferdig rettergang vil ivaretas tilstrekkelig i den

⁴⁸ WLUM, 2006. *Knowing our Rights. Women, family, laws and customs in the Muslim world*. WLUM. London, kapittel 10. Denne fremstillingen er 11 år gammel og muligens noe utdatert, men påpeker at en rekke land har krav om hilala-ekteskap i lovgivningen sin, der partene har vært gjennom ulike typer skilsmisser, for at partene skal kunne gifte seg igjen, herunder blant annet Algerie, Bangladesh, Pakistan og Iran.

⁴⁹ Taj, Farhat 2013. *Legal Pluralism, Human rights and Islam in Norway: Making Norwegian Law Available, Acceptable and Accessible to Women in a Multicultural Setting*. Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, University of Oslo No. 58. Faculty of Law, University of Oslo. 2013, s. 166.

utenlandske skilsmisssaken, som norske myndigheter pålegger ektefellene ved å ikke anerkjenne ekteskapet etter § 18 a om sterke grunner.⁵⁰

Et annet moment som ikke tas opp i forarbeidene knyttet til vilkåret om sterke grunner og som heller ikke synes å ha kommet i praksis vedrørende bestemmelsen, er i hvilken grad manglende anerkjennelse vil føre til negative konsekvenser på grunn av at det da ikke vil følge noen rettsvirkninger av ekteskapet, slik som arv, økonomiske rettigheter i ekteskapet og ved skilsmisse m.v. Dette kan tenkes å være av relevans i enkelte tilfeller.

Bufdir tar opp et ytterligere moment i sin omtale av praksis i disse sakene, nemlig at det i tråd med formålet for bestemmelsen er å bekjempe tvangsekteskap, men at praksis viser at det er svært vanskelig å avdekke tvang gjennom saksbehandlingen. Tilsynelatende fravær av tvang har derfor ikke fått noen særlig betydning i vurderingene i praksis. Naturlig nok får det avgjørende vekt for å ikke anerkjenne ekteskapet der det foreligger indikasjoner på tvang.⁵¹

3.4.3 Vilkåret om sterke grunner i barneekteskapstilfellene

Dersom ekteskapet inngås der en av partene var under 18 år og minst en av partene er norsk statsborger eller er fast bosatt i Norge jf. el § 18 a andre ledd bokstav b, kan det bare anerkjennes dersom begge parter begjærer det og sterke grunner foreligger jf. el § 18 a andre ledd andre punktum. Vi har allerede sett på de generelle kravene til begjæring og hva som ligger i sterke grunner ovenfor. I dette avsnittet skal vi se på hvilke spesielle momenter som gjør seg gjeldende for vurderingen av sterke grunner særskilt når det gjelder barneekteskap.

Det er grunn til å minne om at kravet om sterke grunner i følge forarbeidene er svært strenge krav, som ikke skal undergrave formålet med hovedregelen om å bekjempe tvangsekteskap og at vurderingen må tas i de konkrete momenter som reiser seg i den enkelte sak. Praksis viser også at kravet har vært strengt bedømt når det gjelder barneekteskapene, der alderen til partene, selv om den vurderes i sammenheng med andre momenter som reiser seg i saken, er

⁵⁰ Se Wærstad, Tone Linn (2016): Harmonising Human Rights Law and Private International Law through the Ordre Public Reservation: The Example of the Norwegian Regulation of the Recognition of Foreign Divorces. Oslo Law Review, 2016, Issue 1, 51-71, på s. 67.

⁵¹ Bufdir-notat s. 10.

et svært viktig moment.⁵² Så lenge Bufdir var myndighet i disse sakene ble det ikke gitt slik etterfølgende anerkjennelse hvor noen av partene var under 17 år og ni måneder.

Bufdir gir videre anvisning på noen typehensyn som har vært vektlagt i disse sakene. For det første har vurderingsnormen som legges til grunn for dispensasjonssøknader for å inngå ekteskap i Norge der en eller begge partene er under 18 år jf. el § 1 a, vært relevant. Formålet med el § 18 a tilsier at det skjer en minst like streng vurdering etter § 18 a. Praksis viser en svært restriktiv praksis etter el § 1 a for søkere under 17 år og denne har vært veiledende også når det gjelder vurderingen av barneekteskapene etter el § 18 a.

For å avdekke mulig tvang eller press for den mindreårige for å inngå ekteskapet foretas det i den enkelte sak intervju med den mindreårige der hun/han alene skal forklare seg. Som nevnt opplever Bufdir at det er vanskelig å avdekke tvang i disse sakene.

Eksemplene som er gitt i rapporten for å belyse vurderingsnormen reiser enkelte særskilte spørsmål. I den ene saken var den mindreårige parten 17 år og 11 måneder og mange hensyn talte for at ekteskapet skulle anerkjennes. Saken viser at det kun vil være i saker der den mindreårige er nær opp til 18 år og andre momenter i saken støtter en anerkjennelse, at det vil være aktuelt å gi ekteskapet etterfølgende anerkjennelse. Et annet eksempel viser en sak som ble avslått der den mindreårige var 17 år og 9 måneder. Her ble det vurdert at partene ville ha mulighet til å skille seg og gifte seg på nytt, men det forklares ikke nærmere hvordan denne vurderingen ble gjort. Som nevnt ovenfor bør det gjøres en konkret helhetsvurdering av denne muligheten i praksis spesielt der kvinnen i ekteskapet er den mindreårige (som det er i de aller fleste tilfeller), ettersom bestemmelsen om sterke grunner i el § 18 a ellers vil kunne ha en indirekte diskriminerende effekt for kvinner. Omtalen av praksis gir ikke nok informasjon til å vurdere hvorvidt dette er tilfelle i håndteringen av saken, men den peker mot at det er viktig å være observant på hvordan sammenblanding av uformelle normer og formell rett i vigselslandet kan slå diskriminerende ut for kvinner på en måte som får betydning for hvordan norske myndigheter vurderer saker etter el § 18 a. Her kan det virke, uten at det er sikkert, som om norske myndigheter bør høyne bevissthetsnivået om diskrimineringsvernet i disse sakene.

⁵² Bufdir-notat s. 14.

3.4.4 Vilkåret om sterke grunner i bigamitilfellene

Det sier seg selv at det neppe vil være aktuelt å anerkjenne reelt bigamiske ekteskap som er inngått i strid med regelen i § 18 a andre ledd bokstav c og der begge ekteskap fortsetter å bestå formelt og samlivet fortsettes i begge forhold. Dette er fordi slike tilfeller nettopp er i kjerneområdet for det bestemmelsen ønsker å ramme og altså at ikke skal anerkjennes i norsk rett. Praksis viser også at anerkjennelse av bigamiske ekteskap begrenser seg til de tilfelle der samlivet i ekteskap nummer en er brutt.

I forarbeidene fremgår det at det vil tale for etterfølgende anerkjennelse nettopp i saker der det første ekteskapet er oppløst etter at ekteskap to ble inngått, altså at partenes ekteskap var bigamisk da det ble inngått i strid med § 18 a, men at senere har det første ekteskapet blitt oppløst og således at ekteskapet har blitt til et monogamt ekteskap. Men det er ikke slik at slike tilfeller får noen automatisk etterfølgende anerkjennelse ettersom det ville kunne undergrave hovedregelen. Det skal jo ikke fremstå som noe likeverdig alternativ for partene å heller benytte seg av vilkåret om etterfølgende anerkjennelse enn å følge hovedregelen i § 18 a om at tidligere ekteskap ikke lenger skal bestå når et nytt ekteskap inngås.⁵³

Praksis viser at de hensyn som har blitt vektlagt er at ekteskapet ikke har vært reelt bigamisk, med dette menes at samlivet i ekteskapet er brutt, at partene raskt har søkt å få det første ekteskapet oppløst når de har blitt klar over at det fortsatt var gyldig som altså forutsetter at ekteskap nummer to ble inngått uten at partene var klar over at ekteskap nummer en fortsatt var gyldig. Bufdir oppgir at saker som har disse kjennetegnene utgjør ca. 50 % av de etterfølgende godkjennelsene av ekteskap etter el § 18 a andre ledd andre punktum.⁵⁴

3.5 Oppsummering

I dette kapittelet har jeg redegjort for gjeldende rett når det gjelder ekteskap inngått i utlandet der minst en av partene var norsk statsborger eller fast bosatt i Norge på vigselstidspunktet og en av partene var under 18 år eller en av partene allerede var gift da ekteskapet ble inngått jf. el § 18 a andre ledd. Jeg har spesielt sett på kravet om sterke grunner for å etterfølgende anerkjenne ekteskapet når begge parter begjærer det. Gjennomgangen viste at det skal mye til

⁵³ Ot. prp. nr. 100 (2005-2006) s. 55-56.

⁵⁴ Bufdir-notat s. 17.

for at vilkåret om sterke grunner anses oppfylt, både når det gjelder barneekteskap og bigamiske ekteskap. Det gjøres i tråd med forarbeidene til bestemmelsen en helhetlig vurdering av de momentene som kommer opp i hver enkelt sak, der relevante hensyn vil være blant annet innrettelseshensyn, tidsaspekt, aktsomhetshensyn og negative konsekvenser av at ekteskapet ikke blir anerkjent.

4 Gjeldende rett vedrørende ekteskap inngått i utlandet der ingen av partene hadde tilknytning til Norge da ekteskapet ble inngått, jf. el § 18 a første ledd – barneekteskap

4.1 Innledning og oversikt

Rettskildesituasjonen med hensyn til innholdet i ordre public-forbeholdet i § 18 a første ledd når det gjelder lav alder hos ektefolkene ved ekteskapsinngåelsen har av forskjellige grunner noen særtrekk som jeg først vil redegjøre kort for.

Forarbeidene til bestemmelsen når det gjelder alderskravet er både utdatert og svakt rettskildemessig fundert. Jeg skal forklare dette nærmere nedenfor. Rundskrivet til ekteskapsloven som ble oppdatert med hensyn til blant annet § 18 a, i 2016, tar ikke opp denne problematikken i det hele tatt og det er sparsomt med andre rettskilder eller litteratur i en norsk kontekst som gir noe særlig bidrag til tolkningen.

Dette skapte vanskeligheter da det i 2015 kom flere gifte, mindreårige flyktninger til Norge.⁵⁵ Det oppsto usikkerhet om ekteskap inngått der partene var under 16 år, kunne anerkjennes i norsk rett og det kom også opp spørsmål knyttet til et eventuelt straffeansvar for ektemennene til disse jentene etter norsk strafferett.

Innholdet i norsk ordre public når det gjelder anerkjennelse av ekteskap inngått der en eller begge ektefeller hadde lav alder ved vigselen fikk altså oppmerksomhet. Flere myndigheter som hadde befatning med disse sakene ga uttrykk for at det var behov for klargjøring av regelverket.⁵⁶ I desember 2016, ga Justis- og beredskapsdepartementet, med hjemmel i utlendingsloven § 76 andre ledd, Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda, instruks om anerkjennelse av ekteskap ved behandling av saker etter utlendingsloven.⁵⁷ Dette vil typisk gjelde familieinnvandringssaker mellom ektefeller. På bakgrunn av den rettslige utviklingen som har vært i intern rett og praksis (se om denne utviklingen nedenfor) ble det gitt generell

⁵⁵ Rapport fra tverretatlig samarbeidsgruppe for implementering av tiltak rettet mot barneekteskap blant asylsøkere, UDI, Politiets utlendingsenhet og Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet, 3.3.2017.

⁵⁶ Brev fra Barne- og likstillingsdepartementet til UDI av 28. april 2016.

⁵⁷ GI-13/2016.

instruks om at UDI og UNE som hovedregel skal «legge til grunn en nedre aldersgrense på 16 år for å kunne anerkjenne et ekteskap som er inngått i utlandet på et tidspunkt der ingen av partene hadde tilknytning til Norge og hvor en eller begge parter var mindreårige.»⁵⁸

Denne instruksjonen gir således både uttrykk for at den rettslige situasjonen slik den uttrykkes i forarbeidene må avklares nærmere, samtidig som instruksjonen i seg selv er med å avklare den rettslige situasjonen ettersom den setter 16 år som hovedregel for hva som skal være godkjent aldersgrense etter § 18 a første ledd fjerde punktum. Instruksjonen bidrar videre med enkelte relevante momenter for når det kan tenkes unntak fra 16 års grensen i norsk rett.

Det er på denne bakgrunn redegjørelsen for gjeldende rett gjøres i neste punkt.

4.2 Ordre public-forbeholdet i el § 18 a første ledd fjerde punktum m.h.t partenes alder ved ekteskapsinngåelsen

Spørsmålet som stilles her vedrører når ordre public forbeholdet som følger av § 18 a første ledd fjerde punktum kommer til anvendelse med hensyn til partenes alder. Dette er som nevnt noe uklart etter gjeldende rett.

Forarbeidene til § 18 a stadfester at grensen ikke er klar, men at ekteskap der en av partene var 11-12 år ikke vil kunne anerkjennes etter norsk rett. Det henvises til Thues utlegning av spørsmålet og stadfestes særdeles knapt at «[e]n ordre public-stridig lav alder for ekteskap må etter departementets oppfatning klart antas å være under 15 år.»⁵⁹

Thues vurdering er fra 2002 og baseres på at det (da) etter norsk rett ble gitt tillatelser til ekteskap for 15-åringene og at ekteskap som var gyldig inngått etter utenlandske regler med parter som er 15 år derfor ikke kunne sies å være «et støtende avvik med norsk rett og oppfatning».⁶⁰ Thue nevner videre at «for noen år tilbake ble tillatelse hendelsesvis også gitt til 14-åringene», men konkluderer ikke der med at dette betyr at også ekteskap der 14-åringene har giftet seg vil gå klar av ordre public forbeholdet.⁶¹ Senere i samme bok, skriver han riktignok at ekteskap inngått med parter i en alder av 14-15 år ikke kan nektes anerkjent i

⁵⁸ GI-13/2016 punkt 3.

⁵⁹ Ot. prp nr. 100 (2005-2006) punkt 2.3.2 (side 12)

⁶⁰ Thue 2002. Internasjonal privatrett: Personrett, familierett og arverett, s. 319.

⁶¹ Ibid.

Norge.⁶² Det fremstår derfor som om Thue setter grensen ved 14 år. I forarbeidene stadfestes det som nevnt at alderen ved ekteskapsinngåelsen klart må være under 15 år for å være i strid med ordre public-reservasjonen.

Vurderingen til Thue bygger altså på at gjeldende intern rett godtar ekteskap ned til 15 år og at det er så kort tid siden det også ble gitt tillatelser til 14-åring, at ekteskap fra utlandet inngått av parter med en slik alder ved ekteskapsinngåelse ikke kan sies å stride mot norsk ordre public. Dette er den vurderingen det bygges på i forarbeidene. Men denne vurderingen som gjøres i forarbeidene kan kritiseres for at ikke Thues synspunkter vurderes selvstendig. Rettslig litteratur har jo liten vekt som selvstendig rettskilde, og vekten vil uansett måtte understøttes av argumentenes «godhet» og egnethet. For eksempel var tillatelsen til å gifte seg for en 14 åring som Thue henviser til som «noen år tilbake» fra før 1978.⁶³ Det kan argumenteres med at dette allerede i 2002 da Thue vurderte spørsmålet (altså 24 år etter), var en aldersgrense som man kunne anse var forlatt som del av norsk ordre public. Dette kunne vært fanget opp i forarbeidene dersom Thues argumenter hadde vært nærmere gjennomgått.

Videre fremstår Thues resonnementer i dag, i lys av den utviklingen som har vært, som svekkede. For det første har det skjedd endringer av retten som gjør vurderingen utdatert. Den norske ekteskapsloven ble endret med hensyn til ekteskapsalder i den samme lovrevisjonen som § 18 a var en del av, i 2007, da det ble stadfestet at«[d]en som er under 18 år, kan ikke inngå ekteskap uten samtykke fra dem eller den som har foreldreansvaret, og tillatelse fra fylkesmannen. Fylkesmannen kan ikke gi tillatelse dersom den som søker, er under 16 år.»⁶⁴ Det er altså slik at muligheten for å gifte seg i Norge er avskåret så lenge man er under 16 år. Spørsmålet er dermed om dette endrer vurderingen av hva som kan sies å stride mot norsk ordre public når det gjelder ekteskapsalder. Om man skal følge Thues resonnement vil det tale for at alderskravet er hevet, dog med et mulig forbehold om at Thue også nevner at praksis fra noen år tilbake vil kunne spille inn på vurderingen av hva som følger av norsk rettsorden og oppfatning. Ser man hen til forarbeidene til el § 1 a der en absolutt aldersgrense for inngåelse av ekteskap i Norge er satt til 16 år, fremstår ikke Thues argument å være av noen særlig betydning. Dispensasjonspraksisen som er omtalt i forarbeidene viser at det fra 2000 ikke er

⁶² Thue 2002. Internasjonal privatrett: Personrett, familierett og arverett, s. 339.

⁶³ Thue 2002. Internasjonal privatrett: Personrett, familierett og arverett, s. 319.

⁶⁴ El § 1 a.

gitt noen tillatelser og kun en søknad om dispensasjon om å inngå ekteskap før 16 år (som ble avslått.) På side 38 oppsummeres argumentene for å lovfeste en absolutt grense på 16 år:

«En lovbestemt nedre grense på 16 år for fylkesmannens dispensasjonsadgang vil være forenlig med straffelovens regler om straffbarhet for ekteskapsinngåelser med noen under 16 år og den seksuelle lavalder. Selv om dette kun vil være en kodifisering av gjeldende rett ser departementet ikke bort fra at bestemmelsen vil ha en viss signaleffekt. Den vil også skape forutberegnelighet for mulige søkere.»⁶⁵

Lovendringen fremstår som sentral nettopp som et uttrykk for at grunnleggende prinsipper i norsk rett og samfunn hadde endret seg; praksis viste at en ny aldersgrense i realiteten hadde inntrådt og dessuten viste mangelen på søknader om dispensasjon at synet på barneekteskap hadde endret seg. Videre er det et poeng at dette også var stadfestet på det strafferettslige området. Dette kan ha betydning for innholdet i ordre public-forbeholdet dersom man ser på den utviklingen som har vært etter lovfesting av 16 års kravet. Det er nå 10 år siden bestemmelsen ble endret.

Rundskrivet til ekteskapsloven behandler ikke ordre public forbeholdet i el § 18 a første ledd i det hele tatt.⁶⁶ Dette fremstår som rart med tanke på at rundskrivet ble redigert i 2016 med hensyn til denne bestemmelsen.

Det er ikke mye annen litteratur som behandler emnet, med et par viktige unntak. For det første behandles det i Holmøy/Lødrup/Aslands kommentarutgave til ekteskapsloven. Selv om siste utgave er gitt etter lovendringen av 2007 gjentas bare tidligere synspunkter som stemmer overens med og referer til de over nevnte kildene, altså forarbeidene og Thues behandling av spørsmålet.⁶⁷

Cordes et al. har i motsetning, vurdert betydningen av de nye reglene i ekteskapsloven med et absolutt forbud mot ekteskapsinngåelser etter norsk intern rett for parter som er under 16 år.⁶⁸ De tar utgangspunkt i 16 år for ordre public-vurderingen og stadfester i tråd med dette at ektefolkene må være under 16 år for at det skal kunne betegnes som ordre public stridig. De

⁶⁵ Bufdir-notat s. 38.

⁶⁶ Rundskriv Q-20/2016 Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (heretter rundskriv Q-20)

⁶⁷ Holmøy, Lødrup og Asland 2013. Ekteskapsloven med kommentarer: Bind 1., s. 120.

⁶⁸ Cordes et al. 2010. Hovedlinjer i internasjonal privatrett. Cappelen akademisk forlag, s. 243 flg.

stadfester riktignok ikke at det vil være i strid med ordre public vurderingen dersom en av partene er under 16 år, kun at det vil være greit så lenge partene er 16 år eller over. Her tas det altså et annet utgangspunkt enn Thue og forarbeidene, men vurderingen er likevel overordnet og reflekterer ikke alle relevante rettskilder som bør vurderes.

Det som først og fremst peker seg ut i rettskildebildet av i dag som det er nødvendig å se hen til, er den menneskerettslige reguleringen av dette spørsmålet som gir Norge som statspart forpliktelser med hensyn til hvordan denne vurderingen skal gjøres i norsk rett.

4.3 Menneskerettslig regulering av alderskravet

De menneskerettighetskonvensjonene som mest relevant behandler spørsmål om statsforpliktelser når det gjelder anerkjennelse av barneekteskap er kvinnediskrimineringskonvensjon og barnekonvensjonen.

Begge konvensjoner er ansett for å etablere en 18 års grense som minstealder for å inngå ekteskap.⁶⁹ Det er ved denne grensen komiteene anser at man er moden nok for å inngå ekteskap:

«Child marriage, also referred to as early marriage, is any marriage where at least one of the parties is under 18 years of age. [...] A child marriage is considered to be a form of forced marriage, given that one and/or both parties have not expressed full, free and informed consent. As a matter of respecting the child's evolving capacities and autonomy in making decisions that affect her or his life, a marriage of a mature, capable child below 18 years of age may be allowed in exceptional circumstances, provided that the child is at least 16 years of age and that such decisions are made by a judge based on legitimate exceptional grounds defined by law and on the evidence of maturity, without deference to culture and tradition.»⁷⁰

⁶⁹ Dette ble stadfestet av kvinnediskrimineringskomiteen allerede i General Recommendation 21 (1994), Equality in marriage and family relations (U.N. Doc. A/49/38 at 1) avsnitt 36. Senere i komiteenes felleskommentar; Joint general recommendation No. 31 (2014), of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/general comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices (CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, 2014), har dette blitt gjentatt og utdypet ytterligere.

⁷⁰ Joint general recommendation No. 31 (2014) avsnitt 20

Et helt sentralt poeng er den sammenhengen som her gjøres mellom barneekteskap og tvangsekteskap. I litteraturen og i forarbeidene til el § 18 a behandles alderskravet som et separat krav ved siden av frivillighet, men denne tilnærmingen er altså forlatt i menneskerettslig regulering av i dag når det gjelder ekteskap inngått før en eller begge parter var 16 år. Normalt vil dette også gjelde for ekteskap inngått før en av partene er 18 år, men komiteene anser altså at det kan være unntak i alderen 16-18 år grunnet i det enkelte barns modenhet.

Et viktig poeng å ta med her er altså at ekteskap inngått før 16 års grensen, i barnekonvensjonen og kvinnediskrimineringskonvensjonens forstand, alltid vil anses å være tvangsekteskap. Dette har igjen betydning for fastleggelsen av innholdet i ordre public-forbeholdet. Tradisjonelt har kravet om frivillighet til å inngå ekteskapet vært ansett som absolutt når det gjelder hvorvidt ekteskapet skal sies å være i strid med ordre public-reservasjonen, men dette har altså vært behandlet separat fra alderskravet. En slik tankegang, som ikke ser alder og tvang i sammenheng på samme måte som de internasjonale komiteene, kommer tydelig frem i forarbeidene til el. § 18 a, blant annet slik det kommer frem i denne passasjen av odelstingsproposisjonen:

«Eksempler på ordre public-tilfeller er der ekteskapet er inngått under rettsstridig tvang eller for øvrig mangler samtykke, eller at ektefellene er svært unge. Hvor unge partene må være før ekteskapet ikke anerkjennes er ikke fastsatt.»⁷¹

Thue behandler også alderskravet separat fra kravet om frivillighet. Han går først gjennom alderskravet (punkt 355) for så å behandle frivillighetskravet. Med hensyn til frivillighet slår han kort fast:

«*Frivillighet.* Det er en absolutt forutsetning for gyldig ekteskap at hver av partene selv vil og uttrykker sin vilje om å gifte seg med hverandre. Dette er også etablerte menneskerettigheter.»⁷²

⁷¹ Ot.prp.nr.100 (2005-2006) Om lov om endringer i ekteskapsloven og straffeprosessloven mv. (tiltak for å forhindre tvangsekteskap mv.), s. 12.

⁷² Thue 2002. Internasjonal privatrett: Personrett, familierett og arverett, s. 319.

Men den direkte koblingen som de internasjonale overvåkningskomiteene senere gjør mellom alder og frivillighet reflekteres altså ikke i disse tidligere vurderingene i norske rettskilder og rettslitteratur.

Videre er det verdt å merke seg at komiteene i den generelle kommentaren har tatt stilling til andre rettigheter som barnet har etter barnekonvensjonen slik som barnets rett til selvbestemmelse og rett til å bli hørt, ikke vil kunne slå gjennom for den absolutte aldersgrensen også når det mer generelle hensynet til barnets beste skal vurderes.⁷³

Ut i fra dette kan det slås fast at der partene som er gift kommer til Norge før begge eller en av partene er 16 år kan ikke ekteskapet anerkjennes av norske myndigheter. En anerkjennelse av et slikt ekteskap vil det ikke være rom for etter barnekonvensjonen og kvinnekonvensjonen.

Den menneskerettslige utviklingen må her anses også å ha betydning i fastleggelsen av hva som vil være norsk rettsorden (ordre public). Dette støttes av at det har vært en jevn utvikling i norsk rett der menneskerettighetene i stadig større grad uttrykkes i positiv formell rett og stadig tillegges større rettskildemessig vekt.⁷⁴

Videre har norsk høyesterettspraksis fastslått betydningen av generelle kommentarer fra overvåkningsorganene i flere sentrale dommer.⁷⁵ Rettstilstanden av i dag tillegger altså de rettighetene som det er snakk om i vurderingen av barneekteskap en betydelig vekt, og det er per i dag klart at ekteskap inngått av noen under 16 år utgjør et brudd på barns menneskerettigheter.

Som nevnt innledningsvis ga Justis- og beredskapsdepartementet, Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda, instruks om anerkjennelse av ekteskap ved behandling av saker etter utlendingsloven, i desember 2016 som er i tråd med kravet om en 16 års grense.⁷⁶ Dette vil typisk gjelde familieinnvandringsaker mellom ektefeller og har også relevans for vurderingen som gjøres i denne utredningen. På bakgrunn av den rettslige utviklingen som har

⁷³ Joint general recommendation No. 31 (2014) avsnitt 20.

⁷⁴ Se punkt 2.4.

⁷⁵ Noen sentrale dommer er Rt. 2008 s. 1764, Rt. 2012 s. 2039, Rt 2015 s. 93.

⁷⁶ GI-13/2016.

vært i intern rett og praksis (se om denne utviklingen ovenfor) gis det generell instruks om at UDI og UNE som hovedregel skal «legge til grunn en nedre aldersgrense på 16 år for å kunne anerkjenne et ekteskap som er inngått i utlandet på et tidspunkt der ingen av partene hadde tilknytning til Norge og hvor en eller begge parter var mindreårige.»⁷⁷ Utviklingen i norsk intern rett gis derfor vekt i vurderingen av ordre public-forbeholdet i el § 18 a.

Instruksen om en nedre aldersgrense på 16 år er ikke absolutt; det åpnes for unntak etter en vurdering av en rekke momenter som listes opp i instruksen. Disse er om partene er jevnbyrdige i alder og utvikling og partenes alder ved søknadstidspunktet. Tidsaspektet samt innrettelseshensynet til partene over å være gift nevnes videre. Det skal også ses hen til om partene har felles barn. Disse momentene er også til stede i vurderingsmomentene som er angitt i forarbeidene angående etterfølgende anerkjennelse av ekteskap jf. § 18 a andre ledd siste punktum, der det foreligger «sterke grunner». Instruksen er skrevet med bakgrunn i en pågående prosess i de tilknyttede departementene med formål om å bringe klarhet i gjeldende rett og endre reglene.⁷⁸ Vurderingen som legges til grunn er dog et selvstendig uttrykk for at innholdet i ordre public-reservasjonen i § 18 a første ledd med hensyn til alder, er endret.⁷⁹

4.4 Oppsummering

Redegjørelsen over viser at barneekteskap inngått i utlandet der en av partene var under 16 år da ekteskapet ble inngått og fortsatt er under 16 år da ekteskapet søkes anerkjent i Norge, og ingen av partene var norsk statsborger eller fast bosatt i Norge ved vigselstidspunktet, ikke kan anerkjennes i norsk rett.

Andre situasjoner med økende alder både ved ekteskapsinngåelsen og ved søknadsanlegget om anerkjennelse, vil kunne føre til et annet resultat, da gjerne kombinert med andre hensyn som gjør seg gjeldende. Denne vurderingen kommer jeg tilbake til i kapittel 6.

⁷⁷ GI-13/2016 punkt 3.

⁷⁸ GI-13/2016 punkt 2. Denne utredningen kan ses å være et ledd i dette arbeidet.

⁷⁹ Til slutt i rundskrivet nevnes at det alltid må vurderes om en nektelse vil være et brudd på retten til familieliv etter EMK artikkel 8. Rammene som settes i EMK artikkel 8 vil redegjøres for senere i kapittel 4 (punkt 4.3.1).

5 Gjeldende rett med hensyn til ekteskap der ingen av partene har tilknytning til Norge ved ekteskapsinngåelsen, jf. el § 18 a første ledd – bigamiske ekteskap

5.1 Innledning og oversikt

Et bigamisk ekteskap er et ekteskap som inngås selv om den ene parten allerede var gift med en annen da ekteskapet ble inngått, jf. el § 4 som lyder: «Ingen kan inngå ekteskap så lenge et tidligere ekteskap eller registrert partnerskap består». Forbudet mot bigami i el § 4 retter seg altså mot etterfølgende ekteskap og smitter altså ikke over på det første, gyldig inngåtte ekteskapet. Det første ekteskapets gyldighet vil altså ikke avhenge av om en av partene gifter seg på nytt uten at dette ekteskapet oppløses.⁸⁰ I det følgende er det nettopp slike etterfølgende ekteskap som vil være i fokus.

I norsk rett er bigami regulert strafferettslig med et forbud mot «brudd på ekteskapsloven» i strl § 262 som fastslår at «Den som inngår et ekteskap til tross for at han allerede er gift, straffes med bot eller fengsel inntil 1 år.»

Dette gjelder altså direkte forbudet i el § 4. Et bigamisk ekteskap som er gyldig stiftet i utlandet vil ikke kunne straffes etter norsk rett riktignok, jf. strl § 5 første ledd som krever at ekteskapet også må være straffbart etter loven i landet der det er foretatt.⁸¹ Bestemmelsen må altså anses for å ha liten praktisk betydning, ettersom det er vanskelig å få til å inngå et bigamisk ekteskap i Norge i og med at dette vil stride mot ekteskapsvilkårene i norsk rett. Straffelovkommisjonen understreket også bestemmelsens manglende aktualitet og foreslo at den ikke skulle videreføres i den nye straffeloven av 2005.⁸² Men bestemmelsen ble opprettholdt hovedsakelig av markerings- og prevensjonshensyn.⁸³

Utlendingsrettens behandling av polygame ekteskap er også av interesse i vurderingen under. Polygame ekteskap gir ikke grunnlag for familiegjening i norsk rett, det vil si, at kun ett

⁸⁰ Det er det senere inngåtte ekteskap (altså etter det første ekteskapet) som omtales som bigamiske ekteskap. Thue 2002. Internasjonal privatrett: Personrett, familierett og arverett, s. 342, skriver om dette slik: «Det konkrete spørsmål er således om vi kan anerkjenne ekteskap nr. 2, eventuelt også nr. 3 og 4; ekteskap nr. 1 kan vi selvsagt ikke møte med at flergifte er ordre public-stridig.»

⁸¹ Lov om straff av 20. mai 2005 nr. 28, heretter forkortet strl.

⁸² NOU 2002:4 Ny straffelov, Straffelovkommisjonens delutredning VII, s. 408.

⁸³ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28, s. 144.

av ekteskapene, der en person har inngått ekteskap med flere før vedkommende etablerer seg i Norge, vil danne grunnlag for familieinnvandring til Norge. Utlendingsloven § 40, sjettede ledd lyder:

«Dersom referansepersonen får opphold i riket etter å ha inngått ekteskap med flere, kan bare én av de ektefellede få oppholdstillatelse.»⁸⁴

Det er altså lagt opp til at herboende kan velge hvilken av ektefellene som skal få innvandre til Norge. Dette er ikke helt uproblematisk sett i et diskrimineringsperspektiv, som jeg skal komme tilbake til nedenfor. Det som er verdt å legge merke til her at det ikke åpnes for at to ektefeller skal kunne innvandre på bakgrunn av ekteskapet, men at det altså ikke skilles mellom ekteskap en og to i utlendingslovens forstand.

I likhet med temaet barneekteskap har det også vært et økt fokus og utvikling av internasjonal rett når det gjelder staters forpliktelser i å bekjempe polygame ekteskapsordninger som utgjør brudd på kvinners rettigheter. I rettslitteraturen og rettskildene som informerer denne vurderingen er denne utviklingen i liten grad reflektert. Det vil derfor være naturlig å undersøke dette nærmere med hensyn til betydningen dette kan ha for innholdet i ordre public-reservasjonen og kravet til sterke grunner i ekteskapsloven § 18 a første og andre ledd i saker om bigamiske ekteskap.

Et utenlandsk gyldig bigamisk ekteskap er i utgangspunktet gyldig i Norge, jf. el § 18 a første ledd første punktum, som lyder: «Et ekteskap som er inngått i utlandet, anerkjennes her i riket dersom ekteskapet er gyldig inngått i vigselslandet.» Altså vil bigamiske ekteskap som er gyldig inngått i utlandet, i utgangspunktet anerkjennes i norsk rett. Som jeg skal redegjøre for under har det riktignok vært ansett å være uklart hvorvidt bigamiske ekteskap skal anses å være i strid med ordre public-forbeholdet og altså ikke kunne anerkjennes fordi de vil strid mot vesentlige rettsgrunnsetninger i norsk rett. Jeg redegjør først for situasjonen i norsk intern rett og ser så på den internasjonale reguleringen av spørsmålet som får betydning for norsk rett.

⁸⁴ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her, heretter utl eller utlendingsloven.

5.2 Rettstilstanden etter norsk «intern» rett⁸⁵

For det første er det slik at en mann, i tråd med hovedregelen om at et i utlandet gyldig stiftet ekteskap også er gyldig i Norge, vil kunne fortsette å være gift med kone nummer en i utlandet og få anerkjent ekteskap nummer to i norsk rett og kone nummer to vil kunne få oppholdstillatelse i tråd med utl § 40 på bakgrunn av det bigamiske ekteskapet. At det er gitt en slik valgfrihet i utlendingsretten peker mot at bigamiske ekteskap der ingen av partene hadde tilknytning til Norge ved ekteskapsinngåelsen ikke vil anses å være i strid med ordre public-reservasjonen. Det er ikke gitt noen begrunnelse for denne rettslige løsningen, så vidt jeg kan se, hverken i forarbeidene til gjeldende utlendingslov eller tidligere lover/forskrift der tilsvarende bestemmelse har vært hjemlet.⁸⁶ Det kan dog tenkes at spørsmål knyttet til hvorvidt dette vil være i strid med norsk ordre public ikke ble vurdert da bestemmelsen ble vedtatt og at det således ikke gir noen egentlig avklaring på hvorvidt bigamiske ekteskap skal anses å være i strid med ordre public.

Spørsmålet er ikke behandlet i forarbeidene til el § 18 a heller, utover at det stadfestes at «[e]t i utlandet gyldig stiftet polygamt ekteskap er i utgangspunktet også gyldig etter norsk internasjonal privatrett, men rettstilstanden i norsk rett er noe uklar.»⁸⁷ Det stadfestes altså at det er en uklar rettstilstand, men det redegjøres ikke nærmere for hva denne uklarheten består i.

Forarbeidene til ekteskapsloven av 1991 gir heller ingen redegjørelse for anerkjennelsesproblematikken. Da loven ble vedtatt og frem til vedtakelsen av § 18 a var den generelle regelen om anerkjennelse av et gyldig inngått ekteskap i utlandet med mindre det var ordre public-stridig, en ulovfestet regel i norsk rett.

Det er begrenset hvor mye som kan leses ut om rettstilstanden i dag fra de to høyesterettsdommene som gjelder bigamiske ekteskap, altså Rt. 1977 s. 715 og Rt. 1983 s. 251. Dette gjelder altså spørsmålet om hvorvidt bigamiske ekteskap skulle anses å være i strid

⁸⁵ Jeg bruker dette noe tvetydige uttrykket «norsk intern rett» for å avgrense mot menneskerettighetene som jeg anser mest ryddig å behandle for seg. Men rettslig sett er jo menneskerettighetene i stor grad egentlig en del av intern rett gjennom blant annet Grunnloven (Kongeriket Norges Grunnlov, 17. mai 1814) og menneskerettsloven.

⁸⁶ Reglene diskuteres i Ot. prp. nr. 46 (1986-87) s. 60, og Ot.prp.nr.75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven), s. 423-424.

⁸⁷ Ot. prp. Nr. 100 (2005-2006) s. 45.

med vesentlige rettsprinsipper i norsk rett (ordre public) og om de derfor ikke kan anerkjennes. Dommene gjelder begge en situasjon der ektemannen hadde inngått ekteskap nummer to etter at han hadde blitt bosatt i Norge og belyser altså ikke hvordan ekteskap inngått før noen av partene hadde tilknytning til Norge, skal vurderes etter ordre public. Dommene er også fra før dagens regulering der bigamiske ekteskap som er inngått i strid med vilkåret i el § 4, ikke lenger kjennes ugyldig og fra før innføringen av el § 18 a. Videre er dommene til dels motstridende og etterlater uklarhet om innholdet i (den da ulovfestede) ordre public-reservasjonen. Ekteskap som sakene gjelder ville i dag uansett bli underlagt reglene i el § 18 a andre ledd bokstav c jf. siste punktum og dommene drøftes derfor ikke videre her.⁸⁸

Det er heller ikke meg bekjent noen underrettsdommer som behandler spørsmålet om innholdet i ordre public-reservasjonen i el § 18 a første ledd, direkte.

I rettslitteraturen er det også sparsomt med vurderinger av innholdet i ordre public forbeholdet når det gjelder gyldig inngåtte bigamiske ekteskap i utlandet og der partene ikke hadde den nødvendige tilknytningen til Norge. En som behandler denne situasjonen er Thue, men også han gir uttrykk for at rettstilstanden er uklar.⁸⁹ Han ser hen til andre europeiske land med en slik begrunnelse: « Med den usikkerhet det er i norsk rett om ordre public-stridigheten av polygame ekteskap, kan det være tjenlig å se hen til hvilket standpunkt man har i andre monogami-land.»⁹⁰ Denne gjennomgangen viser at bigamiske ekteskap i de fleste monogamiske land anerkjenner bigamiske ekteskap og Thue mener at dette peker mot en slik løsning også i norsk rett. Grunnlaget for en slik løsning, som også er en støtte for den, anføres av Thue for det første som økt internasjonalisering, med større respekt for andre kulturer og for det andre «den relativisering av det «kristne» monogame ekteskapet som har skjedd ved skilsmisser, samliv uten vigsel og partnerskap».⁹¹ Thue peker videre på at det er få slike saker og at man allerede anerkjenner visse sekundære virkninger (slik som arv, farskap, bidrag etc.)

⁸⁸ Se for eksempel Holmøy, Lødrup og Asland 2013. Ekteskapsloven med kommentarer: Bind 1.s. 121 og Thue 2002. Internasjonal privatrett: Personrett, familierett og arverett, s. 343-348.

⁸⁹ Thue 2002. Internasjonal privatrett: Personrett, familierett og arverett, s. 343 og 345-346.

⁹⁰ Ibid., s. 346

⁹¹ Ibid., s. 347

av disse ekteskapene og at sammenhengen mellom disse og anerkjennelse av ekteskapet tilsier at de bør anerkjennes.⁹²

Frantzen behandler også spørsmålet om den rettslige status til polygame ekteskap i norsk rett.⁹³ Ettersom bigamiske ekteskap inngått rettstridig i Norge er gyldige etter norsk rett, argumenterer han for at også utenlandske inngåtte bigamiske ekteskap burde være gyldige:

«Når ikke polygame ekteskap inngått i Norge kan kjennes ugyldig, er det enda mindre grunn til at ekteskap som er inngått i samsvar med ekteskapsvilkårene i inngåelseslandet, skal kjennes ugyldig.»⁹⁴

At bigamiske ekteskap inngått i Norge er gyldige følger av at bigami ikke er gjort til ugyldighetsgrunn etter § 16, men er uttømmende regulert i § 24: I § 24 slås det fast at disse ekteskapene skal oppløses, men de er altså ikke ugyldige.⁹⁵

Betydningen dette har for innholdet i el § 18 a første ledd (ordre public-regelen), er riktignok ikke helt klart. Det er noen innvendinger mot argumentasjonen om at ekteskap uten tilknytning til Norge i hvert fall bør anerkjennes når ekteskap inngått i Norge som er bigamiske, er gyldige.

Endringen med at bigamiske ekteskap ikke lenger skulle være ugyldige ble riktignok begrunnet med at det var få ekteskap det ville dreie seg om, at det var ulovlig å gifte seg når et

⁹² Jeg kommer tilbake til hvordan det stiller seg med rettsvirkninger i dagens rettsstilstand. Dersom ekteskapet ikke anerkjennes jf. el § 18 a vil det ikke følge rettsvirkninger av selve ekteskapet, men det vil jo kunne følge rettsvirkninger med bakgrunn i andre grunnlag slik som foreldreskap, kontrakt m.v.

⁹³ Frantzen, Torstein 2002. Arveoppgjør ved internasjonale ekteskap: Studier av norsk internasjonal privatrett med særlig vekt på gjenlevende ektefelles rettsstilling. Fagbokforlaget. Bergen.

⁹⁴ Frantzen, Torstein 2002. Arveoppgjør ved internasjonale ekteskap, s. 421.

⁹⁵ At bigamiske ekteskap ikke lenger skulle være ugyldige kom inn som en del av dagens ekteskapslov. I 1918-loven var disse ekteskapene regulert som absolutte ugyldige ekteskap, dog med visse rettsvirkninger, som at barna ble ansett å være født i ekteskap. Videre var også et ugyldig ekteskap til hinder for inngåelse av nytt ekteskap så lenge ugyldigheten ikke var fastslått ved dom. Hvis i bigamitilfellet det første ekteskap ble oppløst før sak ble reist om ugyldigheten av ekteskap nummer 2, ble dessuten det siste ekteskap gyldig uten ny vigsel. I 1969 ble loven endret slik at bigamiske ekteskap etter dette ble omstøtt (altså en relativ ugyldighetsgrunn) og kun ansett som ugyldige for fremtiden. Se om utviklingen i NOU 1986: 2 Innstilling til ny ekteskapslov – del 1, punkt 5.1.

ekteskap allerede besto, og til slutt for å forenkle ekteskapsloven. Oppløsning av ekteskapet ble ansett for å være en tilstrekkelig reaksjon mot det bigamiske ekteskapet.⁹⁶

Ingen av disse grunnene knytter seg til situasjonen med anerkjennelse av utenlandske bigamiske ekteskap. De to første er uttrykkelig begrunnet i rettslig kontekst der bigami både er en ekteskapshindring og belagt med straffeansvar i norsk rett. At man hadde en mulighet for å møte disse ekteskapene med en *oppløsnings*reaksjon, som ville få de samme praktiske virkningene som den tidligere *omstøtelses*reaksjonen som *ble* betegnet som en *ugyldighets*reaksjon—som samtidig ville oppfylle hensynet til å forenkle ekteskapsloven som var et uttalt mål med den nye loven—ville ikke vedrøre de utenlandske ekteskapene på samme måte. *Utenlandske* bigamiske ekteskap ville ikke være begrenset av forbudet mot bigami i norsk rett og heller ikke være grunnen til at man ønsket å forenkle ekteskapsloven. I det hele tatt berører ikke ekteskapslovutvalget utenlandske ekteskap og anerkjennelse av disse over hodet. På denne bakgrunn er det ikke all verdens å hente i argumentasjonen for å fjerne ugyldighet som en reaksjon mot bigamiske ekteskap i norsk rett, når ordre public-reservasjonen i el § 18 a med hensyn til utenlandske bigamiske ekteskap skal fastlegges.

El § 18 a er riktignok av nyere dato enn både Thue og Frantzens bøker og denne bestemmelsen kompliserer rettstilstanden noe, sammenlignet med slik den var da Thue og Frantzen vurderte den. Dette gir også noen momenter til vurderingen av ordre public-forbeholdet med hensyn til bigamiske ekteskap.

I § 18 a slås det fast at bigamiske ekteskap ikke vil anerkjennes i Norge dersom minst en av partene var fast bosatt eller norsk statsborger på vigselstidspunktet. Ordet anerkjennelse er brukt nettopp fordi ekteskapet kan være gyldig etter vigselslandets (og andre lands) rett, men at det likevel ikke vil anerkjennes som et ekteskap i norsk rett. Disse ekteskapene vil ikke kunne oppløses etter § 24 riktignok, ettersom det etter norsk rett ikke er noe ekteskap å oppløse.

Med en slik forståelse som Frantzen og Thue har, som tilsier at utenlandsk inngåtte bigamiske ekteskap skal være gyldige i norsk rett, vil føre til at rettstilstanden blir noe paradoksal i og med at man da ville være i den situasjon at et bigamisk ekteskap som er rettstridig inngått i

⁹⁶ NOU 1986:2 Innstilling til ny ekteskapslov del I, punkt 5.3-5.6.

Norge vil være gyldig og må oppløses med de rettsvirkninger som følger av § 57 bokstav e jf. § 24 første og andre ledd. Et ekteskap som har *mindre tilknytning* til riket, altså der minst en av partene er norsk statsborger eller fast bosatt i Norge og ekteskapet er inngått i utlandet vil der i mot ikke anerkjennes og heller ikke få noen rettsvirkninger i norsk rett. Til slutt kommer kategorien med de ekteskapene inngått i utlandet der partene ikke har noen tilknytning til Norge. Frantzen argumenterer for at disse ekteskapene dersom de har verneting i Norge, faller innunder samme regler som de ekteskapene som er i første kategori, altså skal være gyldige og måtte oppløses i tråd med § 24. I tråd med en slik tankegang vil ekteskapene med nærmest og fjernest tilknytning dermed være ansett som gyldige etter norsk rett og de som står i en mellomposisjon er ikke gyldige og får ingen rettsvirkninger.

Argumenter som taler for at bigamiske ekteskap skal anses å være i strid med ordre public er at det er helt fremmed for norsk rett og i det norske samfunnet med ekteskap som inngås med mer enn en person. Det monogame ekteskapet er en grunnleggende rettslig konstruksjon i den norske ekteskapsretten, noe som for eksempel illustreres gjennom denne uttalelsen til ekteskapslovsutvalget:

«Norge hevder prinsippet om det monogame ekteskap, som de øvrige nordiske land og den kulturkrets vi tilhører. Forbudet i gjeldende lovs § 9 mot at nytt ekteskap inngås så lenge tidligere ekteskap består, må selvsagt beholdes.

I praksis kan det oppstå særlige problemer når norske myndigheter ikke er kompetente til å behandle en separasjons- eller skilsmissesak, jf. kompetansereglene i tvistemålsloven § 419 a. Et typisk eksempel er at en utlending kommer hit til landet og vil gifte seg her, men er tidligere gift. Det kan være praktisk umulig eller svært vanskelig å få oppløst ekteskapet i hjemlandet, og han/hun har ikke bodd lenge nok i Norge til å kunne få oppløst ekteskapet her. Utvalget finner det imidlertid klart at det ikke kan gjøres noe unntak fra bigamiforbudet av hensyn til slike forhold.»⁹⁷

Videre er det, slik jeg redegjorde for innledningsvis, å inngå et bigamisk ekteskap i Norge, belagt med straff jf. strl § 262. Opprettholdelsen av bestemmelsen ble begrunnet hovedsakelig

⁹⁷ NOU 1986: 2 Innstilling til ny ekteskapslov – del 1, s. 37.

i markerings- og prevensjonshensyn.⁹⁸ Dette peker mot at bigamiske ekteskap strider mot vesentlige rettsgrunnsetninger i norsk rett.

5.2.1 Oppsummering intern rett

En foreløpig konklusjon må være at rettsstilstanden i «intern» norsk rett, altså når det gjelder innholdet i det generelle ordre public-forbeholdet i § 18 a slik den er redegjort for over, så langt fortsatt må sies å være uavklart når det gjelder bigamiske ekteskap som er inngått i utlandet og der ingen av partene ved vigselstidspunktet var norske statsborgere eller fast bosatt i Norge.

5.3 Regulering av bigami i internasjonal rett

5.3.1 Innledning

Selv om Thues tekst er fra over ti år tilbake nevner han likevel at det «muligens» kan anføres et annet grunnlag for at polygame ekteskap skal anses å være strid med ordre public: Nemlig hensynet til likestilling mellom kvinner og menn.⁹⁹ Thue går riktignok ikke nærmere inn på hvilken betydning dette kan få i den rettslige vurderingen av spørsmålet.

Mye har skjedd med hensyn til hvilken status likestillingsprinsippet har i norsk rett. Kjønnsdiskrimineringsvernet har fått en betydelig plass i norsk rett som det ikke hadde for få år tilbake; med grunnlovfesting og inkorporasjon av kvinnediskrimineringskonvensjonen i menneskerettsloven, samt at Høyesterett har stadfestet internasjonal retts vekt i norsk rett i flere dommer de siste årene.¹⁰⁰ Samtidig med dette har det vært rettet et økt fokus mot skadelige praksiser mot kvinner i en rekke internasjonale fora, herunder polygami, slik som i EMD og komiteene som overvåker ulike menneskerettskonvensjoner; menneskerettighetskomiteen, kvinnediskrimineringskomiteen og barnekomiteen. Disse kildene vil nå undersøkes i den videre vurderingen av gjeldende rett, altså med hensyn til hvorvidt bigamiske ekteskap inngått i utlandet uten tilknytning til Norge skal anses å være i strid med ordre public.

⁹⁸ Ot. prp. nr. 22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28, s. 144.

⁹⁹ Thue 2002. Internasjonal privatrett: Personrett, familierett og arverett, s. 348.

¹⁰⁰ Se om dette i kapittel 1.1.

Bigamiske ekteskapsordninger er ikke direkte nevnt i noen av menneskerettighetskonvensjonene, men flere av konvensjonene regulerer ekteskap og likestilling og kvinners menneskerettigheter som har direkte betydning for hvordan bigamiske ekteskap skal behandles av statspartene. Jeg vil først gi en oversikt over denne reguleringen og så redegjøre for hvilken betydning den har for den særskilte problemstillingen som tas opp her: Betydningen av menneskerettslig regulering for innholdet i ordre public-reservasjonen i el § 18 a med hensyn til anerkjennelse av bigamiske ekteskap inngått i utlandet der ingen av partene hadde tilknytning til Norge ved ekteskapsinngåelsen.

Flere internasjonale menneskerettighetskonvensjoner regulerer likestilling i ekteskapet. Kvinnediskrimineringskonvensjonen—som er inkorporert direkte i menneskerettsloven — artikkel 16 stadfester at «[k]onvensjonspartene skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å avskaffe diskriminering av kvinner i alle saker som gjelder ekteskap og familieforhold». Det kan raskt slås fast at en rettslig regulering av ekteskap der menn har anledning til å gifte seg med flere, men kvinner kun har anledning til å være gift med en, er å anse som direkte diskriminerende og i strid med konvensjonen artikkel 16 jf. artikkel 1. Spesielt vil art. 16 første ledd bokstav a (« The same right to enter into marriage») og c («The same rights and responsibilities during marriage and at its dissolution») klart forby bigamiske ekteskapsordninger som skiller på antall ektefeller menn og kvinner kan ha.

Videre følger det indirekte av ordlyden i bestemmelsen at ekteskap med flere ektefeller enn to ikke er innenfor forståelsen av et ekteskap ettersom ekteskap omtaler ektefellene som «begge ektefeller» og således er begrenset til to ektefeller. En slik ordning vil dessuten være problematisk for oppfyllelsen av en rekke andre bestemmelser i konvensjonen, slik som blant annet forbudet mot strukturell diskriminering og kjønnsstereotyper i art. 2 f og 5 a og de generelle reglene om statsforpliktelser i art 2 og 3.

Kvinnediskrimineringskomiteen har i flere generelle kommentarer til statspartene behandlet polygami og slått fast de diskriminerende effekter bigamiske ekteskapsordninger og bigamiske ekteskap har for kvinner, jf. generell anbefaling nr. 21, 27, 28, 29 og 31.

I generell anbefaling nr. 21, som var den første generelle kommentaren komiteen ga med hensyn til kvinners rett til likestilling i ekteskap og familieliv, fastslår komiteen at polygami bryter kvinners rett til likestilling som sikret gjennom konvensjonen¹⁰¹, i avsnitt 14:

«Polygamous marriage contravenes a woman's right to equality with men, and can have such serious emotional and financial consequences for her and her dependents that such marriages ought to be discouraged and prohibited.»

I felleskommentaren avgitt av barnekomiteen og kvinnediskrimineringskomiteen utdypes de diskriminerende og negative effekter polygame ekteskapsordninger har for kvinner i kommentaren, punkt C.¹⁰² Det stadfestes at polygami er i strid med kvinners og jenters verdighet og bryter deres rettigheter og friheter, herunder deres diskrimineringsvern i familien. Det stadfestes på nytt, med henvisning til de tidligere kommentarer komiteen har gitt om temaet, at det påligger statsparter til kvinnekonsensjonen å motarbeide og forby polygami siden det bryter med rettighetene i konsensjonen og dessuten at det har alvorlige konsekvenser for den økonomiske velferden til kvinner og deres barn.

Anbefaling nr. 28 omhandler statsforpliktelsene i art. 2¹⁰³. Her nevnes ikke polygame ekteskapsordninger direkte, men komiteen har senere i generell kommentar nr. 31 stadfestet at de anser anbefaling nr. 28 for å fastslå at polygami er diskriminerende for kvinner og at det kreves aktiv handling fra statspartene for å bekjempe utbredelsen av bigamiske ekteskap: “States parties to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women have explicit obligations to discourage and prohibit polygamy because it is contrary to the Convention.”¹⁰⁴

Menneskerettighetskomiteen—som er komiteen som overvåker statspartenes oppfyllelse av FNs konsensjon om sivile og politiske rettigheter—anser også at det er helt klart at polygami er i strid med konsensjonen og at konsensjonen gir forpliktelser for statene å forby og

¹⁰¹ General Recommendation 21 (1994), Equality in marriage and family relations (U.N. Doc. A/49/38 at 1).

¹⁰² Joint general recommendation No. 31 (2014), of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/general comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices (CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, 2014.)

¹⁰³ General recommendation No. 28 (2010), on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (UN Doc. CEDAW/C/GC/28, 2010).

¹⁰⁴ I kommentaren avsnitt 28.

bekjempe polygami.¹⁰⁵ I generell anbefaling nummer 28 om retten til likestilling mellom kvinner og menn, avsnitt 24 sier komiteen:

«It should also be noted that equality of treatment with regard to the right to marry implies that polygamy is incompatible with this principle. Polygamy violates the dignity of women. It is an inadmissible discrimination against women. Consequently, it should be definitely abolished wherever it continues to exist.»

Men situasjonen til kvinner som er *i* polygame ekteskap har også vært diskutert på den internasjonale menneskerettighetsagendaen. Spørsmål knyttet til dette ble tatt opp av KDK-komiteen i generell anbefaling nr. 29 om økonomisk likestilling mellom ektefeller i familielivet og ved skilsmisse.¹⁰⁶ Her refererer komiteen først til anbefaling nummer 21 i avsnitt 21: «Where civil marriage is not provided for, women in communities that practice polygamy may have no choice but to enter into a marriage that is at least potentially, if not already, polygamous, regardless of their wishes. The Committee concluded in general recommendation No. 21 that polygamy is contrary to the Convention and must be “discouraged and prohibited.»

Videre fortsetter komiteen:

“States parties should take all legislative and policy measures needed to abolish polygamous marriages. Nevertheless, as stated by the Committee in its general recommendation No. 27, “polygamy is still practised in many States Parties, and many women are in polygamous unions”. Accordingly, with regard to women in existing polygamous marriages, States parties should take the necessary measures to ensure the protection of the economic rights of women.”

Her viser altså komiteen den typiske tosidigheten som eksisterer med hensyn til spørsmålet om bigami og andre lignende spørsmål knyttet til diskriminering i ekteskapet; statspartene har en forpliktelse til å bekjempe bigamiske ekteskap, men har samtidig en forpliktelse for å

¹⁰⁵ Human Rights Committee, General Comment 28, Equality of rights between men and women (article 3), (U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10), 2000.

¹⁰⁶ General recommendation No. 29 (2013), on Article 16 of the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women (Economic consequences of marriage, family relations and their dissolution) (UN Doc. CEDAW/C/GC/29, 2013)

ivareta rettighetene til de kvinnene som befinner seg i slike ekteskap. Dette vil jo typisk gjelde de økonomiske rettsvirkningene som følger av ekteskap, slik som arv, foreldreskap og økonomiske rettigheter i ekteskapet og ved dets avslutning.¹⁰⁷

Når det gjelder den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen er det klart at art. 14 jf. protokoll 7 art. 5 forbyr en ekteskapsordning som tillater flere ektefeller for menn og kun en ektefelle for kvinner. Ingen av statspartene tillater polygame ekteskap og spørsmål knyttet til polygame ekteskaps diskriminerende effekt på kvinner har derfor ikke vært direkte behandlet for den Europeiske menneskerettsdomstol (EMD). Det har dog vært noe rettspraksis knyttet til EMK artikkel 8 som har betydning for vurderingen av gjeldende rett med hensyn til anerkjennelse av bigamiske ekteskap, ettersom disse ofte kommer opp i en migrasjons-situasjon og der det vil være snakk om hvorvidt ekteskapet skal danne grunnlag for familiegjeningforening.

Spørsmål om bigami har altså kommet opp knyttet til *vern* av bigamiske ekteskap etter EMK art. 8. Disse sakene får riktignok ikke direkte betydning for innholdet i ordre public-reservasjonen i norsk rett på dette feltet, ettersom det er en vid skjønnsmargin for hvilke ekteskap som statene kan anse for å være i strid med hvert lands ordre public. Det som følger av EMK artikkel 8 (samt enkelte andre bestemmelser i konvensjonen) får riktignok betydning for rammen av hvordan dette kan reguleres i nasjonal rett og dette vil behandles i kapittel 6.

Når det gjelder internasjonal rett kan det videre stadfestes at spørsmålet om anerkjennelse av bigamiske ekteskap ikke har vært berørt i noen av rapportene fra Norge til de ulike menneskerettighetskomiteene, og heller ikke påkalt noen kommentarer fra komiteene. En kan nok spørre seg om dette nok heller skyldes at det ikke er noe særlig oppmerksomhet rundt dette spørsmålet, enn at det ikke reiser diskrimineringsrettslige spørsmål.

Hva vil så dette ha å si for hvorvidt bigamiske ekteskap inngått i utlandet før noen av partene hadde noen tilknytning til Norge, skal anses å være ordre public-stridige i norsk rett?

¹⁰⁷ Når det gjelder arv tar komiteen opp dette direkte når det gjelder rettigheter til eldre kvinner etter konvensjonen i generell anbefaling nummer 27 (General recommendation No. 27 on older women and protection of their human rights, CEDAW/C/GC/27) i avsnitt 53 anbefaler komiteen i tråd med konvensjonen at statspartene burde: «ensure that upon the death of a polygamous husband, his estate is shared equally among his wives and their respective children»

For det første, påligger det ikke Norge noen forpliktelse til å gi opphold med grunnlag i familieinnvandring til mer enn en ektefelle. Dette er klart slått fast av EMD og ingen andre relevante rettslige kilder fra andre internasjonale konvensjoner leder til noe annet resultat.

Det at ingen av komiteene direkte har berørt tematikken med at rettslige løsninger reiser fra land til land og hvilken betydning dette skal ha for forpliktelser til for eksempel å bekjempe bigami som direkte diskriminerer kvinner, fører til usikkerhet med hensyn til hvilke forpliktelser statspartene har med hensyn til disse problemstillingene. At man må ta utgangspunkt i tolkningsbidragene fra komiteene som gjelder statens egen rett og interne løsninger, fører til at forpliktelser knyttet til transnasjonal rett, i mindre grad er sikker. I vår verden beveger mennesker seg over grensene i stadig større grad og tar med seg rettslige forpliktelser og rettslige statuser som har betydning. Denne utviklingen fører til et behov for at de internasjonale organene tar tak i denne problematikken og gir veiledning på innholdet i statsforpliktelsene knyttet til behandling av slik utenlandsk rett. Det at det mangler tolkningsbidrag fra de internasjonale organene på dette området gjør innholdet i konvensjonsforpliktelsene uklart. Det er typisk at spørsmål knyttet til diskrimineringsvernet vil komme opp i slike situasjoner og det er altså ikke klarlagt hvor mye aktivitet som kreves for å sikre at diskrimineringsvernet skal oppfylles. Det oppstår noen særskilte problemstillinger i en transnasjonal situasjon, som det ikke er tatt høyde for i den internasjonale menneskerettsagendaen i dag.

Når det forøvrig gjelder anerkjennelse av bigamiske ekteskap (altså likevel slik at kun en ektefelle får familiegjenforening til herboende), gir altså de internasjonale kildene ikke noe klart svar, men noen holdepunkter kan likevel trekkes. Norge er forpliktet til å bekjempe bigamiske ekteskap, altså i utgangspunktet også når slike ekteskap «reiser» til Norge som et ledd i familieinnvandringssaker. Men i og med at det påligger statene en forpliktelse å ivareta de økonomiske rettighetene til kvinner som befinner seg i polygame ekteskap, kan det vanskelig sies å være noen plikt til *ikke* å anerkjenne slike ekteskap i seg selv, med tanke på at det kunne gjøre situasjonen vanskeligere for ektefellene.

Rent prinsipielt fremstår det som problematisk slik det er i norsk rett i dag, altså å likestille ekteskap nummer en med etterfølgende ekteskap og gi mannen en valgfrihet med hensyn til hvilken kone han skal gjenforenes med som ledd i familieinnvandringssak med grunnlag i

ekteskapet. Et praktisk problem knyttet til dette vil jo være at norske myndigheter i liten grad vil ha noe kunnskap om at det eksisterer et annet ekteskap i utlandet. Det vil likevel innebære at det i norsk rett i dag er slik at bigamiske ekteskap, som ikke kunne vært inngått i Norge, vil bli anerkjent og danne utgangspunkt for familieinnvandring til Norge jf. utl § 40.

5.3.2 Oppsummering internasjonal rett

For å oppsummere er det altså slik at det er klart at ekteskapsordninger som tillater menn å gifte seg med flere koner, men ikke lar kvinner gifte seg med flere menn, er direkte diskriminerende og i strid med menneskerettighetene. Det påligger statspartene å bekjempe utbredelsen av slike ekteskap. Forpliktelsen er i hovedsak rettet mot å bekjempe at nye bigamiske ekteskap inngås. Når det gjelder ekteskap som allerede har blitt inngått oppstår det forpliktelser som altså på samme tid trekker i en annen retning enn bekjempelsesforpliktelsene, nemlig å ivareta rettighetene til kvinner som befinner seg i slike ekteskap. Hva denne forpliktelsen nærmere går ut på er i liten grad utmeislet, men at det påligger en forpliktelse av generell karakter gjør i hvert fall at bevisstheten om kvinners rettigheter når de er del av et bigamisk ekteskap må vurderes i saker der dette kommer opp, og at det innebærer en forpliktelse til å ivareta rettigheter som følger av ekteskapet til en viss grad. For norske myndigheters vedkommende må det nok sies at det som finnes av relevante menneskerettslige kilder av i dag er så pass sparsomt at det finnes et visst handlingsrom for myndighetene om hvordan de tror de best kan behandle disse spørsmålene innenfor disse generelle utgangspunktene.

Et hovedpoeng som ikke må mistes av syne er riktignok konsekvensene det vil få om et bigamisk ekteskap ikke anerkjennes etter norsk rett, og hvorvidt disse kan sies å være et brudd på kvinnes rettigheter. Rammen for regulering i norsk rett er altså vid, men ikke absolutt. Dette leder meg over i neste del av utredningen der det skal vurderes hvorvidt anerkjennelse av ekteskap som ikke kunne vært lovlig inngått i Norge kan nektes anerkjent i norsk rett.

5.4 Oppsummering og veien videre

Undersøkelsen av hvorvidt bigamiske ekteskap inngått i utlandet der ingen av partene var norsk statsborger eller fast bosatt i Norge ved ekteskapsinngåelsen, er gyldige etter norsk rett, avdekket en rekke uklarheter og dilemmaer knyttet til denne retten.

I intern rett er det uklart hvor grensene etter ordre public-forbeholdet etter el § 18 a første ledd fjerde punktum trekkes.

Når det gjelder internasjonal rett strider bigamiske ekteskapsordninger helt klart mot menneskerettighetene og det følger klare statsforpliktelser for statspartene i å forby og bekjempe utbredelsen av bigamiske ekteskap. Dette kan synes å gi argumenter for å ikke anerkjenne bigamiske ekteskap etter norsk rett.

Men på den annen side påligger det statspartene også en forpliktelse i å ivareta de økonomiske rettighetene til kvinner og barn som befinner seg i polygame ekteskap og dette vil ha betydning for hvordan bigamiske ekteskap kan reguleres i norsk rett.

Dette skal jeg komme tilbake til når nærmere regulering av disse ekteskapene skal behandles i de neste kapitlene. Først skal jeg se nærmere på andre rammer for eventuell regulering av utenlandske barneekteskap og bigamiske ekteskap i kapittel 6 og så gjøre vurderinger av mulige endringer og ulike hensyn og momenter som vil reise seg med hensyn til en konkret regulering i norsk rett i kapittel 7.

6 Rammer for regulering av anerkjennelse av utenlandske ekteskap etter Norges internasjonale forpliktelser

6.1 Innledning

I dette kapitlet skal jeg se på hvorvidt det følger rammer som en regulering av de ekteskapene det er snakk om her, av annen menneskerettsregulering enn den som allerede har vært gjennomgått og i internasjonal privatrett.

6.2 Menneskerettslige rammer: Sammenhengen med utlendingsretten

Det vil være slik at Norges internasjonale forpliktelser i noen grad vil sette rammer for regulering av anerkjennelse av ekteskap. Dette vil kunne være når manglende anerkjennelse for ekteskap får konsekvenser for ektefellens eller barns mulighet for å få oppfylt økonomiske rettigheter som følger av ekteskapet jf. KDK artikkel 16, som vi så på i forrige kapittel. Det vil videre kunne oppstå problemstillinger for om den utenlandsk bosatte ektefellen kan få oppholdstillatelse til Norge med bakgrunn i familieinnvandring på grunn av ekteskapet. Spesielt vil EMK artikkel 8 være relevant ettersom den oppstiller visse krav til å tillate familieinnvandring til noen som oppfyller visse krav til tilknytning (typisk fast bosted, men kan også være mer midlertidige tillatelser) til medlemstaten. Artikkelen lyder:

«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.»

Begrepet familieliv omfatter selvsagt forholdet mellom ektefeller, samt forholdet mellom foreldre og barn, som vil være de typiske familieforhold som er aktuelle for de spørsmål som resies seg i denne utredningen.

Retten til familieliv i art. 8 suppleres av art. 12 om retten til å gifte seg og stifte familie, samt syvende tilleggsprotokoll art. 5 om likhet mellom ektefeller på det familierettslige område. Her som ellers gjelder også ikke-diskrimineringsprinsippet i konvensjonen art. 14.¹⁰⁸

Praksis for EMD viser riktignok at statene har en vid skjønnsmargin med hensyn til å bestemme over hvem som skal få komme inn i landet og ikke, men det stadfestes likevel at det *kan* være et brudd med artikkel 8 ikke å gi rett til familieinnvandring for en med den nødvendige tilknytning til en medlemstat. Prinsippene som EMD bygger på når den bestemmer rammen for statsforpliktelser under artikkel 8 ble oppsummert saken i *Gül v. Switzerland* i avsnitt 38:

«The Court reiterates that the essential object of Article 8 (art. 8) is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities. There may in addition be positive obligations inherent in effective "respect" for family life. However, the boundaries between the State's positive and negative obligations under this provision (art. 8) do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation.

The present case concerns not only family life but also immigration, and 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 and the general interest. 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 into its territory.

Moreover, where immigration is concerned, Article 8 (art. 8) cannot be considered to impose on a State a general obligation to respect the choice by married couples of the country of their matrimonial residence and to authorise family reunion in its territory. In order to establish the scope of the State's obligations, the facts of the case must be considered.»¹⁰⁹

I dommen *Z.H. og R.H. mot Sveits* utdypes denne vurdering ytterligere:

¹⁰⁸ Møse, Erik. 2002. *Menneskerettigheter*. Cappelen Akademisk forlag, Oslo, s. 414.

¹⁰⁹ *Gül v. Switzerland*, Application no. 23218/94, 19. februar 1996.

“The Court recalls that 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. 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 (for example, a history of breaches of immigration law) or considerations of public order weighing in favour of exclusion”

Disse sakene, som også støttes av annen EMD-praksis viser at domstolen bare i begrenset grad anser artikkel 8 for å gi en rett til innreise. Det er altså ikke noe absolutt krav om å godta familiegjenforening mellom ektefeller og det er ikke ektefellenes valg hvor de ønsker å bosette seg. En konkret vurdering blir det avgjørende. Men det må altså vurderes ut i fra de rammene for hva staten kan foreta seg med hensyn til regulering av familieretten og utlendingsretten tas hensyn til i oppfyllelsen av EMK artikkel 8 i den enkelte sak. Dette tilsier, dersom regulering skal innføres om å ikke anerkjenne bigamiske ekteskap, at en unntaksbestemmelse innføres. Jeg skal nå se nærmere på bigamiske ekteskap og barneekteskap slik de er blitt behandlet i EMD direkte.

6.3 Bigamitilfellene

Når det gjelder bigamiske ekteskap i *intern* rett fremkommer det fra EMD-praksis at disse ikke er vernet av artikkel 8. Allerede i saken James and Others v. the United Kingdom¹¹⁰ ble det stadfestet at det ikke påligger medlemsstatene noen forpliktelse i tillate noen å være gift med flere i intern nasjonal rett.

Kommisjonen har videre stadfestet at medlemsstatene ikke er forpliktet til å anerkjenne polygame ekteskap. I saken E.A. and A.A. mot Nederland uttalte domstolen : «when considering immigration on the basis of family ties, a Contracting State cannot be required

¹¹⁰ James and Others v. the United Kingdom of 21 February 1986, Series A no. 98. Se også Alam and Khan v. The United Kingdom fra 1966 (application No. 2991 /661968 Y.B. Eur. Conv. H.R. 788 (Eur. Comm’n H.R.)

under the Convention to give full recognition to polygamous marriages which are in conflict with their own legal order»¹¹¹

Det vil riktignok ikke alltid være slik at den familieforbindelsen som behandles i disse sakene som gjelder det bigamiske ekteskapet direkte. Denne saken gjaldt for eksempel familieforbindelsen mellom en far og sønn fra et første ekteskap der sønnens mor var kone nummer 1 og bodde i utlandet, mens faren bodde med kone nummer 2 i medlemsstaten. Sønnen flyttet til Nederland og fikk en midlertidig tillatelse til å bo der, men når han søkte om en permanent tillatelse fikk han avslag på bakgrunn av at Nederland har regler som ikke anerkjenner verken familieinnvandring for mer enn en ektefelle og heller ikke barn fra mer enn ett ekteskap, med begrunnelse om at slike anerkjennelser strider mot ordre public i Nederland med hensyn til hvilke ekteskap og barn som er resultat av dem, som godkjennes.

Domstolen kom i saken frem til at det var etablert familieliv mellom far og sønn, og måtte så vurdere om det var skjedd en inngripen i dette familielivet som brøt med artikkel 8 andre ledd. Domstolen fant dog at det ikke var brudd på forholdsmessighetsprinsippet i art. 8 nummer 2 når de avveide det faktum at sønnen også var del av familie med sin mor som bodde i Marokko og Nederlands behov for innvandringskontroll, som domstolen fant var nært knyttet til ordre public-vurderingen av ekteskap.

Igjen tegnes altså et bilde av en stor skjønssmargin for statene med hensyn til hvorvidt bigamiske ekteskap skal kunne anses som uforenelige med ordre public, men det må foretas en vurdering av forholdsmessigheten i vedtaket.

6.4 Barneekteskapene

I saken Z.H. og R.H. mot Sveits (saknr. 60119/12) gjorde domstolen det klart at statene ikke er under noen forpliktelse etter artikkel 8 om å anerkjenne et ekteskap inngått da en av partene var 14 år. Et slikt ekteskap var ikke å anse som å falle innunder «familieliv» i konvensjonens forstand.¹¹² EMD kommer også med mer generelle uttalelser i sin behandling av artikkel 12 hvor domstolen kommer til at: “Article 12 expressly provides for regulation of marriage by

¹¹¹ Dommen punkt 2.

¹¹² Avsnitt 44. En dommer var uenig i dette, men mente likevel at det ikke var kommet til noe brudd på artikkel 8 i saken.

national law, and given the sensitive moral choices concerned and the importance to be attached to the protection of children and the fostering of secure family environments, this Court must not rush to substitute its own judgment in place of the authorities who are best placed to assess and respond to the needs of society.”

Dette tilsier altså at det er en vid skjønnsmargin for statene med hensyn til hvorvidt de ønsker å anerkjenne utenlandske ekteskap inngått da partene var barn. Domstolen henviser også spesifikt til ordre public som et generelt hensyn som kan tillate utvisning av innvandrere (jf. artikkel 8 andre ledd) på tross av at dette griper inn i familielivet jf. art. 8 første ledd (i avsnitt 41):

“The Court recalls that 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. 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 (for example, a history of breaches of immigration law) or considerations of public order weighing in favour of exclusion.”

Lovgivningen som ga uttrykk for sveitsisk ordre public i denne saken var satt til 16 år. Det skal dog sies at den mindreårige i denne saken fortsatt var mindreårig da saken kom opp i Sveits; dette kan tilsi ut i fra reelle hensyn at det er større grunn til ikke å anerkjenne ekteskapet (slik det er redegjort for over). Men dette bemerkes altså ikke nærmere av EMD.

6.5 Internasjonalprivatrettslige rammer

Utgangspunktet er at enhver rettslig avgjørelse fattet av en stats myndigheter er en statsakt og uttrykk for statssuverenitet og således ikke vil gjelde utenfor statens grenser. Det er opp til andre stater hvorvidt avgjørelsen skal anerkjennes og dette vil typisk være gjennom enten

intern lovgivning eller avtale med vedkommende stat.¹¹³ Dette utgangspunktet gjelder riktignok ikke for statusavgjørelser (herunder utenlandske ekteskapsinngåelser). Det er et internasjonalt anerkjent prinsipp at disse anerkjennes så fremt de er formelt gyldige i stiftelseslandet.¹¹⁴ Hensynet bak regelen er åpenbar: Partenes innrettelse etter å være gift er normalt både legitim og beskyttelsesverdige og det ville være uheldig om parter skulle være ansett som gift i en stat og som ugift i en annen.

Det er altså sedvane å anerkjenne gyldige utenlandske ekteskap, men dette vil naturligvis ikke gjelde absolutt. Thue omtaler hovedregelen som «et prinsipp som må prøves i forhold til det aktuelle typetilfellet». Ettersom vi ikke hadde lovgivning som direkte regulerte anerkjennelse av utenlandske ekteskap da Thues bok ble utgitt, går han direkte til å vurdere ulike tilfeller der det utenlandske ekteskapet ville stride mot den da ulovfestede ordre public-reservasjonen i norsk rett. Det vil altså være mulig å gjøre unntak fra utgangspunktet om å anerkjenne utenlandske ekteskap både i positiv rett og gjennom det generelle ordre public- forbeholdet.

6.6 Oppsummering

Ut i fra redegjørelsen ovenfor, er det ikke verken etter Norges forpliktelser etter menneskerettighetene eller internasjonal privatrett noe som direkte er til hinder for å sette krav i lovverket om å ikke anerkjenne ekteskap som er bigamiske, dog må lovgivningen være innenfor visse rammer, som nok ikke er helt klarlagte, om retten til familieliv jf. EMK artikkel 8 og ivaretagelse av rettigheter som følger av bigamiske ekteskap jf. KDK artikkel 16.

Det er heller ikke hindringer for å endre lovverket slik at ekteskap inngått der partene er under 16 år ikke vil anerkjennes. Det vil riktignok, som redegjort for over, kunne forekomme enkelte situasjoner der rettigheter etter internasjonal rett blir aktuelle på grunn av omstendigheter knyttet til ekteskapet. Dette nødvendiggjør en unntaksbestemmelse dersom man velger å innføre slike regler i positiv rett.

¹¹³ Thue 2002. Internasjonal privatrett: Personrett, familierett og arverett, s. 328-329.

¹¹⁴ Thue 2002. Internasjonal privatrett: Personrett, familierett og arverett, s. 334 og 369. Det eksisterer riktignok to Haagkonvensjoner om ekteskapsstiftelse (av 12. juli 1902 og 14. mars 1978), men ingen av disse er ratifisert av Norge.

7 Vurdering av gjeldende rett om anerkjennelse av barneekteskap og bigamiske ekteskap inngått i utlandet

7.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg i henhold til mandatet for utredningen vurdere eventuelle mulige endringer i regelverket som kan bidra til å hindre anerkjennelse av ekteskap som ikke kan inngås i Norge.

Jeg vil først gjennomgå reglene for hvilke ekteskap som kan inngås etter norsk rett og hvilke rammer det er i norsk intern rett for gyldige ekteskap.

Jeg vil så kort vurdere gjeldende rett når det gjelder de ekteskapene som er inngått i utlandet der minst en av partene var norsk statsborger eller fast bosatt i Norge ved vigselstidspunktet, altså de ekteskapene som reguleres etter § 18 a andre ledd. Denne bestemmelsen er relativt ny i norsk rett og har vært gjenstand for omfattende lovforarbeid og jeg antar at det ikke er ment at utredningen særskilt skal rettes mot å endre denne bestemmelsen. Jeg skal likevel gi rettstilstanden en vurdering knyttet til sammenligning med gjeldende rett når det gjelder ekteskapsinngåelser i norsk rett og vurdere denne, ettersom det er en del av det som skal utredes i henhold til mandatet. Dette vil, for grunner som vil bli ytterligere klargjort under, ikke gjøres til noe hovedelement i utredningen, ettersom der det er størst behov for opprydning og ny regulering er når det gjelder anerkjennelse av de ekteskapene som *ikke* hadde noen tilknytning til Norge ved vigselstidspunktet.

Innledningsvis kan det være grunn til å påpeke at fremstillingen ovenfor viste at det er stor forskjell i hvilke krav som stilles til ekteskap som er inngått før noen av partene hadde tilknytning til Norge (vurderingen etter el § 18 a første ledd), og til ekteskap der minst en av partene har tilknytning til Norge ved ekteskapsinngåelsen (vurderingen etter el § 18 a andre ledd). Dette er naturlig ettersom det ikke kan forventes at mennesker som ikke har tilknytning til Norge skal ta noen særskilte hensyn til norsk rett og videre at deres innrettelse på at de er gift når de har inngått et gyldig ekteskap i vigselslandet fortjener anerkjennelse. Dette innrettelseshensynet er det bærende prinsippet bak hovedregelen i norsk rett, om at et

ekteskap som er gyldig inngått i utlandet skal anerkjennes i norsk rett. Det er således forskjellige hensyn som reiser seg i disse ulike typetilfellene som varierer med tilknytningen til Norge. Dette tilsier at på et generelt grunnlag at ekteskap der partene ikke har tilknytning til Norge ved vigselen skal anerkjennes selv om det fraviker norske ekteskapsvilkår. De to typetilfellene er altså forskjellig og dette har og bør ha betydning for den nærmere vurderingen av anerkjennelse av disse ekteskapene.

Når det er sagt, så vil det i enkelte tilfelle reise seg andre hensyn som gjør at selv om ekteskapet er inngått uten at partene hadde noen tilknytning til Norge ved vigselen, så kan det ikke anerkjennes etter norsk rett. Dette vil typisk være vurderingen som gjøres i tråd med el § 18 a om at ekteskapet ikke kan anerkjennes dersom den strider mot grunnleggende prinsipper i norsk rett, såkalt ordre public. Slik det er redegjort for over, har denne vurderingen av hva som strider mot ordre public vært ansett å være noe uklar i norsk rett både når det gjelder barneekteskap og bigamiske ekteskap og vurderingen av disse ekteskapene blir hovedfokus i dette kapittelet.

7.2 Sammenligningen mellom reglene for anerkjennelse av utenlandske ekteskap og vilkårene for å inngå ekteskap etter intern norsk rett

Mandatet til utredningen ber om at det skal gjøres en vurdering av eventuelle mulige endringer i regelverket som kan bidra til å hindre anerkjennelse av ekteskap som ikke kan inngås i Norge. Det skal særskilt innenfor rammen av Norges menneskerettslige forpliktelser og internasjonal privatrett, utredes mulige endringer i lovverket med et siktemål om *ikke* å anerkjenne ekteskap som ikke kunne vært inngått i Norge. Bigamiske ekteskap kan ikke inngås i Norge og ei heller ekteskap der en part er under 16 år. Spørsmålet som stilles i mandatet er altså hvorvidt disse rettslige skrankene i intern rett også kan danne rammen for anerkjennelse av ekteskap inngått i utlandet.¹¹⁵

Det er av betydning at norsk rett på dette området i utstrakt grad er laget for å oppnå rimelige og fornuftige løsninger basert på de reelle hensyn som reiser seg i den enkelte sak. Flere av de unntaksbestemmelser som gjelder for å gjøre ekteskap som ikke er gyldige/ikke anerkjennes i norsk rett gyldige/anerkjent (eventuelt å tillegge dem særskilte rettsvirkninger), er beskrevet i

¹¹⁵ Jeg minner om at jeg ikke behandler stedfortrederektenskapene i denne utredningen, ettersom denne tematikken ikke er i fokus for de overordnede problemstillingene som skal utredes.

denne utredningen allerede. Det er for eksempel mulig å gjøre dispensasjon fra 18 års-kravet i el § 1 a der foreligger sterke grunner. En lignende vurdering gjelder bigamiske ekteskap der ektefellene ikke ønsker å oppløse ekteskapet og sterke grunner foreligger jf. el § 24 andre ledd. Til slutt kan nevnes nettopp vurderingen av el § 18 a andre ledd siste punktum om at ekteskapet kan anerkjennes likevel der sterke grunner foreligger. Det er også en slik vurdering med unntak når det foreligger sterke grunner som er lagt til grunn i instruksene om anerkjennelse av barneekteskap, som tidligere nevnt.¹¹⁶

Med denne bakgrunn, som også kan sies å ivareta menneskerettslige forpliktelser som påligger Norge til ulike konvensjoner, antar ut i fra mandatet at det ikke er aktuelt å ta inn en bestemmelse *uten* mulighet for unntak heller når det gjelder de ekteskapene som ikke har tilknytning til Norge på vigselstidspunktet som skal utredes her og forfølger ikke den muligheten videre i utredningen. At det skal være mulig å gjøre unntak der sterke grunner foreligger blir derfor et utgangspunkt for den videre drøftelsen. Det reiser seg riktignok svært forskjellige hensyn for ulike type saker, og dette vil vurderes under.

7.3 Vurdering av vilkårene for etterfølgende anerkjennelse av ekteskap etter § 18 a andre ledd siste punktum

Hvilke grenser som gjelder i norsk rett i dag med hensyn til å anerkjenne utenlandske ekteskap jf. el § 18 a andre ledd siste punktum, ble gjennomgått over. Kravet om sterke grunner for at etterfølgende anerkjennelse av både bigamiske ekteskap og barneekteskap, synes å være vel så streng som det den er etter intern rett. Det vil være mulig å dispensere ned til 16 år i intern rett jf. el § 1 a, mens det i praksis etter § 18 a andre ledd siste punktum om sterke grunner ikke har vært gitt dispensasjon til noen under 17 år og ni måneder.¹¹⁷ Det synes som om det i *praksis* etter intern rett og når det gjelder § 18 a andre ledd-ekteskapene, er noenlunde sammenfallende krav som stiller med hensyn til alder.¹¹⁸ Også bigamiske ekteskap kan være gyldige ekteskap i intern rett etter en «sterke grunner» vurdering jf. el § 24 andre ledd andre punktum.¹¹⁹ Innholdet i kravet om sterke grunner når det gjelder bigamiske

¹¹⁶ GI-13/2016

¹¹⁷ Bufdir-notat, s. 14.

¹¹⁸ Brev fra Det kongelige barne-, likestillings-, og inkluderingsdepartement, til Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet og alle landets fylkesmannsembeter av 10.03.2010: Tillatelser etter ekteskapsloven § 1a – dispensasjon fra krav til ekteskapsalder.

¹¹⁹ Se punkt 2.3.

ekteskap, er som vist over meget restriktiv og vil ikke gis der det er snakk om et reelt bigamisk ekteskap. Altså er det heller ikke med hensyn til de bigamiske ekteskapene inngått i utlandet der minst en av partene hadde tilknytning til Norge, noen større anerkjennelsesadgang enn det vil være i intern rett der det foreligger et bigamisk ekteskap.

På bakgrunn av dette kan det konkluderes med at det ikke er noen særlig større adgang til å få anerkjent et ekteskap inngått i utlandet der minst en av partene var norsk statsborger eller fast bosatt i Norge på vigselstidspunktet enn det er etter intern rett for tilsvarende ekteskap.

7.4 Vurdering av vilkårene for anerkjennelse av ekteskap inngått i utlandet etter § 18 a første ledd – barneekteskap

Rettsstilstanden slik det er redegjort for over, med bakgrunn i norsk familierett, strafferett og menneskerettighetenes stilling i norsk rett, tilsier at ekteskap der en av partene er under 16 år når det søkes om anerkjennelse i hvert fall ikke er forenlig med grunnleggende prinsipper i norsk rett og dette legges til grunn her. Dette standpunktet får direkte betydning i de sakene man har sett de siste årene med gifte, mindreårige asylsøkere som kommer til Norge, vedrørende hvorvidt deres ekteskap skal anerkjennes som gyldige etter norsk rett. Der en eller begge parter er under 16 år kan altså ikke ekteskapet anerkjennes etter el § 18 a første ledd. En slik grense stemmer også overens med instruksene som ble gitt til UDI og UNE i desember 2016, som er omtalt foran.¹²⁰

Når det gjelder barneekteskapene synes det i første omgang altså fornuftig først å behandle ekteskap inngått i utlandet der minst en av partene var under 16 år ved ekteskapsinngåelsen og der minst en av partene fortsatt er under 16 år når det skal vurderes om ekteskapet skal anerkjennes eller ikke. Det fremstår som klart av rettsstilstanden, slik den er beskrevet i ovenfor, at et slikt ekteskap allerede vil rammes av ordre public forbeholdet i el § 18 a første ledd, og altså allerede ikke vil kunne anerkjennes i norsk rett. Men slik jeg har beskrevet ovenfor er dette i liten grad fastslått i norske rettskilder og litteratur som behandler spørsmålet. Det kan altså være gode grunner til å stadfeste dette klarere gjennom ytterligere og klarere regulering av spørsmålet. Dette kan gjøres enten som ledd i egen regulering som

¹²⁰ GI-13/2016.

stadfester at ekteskap der noen av partene er under 16 år når anerkjennelse skal vurderes ikke vil bli anerkjent. Eller det kan løses gjennom instruks eller retningslinjer til forvaltningsmyndigheten om at slike ekteskap ikke skal anerkjennes fordi de strider mot ordre public-forbeholdet i el § 18 a første ledd.¹²¹

Ut i fra den redegjørelsen av barnekonvensjonen og kvinnekongresskonvensjonen over, kan det ikke gjøres unntak i denne situasjonen. Barn under 16 år skal ikke være i ekteskap for dette er et brudd på deres menneskerettigheter. Hensynet til barnets beste skal ikke ivaretas gjennom ekteskap, men barnets rettigheter skal beskyttes på andre måter. Dette er også departementets syn i forarbeidene til el § 18 a der det står:

«Argumentet om at en manglende anerkjennelse medfører at rettsvirkningene av et ekteskap ikke inntreffer, bør etter departementets vurdering ikke lede til konklusjonen om at en mindreårig er bedre stilt som gift enn som ugift. Departementets utgangspunkt er at et barn først og fremst skal beskyttes av de reglene som tar sikte på å verne barnets rett og barnets interesse og ikke først og fremst av ekteskapslovens regler. Barns situasjon er sikret gjennom annet regelverk, først og fremst barnekonvensjon, barneloven og barnevernstjenesteloven.»¹²²

Når det gjelder disse ekteskapene vil det altså, dersom man legger til grunn den redegjørelsen for gjeldende rett, som er gjort over, være samsvar mellom hva som kan anerkjennes etter norsk intern rett og utenlandske ekteskap som ikke har tilknytning til Norge ved vigselen: det er grunn til å anlegge en grense, der et ekteskap søkes anerkjent før en av partene er 16 år altså ikke kan anerkjennes etter norsk rett.

Videre når man skal vurdere ordre public grensen må det være slik at der ekteskapet er inngått og alderen til minst en av partene er mellom 16 og 18 ikke alene på grunn av alder kan nektes anerkjent som ordre public stridig. Dette er fordi det både i intern norsk rett og etter menneskerettslig regulering åpnes for å godta slike ekteskap som gyldige. Her vil andre omstendigheter ved ekteskapet dog kunne komme inn og stenge for anerkjennelse.

De typetilfellene som utpeker seg som vanskelig å vurdere er der partene var mindreårige, kanskje til og med så unge som under 16 år da ekteskapet ble inngått, men der det har gått lang tid siden ekteskapsinngåelsen og ektefellene i denne lange tiden har innrettet seg etter at

¹²¹ Dette er jo også gjort i GI-13/2016. Se nærmere om vurderingen av disse forskjellige lovtekniske løsningene i punkt 8.2.

¹²² Ot. prp. Nr. 100 (2005-2006), s. 31.

de er gift. En kan for eksempel tenke seg en som kommer til Norge på grunn av flukt og siden søker om familieinnvandring for sin kone som han har vært gift med i 40 år, så viser det seg at de giftet seg da hun var 15 år. Manglende anerkjennelse av et slikt ekteskap kan under visse forutsetninger (for eksempel der den manglende anerkjennelsen vil avskjære partene fra å søke familieegjenforening) være i strid md EMK art. 8. Det kan også tenkes at det kan komme opp situasjoner der manglende anerkjennelse vil komme i strid med diskrimineringsvernet etter KDK, slik det er beskrevet over. Retten etter menneskerettighetene er noe uklar på dette området, men utgangspunktene etter blant annet EMK artikkel 8 og 14, samt KDK artikkel 16, krever at det er mulighet i den nasjonale retten for å vurdere rettighetene i den enkelte sak. Dette tilsier at det må være en unntaksbestemmelse i lovverket og at det å sette absolutte forbud mot alle ekteskap som ikke kan inngås etter norsk rett, ikke vil være en fornuftig vei å velge når dette skal reguleres i norsk rett.

Her vil noen hensyn komme inn ved siden av innrettelseshensynet. Det at ekteskapet ble inngått i en tid da også femtenåringer kunne gifte seg i Norge, vil være av betydning. Videre kan man tenke seg at med tiden vil de som nå har vært voksne i mange år i større grad gjøre seg opp en selvstendig mening om de ønsker å fortsette å være gift eller ikke.¹²³

Hvordan dette skal vurderes nærmere egner seg kanskje bedre for lovgiver å gjøre i ny positiv lovgivning eller annen regulering enn å underlegge dette vurdering etter det generelle ordre public forbeholdet. Dette vil vurderes i kapittel 8 i vurdering av mulige endringer av loven, som vil bidra til å hindre anerkjennelse av ekteskap som ikke kunne vært lovlig inngått i Norge.

7.5 Vurdering av mulige endringer i regelverket som kan bidra til å hindre anerkjennelse av ekteskap som ikke lovlig kunne vært inngått i Norge – bigamiske ekteskap.

7.5.1 Innledning

Redegjørelsen av gjeldende rett over, viste at bigamiske ekteskap inngått i utlandet der ingen av partene hadde tilknytning til Norge ved vigselen, kan anerkjennes i norsk rett i dag jf. utl. §

¹²³ Lignende momenter er tatt opp i Bufdir-notatet og GI-13/2016.

40. Det stilles ikke noe krav til at det første ekteskapet må være oppløst for at et senere ekteskap skal danne grunnlag for familieinnvandring. Som nevnt skyldes nok dette praktiske hensyn: Det vil i liten grad være slik at norske myndigheter har noe tilgang til informasjon eller noen mulighet for å sjekke hvorvidt et annet ekteskap eksisterer i henhold til et annet lands rett. Det har nok heller ikke vært noe særlig fokus på at det i utgangspunktet monogame ekteskapet (altså det første) skal vernes, i tråd med rettsgrunnsetningene i intern rett om vern av monogame ekteskap.

Dette er altså i kontrast til hvilke ekteskap som kan inngås etter norsk intern rett, hvor det følger av el § 4 at ekteskap ikke kan inngås så lenge et tidligere ekteskap består. Det at bigamiske ekteskap inngått i strid med § 4 ikke blir ugyldige etter norsk rett og det finnes unntak for å anerkjenne bigamiske ekteskap også inngått i strid med el § 4 i el § 24 andre ledd, viser dog at det er noe rom også for bigamiske ekteskap i norsk rett.

7.5.2 Nærmere om etterfølgende anerkjennelse der sterke grunner foreligger

Det er riktignok grunn til å huske på at hovedregelen i internasjonal privatrett er at ekteskap som er gyldig inngått i et annet land skal anerkjennes og at dette prinsippet hviler på gode grunner med lange rettslige tradisjoner, og dette bør reflekteres i vurderinger av unntak om etterfølgende anerkjennelse der sterke grunner foreligger.

Argumentene mot å anerkjenne bigamiske ekteskap er som det er redegjort for over at det er helt fremmed for norsk rettsorden med en slik ekteskapsordning og videre at den er direkte diskriminerende overfor kvinner. Et strukturelt argument oppstår dermed, altså at Norge bør støtte opp om strukturer (her altså ekteskapsordninger) som i minst mulig grad diskriminerer kvinner. Det kan, som redegjort for over, argumenteres for at anerkjennelse av bigamiske ekteskap i noen grad er en støtte av en ordning som direkte diskriminerer kvinner og som videre leder til en rekke brudd på kvinners rettigheter. Det kan i tråd med dette hevdes at dersom en regulering om ikke å anerkjenne kan føre til at situasjonen der bigamiske ekteskap opphører uten at dette fører til rettighetsbrudd for ektefellene, vil dette være en støtte for diskrimineringsvernet og kvinners menneskerettigheter. Dette ville typisk være regulering som førte til at det andre gyldige ekteskapet må oppløses før et nytt kan inngås, eventuelt at begge ekteskap må oppløses for så at man inngår ekteskap med en av ektefellene på nytt, før noe ekteskap kunne anerkjennes etter norsk rett. Det kan dog tenkes mange situasjoner der

den andre ektefellen ikke ville få noen bedret situasjon av at ekteskapet ble oppløst og dette bør være med i vurderingen.

I hvilken grad ektefellene, og eventuelt barna deres er avskåret fra å få oppfylt rettigheter som følger av ekteskapet vil være et moment som bør drøftes etter unntaksbestemmelsen om etterfølgende anerkjennelse dersom sterke grunner foreligger.

Dette vil omhandle forskjellige momenter i den enkelte sak, som det ikke vil være mulig å gi noen uttømmende redegjørelse for, men noen relevante momenter til vurderingen skal omtales her.

7.5.2.1 Rettsvirkninger av ekteskapet

Det er et sentralt poeng knyttet til anerkjennelse av bigamiske ekteskap at det kan følge økonomiske rettigheter med ekteskapet som tilsier at det skal anerkjennes i norsk rett, altså ut i fra et rettighetsperspektiv for de enkelte ektefeller.

For det første er det et poeng at i norsk rett vil i noen grad rettsvirkninger følge selv om ektefellene ikke anses gift. Dette gjelder foreldreskapet. Hverken morskap eller farskap følger nødvendigvis av ekteskapet i norsk rett. Mor er jf. barneloven § 4 den som har født barnet.¹²⁴ Far er den som er gift med mor, men der foreldrene ikke er gift skal farskapet erklæres, jf. barneloven §§ 2 og 3. Det vil altså ikke normalt oppstå rettslige problemer mellom barn og foreldre ved at ekteskapet mellom foreldrene ikke anerkjennes.

For det andre vil det jo være slik at ekteskapet er gyldig i vigselflandet og rettsvirkninger av ekteskapet vil normalt kunne søkes oppfylt der. Dersom man velger en lovendring som gjør at menn ikke lenger kan velge hvilken kone som skal kunne få oppholdstillatelse jf. utl § 40 sjette ledd, men at annet gyldig ekteskap må oppløses før et nytt ekteskap kan inngås og danne grunnlag for oppholdstillatelse i norsk rett, vil normalt den andre ektefellen bli skilt og få de rettsvirkningene som følger av en deling av boet jf. det andre landets rett. Dette ville normalt være i tråd med at de økonomiske rettighetene til kvinnen ble sikret jf. kravene i

¹²⁴ Lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven).

KDK artikkel 16.¹²⁵ Det polygame ekteskapet ville også med dette avsluttes, uten at det normalt ville bety noe rettighetsbrudd i seg selv.¹²⁶

Her kan det riktignok oppstå en del problemer av ulik art, som bør være med i vurderingen av en unntaksbestemmelse etter norsk rett.

Det kan være umulig for ektefellene av både praktiske og rettslige grunner å søke disse rettsvirkningene oppfylt. En flyktning vil kan hende være avskåret for å returnere til vigselslandet, på grunn av frykt for forfølgelse eller på grunn av rettslige hindringer fra å returnere. Videre kan det være hindringer på grunn av krig, mangelfullt fungerende rettsvesen og så videre, som gjør at det å returnere til vigselslandet for å få rettsvirkningene oppfylt kan være avskåret. Det kan også tenkes internasjonalt privatrettslige hindringer, der ektefellenes manglende tilknytning til vigselslandet fører til at de ikke kan søke rettsvirkningene oppfylt i vigselslandet.

Det kan også tenkes at rettsvirkningene av ekteskapet er så vidt forskjellige fra det norske at dette skaper hindringer i seg selv, som gjør at man kan vurdere om sterke grunner foreligger for å likevel anerkjenne ekteskapet i norsk rett. Dette kan for eksempel være at den andre retten er direkte diskriminerende overfor kvinner og at det å nekte anerkjennelse av ekteskapet i norsk rett fører til at kvinnen blir utsatt for direkte diskriminering. Hun vil for eksempel ikke kunne få skilsmisse eller økonomiske rettigheter fra boet ved en skilsmisse fordi hun er kvinne. Denne problematikken reiser en rekke vanskelige spørsmål som er til dels uavklart både etter menneskerettighetene og i norsk rett, men det kan være nødvendig å ta med de hensynene som kan oppstå, når unntaket om etterfølgende anerkjennelse når sterke grunner foreligger, skal vurderes.

Kompleksiteten denne problematikken reiser kan illustreres ved en situasjon der en utenlandsk ektefelle anlegger ekteskapsak, jf. el § 30 b mot herboende ektefelle som har fått familieinnvandring med en annen kone etter utl § 40. Det vil da også kunne reise seg hensyn også av menneskerettslig karakter, jf. diskusjonen over, som tilsier at begge ektefeller i varetas når det gjelder rettsvirkninger av ekteskapene. Rekkevidden av statsforpliktelsene

¹²⁵ Se punkt 5.3.

¹²⁶ Det er grunn til å minne om at en slik behandling om anerkjennelse forutsetter at norske myndigheter som skal behandle saken har kunnskap om at det foreligger et bigamisk ekteskap.

etter kvinnekonvensjonen er riktignok usikre ved at tolkningsuttalelsene fra komiteene først og fremst retter seg mot statenes interne lovgivning. Slike saker reiser en rekke problemstillinger som jeg ikke går nærmere inn i her, men det viser betydningen og rimeligheten av å *kunne* anerkjenne ekteskap nettopp på grunn av rettsvirkningene som følger av ekteskapet.

7.5.2.2 *Hvorvidt ekteskapet er reelt bigamisk*

Videre vil det kunne ha betydning i vurderingen i hvilken grad ekteskapet er reelt bigamisk eller ikke for hvorvidt det skal anerkjennes likevel.

Praksis fra Bufdir vedrørende etterfølgende godkjenning av ekteskapet der det foreligger sterke grunner jf. el § 18 a andre ledd siste punktum, viser at de ekteskapene det hovedsakelig har vært spørsmål om, gjelder der samlivet er brutt og det vil videre være *typisk aktuelt* der ekteskapet som det søkes anerkjennelse om *ikke lenger* er bigamisk. Det vil være ytterligere til støtte for anerkjennelse der partene *ikke har ment* å inngå i et bigamisk ekteskap, men der det har vært misforståelser om det første ekteskapets gyldighet eller der det har vist seg i ettertid å være rettslige hindringer for at ekteskap nummer en er oppløst, som partene har innrettet seg etter at er tilfelle. Disse momentene vil også gjøre seg gjeldende i saker knyttet til utenlandske ekteskap uten tilknytning til Norge ved vigselstidspunktet.

Grunnen kan jo her ofte være at partene tror de er skilt, men så er det noe som hindrer skilsmissen å være gyldig. Det kan også være at det første ekteskapet feilaktig ikke er registrert som oppløst, for eksempel der den første ektefellen er død, men ekteskapet feilaktig fortsatt er registrert.

Begge disse momentene—at partene selv ikke har noen intensjon om å inngå et bigamisk ekteskap og videre at det bigamiske ekteskap kan skyldes feil, misforståelser eller feilregistrering av det første ekteskapet—taler for å godta ekteskapet. Et annet moment i denne vurderingen av mer praktisk karakter er jo at norske myndigheter i liten grad vil få informasjon om et tidligere ekteskap som fortsatt består uten av partene har noe reelt samliv, når partene kan hende ikke er klar over det selv en gang.

Som redegjort for over er det fra et menneskerettslig standpunkt først og fremst rettighetene til kvinner som er i bigamiske ekteskap og der ekteskapet er av betydning for oppfyllelsen av deres rettigheter som kan sies å være et argument for å anerkjenne bigamiske ekteskap. Dette vil jo i noen grad også henge sammen med den begrunnelsen for hovedregelen om at i utlandet gyldig inngåtte ekteskap skal anerkjennes, nettopp på grunn av partenes innrettelse etter at de er gift og deres forventning om at det ekteskapet skal anerkjennes også i andre land enn vigselslandet. Dersom ekteskapet kun fortsatt er gyldig ved en feil eller misforståelse, vil det jo normalt være mindre sannsynlig at den andre ektefellen har økonomiske krav som følge av ekteskapet også, slik som at boet for eksempel kan være delt.

For å oppsummere, vil det altså være mulig å regulere disse ekteskapene som er gjenstand for vurdering i denne delen av utredningen, både gjennom det alminnelige ordre public-forbeholdet som allerede gjelder i norsk rett, da med visse korrigeringer av norsk utledningsrett og nye retningslinjer eller instruks fra lovgiver om at de vil stride mot norsk rettsorden. Det vil videre være mulig å velge en løsning med særskilt lovregulering. Dette vil i større grad sikre klarhet om gjeldende rett og forutberegnelighet for dem som vil rammes av reglene. Dette vurderes nærmere i kapittel 8.

7.6 Oppsummering

Dette kapittelet har sammenlignet rammen for anerkjennelse av ekteskap inngått i utlandet med de ekteskapene som kan inngås i Norge og vurdert disse med bakgrunn i redegjørelsen av gjeldende rett i de foregående kapitlene. Det viste seg at ekteskapene som faller innunder virkeområdet i el § 18 a andre ledd, ikke avviker fra det som kan inngås av ekteskap i Norge og at dette tilsier at det ikke er grunn for noen ytterligere regulering dersom hensikten skulle være å begrense anerkjennelsen av ekteskap som ikke gyldig kan inngås i Norge slik det er beskrevet i mandatet for utredningen.

De ekteskapene som peker seg ut som vanskelige å vurdere er nettopp ekteskap inngått i utlandet uten tilknytning til Norge.

Når det gjelder disse ekteskapene ble en unntaksbestemmelse ansett som nødvendig, blant annet av rimelighetshensyn, for å sikre samsvar med annen lovgivning om anerkjennelse av ekteskap i norsk rett og for å sikre at reglene er i tråd med rammene som følger av

internasjonal rett som Norge er bundet av. Typiske momenter som vil gjøre seg gjeldende i vurderingen ble gjennomgått.

Når det gjelder de bigamiske ekteskapene ble det spesielt lagt vekt på at en unntaksbestemmelse må sikre de rettigheter som følger av kvinnekonvensjonen med hensyn til å sikre økonomiske rettigheter for kvinner som befinner seg i polygame ekteskap.

Videre ble det særlig for forhold som ikke er reelt bigamiske, ansett å foreligge hensyn som taler for en mer nyansert regulering av anerkjennesspørsmålet i norsk rett. Dette er som beskrevet ovenfor, innrettelseshensyn, tidsaspekt, aktsomhetshensyn vedrørende kunnskap om og handlinger knyttet til et tidligere ekteskap som faktisk består og negative konsekvenser av at anerkjennelse ikke blir gitt.

Mange av de samme hensynene kan gjøre seg gjeldende også for enkelte barneekteskap, typisk der det har gått lang tid siden ekteskapsinngåelsen, altså særlig tidsaspektet, men også innrettelseshensyn, negative konsekvenser av at ekteskapet ikke blir anerkjent og at ekteskapet ble inngått på en tid da det ville ha blitt anerkjent også etter norsk rett om det ble søkt om anerkjennelse da.

Disse hensynene bør vurderes når man eventuelt velger å regulere disse spørsmålene nærmere.

8 Diskusjon og forslag til lovendringer

8.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg i tråd med mandatet, i lys av funnene i utredningen diskutere hvordan endringer best kan innføres i norsk lov. I denne sammenheng er det sentralt å diskutere hvorvidt man bør velge en løsning kun med endring av hva som skal anses ordre public stridig; altså at det stadfestes at innholdet i ordre public-bestemmelsen gjør at visse barneekteskap og bigamiske ekteskap ikke kan anerkjennes, eller hvorvidt man skal innføre særskilt lovregulering om anerkjennelse av disse ekteskapene, som styrer lovvalget til norsk rett, altså det som kalles internasjonalt preseptoriske regler, eller inngrepshjemler. I dette kapittelet vil altså et hovedspørsmål være om en ordre public løsning er best egnet fra et lovteknisk synspunkt, når grensen for hvilke barneekteskap og bigamiske ekteskap som skal anerkjennes, skal trekkes i norsk rett (punkt 8.2). Jeg vil så vurdere forslag til ny lovtekst (punkt 8.3). Til slutt skal jeg peke på noen problemer ved forslaget (8.4).

8.2 Valg mellom ulike lovtekniske løsninger: Ordre public eller internasjonalt preseptoriske regler.

Ordre public-reservasjonen hviler på et fundament om at anerkjennelse av utenlandske rettsakter vil være i strid med grunnleggende prinsipper i norsk rett og det norske samfunnet slik de er til enhver tid. Dette gir en viss fleksibilitet med hensyn til å tolke innholdet i ordre public-reservasjonen. Et av funnene i denne utredningen er, som redegjort for over, at ekteskap inngått i utlandet der partene var under 16 år da ekteskapet ble inngått og fortsatt var under 16 år da anerkjennelse ble søkt, er å anse som i strid med ordre public-reservasjonen i el § 18 a første ledd fjerde punktum. Innholdet i ordre public-reservasjonen er altså ansett for å ha endret seg. En lovendring er altså ikke nødvendig; ordre public-reservasjonen anses bare for å ha fått et endret innhold.

Det er riktignok flere argumenter som taler mot en slik løsning med simpelthen å opprettholde ordre public-reservasjonen i el § 18 a første ledd fjerde punktum.

For det første gjør den retten mindre klar og vanskeligere å forutberegne. Ordre public forbeholdet er ikke godt kjent og heller ikke helt enkelt å orientere seg i forhold til, for de

menneskene regelen vil angå. Her vil jo regelen om manglende anerkjennelse av de ekteskapene som vurderes her, befinne seg i kilder som normalt sett bare forvaltningsmyndighetene forholder seg til, slik som rundskriv og instruksjer, og som heller ikke har noen autoritativ vekt som rettskilde.

Et problem ved ordre public-forbeholdet, som tydelig kommer frem i barneekteskapsproblematikken som er beskrevet i kapittel 3, er at innholdet i lang tid hverken har fått søkelys fra rettsforskning eller forvaltningen i de saker der det kan være aktuelt. Etter hvert fikk man en situasjon der rettssituasjonen hadde forandret seg vesentlig, men der rettsanvenderne fortsatt forholdt seg til rettskilder og rettslitteratur som var skrevet i en annen tid, når de skulle fastlegge innholdet i ordre public-reservasjonen på dette særskilte feltet.

Det kan videre hevdes at disse sakene krever en stor bevissthet og kunnskap hos dem som skal forvalte retten om situasjonen til dem som har inngått ekteskapet, og at det legges et stort ansvar på den enkelte saksbehandler som får en slik anerkjennelsessak på sitt bord, når det mangler på nasjonale rettskilder som kan veilede om hvor grensen går.

Det å skulle vurdere hvorvidt ekteskapet ikke skal anerkjennes fordi det «åpenbart ville virke støtende på norsk rettsorden», slik det står i § 18 a første ledd fjerde punktum, er kan hende ikke så enkelt som det fremstår av ordlyden. Både den nasjonale retten og den internasjonale reguleringen stadfestet at ekteskap med barn under 16 år er brudd på disse barnas menneskerettigheter, altså helt sentrale rettssikkerhetsgarantier, men det lang tid for at innholdet i ordre public-reservasjonen skulle anses å være endret i tråd med rettsutviklingen.

Det kan videre tenkes at en rettslig løsning med ordre public typisk ikke vil fungere etter hensikten når det gjelder sårbare personer som i liten grad er synlige i samfunnet og rettssystemet og som typisk vil ha vanskeligheter med å beskytte sine egne interesser i rettssystemet.¹²⁷

¹²⁷ I mitt doktorgradsarbeid (Wærstad, Tone Linn 2016. Protecting Muslim Minority Women's Human Rights at Divorce) har jeg skrevet om en rekke slike områder der sårbare innvandrerkvinner er helt usynliggjort i rettssystemet og dermed ikke får sine rettigheter oppfylt, selv om de er sikret gjennom både det nasjonale lovverket og internasjonal rett som Norge er bundet av. Årsaken er her som ellers en manglende bevissthet om disse kvinnenes rettslige situasjon sammenholdt med at de ofte selv står i en svært vanskelig situasjon med tanke på å kreve sine rettigheter oppfylt.

Et annet moment som kan fremmes for å velge en ordre public-løsning i lovgivningen, er at det i en internasjonal privatretts tradisjon normalt har blitt sett på som mer respektfullt og tolerant overfor andre lands rettssystemer å velge en ordre public-løsning i intern rett for å møte utenlandske rettsakter som man ikke vil anerkjenne etter det norske rettssystemet.¹²⁸ Grunnen til dette er fleksibiliteten som ordre public-reservasjonen gir spesielt med hensyn til å tilpasse lovvalget til det andre landets rett. For eksempel vil det ved ordre public kun være den delen av den utenlandske retten som er i mot grunnleggende prinsipper i norsk rett som er gjenstand for ikke å anerkjennes. I saker der utenlandsk rett er utpekt vil det altså kunne være aktuelt å fortsatt å bruke det andre landets rett dersom det skulle være muligheter for å komme frem til et resultat som ikke strider mot ordre public på denne måten. Internasjonalt preseptoriske normer på den annen side, vil styre lovvalget til norsk rett og norsk rett vil så anlegges for å løse spørsmålet som er gjenstand for prøving. Dette taler altså for å velge en ordre public-løsning, ettersom man da vil kunne følge de vanlige lovvalsreglene og samtidig komme til et resultat som er i tråd med grunnleggende prinsipper i norsk rett.

Når det gjelder regulering av grensene for anerkjennelse av utenlandske ekteskap (med hensyn til alder og antall ektefeller) som er gjenstand for denne utredningen, kommer riktignok ikke disse hensynene til uttrykk på samme måte. Situasjonen som er aktuell her er jo et anerkjennesspørsmål av ekteskap som enten vil være bigamiske eller ikke og enten inngått av noen under 16 år eller ikke. Det er altså ikke snakk om noe vanlig lovvalgs-situasjon, der den utenlandske retten potensielt kan gi et resultat som er i tråd i med grunnleggende prinsipper i norsk rett. Ettersom ekteskapene det er snakk om vil ha blitt inngått enten bigamisk eller med en som er under 16 år, vil det ikke hjelpe å undersøke den utenlandske retten etter andre alternative løsninger, det er jo ikke det som kommer på spissen i saken, det er det praktiske faktum at ekteskapet ble inngått på den måten, på det tidspunktet det ble.

Av dette synes det altså ikke å foreligge noen preferanse for å velge en lovteknisk løsning med ordre public i stedet for internasjonalt preseptoriske regler i de tilfellene det er snakk om her.

¹²⁸ Thue, 2002. Internasjonal privatrett: personrett, familierett og arverett, s. 209-210.

Med bakgrunn i de hensyn som gjør seg gjeldende for hvilken lovteknisk løsning som bør velges når det gjelder regulering av anerkjennelse av utenlandske ekteskap som er inngått uten tilknytning til Norge, vil jeg anbefale en særskilt lovregulering og ikke en ordre public-løsning slik vi har i el § 18 a første ledd fjerde punktum i dag.

8.3 Utarbeidelse av forslag til lovtekst

Utarbeidelse av lovtekst reiser en del særskilte utfordringer. Godt lovspråk er enkelt, presist og konsist og skal videre være forståelig for dem som loven retter seg til.¹²⁹ Men dette er ikke alltid enkelt når det som skal reguleres er komplekst, slik som her.

For vårt tilfelle er det allerede lovregulering av de samme tilfellene, der en av partene har den nødvendige (etter loven) tilknytning til Norge. Det vil være naturlig å ta utgangspunkt i denne lovbestemmelsen og utvide den til å gjelde også de ekteskapene som denne utredningen gjelder; altså ekteskap inngått i utlandet der partene ikke har tilknytning til Norge og som er inngått der minst en av partene er under 16 år ved vigselen eller der ekteskapet er bigamisk.

Som denne utredningen har gjort rede for eksisterer det allerede en unntaksbestemmelse i loven for de ekteskapene som har tilknytning til Norge og der sterke grunner foreligger og begge parter begjærer at ekteskapet likevel skal anerkjennes. Som nevnt anser jeg det nødvendig å innføre en unntaksbestemmelse også nødvendig for de ekteskapene det her er snakk om og redegjør i utredningen for en del hensyn og momenter som det vil være aktuelt å vurdere spesielt for disse ekteskapene.

Lovverket har altså allerede en lovbestemmelse som kan nyttiggjøres som mal, kombinert med at selve paragrafen utvides til også å gjelde de ekteskapene det er snakk om her. Ekteskapsloven § 18 a kunne med disse endringene ha en slik ordlyd, der endringene er merket i kursiv:

«Et ekteskap som er inngått i utlandet, anerkjennes her i riket dersom ekteskapet er gyldig inngått i vigsellandet. En regulert samlivsform i utlandet som i hovedsak har samme rettsvirkninger som ekteskap i inngåelseslandet, anerkjennes som et ekteskap her i landet, når begge parter skriftlig har samtykket til dette. Departementet kan ved forskrift gi nærmere

¹²⁹ Backer, Inge Lorange 2013. Loven: Hvordan blir den til? Universitetsforlaget, Oslo, s. 124-128.

regler om i hvilke tilfeller en regulert samlivsform i utlandet vurderes å ha samme rettsvirkninger som ekteskap i inngåelseslandet. Et ekteskap anerkjennes likevel ikke dersom dette åpenbart ville virke støtende på norsk rettsorden (ordre public).

Et ekteskap som er inngått i utlandet, anerkjennes ikke her i riket dersom minst en av partene var norsk statsborger eller fast bosatt her i riket på vigselstidspunktet, og:

- a) ekteskapet er inngått uten at begge parter var til stede under vigselen,
- b) en av partene var under 18 år, eller
- c) en av partene allerede var gift.

Et ekteskap som er inngått i utlandet, der ingen av partene var norsk statsborger eller fast bosatt her i riket på vigselstidspunktet, anerkjennes ikke her i riket dersom på vigselstidspunktet

- a) en av partene var under 16 år, eller*
- b) en av partene allerede var gift.*

Ekteskap som nevnt i andre og tredje led kan etter begjæring fra begge parter likevel anerkjennes dersom sterke grunner taler for det. Departementet fastsetter hvilke fylkesmenn som skal behandle slike begjæringer.»

Dette forslaget vil altså innebære en utvidelse av den særskilte regulering av hvilke ekteskap inngått i utlandet som ikke vil anerkjennes i norsk rett. Det betyr også en endring av paragrafens struktur, ved at et nytt ledd tas inn og at unntaket om likevel å anerkjenne ekteskapet der sterke grunner foreligger, reguleres i et eget ledd (fjerde ledd).

8.4 Nærmere diskusjon av forslaget

Det som kan tale mot en slik løsning er særskilt at ulike hensyn vil måtte vurderes etter kravet «sterke grunner» alt ettersom det er snakk om ekteskapene som har tilknytning til Norge når de blir inngått og de som ikke har det. Dog vil en slik formulering nettopp knytte an mot de omstendighetene som er i den enkelte sak og derfor vil det være naturlig at vurderingen kan bli noe forskjellig i de to bestemmelsene. Som nevnt vil det typisk være hensynet til innrettelse, tidsaspektet og at ekteskapet i ekteskapene uten tilknytning ikke var noe forsøk på å omgå reglene for inngåelse av ekteskap i norsk rett, som kan tenkes å gjøre seg særskilt

gjeldende i vurderingen av de ekteskapene som ikke hadde noen tilknytning til Norge ved vigselen.¹³⁰

Det er også klare betenkeligheter ved å kreve at begge parter må begjære at ekteskapet skal anerkjennes, slik jeg har redegjort for – når det gjelder ekteskap med tilknytning til Norge ved vigseltidspunktet – i punkt 3.4.1. Og dette gjør seg nok i enda større grad gjeldende for de ekteskap som ikke har tilknytning til Norge ved vigselen. Spesielt vil det kunne være urimelig om en ektefelle ikke ville kunne søke om etterfølgende anerkjennelse der sterke grunner foreligger, på grunn av at den andre ektefellen ikke vil ha mulighet for å begjære ekteskapet anerkjent. Dette vilkåret bør altså vurderes nærmere dersom loven skal endres, ved at det enten fjernes eller at det gis mulighet for unntak også for dette vilkåret, der sterke grunner foreligger.

¹³⁰ Som nevnt flere steder i utredningen vil det kunne være aktuelt å endre utl § 40 sjette ledd der det ikke gjøres noen forskjell på et bigamisk og et første ekteskap som grunnlag for familiegjenforening. Jeg foreslår ingen endring i denne utredningen ettersom rammen for utredningen knytter seg til bestemmelsen i el § 18 a. Se om dette over i blant annet kapittel 5 (punkt 5.3).

9 Oppsummering av hovedfunn

Det første spørsmålet som stilles vedrører når ordre public forbeholdet som følger av § 18 a første ledd fjerde punktum kommer til anvendelse med hensyn til partenes alder. Utredningen viser at etter gjeldende rett i dag kan ikke et ekteskap der en av partene er under 16 år når det søkes om anerkjennelse av ekteskapet, anerkjennes etter norsk rett.

For alle ekteskap inngått i utlandet der ingen av partene hadde tilknytning (var statsborger eller fast bosatt) til Norge på vigselstidspunktet vil hovedregelen når det gjelder partenes alder være at ekteskap der minst en av partene er under 16 år ved vigselen ikke kan anerkjennes etter norsk rett. I enkelte, særskilte situasjoner vil det kunne bli et annet resultat: Her vil alderen ved vigselen og alderen ved søknadsanlegget om anerkjennelse, kombinert med at andre relevante hensyn gjør seg sterkt gjeldende, være typiske momenter i vurderingen.

Det andre spørsmålet som stilles er aldersgrensen i norsk rett der minst en av partene var norsk statsborger eller fast bosatt i Norge på vigselstidspunktet. Det følger direkte av ordlyden i § 18 a andre ledd bokstav b at denne aldersgrensen er 18 år. Ekteskapet kan anerkjennes dersom sterke grunner foreligger.

Det neste spørsmålet gjelder gjeldende rett for anerkjennelse av bigamiske ekteskap der ingen av partene hadde tilknytning til Norge da ekteskapet ble inngått. Rettstilstanden er her uklar hvorvidt et slikt ekteskap skal anerkjennes eller ikke i norsk rett.

For bigamiske ekteskap der minst en av partene var norsk statsborger eller fast bosatt i Norge ved vigselstidspunktet følger det direkte av ordlyden i el § 18 a andre ledd bokstav c at et slikt ekteskap ikke anerkjennes i norsk rett. Ekteskapet kan anerkjennes dersom sterke grunner foreligger.

Utredningen redegjør også for gjeldende rett med hensyn til etterfølgende anerkjennelse av barneekteskap og bigamiske ekteskap der sterke grunner foreligger. Kravet om sterke grunner er et strengt krav og gjennomgangen av praksis viser at det generelt skal mye til for at

ekteskap som er inngått i strid med el § 18 a andre ledd bokstav b og c, får etterfølgende anerkjennelse.

Når det gjelder barneekteskapene viser praksis at det kun har vært i i saker der den mindreårige er nær opp til 18 år og andre momenter i saken støtter en anerkjennelse, at det vil være aktuelt å gi ekteskapet etterfølgende anerkjennelse.

Når det gjelder bigamiske ekteskap vil det ikke være aktuelt å anerkjenne reelt bigamiske ekteskap som er inngått i strid med regelen i § 18 a andre ledd bokstav c og der begge ekteskap fortsetter å bestå formelt og samlivet fortsettes i begge forhold.

De hensyn som har blitt vektlagt når bigamiske ekteskap har blitt gitt etterfølgende godkjenning er at ekteskapet ikke har vært reelt bigamisk (altså at samlivet i det første ekteskapet er brutt) at partene raskt har søkt å få det første ekteskapet oppløst når de har blitt klar over at det fortsatt var gyldig som altså forutsetter at ekteskap nummer to ble inngått uten at partene var klar over at ekteskap nummer en fortsatt var gyldig. Bufdir oppgir at saker som har disse kjennetegnene utgjør ca. 50 % av de etterfølgende godkjennelsene av ekteskap etter el § 18 a andre ledd andre punktum.¹³¹

Mandatet til utredningen ber videre om at det skal gjøres en vurdering av eventuelle mulige endringer i regelverket som kan bidra til å hindre anerkjennelse av ekteskap som ikke kan inngås i Norge. Det skal særskilt innenfor rammen av Norges menneskerettslige forpliktelser og internasjonal privatrett, utredes mulige endringer i lovverket med et siktemål om *ikke* å anerkjenne ekteskap som ikke kunne vært inngått i Norge. Dette vil altså gjelde bigamiske ekteskap og ekteskap der minst en av partene er under 16 år ved vigselstidspunktet.

Konklusjonen i utredningen er at begge forhold kan reguleres i norsk rett, men at det forutsetter en unntaksbestemmelse for enkelte tilfeller, i likhet med den i el § 18 a andre ledd andre punktum.

Som redegjort for i kapittel 8 anbefaler jeg en særskilt regulering av anerkjennelse av disse ekteskapene og ikke en ordre public-løsning. Dette innebærer et forslag om en utvidelse av el § 18 a til også å regulere ekteskap der ingen av partene var statsborger eller fast bosatt i Norge

¹³¹ Bufdir-notat s. 17.

på vigselstidspunktet, som var inngått der minst en av partene var under 16 år eller et ekteskap allerede besto.

Ekteskapsloven § 18 a vil med forslaget til endring få en slik ordlyd, der endringene er merket i kursiv:

«Et ekteskap som er inngått i utlandet, anerkjennes her i riket dersom ekteskapet er gyldig inngått i vigselslandet. En regulert samlivsform i utlandet som i hovedsak har samme rettsvirkninger som ekteskap i inngåelseslandet, anerkjennes som et ekteskap her i landet, når begge parter skriftlig har samtykket til dette. Departementet kan ved forskrift gi nærmere regler om i hvilke tilfeller en regulert samlivsform i utlandet vurderes å ha samme rettsvirkninger som ekteskap i inngåelseslandet. Et ekteskap anerkjennes likevel ikke dersom dette åpenbart ville virke støtende på norsk rettsorden (ordre public).

Et ekteskap som er inngått i utlandet, anerkjennes ikke her i riket dersom minst en av partene var norsk statsborger eller fast bosatt her i riket på vigselstidspunktet, og:

- a) ekteskapet er inngått uten at begge parter var til stede under vigselen,
- b) en av partene var under 18 år, eller
- c) en av partene allerede var gift.

Et ekteskap som er inngått i utlandet, der ingen av partene var norsk statsborger eller fast bosatt her i riket på vigselstidspunktet, anerkjennes ikke her i riket dersom på vigselstidspunktet

- a) en av partene var under 16 år, eller*
- b) en av partene allerede var gift.*

Ekteskap som nevnt i andre og tredje led kan etter begjæring fra begge parter likevel anerkjennes dersom sterke grunner taler for det. Departementet fastsetter hvilke fylkesmenn som skal behandle slike begjæringer.»

10 Vedlegg: Mandat for utredning

Utredning av ekteskapslovens § 18 a – barneekteskap og bigami

Bakgrunn for oppdraget

Med økt innvandring til Norge oppstår det nye problemstillinger på flere rettsområder. En av dem er anerkjennelse av ekteskap inngått i utlandet der enten en, begge eller ingen av partene har noen tilknytning til Norge. Problemstillingene i dette oppdraget gjelder bigami og barneekteskap, og har blant annet relevans i spørsmål etter utlendingsloven. Oppdraget skal avgrenses mot problemstillinger som gjelder religiøse ekteskap.

Bigami

Bigami defineres vanligvis som det å være gift med to personer. Med bigami menes i denne sammenheng ekteskap med mer enn én person, dvs. at ekteskap med tre personer osv. også er omfattet.

Etter norsk (intern) rett kan man kun være gift med en person av gangen. Det er straffbart å være gift med mer enn én person samtidig. I en del land er bigami tillatt. Forskjeller mellom regelverkene i ulike land kan skape utfordringer når personer ønsker å få sitt ekteskap anerkjent av norske myndigheter. Det er i ekteskapsloven § 18 a ikke noe absolutt forbud mot å anerkjenne bigamiske ekteskap der en eller begge parter har tilknytning til Norge, men det kreves begjæring fra begge parter og det må foreligge sterke grunner dersom anerkjennelse skal komme på tale i disse tilfellene. I praksis har det ikke vært anerkjent reelle bigamiske ekteskap, det vil si der en person har hatt et samliv med flere ektefeller i samme tidsrom. Der ingen av partene har tilknytning til Norge, vil en eventuell anerkjennelse av bigamiske ekteskap bero på en vurdering av ordre public.

Siden bigamiske ekteskap utfordrer vårt samfunns normer for ekteskap og samliv, kan det reises spørsmål om regelverket bør endres slik at bigamiske ekteskap ikke skal kunne anerkjennes.

Lav alder

Ekteskapsalderen i Norge er 18 år. I spesielle tilfeller kan foreldre og fylkesmannen i fellesskap gi tillatelse til å inngå ekteskap til personer over 16 år.

Et ekteskap som er inngått i utlandet, anerkjennes ikke i Norge dersom minst en av partene var norsk statsborger eller fast bosatt i Norge da ekteskapet ble inngått, og en av partene var under 18 år. Et slikt ekteskap kan likevel anerkjennes etter begjæring fra begge parter og dersom sterke grunner taler for det. Dette er ment som en snever unntaksregel.

Dersom et ekteskap er inngått i utlandet og ingen av partene hadde tilknytning til Norge på vigselstidspunktet, er det i utgangspunktet retten i vigsellandet som avgjør om ekteskapet er gyldig. Et ekteskap som er gyldig inngått i utlandet vil i utgangspunktet bli anerkjent i Norge, men et ekteskap anerkjennes likevel ikke dersom dette åpenbart ville virke støtende på norsk rettsorden (ordre public). Departementet har vurdert at lovendringer og endringer i praksis de senere årene kan tenkes å påvirke ordre public-normen slik at den aldersgrensen som tidligere

har vært uttrykt i lovforarbeider ikke nødvendigvis gir uttrykk for gjeldende rett i dag. Således kan ordre public-normen tenkes å være tilstrekkelig for å regulere anerkjennelsen av ekteskap hvor parten(e) er unge. Det vises videre til den utviklingen som har vært på dette rettsområdet i de øvrige nordiske landene. På bakgrunn av den utvikling som har vært på dette området, ønsker BLD et utredningsarbeid for å gjennomgå regelverket med tanke på endring dersom arbeidet viser det nødvendig.

Utredersens mandat

Utredning av endringer i ekteskapsloven § 18 a – barneekteskap og bigami.

Utreders skal:

- 1) Redegjøre for gjeldende rett i Norge om anerkjennelse av bigamiske ekteskap og barneekteskap inngått i utlandet, både der en eller begge partene har tilknytning til Norge og der ingen av partene har det. Det skal særlig redegjøres for den nærmere grensen for ordre public-normen og for vilkåret om sterke grunner i ekteskapsloven, jf. hhv. § 18 a første ledd og § 18 a andre ledd.*
- 2) Vurdere gjeldende rett om anerkjennelse av bigamiske ekteskap og barneekteskap inngått i utlandet, og vurdere i hvilken grad og i hvilke tilfeller gjeldende rett gir anledning til å anerkjenne ekteskap som ikke lovlig kunne vært inngått i Norge. Utreders skal herunder vurdere og foreslå ev. endringer i regelverket som kan bidra til å hindre anerkjennelse av ekteskap som ikke lovlig kunne vært inngått i Norge. Forslagene skal være i tråd med Norges menneskerettslige forpliktelser og internasjonal privatrett. Ved forslag til ev. endringer i regelverket skal det utarbeides forslag til lovtekst.*