

Unntaket fra 24-årskravet for familieinnvandring

– En moderne kjærlighetshistorie

Mitra Zarabi



1. Tema og problemstilling

For tredjelandsborgere som ønsker oppholdstillatelse på grunnlag av familieinnvandring med en samboer eller ektefelle i Norge, er det flere krav etter utlendingsloven som kan være vanskelige å innfri. Regjeringens strenge innvandringspolitikk, blant annet sikret gjennom tiltakene «Innstramninger II», synes å fungere etter sin hensikt.¹

I det følgende skal én slik innstramning undersøkes nærmere, nemlig kravet om at partene som et utgangspunkt må ha fylt 24 år innen UDI behandler søknader i familieetablerings-tilfeller. Reguleringen trådte i kraft 1. januar 2017 og er inntatt i utlendingsloven § 41 a:

«Det er et vilkår for oppholdstillatelse etter §§ 40 (ektefeller) og 41 (samboere) at begge parter har fylt 24 år, med mindre

a) ekteskapet var inngått eller samlivet var etablert før tidspunktet for referansepersonens innreise i Norge, eller

b) partene har inngått ekteskap eller levd i et etablert samliv i Norge mens begge har hatt oppholdstillatelse eller norsk eller nordisk statsborgerskap.

Det kan gjøres unntak fra vilkåret dersom det er åpenbart at ekteskapet eller samlivet er frivillig.»

Bestemmelsen er begrunnet med et ønske om å motvirke tvangsekteskap, og alderskravet er ment å legge til rette for at de som søker, har truffet et selvstendig valg om samliv. I høringsrunden ble det påpekt at bestemmelsen kunne være i strid med diskrimineringsvernet, men Justis- og beredskapsdepartementet konkluderte med at vernet ikke var trådd for

¹ Prop. 90 L (2015–2016) Endringer i utlendingsloven mv. (innstramninger II).

nær. Departementet viste til at kampen mot tvangsekteskap er et saklig formål, og det å begrense adgangen til familiegjening er et forholdsmessig inngrep for å oppnå dette.

Det er imidlertid flere grunner til å undersøke forholdet mellom § 41 a og diskrimineringslovgivningen noe nærmere. For det første er praksisen basert på hvilke land søkerne har opprinnelse fra, og de som får avslag, føler seg stigmatisert og diskriminert. Etniske nordmenn og andre med vestlig kulturbakgrunn rammes ikke av bestemmelsen. Det er et spørsmål om praksis under bestemmelsen er forenlig med det rettslige vernet mot diskriminering.

For det andre, selv om 24-årskravet og praktiseringen av unntaket fra kravet skal ivareta hensynet til å ha frihet til å velge hvem man vil gifte seg med, er det et paradoks at praksisen forhindrer at forelskede par fritt kan velge egen partner. Praksisen berører med det også retten til familieliv etter Grunnloven § 102, EMK artikkel 8 og det tilhørende diskrimineringsvernet i EMK artikkel 14.

For det tredje er utlendingsforvaltningen ikke klare nok i sin veiledning i hvordan kravet praktiseres. Flere som søker, burde etter vilkårsutformingen aldri ha søkt, fordi det som venter i andre enden, er et blankt avslag fra utlendingsmyndighetene uten en konkret vurdering. Om flere søkere hadde visst hvordan regelen praktiseres, kunne de spart søknadsgebyret på 10 500 kroner. Det kan hevdes at søkerne ikke bare blir diskriminert, de må i tillegg betale for diskriminering.

2. Unntak fra alderskravet når «ekteskapet eller samlivet er frivillig» – Landinfo har svaret

Partene kan altså få unntak fra 24-årskravet dersom det er «åpenbart at ekteskapet eller samlivet er frivillig», jf. § 41 a andre ledd. Ordlyden tilsier at terskelen for unntak er satt høyt, ved at det ikke må være tvil om at forholdet er frivillig. Det er sagt i forarbeidene at det bør gjøres unntak dersom partene ikke hører til risikogrupper for tvangsekteskap, og at det vil bero på om søkeren og referansepersonen er fra land hvor det foreligger «europisk erfaring» med at tvangsekteskap forekommer.² Videre er det sagt at det ikke vil være tilstrekkelig for unntak at partene selv uttaler at samlivet er frivillig, ettersom partene kan ha blitt tvunget til å uttale dette.

Det er ikke presisert nærmere hva som menes med «europisk erfaring». Erfaringen fra saksbehandlingen i Jussbuss gir grunn til å tro at det siktes til kilder som ligger til grunn for Landinfo, som er utlendingsforvaltningens fagenhet for informasjon om andre land. Felles for alle avslag som blir gitt etter utlendingsloven § 41 a, er at utlendingsforvaltningen viser til europeisk erfaring med, basert på Landinfonotatene, at det forekommer tvangsekteskap i de landene søkerne er fra. Landinfo er underlagt UDI administrativt, men er faglig uavhengig og samler inn informasjon på oppdrag fra forvaltningen. Informasjonen formidles på ulike arenaer, blant annet i ulike temanotater som er offentlig tilgjengelig på deres nettsider.

² Prop. 90 L (2015–2016) s. 113.

Forutsetningen synes å være at dersom tredjelandsborgerne kommer fra et land hvor det forekommer tvangsekteskap, skal det kun gjøres unntak når det er snakk om et normbrytende tilfelle. Ifølge forarbeidene siktes det til likekjønnet samboerskap eller ekteskap som utgjør brudd på kulturelle normer, herunder når «ekteskapet er inngått på tvers av religiøse eller etniske grenser som man vet ikke er akseptert eller 'bifalt' i noen av kulturrene».³ I slike tilfeller er det antagelig ikke tale om tvangsekteskap ifølge forarbeidene, og unntaket fra 24-årskravet kan komme til anvendelse.

Vilkåret om at samlivet er frivillig, er formelt sett ikke diskriminerende, ettersom bestemmelsen gjelder for alle familieetableringstilfeller. Derimot kan praktiseringen av vilkåret tenkes å være det, for UDI gir vanligvis ikke unntak fra 24-årskravet dersom partene har bakgrunn fra land hvor det forekommer tvangsekteskap, noe UDI også selv opplyser om på sine nettsider. Det gis vanligvis ikke unntak fra 24-årskravet dersom Landinfo har utarbeidet temanotater som informerer om at det forekommer tvangsekteskap i det aktuelle landet søkeren og referansepersonen er fra. Departementet legger til grunn, og gir med det også utlendingsforvaltningen en føring om, «at det i den store majoriteten av disse sakene ikke vil bli gjort unntak fra 24-årskravet, selv om de fleste av disse ekteskapene mest sannsynlig er inngått frivillig».⁴

Landinfo er kritisert, blant annet av Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) i en rapport fra 2017. Gjennom informasjon, rettshjelp og påvirkningsarbeid jobber NOAS for å styrke asylsøkernes rettssikkerhet. I rapporten fremheves at UDI og UNE bruker Landinfos temanotater ukritisk, og at det legges for mye vekt på Landinfos notater ved domstolsbehandlingen av asylsaker.

En særlig utfordring er at kildene Landinfo bruker til å utarbeide rapporter og som grunnlag for andre arenaer de formidler informasjonen de har samlet inn, kan være anonyme av hensyn til kildevern, slik Landinfo også selv opplyser om på sine nettsider. Kildenes autoritet kan derfor vanskelig etterprøves.

Til tross for at lovgiveren har gitt UDI en skjønsmessig adgang til å vurdere om det kan gis unntak, viser sakene Jussbuss har hatt til behandling, at det gis avslag uten at det foretas konkrete tvangsvurderinger. Nettsidene til UDI, landsspesifikke praksisnotater fra UDI og saker fra UNEs praksisdatabase illustrerer også hvordan unntaket praktiseres. Det klareste eksempelet finnes på UDIs nettsider som en del av UDIs veiledningstjeneste. Der er det en egen temaside om 24-årskravet, hvor det forklares hvem som kan og ikke kan falle inn under unntaksbestemmelsen:

«Når UDI vurderer om dere kan få unntak fra kravet, ser vi på hvilket land dere har bakgrunn fra, og om det skjer tvangsekteskap i disse landene. Vi ser ikke bare på hvilket land dere er statsborgere av og bor i, men også på hvilket land foreldrene deres har bakgrunn fra.»⁵

³ Prop. 90 L (2015-2016) s. 113.

⁴ Prop. 90 L (2015-2016) s. 113.

⁵ Kravet til å ha fylt 24 år i familieinnvandringsøknader - UDI.

Deretter følger en ikke-uttømmende liste over ulike land som vanligvis ikke vil få unntak fra 24-årskravet. UDI har opplistet 26 utvalgte land i Asia og Afrika, i tillegg til folkegruppene uigurer, tibetanere og tsjetsjenere. Eksempler på land fra listen er Afghanistan, Etiopia, Irak, Pakistan, Somalia og Syria. For å knytte søkeren til land på listen, undersøker UDI hvor foreldrene til søkeren og referansepersonen er fra.

Saksbehandlingen fra Jussbuss viser at forvaltningen innenfor disse rammene ikke foretar konkrete vurderinger av om det har funnet sted tvang, og at påstått frivillighet i intervjuene ikke er tilstrekkelig. Overordnet er inntrykket at reguleringen slår ulikt ut for *på den ene siden*

- 1) referanseperson med vestlig kulturbakgrunn og søker som er tredjelandsborger med vestlig kulturbakgrunn
- 2) referanseperson med vestlig kulturbakgrunn og søker som er tredjelandsborger uten vestlig kulturbakgrunn
- 3) referanseperson uten vestlig kulturbakgrunn og søker som er tredjelandsborger med vestlig kulturbakgrunn

og *på den andre siden*

- 4) referanseperson uten vestlig kulturbakgrunn og søker som er tredjelandsborger uten vestlig kulturbakgrunn.

Adgangen til å gi unntak i normbrytende tilfeller, som for eksempel ved homofili, virker å være illusorisk og upraktisk. Det er fordi likekjønnede par må leve i skjul i mange av de landene som er opplistet på UDIs nettsider, ettersom likekjønnede samliv er kriminalisert. I for eksempel Afghanistan, Iran, Irak og Pakistan kan homofile risikere dødsstraff for legningen. Det gjør at det både er vanskelig å bevise et samboerskap og er umulig å inngå et ekteskap i de landene. Når samlivet ikke lar seg dokumentere, blir det også vanskelig å få unntak fra 24-årskravet på grunn av normbrudd.

I praksis er det altså kun etniske nordmenn og andre søkere med vestlig kulturbakgrunn som vil få unntak fra 24-årskravet, og som dermed får anledning til å etablere familie med tredjelandsborgere uten vestlig kulturbakgrunn i ung alder. Departementet viste til at 24-årskravet ville ramme «langt færre enn det danske 24-årskravet og det 21-årskravet som var på høring i 2005, idet de nevnte bestemmelsene ikke har en tilsvarende liberal skjønnsbestemt unntaksadgang som forslaget her»,⁶ men som gjennomgangen har vist, er unntaksadgangen verken liberal eller skjønnsbestemt når det kun ses hen til hvilke land søkerne har sin bakgrunn fra.

Mange parter i en familieinnvandrings sak benytter seg av nettsidene til UDI for å skaffe informasjon om hva som må til for å få innvilget oppholdstillatelse. Formuleringene UDI benytter på nettsidene, er egnet til å mislede og få søkere til å tro at de har en sjanse til å få unntak. Flere klienter Jussbuss har møtt, hadde sendt dokumentasjon til UDI

⁶ Prop. 90 L (2015-2016) s. 113.

i håp om at de skulle få unntak fra 24-årskravet, samtidig som det i forarbeidene er sagt at uttalelser fra partene om at samlivet er frivillig, ikke vil være tilstrekkelig.⁷

3. Målet helliger ikke middelet – diskrimineringsvernet

3.1 Generelt om vernet mot diskriminering

Vernet mot diskriminering hviler på et sammensatt rettsgrunnlag. Grunnloven § 98 stadfester at alle er like for loven, og at ingen skal utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling. Grunnloven § 98 er utformet generelt uten henvisning til diskrimineringsgrunnlag, i motsetning til likestillings- og diskrimineringsloven § 6, som verner mot direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av ulike diskrimineringsgrunnlag, deriblant etnisitet. FNs rasediskrimineringskonvensjon og EUs rasediskrimineringsdirektiv⁸ har et tilsvarende forbud mot etnisk diskriminering med et likt rettslig innhold. FNs rasediskrimineringskonvensjon er gjort til en del av norsk rett gjennom likestillings- og diskrimineringsloven § 5 og gjelder på linje med annen formell lov. Lovgiver har også bestemt at norsk regelverk skal være minst på høyde med nivået i EUs rasediskrimineringsdirektiv, til tross for at den faller utenfor EØS-avtalens virkeområde.⁹ Diskrimineringsforbudet etter EMK artikkel 14 er aksessorisk. Det innebærer at retten til ikke å bli diskriminert kun kan gjøres gjeldende dersom individet er diskriminert i relasjon til ivaretagelsen av andre rettigheter fastsatt i konvensjonen. Saker for EMD om 24-årskravet må derfor vurderes opp mot retten til familieliv etter EMK artikkel 8, og 24-årskravet griper inn i familielivet ved at mulighet for samliv forskyves i tid – i alle fall for noen par.

Diskrimineringsvernet bygger på et skille mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling. Direkte forskjellsbehandling sikter til bestemmelser som i utgangspunktet ikke er nøytrale, mens indirekte forskjellsbehandling vil si enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at noen personer stilles dårligere enn andre. Ved indirekte forskjellsbehandling må sammenligningen baseres på om det er en forskjell mellom de som kan oppfylle det bestemte nøytrale kriteriet, bestemmelsen eller praksisen, og de som ikke kan det.¹⁰ Forbudet mot indirekte diskriminering virker som et sikkerhetsnett som fanger opp de tilfellene hvor diskrimineringen skyldes overordnede strukturer i samfunnet eller for eksempel kommer til uttrykk gjennom en konkret praksis eller retningslinjer. Adgangen til indirekte forskjellsbehandling sies gjerne å være større enn adgangen til direkte forskjellsbehandling, noe som forklares med at en tilsynelatende nøytral praksis oftere har saklige formål og derfor lettere kan godtas.

Rasediskrimineringskonvensjonen har et uttrykkelig forbud mot både direkte og indirekte forskjellsbehandling, hvor det følger av artikkel 1 nr. 1 at med rasediskriminering menes enhver forskjellsbehandling «som har som *formål eller virkning* å oppheve eller

⁷ Prop. 90 L (2015–2016) s. 113.

⁸ 2000/43/EF.

⁹ Prop. 81 L (2016–2017) s. 45.

¹⁰ Prop. 81 L (2016–2017) s. 104.

svekke anerkjennelsen, nytelsen eller utøvelsen av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, på like vilkår» (uth. her). Ordlyden tilsier at både den forskjellsbehandling som uttrykkelig har som formål å diskriminere, og den forskjellsbehandling som fører til diskriminering, er forbudt etter konvensjonen. Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) og FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) bygger derimot på et direkte diskrimineringsforbud. Gjennom praksisen til de internasjonale håndhevingsorganene er det likevel innfortolket et forbud mot indirekte diskriminering også etter EMK, SP og ØSK.¹¹

I likestillings- og diskrimineringsloven er indirekte forskjellsbehandling definert som enhver «tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som vil stille personer dårligere enn andre» på grunn av nærmere angitte diskrimineringsgrunnlag, jf. § 8. Enhver forskjellsbehandling vil ikke være negativ, det er derfor et krav om at den fører til «skade eller ulempe». Forarbeidene trekker frem som eksempel at forskjellsbehandlingen fører til «færre muligheter sammenlignet med andre i en tilsvarende situasjon».¹² Likestillings- og diskrimineringsombudet har i en klagesak som gjaldt spørsmål om hvorvidt vilkårene for familieegjenforening innebar indirekte diskriminering på grunn av seksuell orientering, lagt til grunn at vurderingstemaet er om individene rent faktisk står i en dårligere posisjon enn andre i samme situasjon. Likestillings- og diskrimineringsloven § 8 oppstiller derimot ikke vilkår om at den diskriminerende praksisen eller handlingen faktisk har inntruffet, noe som indikeres av ordlyden «vil stille».

24-årskravet i utlendingsloven § 41 a første ledd gjelder i utgangspunktet for alle familieetableringstilfeller uavhengig av etnisitet, men slik at det etter forarbeidene skal kunne ses hen til hvilke land det forekommer tvangsekteskap i. Det oppgis at alderskravet vil «først og fremst kunne ramme personer av visse nasjonaliteter, etnisiteter eller med visse religioner». Forvaltningspraksis knyttet til unntaket fra alderskravet når det er «åpenbart at ekteskapet eller samlivet er frivillig», viser imidlertid, som det fremgår ovenfor, at risikoen for tvangsekteskap knyttes sterkt til etnisitet og landtilknytning. Det avgjørende er om individet har «bakgrunn» fra land omfattet av listen på UDIs nettsider, individer med bakgrunn fra visse land i verden vil dermed sjelden eller aldri få unntak fra 24-årskravet. En referanseperson under 24 år som er norsk statsborger og født og oppvokst i Norge, men som har foreldre fra et av de opplistede landene, vil i praksis ikke kunne få unntak fra 24-årskravet med mindre samlivet er et normbrudd. Samtidig vil etnisk norske nordmenn og andre søkere med vestlig kulturbakgrunn få unntak.

Det er altså slik at individer med en bestemt etnisk bakgrunn har en mer begrenset mulighet til å få innvilget familieinnvandring for å utøve familielivet i Norge enn individer med vestlig kulturbakgrunn, og det er således holdepunkter for at norske statsborgere forskjellsbehandles ut ifra etnisk opprinnelse. Behandlingen er i utgangspunktet nøytral i den forstand at den ikke er motivert av eller direkte knyttet til diskrimineringsgrunnlagene nevnt i § 6 første ledd, men rammer like fullt en bestemt gruppe.¹³ Skal en slik indirekte

¹¹ Vibeke Blaker Strand (2012) *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse*, Oslo: Gyldendal Juridisk, s. 139.

¹² Prop. 81 L (2016–2017) s. 314.

¹³ Prop. 81 L (2016–2017) s. 315.

forskjellsbehandling – som innebærer at noen innenfor en gruppe stilles dårligere enn andre – gå klar av vernet mot diskriminering, må den forfølge et saklig formål, være nødvendig for å oppnå formålet og ikke være uforholdsmessig overfor den som rammes.

3.2 Saklig formål

Det er ingen tvil om at tvangsekteskap forekommer i ulike former og er mer utbredt i visse land og innenfor visse kulturer enn i andre. Det er klart at formålet om å hindre tvangsekteskap ivaretar en beskyttelsesverdig interesse etter vestlige og norske verdioppfatninger. Norge har blant annet forpliktet seg til å iverksette tiltak mot tvangsekteskap, jf. FNs konvensjon om samtykke til ekteskap fortalens punkt 2. Alderskravet i utlendingsloven § 41 a første ledd har som formål å begrense muligheten for tvangsekteskap.

Et saklighetsvilkår skal hindre de usaklige formålene bak forskjellsbehandlingen. Dersom det reelle formålet var å hindre innvandring fra visse land i verden, ville formålet antagelig ikke vært saklig. Formålet om å beskytte individer mot tvangsekteskap er derimot en saklig grunn til å forskjellsbehandle, og det er et tungtveiende moment at myndighetene er internasjonalt forpliktet til å iverksette tiltak mot tvangsekteskap.

3.3 Nødvendighet

Kravet om nødvendighet innebærer både at forskjellsbehandlingen må være egnet for å nå det saklige formålet, og at formålet ikke kan oppnås med mindre inngripende midler. For vurderingen av dette er det grunn til å ta utgangspunkt i premissene alderskravet på 24 år hviler på, nemlig at «eldre parter, både som følge av personlig modenhet og som følge av en mer selvstendig posisjon i familien, har større mulighet til å motsette seg press fra familien når det gjelder avgjørende livsvalg».¹⁴

Tilgangen til informasjon om og omfanget av tvangsekteskap er begrenset og vil nok alltid være beheftet med usikkerhet, ikke minst fordi sosialt og kulturelt press gjør det vanskelig for den tvangsutsatte å ta kontakt med myndighetene eller andre. Antagelig er det store mørketall på området.

Noen tall finnes likevel. I forarbeidene ble det vist til statistikk fra SSB i tidsperioden 1990–2013 som viste at færre inngikk ekteskap i ung alder,¹⁵ og i en lignende rapport om perioden 1990–2015 viste statistikken det samme. Dissene tallene fremstår for grovkornede til å kaste lys over problemstillingen med tvangsekteskap, hvor det interessante er hvordan det forholder seg med gruppene det gjelder. Dersom disse tallene trekker i noen retning, er det først og fremst at det er begrenset hva som kan oppnås med bruk av et 24-årskrav, ettersom borgerne gifter seg i høyere alder enn tidligere.

Det finnes også noen tall fra Kompetanseteamet mot tvangsekteskap og kjønnslemlestelse, en tverrfaglig institusjon som er underlagt Barne- ungdoms- og familiedirektora-

¹⁴ Prop. 90 L (2015–2016) s. 98.

¹⁵ Statistisk sentralbyrå *Familieinnvandring og ekteskapsmønster 1990–2013* (Rapporter 2015/23, Sandnes og Østby).

et. Kompetanseteamet gir blant annet råd og veiledning i enkeltsaker om tvangsekteskap, basert på henvendelser fra enkeltpersoner og institusjoner. I 2017 mottok de 75 henvendelser som gjaldt frykt for tvangsekteskap, og 138 henvendelser om gjennomført tvangsekteskap.¹⁶ 86 prosent av henvendelsene om gjennomført tvangsekteskap gjaldt familieinnvandringssaker. Mange av henvendelsene om tvangsekteskap gjaldt individer med opprinnelse fra Pakistan, Irak, Syria og Afghanistan. Dette er blant landene som står på UDIs liste over land som ikke vil få unntak fra 24-årskravet, noe som kan tilsi at bestemmelsen i utlendingsloven § 41 a første ledd er et egnet tiltak for å begrense tvangsekteskap.

Men det forutsetter at individene det gjelder, i større grad er i stand til å motstå press fra familien jo eldre de blir, som er den underliggende forutsetningen departementet og dermed loven bygger på. I departementets vurdering er det ikke fremlagt empiriske undersøkelser som tilsier at det i de aktuelle landene eller kulturene er lettere å motstå press jo eldre individene er, heller enn at vilkåret har som virkning at de partene som utøver press, venter til alderskravet er innfridd; terskelen kan tenkes å forskyve problemet for den det gjelder, med de konsekvenser som knytter seg til å være under familiens kontroll i påvente av et fremtidig tvangsekteskap. Uten dokumentasjon om slike forhold er det vanskelig å konkludere med at tiltaket er egnet til å oppnå formålet.

I høringsrunden presenterte UDI statistikk som viste at tvangsekteskap også forekom for personer over 24 år. UDI hadde behandlet 51 saker i 2014 om tvangsekteskap, og i 40 av disse sakene var referansepersonene over 24 år. All den tid tallene her viser at tvangsekteskap forekommer i utstrakt grad etter fylte 24 år, er det grunn til å stille spørsmål ved hva som kan oppnås med tiltaket. UDIs førstehåndserfaring med tvangsekteskap i familiegjenforeningssaker tilsier i hvert fall at statistikkens betydning for tiltakets egnethet burde vært diskutert mer inngående enn det som ble gjort i forarbeidene.

For spørsmålet om det finnes alternative og mindre inngripende tiltak, er det i første omgang nærliggende å vurdere om det samme kunne oppnås med et lavere alderskrav. Flere høringsinstanser etterlyste andre og mindre inngripende tiltak for å bekjempe tvangsekteskap, bla. foreslo Likestillings- og diskrimineringsombudet en 21-årsregel. Selv om de samme innvendingene mot 24-årskravet kan gjøres gjeldende mot en 21-årsregel, herunder et usikkert empirisk grunnlag når det gjelder betingelser for tvangsekteskap, vil en lavere aldersterskel være mindre inngripende uten påvist effekttap. En slik terskel ble opprinnelig foreslått av Utlendingslovutvalget og sendt på høringsrunde i 2005. En aldersgrense på 24 år ble også utredet, men ikke foreslått fordi det ifølge utvalget ville være for inngripende. Forslaget ble da ikke fulgt opp av departementet fordi det ikke forelå statistikk som tilsa at en 21-årsregel var nødvendig, og fordi tvangsekteskap burde forhindres på andre måter.¹⁷

Departementet var oppmerksom på usikkerheten som knyttet seg til tiltakets egnethet, men mente at enhver ønsket effekt ikke alltid må dokumenteres, og at det «likevel bør iverksettes tiltak som man har tro på virkningen av, selv om problemet er vanskelig å

¹⁶ Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (2018) s. 7–8.

¹⁷ NOU 2004: 20 *Ny utlendingslov*, jf. Prop. 90 L (2015–2016) s. 99.

dokumentere».¹⁸ Under diskrimineringsvernet går det imidlertid en grense for hvilke regler og hvilken forvaltningspraksis som kan være basert på «tro». Denne regelen og praktiseringen av den er så inngripende for de som rammes, at håpet om effekt vanskelig kan anses som et tilstrekkelig grunnlag for å hevde at 24-årskravet er det minst inngripende tiltak som kan iverksettes for å bekjempe tvangsekteskap i form av vilkår for familieetablering. Det finnes kort og godt ikke forskning eller annet grunnlag som underbygger at eldre parter innenfor aldersspennet det er snakk om, i større grad vil være i stand til å motsette seg press fra familien.

4.4 Forholdsmessighet

Diskrimineringsvernet forutsetter innfor rammen av saklig formål og nødvendige tiltak at det også skal foretas en proporsjonalitetsvurdering mellom mål og middel, hvor det ses hen til hva som oppnås, og hvilke konsekvenser tiltaket fører til for de som rammes av forskjellsbehandlingen.

Tiltaket har åpenbare konsekvenser ettersom mange frivillige ekteskap hindres av 24-årskravet. I forarbeidene er det antatt at antallet frivillige ekteskap som fikk avslag, ville være langt større enn antallet tvangsekteskap,¹⁹ og utlendingsforvaltningen har senere oppgitt at tiltaket kan ramme flere frivillige ekteskap enn tvangsekteskap.²⁰ Departementet mente imidlertid at hensynet til de få som ville beskyttes av en slik regel, måtte veie tyngre enn hensynet til alle de frivillige ekteskapene og samboerskapene som ble forhindret; det vurderes særlig betydningsfullt å iverksette tiltak for å hjelpe de gruppene i samfunnet som er sårbare.

Det er et spørsmål om avstemningen av interessen som knytter seg til vernet mot tvangsekteskap og interessen som knytter seg til retten til å inngå ekteskap, kan begrunne en forskjellsbehandling under diskrimineringsvernet etter EMK. Uttalelsene fra EMD i saken Abdulaziz mfl. mot Storbritannia viser at familieetableringer også kan være omfattet av EMK artikkel 8, det avgjørende er om samlivet har en realitet. Retten til familieliv etter EMK artikkel 8 gjelder imidlertid ikke ubetinget, ettersom det kan foretas inngrep som er «in accordance with the law and is necessary in a democratic society» for å beskytte samfunnshensyn som nevnt i EMK artikkel 8 nr. 2. EMD har i Gül mot Sveits slått fast at artikkel 8 ikke gir en ubetinget rett til å velge landet man vil bosette seg med familien, dersom familielivet kan utøves trygt i et annet land, noe som også var grunnen til at klageren i Abdulaziz mfl. mot Storbritannia ikke fikk medhold i at artikkel 8 var brutt. Det samme er det gitt uttrykk for i utlendingsloven § 51 tredje ledd, som gir utlendingsforvaltningen kompetanse til å nekte familieinnvandring til tross for at alle vilkårene er oppfylt, «dersom familielivet kan utøves i et trygt land som familien samlet sett har sterkere tilknytning til».

¹⁸ Prop. 90 L (2015–2016) s. 110.

¹⁹ Prop. 90 L (2015–2016) s. 113.

²⁰ Jo Røed Skårderud (2018): «Tvinges fra hverandre». Klassekampenarkivet.

Et annet viktig aspekt i vurderingen er skjønnsmarginen. EMD gir statene vid skjønnsmargin i saker om familieinnvandring, som er et politisk prioriteringsspørsmål. EMK gir ikke en ubetinget rett til innreise til andre land, og statene har rett til å begrense innvandringen slik EMD slo fast i Abdulaziz mot Storbritannia. Det kan argumenteres for at Norge hadde blitt innrømmet en vid skjønnsmargin dersom spørsmålet om 24-årskravet er i strid med EMK artikkel 8, hadde kommet opp for EMD. EMD kan også vurdere som et moment i helhetsvurderingen at 24-årskravet er et vilkår som alle parter med tiden vil oppfylle. Vilkår som splitter familier kun for en periode, vil i utgangspunktet ikke utgjøre brudd på EMK artikkel 8, men det avhenger av hvor lang splittelsen er. Et par som er 23 år, vil ikke ha en like lang familiesplittelse som et par som er 18 år.

Likevel var uforholdsmessighet en av grunnene til at Storbritannia opphevet 21-årskravet for familieetablering, som gjaldt fra 2008 til 2011, etter at britisk høyesterett la til grunn i Quila mot SSHD at regelen var i strid med EMK artikkel 8.²¹ Det avgjørende for utfallet var at domstolen mente foreliggende praksis fra EMD ikke var entydig, at det var usikkert hvor effektivt tiltaket var, og at mange frivillige ekteskap ville rammes av regelen. I pressemeldingen fra The Supreme Court heter det blant annet:

«The Secretary of State has failed to establish that the interference with the Respondents' rights to a family life was justified under Article 8(2) ECHR. Paragraph 277 has a legitimate aim, namely the protection of the rights and freedoms of those who might be forced into marriage [45] and is rationally connected to that objective, but its efficacy is highly debatable [58]. A number of questions remain unanswered including how prevalent the motive of applying for UK citizenship is in the genesis of forced marriages; whether the forced marriage would have occurred in any event and thus the rule increase the control of victims abroad and whether the amendment might precipitate a swift pregnancy in order to found an application for a discretionary grant of a visa [49]. The Secretary of State has failed to adduce any robust evidence that the amendment would have any substantial deterrent effect [50; 75]. By contrast, the number of forced marriages amongst those refused a marriage visa had not been quantified [53]. The only conclusion that could be drawn was that the amendment would keep a very substantial number of bona fide young couples apart or forced to live outside the UK [54], vastly exceeding the number of forced marriages that would be deterred [58; 74]. The measure was similar to the blanket prohibition on persons subject to immigration control marrying without the Secretary of State's written permission found to be unlawful in R (Baiai) v Secretary of State for the Home Department [2008] UKHL 53 [57, 78 - 79]. The Secretary of State has failed to exercise her judgement on this imbalance and thus failed to establish both that the measure is no more than is necessary to accomplish the objective of deterring forced marriage and that it strikes a fair balance between the rights of parties to unforced marriages and the interests of the community in preventing forced marri-

²¹ R (Quila & Anor) v SSHD; R (Bibi & Anor) v SSHD [2011] UKSC 45.

age. On any view, the measure was a sledgehammer but the Secretary of State has not attempted to identify the size of the nut [58].»²²

Norske rettsanvendere er ikke bundet av avgjørelser fra britisk høyesterett, men de er bundet av EMK artikkel 8. All den tid premissene for tvangsekteskap følger av de samme tredjelandskulturene, er det vanskelig å se grunner til at dette kan vurderes annerledes hos oss. Herunder kommer at alderskravet i Norge er høyere enn det som var gjenstand for britisk høyesterett. Parallellen og betydningen av de faktiske premissene kommer nok så tydelig frem når den ovennevnte pressemeldingen holdes opp mot de norske forarbeidernes forutsetning om at det skal bygges på «europaisk erfaring med at tvangsekteskap forekommer» og det forhold at bestemmelsen også praktiseres basert på landinformasjonen som foreligger.

Selv om vernet etter EMK artikkel 8 likevel ikke skulle kunne påberopes direkte, kan det få kraft gjennom det aksessoriske diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14 for «rights and freedoms set forth in this Convention». En forskjellsbehandling er diskriminerende hvis den ikke har et objektivt formål som er proporsjonalt med middelet som anvendes for å oppnå målet. Statene gis da kun en snever skjønnsmargin i vurderingen av om det er nødvendig å forskjellsbehandle på grunn av etnisitet. Forskjellsbehandling kun på grunn av nasjonalitet kan aldri godtas etter EMK artikkel 14, med mindre det foreligger overbevisende tungtveiende grunner for det.

I storkammersaken Biao mot Danmark ble det konstatert brudd på EMK artikkel 14 i en sak som gjaldt Danmarks tidligere tilknytningskrav for familieetablering. Tilknytningskravet gikk ut på at partene som søkte om familiegjenforening ikke kunne ha større tilknytning til et annet land enn Danmark for å få innvilget opphold. De som hadde hatt dansk statsborgerskap i minst 28 år, var imidlertid unntatt fra kravet. Klageren hadde hatt dansk statsborgerskap i to år og fikk derfor ikke unntak fra tilknytningskravet. Klageren anførte og fikk medhold i at tilknytningskravet forskjellsbehandlet etnisk danskfødte statsborgere og de som hadde en annen etnisk bakgrunn, og som ervervet statsborgerskap på et senere tidspunkt i livet. Saken førte til at Danmark opphevet unntaket, men beholdt tilknytningskravet. I senere tid ble også tilknytningskravet opphevet og erstattet av et integreringskrav.²³

Tilknytningskravet og det nå opphevede unntaket fra tilknytningskravet i Danmark har visse likhetstrekk med Norges 24-årskrav med tanke på hva praksisen fører til. I Biao mot Danmark var de konkrete forholdene i saken innenfor rekkevidden av retten til familieliv etter EMK artikkel 8. 24-årskravet er også en regel som begrenser retten til familieliv, til tross for at dette kun er for en begrenset periode. Praktiseringen av 24-årskravet fører til at individer fra visse land i verden sjelden vil få unntak, i motsetning til individer fra andre land, som hovedsakelig vil få unntak. I den foreliggende saken var resultatet av 28-årskravet at danskfødte individer måtte vente til de fylte 28 år, for at samboer eller

22 The Supreme Court, press summary on appeal from [2010] EWCA Civ 1482; [2009] EWHC Admin 3189. Se <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2011-0022-press-summary.pdf> (Søkedato 16.07.21).

23 Kender du reglene for familiesammenføring? - Danes Worldwide.

ektefelle skulle få opphold på grunnlag av familieetablering. De som ervervet statsborgerskap på et senere tidspunkt, måtte derimot vente i 28 år fra de ervervet det danske statsborgerskapet, før de ville oppfylle tilknytningskravet.

For EMD var spørsmålet om forskjellsbehandlingen kunne knyttes opp mot rase eller etnisk opprinnelse. Det avgjørende for EMD var om tilknytningskravet i praksis førte til at etnisk danske ville oppnå retten til familieinnvandring på et tidligere tidspunkt enn innvandrere som fikk dansk statsborgerskap på et senere tidspunkt. Klageren klarte å bevise at dette var tilfellet, og da gis staten bevisbyrden for å bevise at forskjellsbehandlingen har et legitimt formål som ikke er relatert til etnisitet. For 24-årskravet må referansepersoner og søkere med en viss etnisk bakgrunn vente lenger på å få innvilget familieinnvandring enn søkere fra andre land i verden. Forskjellsbehandlingen etter 24-årskravet knytter seg ikke direkte til partenes etnisitet, men derimot til land hvor det forekommer tvangsekteskap. Det taler for at formålet er legitimt og objektivt, men i praksis fører det likevel til at individer fra visse land i verden vanligvis må vente til de blir 24 år, i motsetning til søkere fra vestlige land.

I Biao mot Danmark trakk EMD frem at Danmarks redegjørelse for en 28-årsregel bygger på antagelser om at regelen vil føre til bedre integrering for de som kommer på familieinnvandring. Denne argumentasjonen ble ikke godtatt av EMD, som karakteriserte argumentene som spekulative. EMD uttalte videre at det ikke fantes grunnlag for å vite når en ikke-etnisk dansk person som senere får dansk statsborgerskap, har opparbeidet seg nok tilknytning til Danmark til at familieetablering med en utenlandsk ektefelle vil være vellykket ut ifra et integreringsperspektiv. EMDs uttalelse kan tolkes dithen at det manglet empirisk grunnlag for å fastslå at tilknytningskravet ville føre til bedre integrering av innvandrere i Danmark, og at en slik regel ikke kunne bygge på løse spekulasjoner om tiltakets effekt. 24-årskravet bygger også på departementets noe løse antagelser om at det vil være lettere å bryte ut av et tvangsekteskap jo eldre man er, på grunn av modenhet og status i familien.

Videre kan det tenkes at det er vanskelig å avdekke hvem som faktisk har blitt utsatt for tvangsekteskap, når det gis avslag på grunn av 24-årskravet. Det stilles i utgangspunktet krav til intervju av referansepersonen ved familieetablering dersom ekteskapet ble inngått i utlandet, etter utlendingsloven § 56 fjerde ledd. Intervjuene foretas imidlertid ikke når det er mindre ressurskrevende å gi avslag på grunn av 24-årskravet, slik UDI uttalte under høringsrunden.

Det må også påpekes at 24-årskravet fører til at det skilles mellom etnisk norske referansepersoner og norske referansepersoner som er født og oppvokst i Norge, men som har en annen etnisk bakgrunn. Den sistnevnte gruppen vil sjelden få unntak fra 24-årskravet om de gifter seg med en søker som har bakgrunn fra et land hvor det forekommer tvangsekteskap. I likhet med 28-årskravet fører 24-årskravet til at det skilles mellom etniske bakgrunner. Dette skillet bidrar til stigmatisering og fører til at formålet knyttes automatisk opp mot etnisitet.

4. Sammenfatning og vurdering

Gjennomgangen har vist at utlendingsloven § 41 a og praksis under bestemmelsen står i et tvilsomt forhold til diskrimineringsvernet. Det knytter seg usikkerhet til egnetheten og om det er det minst inngripende tiltaket, og det er forhold som tilsier at reguleringen i et diskrimineringsperspektiv koster mer enn den smaker. Det er med andre ord klare holdpunkter for at utlendingsforvaltningens praksis står i et problematisk forhold til likestillings- og diskrimineringsloven og til diskrimineringsforbudet i Norges internasjonale forpliktelser.

Derfor er det urovekkende at Diskrimineringsnemnda avviste å behandle en klagesak i 2020 som Jussbuss bistod i, der klager anførte at et avslag på grunn av 24-årskravet var i strid med diskrimineringsforbudet i likestillings- og diskrimineringsloven § 6. Nemnda viste til at saken i reiste spørsmål om potensiell lovmotstrid – altså mellom det menneskerettslige diskrimineringsvernet som kommer til uttrykk i likestillings- og diskrimineringsloven, og utlendingsloven – og av den grunn falt utenfor nemndas virkeområde. Jussbuss' påpekte i sitt tilsvarende svar at nemnda ble bedt om å ta stilling til om behandlingen stred mot diskrimineringsvernet, ikke selve motstriden, men saken ble avvist.

Problemstillingen har imidlertid vind i seilene. Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse i HR-2020-2439-U gjaldt en ankenektelse i lagmannsretten som omhandlet spørsmålet om 24-årskravet utgjør brudd på EMK artikkel 14. Ankeutvalget la til grunn at spørsmålet er prinsipielt og uavklart, og fremhevet at det ikke var avgjørende «at departementet har vurdert det slik at bestemmelsen ikke er i strid med diskrimineringsforbudet». Beslutning om ankenektelse ble opphevet, blant annet fordi ovennevnte storkammersak Biao mot Danmark ikke var vurdert. Om ikke lang tid må det derfor tas stilling til om 24-årskravet er i strid med diskrimineringsforbudet og retten til familieliv etter EMK artikkel 8.