

Artikkelen er publisert under modellen grønn åpen tilgang (green open access). Det betyr at utgiver tillater forfatter å arkivere sin artikkel i åpne institusjonelle arkiv (egenarkivering) eller på eget eller arbeidsgivers nettsted, i den versjon og det format som ble godkjent av tidsskriftets redaksjon (akseptert versjon/tekstversjonen).

Sitering av artikkelen i APA (6<sup>th</sup>):

Myhrer, T. - G. (2006). Er proformaekteskap menneskesmugling? *Tidsskrift for strafferett*, (2), 101-122.

Dette er siste tekstversjon av artikkelen, den kan inneholde ubetydelige forskjeller fra forlagets pdf-versjon.

<b>ER PROFORMAÆKTESKAP MENNESKESMUGLING? .....</b>	<b>1</b>
1. BAKGRUNN OG PROBLEMSTILLING .....	1
1.1 Regelverket .....	1
1.2. Standpunktet i "Utlendingsrett" .....	2
1.3 Rettspraksis.....	2
1.4 Den videre fremstilling .....	3
2. BEGREPENE "PROFORMAÆKTESKAP" OG "MENNESKESMUGLING" .....	4
2.1 Innledning.....	4
2.2 Proformaekteskap.....	4
2.3 Menneskesmugling.....	6
2.4 Foreløpig konklusjon.....	7
3. PÅ HVILKET GRUNNLAG UNDERKJENNES PROFORMAÆKTESKAPET SOM OPPHOLDSGRUNNLAG? .....	7
3.1 Innledning.....	7
3.2 Forarbeidene - fra skjønn til rettskrav .....	7
3.3 Praksis .....	9
3.4 "Sedvanerettslige proformabetraktninger" .....	11
3.4.1 Proformabegrepets kjerneområde .....	11
3.4.2 Sidevirkning som motiv i andre tilfeller.....	12
3.5 Foreløpig konklusjon.....	13
4. ER EN TILLATELSE BASERT PÅ ET PROFORMAÆKTESKAP EN NULLITET? .....	14
5. ER "PROFORMAÆKTESKAP" STRAFFERETTSLIG SETT ET "ULOVLIG OPPHOLD"? .....	15
6. AVSLUTNING .....	18

## Er proformaekteskap menneskesmugling?

### 1. Bakgrunn og problemstilling

#### 1.1 Regelverket

Problemstillingen i artikkelen er om en norsk borger som mot betaling gifter seg med en utlending med det formål å skaffe vedkommende opphold i Norge, kan straffes etter "menneskesmuglingsbestemmelsen" i utlendingsloven § 47 tredje ledd bokstav a.

"Familiegjenforeningsbestemmelsen" i utlendingsloven<sup>1</sup> § 9 bestemmer at de nærmeste familiemedlemmene til norsk eller nordisk borger som er bosatt i riket eller til utlending som har lovlig opphold her, etter søknad har rett til arbeids- eller oppholdstillatelse med mindre det foreligger en særskilt nektingsgrunn. I lovens § 12 fastsettes det videre at den som har hatt slikt opphold i riket i tre år, har rett til (varig) bosettingstillatelse etter søknad.

Lovens regler utfylles av utlendingsforskriften<sup>2</sup>, særlig §§ 22 og 23. Forskriftens § 23 avgjør hvem som regnes som "nærmeste familiemedlemmer", og i bokstav a nevnes ektefelle. For å gi rett til familiegjenforening bestemmes det her i annet punktum at "[d]et er et vilkår at ektefellene skal bo sammen." Det følger av forskriftens § 22 if., jf. § 15 fjerde ledd, at tillatelse til opphold for ektefelle til norsk borger, normalt gis for ett år ad gangen. Ved fornyelse fastsettes det i forskriftens § 37 tredje ledd at det som hovedregel er et "vilkår at ekteskapet ... består og at partene fortsatt bor sammen." Hvis ektefellene fortsatt er gift og bor sammen etter

<sup>1</sup> Lov 24. juni 1988 nr. 64.

<sup>2</sup> Forskrift 21. desember 1990 nr. 1028.

tre år, gir forskriftens § 43 første ledd den utenlandske ektefelle rett til å søke om bosettingstillatelse. Når slik tillatelse er gitt, kan ektefellene skilles og leve hver for seg uten at den utlandske parten av den grunn mister sin rett til opphold her i riket.

Det sentrale spørsmål er derfor om bruk av disse regler mot betaling kan straffes etter utlendingsloven § 47 tredje ledd bokstav a for i vinnings hensikt å ha hjulpet utlending til ulovlig opphold i riket. Fremstillingen vil vise at det sentrale spørsmål er om opphold oppnådd på bakgrunn av et ekteskap som anses som *proforma*, utlendingsrettslig og strafferettslig er å anse som ulovlig?

## 1.2. Standpunktet i ”Utlendingsrett”

I boken Bunæs, Kvigne og Vandvik (red.) *Utlendingsrett* har jeg blant annet forfattet kapittel 22 Straffebestemmelser. Avslutningsvis i kapitlets punkt 22.5.3.2, om det objektive vilkåret ”hjelp til ulovlig innreise i riket”, fremholder jeg på side 599 følgende om den aktuelle problemstilling:

” Et særlig spørsmål er om *proforma-ekteskap mot betaling* kan rammes av utl. § 47, 3. ledd som ”hjelp til ulovlig innreise eller opphold”. Den aktuelle situasjon er gjerne som følger: En norsk kvinne inngår mot betaling ekteskap med en utenlandsk mann. Etter utl. §§ 8 og 9, jf utf. §§ 22-24 gir dette mannen rett til arbeids- og oppholdstillatelse. Hensikten er at partene skal skilles etter tre år. Da vil utl. § 12, jf utl. §§ 43-49 gi den utenlandske mannen krav på bosettingstillatelse. Når bosettingstillatelse er oppnådd, kan vedkommende gifte seg med en kvinne fra sitt hjemland, som dermed har krav på oppholdstillatelse etter utl. §§ 8 og 9, jf utf. §§ 22-24. Det må være rimelig klart at så lenge regelverket følges, som f.eks. kravet om at ektefellene skal bo sammen, kan motivasjonen for å inngå ekteskap ikke gjøre utlendingens innreise og opphold ulovlig. Situasjonen kan være annerledes dersom ekteskapet er *proforma* også i den forstand at ektefellene ikke har til hensikt å bo sammen, og heller ikke flytter sammen, noe utf. § 23, 1. ledd bokstav a setter som vilkår. Gis det i utlendingssaken uriktige opplysninger om dette, vil dette være straffbart etter utl. § 47, 1. ledd bokstav b. Innebærer dette at ektemannens opphold anses som ulovlig og at kvinnen kan straffes etter 3. ledd fordi hun hjelper ham til slikt opphold i ”vinnings hensikt”? Spørsmålet er tvilsomt og uavklart. Å anvende bestemmelsen på slik forhold lar seg forene med ordlyden, men faller temmelig klart utenfor det en har tatt sikte på med bestemmelsen. En finner ingen støtte for en slik anvendelse i forarbeidene. Kanskje er dette også en type handling hvor strenge straffetrusler i liten grad vil virke styrende på atferden. Strafframmen etter utl. § 47, 1. ledd er mer enn tilstrekkelig til å markere at *proforma* ekteskapsinngåelser av den aktuelle karakter er rettsstridige og uønsket. Utover dette bør styring av atferd på dette området overlates til de sosiale normer. ”

## 1.3 Rettspraksis

Det aktuelle spørsmål har ennå ikke fått noen autoritativ avgjørelse i Høyesterett, men verken i påtalemyndighetens avgjørelser av tiltalespørsmålet eller i tingrettenes eller lagmannsrettenes domsavgjørelser har den rettsanvendelse jeg har tatt til ordet for, fått gjennomslag. Det foreligger således flere dommer hvor det for atferd som beskrevet ovenfor er avsagt dom etter utlendingslovens ”menneskesmuglingsbestemmelse”. I de

fleste avgjørelser foretas det ingen drøftelse av rettsanvendelsen, men i Agder lagmannsretts dom av 23. august 2005<sup>3</sup> tas lovanvendelsen opp til særskilt drøftelse. Etter å ha gjengitt hoveddelen av sitatet ovenfor fra *Utlendingsrett*, fremholder lagmannsretten:

”Spørsmålet er så vidt lagmannsretten kan sjå ikkje behandla i rein form av Høgsterett.

Slik lagmannsretten les dei ovannemnde kommentarane i « Utlendingsrett », samanhalde med førearbeida, er det i høve til §47 tredje og fjerde ledd i første rekkje tenkt på dei tilfella som ein gjerne kallar menneskesmugling, og der hjelpa består i andre forhold enn stifting av ekteskap, t.d. skifte av identitet osv.

Lagmannsretten finn likevel at dei beste grunnar talar for at slike proformaekteskap mot betaling som vi har i vårt tilfelle, må falla inn under §47 tredje ledd bokstav a. For det fyrste er denne type saker ikkje noko ubetydeleg problem, aktor har t.d. lagt fram 5 dommar frå 3 tingrettar berre for 2004 og 2005 som omhandlar slike tilfelle. Praksisen inneber vidare ein praktisk og lettvinnt måte å skaffa utlendingar opphald i landet på, som elles ikkje ville ha fått det. Sidan føremålet med regelverket på dette området m.a. er å hindra ulovleg innvandring, må det også av reint loveffektive omsyn vera føremålstenleg å nytta heimelen på slike tilfelle som omhandla her, sjølv om dette ikkje er eksplisitt nemnt i førearbeida.”

Også sivile saker om gyldigheten av utledingsrettslige vedtak som er basert på at ekteskapet er proforma, er av interesse. I løpet av de siste år er det i Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett<sup>4</sup> avsagt flere dommer hvor et av de sentrale vurderingstemaene har vært om ekteskapet har hatt noen realitet ut over et bofellesskap, og hvilken betydning det i tilfelle ville ha.

Av betydelig interesse for problemstillingen er også Sivilombudsmannens avgjørelse i Årsmeldingen 1993 side 110.

#### **1.4 Den videre fremstilling**

Problemstillingen om proformaekteskap kan straffes som menneskesmugling kan deles opp:

I punkt 2 ser jeg nærmere på begrepene ”proformaekteskap” og ”menneskesmugling”.

Dernest er det naturlig å behandle det rettslige grunnlaget for i utlendingsrettslig sammenheng å underkjenne et ekteskap som fyller alle lovbestemte krav, jf. punkt 3.

Forutsatt at det er et rettlig grunnlag for å underkjenne et proformaekteskap som grunnlag for opphold i Norge, er det sentral betydning for den strafferettilig vurdering å se nærmere på fra når oppholdet ikke er lovlig; fra innreisen eller fra utlendingsforvaltningen konstaterer at det foreligger et proformaekteskap, jf. punkt 4.

---

<sup>3</sup> Lovdata LA-2005-32135

<sup>4</sup> Vernetorget for den sentrale utlendingsforvaltning leder til at saker om gyldigheten av slike forvaltningsvedtak anlegges ved disse domstoler.

For den strafferettslige vurdering blir det også et sentralt spørsmål om avgjørelsen av proformaspørsmålet uten videre er avgjørende også for den strafferettslige avgjørelse av om det forligger ”ulovlig opphold”, jf. punkt 5.

## **2. Begrepene ”proformaekteskap” og ”menneskesmugling”**

### **2.1 Innledning**

Verken ”proformaekteskap” eller ”menneskesmugling” er definerte juridiske begreper med et entydig og allment akseptert meningsinnhold. Begge har imidlertid et kjerneområde hvor de fleste vil være enige om at begrepet er dekkende. Tittelen på denne artikkelen inviterer derfor til det som gjerne betegnes som begrepsjurisprudens. Det vil si at spørsmålet om ”proformaekteskap er menneskesmugling” besvares benektende, basert på at kjerneområdene for begrepene ikke berører hverandre, samtidig som en overser at de likevel kan ha overlappende randsoner. Jeg kan ikke utelukke at det, i alle fall delvis, er en slik prosess som ligger bak den konklusjonen jeg har trukket i *Utlendingsrett*, jf. punkt 1.2 ovenfor.

### **2.2 Proformaekteskap**

For at et ekteskap skal være gyldig og trekke de ordinære rettsvirkninger etter seg, kreves bare at personene er over 18 år, for øvrig har personlig handlevne, ikke allerede er gift eller i for nær slekt, er tilstede samtidig og svarer ja overfor en godkjent vigselmann, samt at ingen av dem handler under rettsstridig tvang, jf. ekteskapsloven<sup>5</sup> §§ 1-4, 9, 11-12 og 16. Det stilles ikke krav verken til motiv, følelser eller tilsiktet varighet, i motsetning til det som til en viss grad gjøres for å akseptere noen som samboere familierettslig forstand. Det er heller ikke noe krav om ekteskaplig samliv. Det har da også i lang tid vært enighet om at ekteskapet rettslig sett må defineres rent formelt, dvs. som ”en forbindelse mellom man og kvinne som inngås i bestemte former og som samfunnet gir sin autorisasjon og tillegger visse rettsvirkninger.”<sup>6</sup>

”Proforma” kommer fra latin og betyr egentlig ”for formens skyld”, men brukes gjerne i betydningen ”rent formelt”. Brukt slik vil alle ekteskap - rettslig sett - være å anse som ”proforma” fordi det utelukkende stilles formelle krav.

Når vi skiller mellom proformaekteskap og andre ordinære ekteskap har vi derfor stilt krav til det ordinære ekteskap, som verken har rettslig forankring eller rettslig betydning for ekteskapets gyldighet. Tilleggskravene vil gjerne være at ekteskapet ikke primært skal være inngått for å oppnå en av sidevirkningene av ekteskapet, for eksempel rett til opphold i Norge, at det ikke skal være av tilsiktet kort varighet, kanskje også at det ikke skal skje mot betaling, og at ekteskapet har resultert i en eller annen form for ordinært ekteskaplig samliv.

---

<sup>5</sup> Lov 4. juli 1991 nr. 47.

<sup>6</sup> Jf. Arnholm: *Privatrett IV – Familieretten* (1969) side 17 og Lødrup: *Familieretten* (2. utg. 1994) side 42. **Sjekk senere utgaver!!**

Til tross for at det tidlig ble avklart at de elementer som er avgjørende for karakteristikken ”proformaekteskap” var uten rettslig betydning for ekteskapets gyldighet, har begrepet overlevd. Allerede i avgjørelsen i Rt. 1926 side 426 tok Høyesterett standpunkt til gyldigheten av et ekteskap inngått mot betaling i den ene hensikt å skaffe en russisk kvinne norsk statsborgerskap (etter dagjeldende regler), og som i avgjørelsen betegnes som ”pro forma”. Høyesterett sluttet seg her til følgende rettsanvendelse fra byrettens flertall:

”Jeg er kommet til et andet resultat end førstvoterende. Det maa ansees at være helt klart, at begge de indstevnte var fuldt paa det rene med at det var ekteskap de indgik ved anledningen. Den omstændighed, at ektefællene var enige om ikke at leve sammen, har efter min mening lovgivningen ikke tillagt nogen relevans. Heller ikke har lovgivningen i og for sig tillagt det betydning om motivet for nupturientene kun er at opnaa endel av ekteskapets retsvirkninger. Er ekteskapet først lovlig stiftet, indtræder retsvirkningen av sig selv uten hensyn til partenes vilje. Jeg finder det godt gjort, at motivet i nærværende tilfælde for indstevnte nr. 1 var at opnaa en pengegodtgjørelse og for nr. 2 at opnaa at bli norsk statsborger. Men jeg kan ikke forstaa andet end, at det vil være at sætte domstolen i lovgivningens sted, om domstolen kjender det mellem de indstevnte i fuldt lovlige former indgaatte ekteskap ugyldig. Jeg voterer derfor for, at det erklæres gyldig.”

Når begrepet har overlevd, skyldes det nok behovet utenfor familieretten, og kanskje særlig der hvor ekteskapet tillegges virkninger på andre rettsområder. I EU så man for nesten ti år siden behovet for å definere og gi veiledende momenter for når et ekteskap skulle anses som proforma som ledd i arbeidet med å bekjempe ulovlig innreise og opphold til Schengen-området. I dansk oversettelse er proformaekteskap definert som et

"ægteskab mellem en statsborger i en medlemsstat eller en tredjelandstatsborger, der har lovligt ophold i en medlemsstat, og en statsborger i et tredjeland, udelukkende med det formål at omgå reglerne om tredjelandstatsborgeres indreise og ophold og at skaffe tredjelandstatsborgeren en opholdstilladelse eller en tilladelse til at opholde sig i en medlemsstat".<sup>7</sup>

Som veiledende momenter for om et ekteskap er proforma nevnes bl.a. at ektefællene ikke lever sammen, at de ikke har truffet hverandre forut for ekteskapsinngåelsen, og at de ikke snakker noe felles språk.

I utkastet til ny utlendingslov i NOU 2004:20 behandles proformaekteskapene i pkt. 5.4.2. Det foreslås en bestemmelse i utkastets § 58 nr. 3 som gjør det klart at "[o]ppholdstillatelse kan nektes dersom det fremstår som sannsynlig at det hovedsaklige formålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for søkeren". Innstillingen angir også momenter det bør legges vekt på ved avgjørelsen av om ekteskapet i utlendingsrettslig sammenheng skal anses som proforma:

- Hvilken kontakt det har vært mellom partene før ekteskapsinngåelsen, både med hensyn til varighet, karakter og omfang

---

<sup>7</sup> Rådet for Den Europæiske Union - Generalsekretariatet (1997), *Pressmeddelelse: 2055. samling i Rådet, Retlige og Indre Anliggender den 4. og 5. december 1997*, Bruxelles. 12888/97 (Presse 375).

- Hvilke kunnskaper partene har om hverandre
- Hvorvidt partene kan gi samsvarende opplysninger om hvordan de har blitt kjent med hverandre og hvilken kontakt som har vært mellom dem mv.
- Om partene kan kommunisere på et felles språk
- Aldersforskjellen mellom partene
- Om penger er betalt for ekteskapsinngåelsen uten at dette kan forklares med grunnlag i medgiftstradisjoner
- Hvorvidt referansepersonen har en tidligere ekteskapeleg historie som kan gi grunnlag for mistanke om proforma eller tilsvarende
- Om en av partene har en tidligere livsledsager som skal bo i samme husstand som partene

Blir lovutkastet med motiver fulgt opp, vil det bidra til at begrepet proformaekteskap – i alle fall i utlendingsretten – får et mer presist innhold.

### 2.3 Menneskesmugling

Begrepet menneskesmugling er av vesentlig nyere dato enn proformaekteskap. Det kan ikke ses benyttet i tilknytning til den opprinnelige bestemmelse i utlendingsloven § 47 annet ledd bokstav d, verken i NOU 1983:47 Ny fremmedlov eller i den oppfølgende proposisjon, Ot.prp. nr. 46 (1986-87) om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven). Heller ikke i Fisknes: Utlendingsloven – kommentarutgave (1994), brukes betegnelsen ved omtale av bestemmelsen, og finnes heller ikke stikkordsregistret. Da Halden byrett og Høyesterett på begynnelsen av 1990-tallet behandlet et tilfelle hvor 13 tamilere mot betaling illegalt og skjult ble tatt i riket, ble betegnelsen ikke benyttet, jf. Rt. 1992 side 654.

Noen få år senere synes imidlertid betegnelsen å være i alminnelig bruk. I avgjørelsen i Rt. 1995 side 1663 benyttes begrepet ”menneskesmugling” både i headingen og i Høyesteretts dom. I forarbeidene som ledet frem til endringene i utlendingsloven § 47 av 10. januar 1997, hvor den opprinnelige bestemmelse i § 47 annet ledd bokstav d, ble skjerpet og flyttet til nytt tredje ledd, ble også begrepet brukt. At det ennå ikke ble ansett som helt ”stuerent” synes likevel å fremgå av Justisdepartementets formulering i Ot.prp. nr. 38 (1995-96) side 35 sp. I hvor det heter:

”Overtredelse av bestemmelsen i nåværende annet ledd bokstav d *kalles populært menneskesmugling* og omfatter .....

Proposisjonsteksten gir også en beskrivelse av hvilken atferd som først og fremst omfattes av begrepet ”menneskesmugling” og fortsetter slik:

”... hovedsakelig tre ulike typetilfeller. For det første omfattes tilfeller der utlendinger bringes inn i landet over godkjent grenseovergangssted, skjult i varebiler o.l. For det andre omfattes at utlendinger bringes inn over ikke godkjent grenseovergangssted. For det tredje omfattes tilfeller der utlendinger utstyres med andre personers reisedokumenter eller med falske reisedokumenter (herunder eventuelt falske visum) som de benytter i passkontrollen, ofte etter en reise arrangert av samme person som har gitt dem reisedokumentene.”

Det karakteristiske ved de tre typetilfeller som regnes opp er at norsk myndighet enten ikke vet at personene oppholder seg i riket, eller at de tror de aktuelle personer har en annen identitet. Proformaekteskapstilfellene skiller seg vesentlig fra disse nettopp ved at utlendingsmyndigheten er kjent med både at vedkommende utlending er her i riket og under hvilken identitet.

## **2.4 Foreløpig konklusjon**

Skal en besvare spørsmålet om ”proformaekteskap er menneskesmugling”, basert på det naturlige innholdet av begrepene, er det liten tvil om at svaret må bli benektende. Rettslig sett er det ikke grunnlag for å skille mellom proformaekteskap og ordinære ekteskap. Også ekteskapsinngåelser som har de karakteristika som vi gjerne tillegger proformaekteskapene (motivasjonen er å utløse sidevirkninger av ekteskapet, det skal vare kort tid og skjer mot betaling) er familierettslig like gyldige ekteskap som andre. Det er vanskelig å se at et slikt ekteskap skal være å smugle noen ulovlig inn i Norge, når den utenlandske ektefellen tas inn i riket gjennom ordinær grensepassering og under riktig identitet.

Men som allerede antydnet kan en slik begrepsjurisprudens bli for enkel og unøyaktig. Det avgjørende må være: Er proformaekteskap med en utlending mot betaling en atferd som det er naturlig å henføre under alternativet ”i vinnings hensikt hjelper utlending til ulovlig opphold i riket”? Eller med andre ord: Bør slike proformaekteskap være et fjerde typetilfelle av menneskesmugling?

## ***3. På hvilket grunnlag underkjennes proformaekteskapet som oppholdsgrunnlag?***

### **3.1 Innledning**

Når man må konstatere at det i familieretten ikke foretas noe rettslig skille mellom ”ordinære” ekteskap og proformaekteskap, er det naturlig å se nærmere på det rettslige grunnlaget for et slikt skille i utlendingsretten. Forvaltningsrettslig blir problemstillingen hva som er grunnlaget for å tilbakekalle eller nekte å fornye en oppholdstillatelse som er oppnådd på grunnlag av et proformaekteskap. Strafferettslig er det sentrale om den som oppholder seg i riket med grunnlag i et proformaekteskap kan straffes for ulovlig opphold, og ikke minst om den ”norske parten” i ekteskapet kan straffes for å ha hjulpet utlendingen til ”ulovlig opphold”. I artikkelen er her er det den strafferettslige problemstillingen som er den sentrale, men det gjelder også nødvendig å behandle den forvaltningsrettslige side ganske inngående.

### **3.2 Forarbeidene - fra skjønn til rettskrav**

Fram til ikrafttredelsen av utlendingsloven av 1988 var oppholdstillatelse for familiemedlemmer ikke noe man hadde krav på. Det var i en viss grad opp til forvaltningens skjønn om slik oppholdstillatelse skulle gis, jf. nedenfor. Da gjeldende utlendingslov trådte i kraft 1.januar 1991 ble derimot oppholdstillatelse gjort til noe man hadde rettskrav på, jf. Ot.prp. nr. 46



(1986-87) pkt. 2.4., side 54 flg. At familiegjenforening skulle bli en rettighet var foreslått i NOU 1983:47 Ny fremmed lov, og departementet sier i proposisjonen følgende om forslaget:

”Utvalgets lovforslag snur helt om på utgangspunktet. Dersom bestemte grunnvilkår er oppfylt, skal oppholdstillatelse gis medmindre hjemmel for å gjøre unntak er gitt i selve loven eller i forskrifter fastsatt i medhold av loven. Hensikten er å frata forvaltningen adgangen til å avslå en søknad etter en skjønnsmessig vurdering når de vilkår som er fastsatt i lov og forskrifter er oppfylt.”

I NOU 1983:47 Ny fremmedlov side 186 sp. 2 øverst sier utvalget at det

”i og for seg ikke behøver å være noen motsetning mellom dette utgangspunkt [rettskrav på opphold] og ønsket om å gjøre utlendingsloven til et instrument for den innvandringspolitikk myndighetene til enhver tid fører. Reelt sett blir det avgjørende hvilke generelle vilkår som følger av lov, forskrift og innvandringspolitiske retningslinjer. Dermed vil myndighetene fortsatt ha full kontroll over innvandringen ved fastsettelsen av de generelle vilkår. Men i den enkelte sak vil de ikke kunne avslå på grunnlag av et « fritt restskjønn ». Forslaget kan dermed tjene til å forebygge vilkårlighet og kritikk ».

Forslaget om å gjøre familiegjenforening til et rettskrav var omstridt under høringsbehandlingen, men departementet ble ”stående ved å følge utvalgets utgangspunkt om at det må foreligge et rettslig grunnlag for å avslå en søknad om oppholdstillatelse eller arbeidstillatelse...”. Den gamle fremmedforskriftens § 42A annet ledd ga forvaltningen et ikke helt ubetydelig skjønn i familiegjenforeningssaker, idet ektefeller kunne nektes opphold hvis ”særlig grunner” tilsa noe annet. I avgjørelsen i RG 1985 side 505 la Eidsivating lagmannsrett til grunn at det forelå en slik ”særlig grunn” når det var overveiende sannsynlig at ekteskapet var proforma. Men avgjørelsen er altså basert på en rettslig regulering som man uttrykkelig ville bort fra.

Som redegjort for i pkt. 1.1 er kravene i lov og forskrift at ektefellene skal være lovformelig gift og må bo sammen, jf. loven § 9 og forskriftens §§ 22, 23 og 37. Når det tilsynelatende blir stillet ytterligere krav, synes det basert på en kombinasjon av forarbeidene og forvaltningspraksis. I Ot.prp. nr. 46 (1986-87) side 61 heter det:

” Foruten spørsmål som har sammenheng med kulturforskjeller, er det særlig omgåelsesproblematikken som gir grunn til nærmere kommentarer for såvidt gjelder ektefeller. Ekteskap gir en sterk tilknytning og vil ved spørsmål om oppholdstillatelse slå igjennom overfor de fleste hensyn som eventuelt måtte tale mot at slik tillatelse ble gitt. Det er en erfaring som er gjort i de fleste land som har innført betydelige restriksjoner på innvandringen at mer eller mindre pro-forma-pregede ekteskap er en mulighet som endel tyr til for å få en oppholdstillatelse som ellers ikke ville bli gitt. Også i Norge gjør dette fenomenet seg gjeldende i merkbare utstrekning. Justisdepartementet bygger dette på erfaring fra enkeltsaker. Her ser en forholdsvis ofte at det inngås ekteskap etter svært kortvarig bekjentskapstid, eller at de ytre omstendigheter for øvrig er temmelig atypiske for det en vanligvis finner ved ekteskapsinngåelser. I enkelte saker har en også under saksbehandlingen eller på et senere tidspunkt fått klarlagt den reelle sammenhengen. En har sett eksempler på at ekteskap er inngått under trusler, ved utnyttelse av en av partenes godtroenhet og mot betaling. I de fleste tilfelle av denne art regner en imidlertid med at den andre parten går inn i ekteskapet av idealistiske grunner eller for å gjøre den som vil ha oppholdstillatelse en vennetjeneste.

Det er muligheten for å utøve et familieliv og beskyttelsen av retten til dette som er årsaken til at ekteskap med en som er bosatt i landet gir grunnlag for oppholdstillatelse, det er ikke slik at en trekker en automatisk slutning fra den formelle rettstilstand på ett område over til et annet. Et gyldig inngått ekteskap vil derfor ikke gi grunnlag for oppholdstillatelse hvis det *ikke er noen realitet i det*. Tilsvarende gjelder hvis familielivet allerede de facto er oppløst ved separasjon.” (Kursivering foretatt her)

Formuleringen ”ikke noen realitet” åpner i alle fall for to tolkingsalternativer: Det kan bety at bare i de tilfeller hvor det foreligger et ordinært ekteskapeleg samliv, gir ekteskapet rett til opphold. Et annet alternativ er at ”realitet” sikter til at ektefellene har tatt konsekvensen av inngåelsen, og bor sammen. Sammenholdt med neste setning i sitatet: at ekteskapet ikke gir rett til opphold når ektefellene *de facto* er separert, er dette i alle fall ikke noen helt urimelig fortolking. I så fall er proposisjonens krav om ”realitet” konvertert til forskriftens krav om at ektefellene må bo sammen, som jo uansett er et vesentlig mer håndterlig ”realitetskrav” enn å avgjøre om det foreligger et ”ordinært ekteskapeleg samliv”. Den omstendighet at siktemålet med lovendringen var å gjøre familiegjeningforening til en rettighet, burde jo også tale mot at man, basert på en tvetydig uttalelse i forarbeidene, har gitt forvaltningen en nektingsadgang som er uten forankring i regelverket og som åpner for et ikke ubetydelig skjønn!

### 3.3 Praksis

Men uansett hvordan uttalelsen i proposisjonen var ment, er det slik at det i utlendingsforvaltningen i dag stiller et krav om ”realitet” ut over at ektefellene bor sammen. Dette er også akseptert i rettspraksis.

Dette kommer klart til uttrykk i en sak for Sivilombudsmannen som er gjengitt i Årsmeldingen 1993 side 110. En søknad om oppholdstillatelse var her avslått med begrunnelse at ekteskapet var proforma. Sivilombudsmannen ba Justisdepartementet

”redegjøre nærmere for det formelle grunnlaget for avgjørelsen, og da særlig i lys av at utlendingslovens § 9 og utlendingsforskriftens §§ 22 og 23 ikke åpner rom for skjønn, men etablerer en rett til oppholdstillatelse for ektefeller som oppfyller de positive vilkår i regelverket.”

Justisdepartementet svaret:

”Vedtaket er forankret i nevnte bestemmelses krav om at ektefellene skal bo sammen. Ut fra forarbeidenes diskusjon om problematikken omkring proformaekteskap, er det lagt til grunn at det her ikke er snakk om et hvilket som helst bofellesskap, men om et ekteskapeleg samliv. *Dersom* det i en konkret sak er tilstrekkelige holdepunkter for å legge til grunn at ekteskapsinngåelsen er proforma vil det derfor etter departementets oppfatning ikke ha noen selvstendig betydning at partene bor, eller opplyser at de akter å bo, på samme adresse.”

Sivilombudsmannen aksepterte at departementets syn og praksis hadde støtte i forarbeidene, jf. punkt 3.2 ovenfor, men var ikke enig i at proformabetraktningene kunne forankres i krav om at ektefellene skulle bo sammen, og uttalte:

”Riktignok vil det forhold at ekteparet bor sammen være med på å understreke at det er tale om et ”reelt” ekteskap, og jeg antar at vilkåret er tatt inn i forskriften blant annet for å motvirke proforma-tilfelle. Det er her imidlertid tale om et

grunnvilkår som skal oppfylles uavhengig av hvilken realitet det ellers måtte være i ekteskapet. Noen positiv hjemmel for å avslå en søknad om oppholdstillatelse når dette og øvrige vilkår er oppfylt, kan jeg vanskelig se at denne bestemmelsen gir.”

Sivilombudsmannen konkluderte slik om rettsanvendelsen:

”Jeg er likevel enig med departementet i at en søknad, etter omstendighetene må kunne avslås med grunnlag i de *hensyn* som begrunner rettighetsbestemmelsene i lovens § 9 og forskriftens § 22, jf. § 23.

Som fremhevet i Ot.prp. nr. 46, er det beskyttelsen av muligheten/retten til å utøve *familieliv* som begrunner lovens og forskriftenes regler på området. De rettigheter som er etablert må sees i lys av dette. – Dersom det er klart at partene ikke har til hensikt å oppta noe ekteskapelig samliv, vil de hensyn som loven og forskriftens regler skal ivareta ikke gjøre seg gjeldende. En gyldig ekteskapsinngåelse vil, i slike tilfelle, således ikke gi vedkommende søker noe beskyttelsesverdig krav på oppholdstillatelse etter disse reglene. Reglene beskytter med andre ord den ekteskapelige realitet, ikke den ekteskapelige form.”

Ombudsmannen pekte deretter på at det måtte foreligge en klar overvekt av sannsynlighet for at ekteskapet var proforma før det var rettmessig å avslå søknad om opphold på dette grunnlag, og anbefalte også at krav om ekteskapelig realitet ble tatt inn i forskriften. Noe overraskende motsatte Justisdepartementet seg å endre forskriften slik at den klarere ga uttrykk for rettstilstanden. Sivilombudsmannen avsluttet derfor saken med følgende uttalelse:

”Imidlertid vil jeg fastholde at gjeldende regelverk fremstår som komplisert og vanskelig tilgjengelig i forhold til behandlingen av proforma-ekteskapene. Hensynet til klarhet og forutberegnelighet vil derfor tilsi at departementet bør se nærmere på utformingen av regelverket på dette punkt, dersom den nåværende rettslige situasjon forblir uendret.”

Regelverket er fremdeles det samme, men både forvaltningen selv og domstolene når de prøver om utlendingsforvaltningens avgjørelser er gyldige, legger til grunn at det gir hjemmel til å avslå opphold på grunn av manglende ekteskapelig realitet. Det vises bl.a. til avgjørelser fra Oslo tingrett av 18. april 2002, 11. april 2003, 29. september 2004 og 13. oktober 2004<sup>8</sup>, og Borgarting lagmannsretts avgjørelser av 13. februar 2003 og 20. august 2004<sup>9</sup>. Når man leser avgjørelsene sitter en likevel igjen med en ganske bestemt inntrykk at bærebjelken i ”realitetsvurderingen” er om ektefellene bor sammen. Slik sett er det ganske betegnende når Oslo tingrett i avgjørelsen 18. april 2002 uttaler:

”Saksøker har lagt vekt på kriteriet om at de må ha bodd sammen, hvilket de påstår å ha gjort, mens staten har presisert at å bo sammen er et absolutt vilkår, men at det i tillegg også kommer et vilkår om at samboerskapet skal innebære et reelt ekteskap. Retten har dog noen vanskeligheter med å finne hva det presise innholdet i et reelt ekteskap skal være utover at partene bor sammen.”

Når Utlendingslovutvalget i NOU 2004:20 Ny utlendingslov i pkt. 8.5.4.2 skal beskrive gjeldende praksis, uttales:

---

<sup>8</sup> Sakene har nr. 2001/9716, 2002/9959, 2004/12327 og 2004/37367.

<sup>9</sup> Sakene har nr. 2002/1893 (og er samme sak som Oslo tingretts sak 2001/9716) og 2004/16509.

”Utlendingsforskriften § 23 første ledd bokstav a oppstiller et vilkår om at partene skal bo sammen. Videre vil det være adgang til å avslå oppholdstillatelse dersom ekteskapet er inngått proforma, dvs. hvor ekteskapet er helt uten faktisk realitet og er inngått kun med det formål å omgå lovregler om innvandring. Hjemmelen for å avslå i slike tilfeller må anses å følge av sedvanerettslige proformabetraktninger.”

Utvalget gjør likevel ikke nærmere rede for hva sedvanen består i og hvilke offentligrettslige avgjørelser den kan gi hjemmel for.

### **3.4 ”Sedvanerettslige proformabetraktninger”**

Formuleringen ”sedvanerettslige proformabetraktninger” gir umiddelbart inntrykk av at den som bruker et rettsinstitutt alene for å oppnå eller unngå en enkelt virkning knyttet til instituttet, men ellers ikke tar sikte på å innordne seg og akseptere de øvrige virkninger, ikke kan ha noen forventninger om å oppnå det tilsiktede resultat. Når oppgaven er å avklare rettsgrunnlaget for at ”proformaekteskap” er ”ulovlig opphold”, kan det være grunn til se nærmere på om grunnlaget for en slik alminnelig rettssetning. For mitt formål har jeg valgt å se nærmere på hvor proformabetraktninger første og fremst har sitt rettsvitenskapelige nedslagsfelt (pkt. 3.4.1) og dernest om det finnes en alminnelig lære som går ut på at den som bare ønsker å oppnå en sidevirkning av ekteskapet, men ikke et ekteskapeleg samliv, vil bli nektet sidevirkningen (pkt. 3.4.2)

#### *3.4.1 Proformabegrepets kjerneområde*

I rettsvitenskapen er ”proformabetraktninger” i stor grad knyttet til formuesretten, og ganske særlig til begrepet ”eiendomsrett”. ”Eiendomsrett”, er i likhet med ”ekteskap”, et typisk eksempel på et ”koblingsbegrep”<sup>10</sup>: Eiendomsrett kan etableres på mange ulike måter, og når den er etablert utløser den en lang rekke rettsvirkninger. Ved proformaoverføring av eiendomsrett foreligger det gjerne en skriftlig og offentlig avtale som utad fullt og helt overfører eiendomsretten fra A til B, mens det tillegg finnes en muntlig eller ikke-offentlig avtale mellom A og B om at det bare er én eller noen få rettsvirkninger av eiendomsoverdragelsen som skal utløses. Gjerne er det rettsvirkningen at A’s kreditorer ikke kan søke dekning i gjenstanden som ønskes utløst ved proforma å overføre eiendomsretten til B.<sup>11</sup>

De ”sedvanerettslig proformabetraktninger” knyttet til slike transaksjoner går i hovedsak ut å gå på at partene seg imellom ikke kan påberope seg rettigheter eller plikter basert på proformatransaksjonen, at det samme gjelder for tredjemann som kjenner det reelle forhold. I tillegg kreves gjerne iaktatt visse former (for eksempel ektepakt, jf. ekteskapsloven § 50<sup>12</sup>) for at en slik proformaavtale kan påberopes til skade for godtroende tredjemann.

---

<sup>10</sup> Jf. Echhoff/Sundby: Rettssystemer (1976) side 159 flg.

<sup>11</sup> Det er således symptomatisk at fremstilling om proforma finnes i fremstillinger om gjeldsforfølgning og konkurs, tingsrett og formuesavtaler mellom ektefeller, jf. Falkanger: Tingsrett (4. utg.1996) side 457 flg. og 530 flg., Huser: Gjeldsforhandling og konkurs, Bind 3 (1992) side 31 flg., Mads Henry Andenæs: Konkurs (1993) side 122, Kirsti Strøm Bull: Avtaler mellom ektefeller (1993) side 71 flg. og Holmøy/Lødrup: Ekteskapsloven (1994) side 248 flg.

<sup>12</sup> Lov 4. juli 1991 nr. 47

Slik jeg ser det, kan ikke proformabetraktningene utviklet i formuesretten uten videre overføres til den offentlige myndighetsutøvelse. For det første er det åpenbart at selv om ekteskapet er inngått med det siktemål bare å utløse én av rettsvirkningene knyttet til begrepet "ekteskap", nemlig rett for utlending til å oppholde seg i Norge, vil ekteskapsinngåelsen også ha andre virkninger for partene. Den viktigste er at partene ikke tillates å gifte seg igjen så lenge proformaekteskapet består. Og skulle en av "proformaektefellene" ønske å legge mer i arrangementet enn forutsatt, er det vel ikke uten videre åpenbart at denne ikke kan påberope seg den gjensidige underholdsplikt i ekteskapsloven § 38? Og er det slik at ved opphør av et proformaekteskap hvor det ikke er avtalt fullstendig særeie, at den "velstående" ektefellen har rettskrav på "fullstendig skjevdeling" etter ekteskapsloven § 59 tredje ledd<sup>13</sup>?

Hvor beskyttelsesverdige interesser kan bli skadelidende av proformaavtaler, forsøkes dette motvirket ved formkrav som sikrer offentlighet og notoritet, som for eksempel krav om ektepakt ved gaver mellom ektefeller, jf. ekteskapsloven § 50. Følges disse kravene, utløses likevel rettsvirkningen selv om transaksjonen for øvrig er ment å være proforma. Når man innen utlendingsretten anvender "sedvanerettslige proformabetraktninger" som grunnlag for å nekte opphold, til tross for at partene er lovlig gift og bor sammen, gjør man vel nærmest tvert imot: Man nekter å innvilge nettopp den rett som de formelle krav skulle utløse, mens de øvrige virkninger av proformaekteskapet, men som partene ikke ønsker, inntreier eller består!

Etter mitt skjønn viser foranstående de "sedvanerettslige proformabetraktninger" som er utviklet i privatrettslige sammenhenger, i alle fall ikke uten videre egner seg som "hjemmelsgrunnlag" i en offentlig myndighetsutøvelse.

#### *3.4.2 Sidevirkning som motiv i andre tilfeller*

Før man går videre må det likevel undersøkes om det finnes et eget sedvanerettslig hjemmelsgrunnlag som går ut på at når parter inngår ekteskap kun med det formål å utløse en av sidevirkningene av ekteskapet, så er det et misbruk av ekteskapsinstitusjonen som leder til at den tilsiktede virkning ikke inntreier. Kan det med andre ord i visse sammenhenger stilles krav til motiv, eventuelt i kombinasjon med varighet og vederlag?

På flere rettsområder er det slik at inngåelse av ekteskap trekker rettsvirkninger etter seg. Rettsvirkningene kan for eksempel være retten til arv, retten til å tre inn i og overta boret, retten til ektefellepensjon eller skattemessige fordeler. I noen tilfeller har man innført tilleggsvilkår for å hindre misbruk, for eksempel at ekteskapet må ha vært av en viss varighet, jf. folketrygdloven § 17-5<sup>14</sup> og lov om Statens pensjonskasse § 33<sup>15</sup>. Men er slike eventuelle tilleggsvilkår oppfylt, er det vanskelig å tenke seg at man skulle nekte ektefellen den aktuelle sidevirkning, selv om det eneste formål med ekteskapsinngåelsen nettopp har vært å oppnå sidevirkningen:

---

<sup>13</sup> Jf. Oslo tingretts dom 13. juli 2005 – TOSLO 2005 – 5687.

<sup>14</sup> Lov 28. februar 1997 nr. 19

<sup>15</sup> Lov 28. juli 1949 nr. 26

- Om en dommer i Høyesterett med skrantende helse og i en alder av 64 år, skulle velge å gifte seg med sin gartner eller husholderske med eneste formål å sikre vedkommende en gunstig enkepensjon<sup>16</sup>, kan det etter mitt skjønn ikke være adgang til å nekte den gjenlevende pensjonen når dommeren vel tre år senere går hen og dør.
- Den som måtte gifte seg ene og alene med det formål for i en periode å få ”tilgang” til en gunstigere skatteklasse og flere fradragsposter, kan heller ikke uten hjemmel i skattelovgivningen fratas disse skattemessige fordelene.
- Og den som inngår ekteskap med hjemmehjelpen for å sikre han eller henne retten til å overta den borettslagsleiligheten med sjøutsikt som den kapitalsterke ”slemme” naboen med 40 års ansiennitet i borettslaget har ventet på i en årrekke, vil vel heller ikke behøve å bekymre seg for at ”proformaektefellen” nektes retten etter burettslagslova<sup>17</sup> §4-12, når han selv er borte?

Det er derfor vanskelig å se hvorfor motivet for ekteskapsinngåelsen tilsynelatende tillegges så stor vekt for retten til opphold etter utlendingsloven, når det ikke gjøres i forhold til andre sidevirkninger av ekteskapet. Dette må også gjelde om en kombinerer motivet med at ekteskapet allerede fra først av er ment bare å vare i vel tre år og inngås mot vederlag. Hvorfor skal det være mindre akseptabelt at man over en periode på tre år mottar kr. 80.000 for et ekteskap som sikrer en utlending adgang til et formentlig bedre liv Norge, enn at man bidrar til at ektefellen over en periode på tre år, til ”skade” for fellesskapet får skatten redusert med kr. 30.000 pr. år?

Med bakgrunn i foranstående kan det i alle fall ikke antas å eksistere noen sedvane om at ekteskap inngått alene for å oppnå en sidevirkning, gir selvstendig grunnlag for å nekte denne.

### 3.5 Foreløpig konklusjon

Når utgangspunktet etter legalitetsprinsippet er at sedvane ikke er tilstrekkelig som hjemmelsgrunnlag, og ”forvaltningen ikke kan utvide sin kompetanse ved å vise til at den tidligere har gått ut over sin kompetanse”,<sup>18</sup> er det noe overraskende at en analogien ”sedvanemessige proformabetraktning” i kombinasjon med en i alle fall tvetydig uttalelse i forarbeidene, danner tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for et negativt vedtak når alle lovbestemte vilkår er oppfylt. Ganske særlig gjelder det når det når supplementet med de ”sedvanerettslige proformabetraktninger” langt på vei leder til at utlendingsforvaltningen får det skjønn som lovgiver positivt ønsket å komme bort fra.

Med den rettslige forståelse som utlendingsforvaltningen har fulgt siden loven og forskriften trådte i kraft, og som er akseptert både av Sivilombudsmannen og domstolene, er det likevel vanskelig å komme

---

<sup>16</sup> Jf. lov 21. mai 1982 nr. 25

<sup>17</sup> Lov 6. juni 2003 nr. 39

<sup>18</sup> Eckhoff/Smith: Forvaltningsrett (7.utg. 2003) side 311-312

utenom at retten til opphold på grunn av ekteskap kan suppleres med en slik proforma betraktning.

#### ***4. Er en tillatelse basert på et proformaekteskap en nullitet?***

At utlendingsforvaltningen kan supplere sin hjemmel til avslå eller trekke tilbake en oppholdstillatelse med proforma betraktninger, avgjør likevel ikke fra hvilket tidspunkt ekteskapet ikke gir rett til opphold. For den strafferettslige vurdering av om den herboende part i proformaekteskapet kan straffes for menneskesmugling, er det av sentral betydning hvilket av følgende to tidspunkter en legger til grunn:

- Når proforma arrangementet konstateres, anses oppholdet til utlendingen ulovlig, og forutsatt at de subjektive vilkår for straff er oppfylt, er hjelp til videre opphold straffbart fra samme tidspunkt. Oppdages proforma arrangementet før ektefellen reiser inn i riket, kan det foreligge straffbart forsøk.
- Den andre mulighet er at man anser oppholdet som ulovlig helt fra starten av, fordi forvaltningen har gitt tillatelsen under bristende forutsetning.

Har partene gitt positivt gale opplysninger til utlendingsmyndigheten, for eksempel opplyst at de skal bo sammen, og verken har hatt til hensikt eller gjør det, kan det etter den alminnelige forvaltningsrett være grunnlag for å anse oppholdstillatelsen som en nullitet. Virkningen vil i så fall være at når forholdet oppdages, vil ugyldighetsvirkningen gjelde helt fra innvilgelsen og ikke bare fra oppdagelsen og tilbakekallingen.<sup>19</sup> På dette punkt har imidlertid utlendingsloven en særlig regulering i § 13. Bestemmelsen lyder:

”Arbeidstillatelse, oppholdstillatelse og bosettingstillatelse kan tilbakekalles dersom utlendingen i søknaden mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket eller dersom det for øvrig følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler. Vedtak om tilbakekall treffes av Utlendingsdirektoratet.”

Basert på forarbeidene, jf. Ot.prp. nr. 46 (1986-87) del III, pkt. 2.12 og spesialmerknadene til § 13, er bestemmelsen forstått slik at selv når vedtaket er basert på opplysninger som er gitt mot bedre vitende eller på forsettelige fortelser, gir det bare grunnlag for tilbakekall som virker fremover. Konsekvensen av dette er at oppholdet tillatelsen har virkning inntil den kalles tilbake. I utlendingsforvaltningen benyttes bare nullitetsbetraktninger i tilknytning til visum, jf. Bunæs, Kvigne, Vandvik: Utlendingsrett sidene 125-26 og 180-182.

Konsekvensen av dette blir at selv om en anser utlendingen og den herboende for å ha fortiet opplysninger om at ekteskapet ikke var ment å være reelt, vil konsekvensen være at den innvilgede tillatelse etter familiegjenforeningsbestemmelsene har virkning inntil den kalles tilbake

---

<sup>19</sup> Jf. Eckhoff/Smith: Forvaltningsrett (7.utg) side 442 og Frihagen: Villfarelse og ugyldighet i forvaltningsretten side 395 flg.

eller nektes fornyet. Rettslig sett innebærer dette at oppholdet anses lovlig inntil da. Fortielsen er likevel ikke risikofri. Forholdet kan bli vurdert som åpenbart villedende opplysninger, jf. utlendingsloven § 47 første ledd bokstav b, og kan gi grunnlag for utvisning etter § 29 første ledd bokstav a, slik Borgarting lagmannsrett la til grunn i avgjørelse 20. august 2004<sup>20</sup>:

”Lagmannsretten finner heller ikke As forklaring om at ekteskapet var reelt troverdig. Han har en sterk egeninteresse i å fremstille saken slik at han unngår å bli sendt ut av landet. Uten at det er nødvendig å gå i detalj, har det vært flere uriktigheter og sprik i hans tidligere forklaringer. For eksempel forklarte han for politiet at han flyttet til X sammen med B høsten 1996, hvilket han vitterlig ikke gjorde.

Lagmannsretten finner at ovennevnte forhold klart innebærer en overtredelse av utlendingsloven §47 første ledd b) som setter straff for forsettlig eller grovt uaktsomt å gi vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger. A har gitt de samme opplysningene både ved førstegangssøknad og senere. Overtredelsen anses både grov og gjentatt.

Vilkårene for utvisning er derfor til stede etter utlendingsloven §29 første ledd a).”

### ***5. Er ”proformaekteskap” strafferettslig sett et ”ulovlig opphold”?***

Problemstillingen i artikkelen er om proformaekteskap strafferettslig kan betraktes som menneskesmugling. Etter avklaringene og konklusjonene foran, blir det sentrale spørsmål: Kan det å bidra til at en utenlandsk borger får adgang innreise og opphold i riket med basis i et ekteskap som utlendingsmyndigheten vurderer som proforma, sies å være hjelp til ”ulovlig opphold”.

Ser man på de rene proformatilfellene så vil partene være lovlig gift og bo sammen. De har således oppfylt alle de lovbestemte vilkår. Når det etter utlendingslovens bestemmelser dessuten er slik at den innvilgede oppholdstillatelse anses gyldig fram til den trekkes tilbake, har jeg vanskelig for å se hvordan den herboendes omfattes av formuleringen: ”... hjelper en utlending til ulovlig opphold i riket...”. En forutsetning for at et forhold som krever tillatelse skal anses straffbart når det foreligger en formell tillatelse, synes å være at tillatelsen anses som en nullitet, jf. Eckhoff / Smith : Forvaltningsrett (7.utg) side 442:

”...- kan det nok være at det vil bli betraktet som en nullitet, slik at han f. eks. kan straffes for å ha handlet uten gyldig tillatelse.”

Som det fremgår at punkt 4 foran, følger det av utlendingsloven § 13 at selv ved forsettelig svikaktig opptreden, anses tillatelsen ikke som en nullitet.

Skal den herboende part i proformaekteskapet kunne straffes etter utlendingsloven § 47 tredje ledd bokstav a, må en følgelig tillegge fortielsen og proformabetraktningene større vekt ved den strafferettslige vurdering, enn ved den forvaltningsrettslige. Det avgjørende blir følgelig om det er grunnlag for å tolke straffbestemmelsen i utlendingsloven § 47 tredje ledd bokstav a slik?

---

<sup>20</sup> LB 2004 - 16509



Det er ikke tvilsomt at ”ulovlig” i bestemmelsen viser til utlendingslovens søknads- og tillatelsessystem, jf. Bunæs, Kvigne, Vandvik: Utlendingsrett side 595-96 hvor det fremgår at bestemmelsen er foranlediget av Schengen-konvensjon art. 27 (1) som krever at man skal kunne straffe den som i vinnings hensikt hjelper noen til opphold ”i strid med ...lovgivning om innreise og opphold for utlendinger”.

Selv om utlendingens opphold i riket formelt er lovlig inntil oppholdstillatelsen trekkes tilbake, vil man likevel ikke karakterisere oppholdet som rettmessig. Ektefellene har opptrådt i strid med ”de hensyn som begrunner rettighetsbestemmelsene”<sup>21</sup> Men alene den omstendighet at reglene er utnyttet til andre formål enn de er tiltenkt, er neppe tilstrekkelig til at atferden i en strafferettslig sammenheng kan karakteriseres som ”ulovlig”.

Skal en slik tolking kunne aksepteres må den i alle fall ha støtte i andre rettskilefaktorer av slik kvalitet at de oppveier den tvetydighet som ordlyden etterlater. I denne sammenheng er det grunn til å vurdere sedvanebetraktningene, forarbeidene og reelle hensyn.

Det er sikker rett at selv om Grunnloven § 96 ikke tillater at noen dømmes til straff alene på grunnlag av sedvane, kan sedvanen ”få betydning for tolkingen av straffebud som gjør bruk av vurderingskriterier”<sup>22</sup>. Men forutsetningene må etter mitt skjønn være at sedvanen er klar og alminnelig akseptert. Fremstillingen foran i pkt. 3.3. og 3.4 viser etter mitt skjønn at så ikke er tilfellet. Det er i alle fall ikke grunnlag for noen sedvanerettslig lære om at når ekteskapet er inngått alene for å oppnå en av ”sidevirkningene”, så nektes man denne virkning selv om alle lovbestemte vilkår ellers er oppfylt. Etter min mening foreligger det ikke en sedvane som kan brukes som grunnlag for å klargjøre innholdet i ”ulovlig opphold” i utlendingsloven § 47 tredje ledd bokstav a. Og om en velger å se annerledes på dette, blir sedvanen en slik sentral del av straffebestemmelsens normgrunnlag, at kravet til klarhet og tilgjengelighet som en i dag kanskje først og fremst forankrer i EMK art. 7 må være oppfylt, jf. Andenæs l.c. side 116-117 med videre henvisninger til EMD-praksis. Jeg nøyer meg her med å gjengi avslutningen i Sivilombudsmannens uttalelse i Årsmeldingen fra 1993 side 110:

”Imidlertid vil jeg fastholde at gjeldende regelverk fremstår som komplisert og vanskelig tilgjengelig i forhold til behandlingen av proforma-ekteskapene. Hensynet til klarhet og forutberegnelighet vil derfor tilsi at departementet bør se nærmere på utformingen av regelverket på dette punkt, dersom den nåværende rettslige situasjon forblir uendret.”

Overraskende nok motsatte Justisdepartementet seg å endre reglene, og selv om det er gått en del år siden Sivilombudsmannens uttalelse er det lite som tyder på at rettstilstanden er blitt så meget klarere. Dette underbygges ikke minst av Utlendingsdirektoratets uttalelse til Arbeids- og inkluderingsdepartementet 13. mars 2006<sup>23</sup> hvor det bl.a. heter:

”Det ligger betydelige utfordringer som i en avgjørelse der et formelt gyldig inngått ekteskap ikke skal danne grunnlag for familieinnvandring fordi utlendingsmyndighetene ikke anser ekteskapet å ha noen realitet ut over å skaffe den ene

---

<sup>21</sup> Sivilombudsmannens avgjørelse 1993 side 110

<sup>22</sup> Andenæs: Alminnelig strafferett (5.utg) side 104.

<sup>23</sup> UDI ref. 06/2037

parten en oppholdstillatelse i Norge. Utfordringene knytter seg særlig til tidkrevende undersøkelser, *vurdering og vektlegging av kriterier*, og konkret bevisvurdering i den enkelte sak.” (Kursivering foretatt her.)

Når forarbeidene av forvaltningen er forstått slik at de gir grunnlag for å nekte opphold basert på proforma betraktninger, selv om de lovbestemte vilkår er oppfylt, hadde det vært naturlig å forvente at den strafferettslige betydning av proforma arrangementet hadde blitt omtalt. Til tross for at menneskesmuglingsbestemmelsene siden 1988 er endret, utvidet og supplert ved flere ulike lovendringer, har proformaekteskap aldri blitt nevnt som en overtredelsesform. Avgjørelsen i RG 1985 side 505 viser at slik atferd var kjent også under fremmedloven, og saken for Sivilombudsmannen i 1993 viser at denne type atferd fortsatte også under den gjeldende lov.

I Ot.prp. nr. 46 (1986-87) side 251 finner man følgende uttalelse knyttet til straffebestemmelsen i utlendingsloven § 47 første ledd bokstav b om uriktige opplysninger:

”Det skulle ikke være noen grunn til ikke å la også nordmenn omfattes av straffebestemmelsen, f.eks. nordmann som inngår pro forma ekteskap med utlending og gir vesentlig uriktige opplysninger for at ektefellen skal få oppholdstillatelse/arbeidstillatelse.”

På dette tidspunkt fantes det riktignok ikke noen bestemmelse svarende til dagens utlendingslov § 47 tredje ledd bokstav a, men heller ikke i forarbeidene til de nye reglene i tredje ledd – Ot.prp. 56 (1998-99) - er den strafferettslige vurdering av den herboende part i et proformaekteskap, berørt. Lovendringen skjedde for å gjøre norsk lovgivning forenelig med Schengen-konvensjonens krav. Det fremgår av fremstillingen foran i pkt. 2.2 at man nettopp innen for Schengen bekymret seg så mye for proformaekteskapene og hadde gitt retningslinjer området. Når proposisjonen som foreslår reglene er helt taus proformaekteskapene, er det nærliggende å forstå sitatet ovenfor fra Ot.prp. nr. 46 (1986-87) slik at det fremdeles gir uttrykk for gjeldende rett. Det vil i så fall si at den norske borger som ikke gir uriktige opplysninger, heller ikke gjør noe som strafferettslig kan karakteriseres som ulovlig og straffbart.

Hvor offensiv en vil være i fortolkningen av straffebestemmelser påvirkes av hvor stort behov det er for å ”presse” ordlyden for å kunne reagere på forholdet. Ser en på de tilfeller av proformaekteskap som er behandlet i domstolene – både i straffesaker og sivile saker – er det i de overveiende antall tilfeller slik at den herboende part uriktig har avgitt erklæring om at partene bor sammen. I slike tilfeller kan han eller hun straffes etter utlendingsloven § 47 første ledd annet punktum. Det er følgelig ikke slik at herboendes ”rettsstridige” atferd gjennomgående passerer ustraffet.

Konklusjonen på foranstående drøftelse er at jeg finner det ganske tvilsomt om ”ulovlig opphold” i utlendingsloven § 47 tredje ledd bokstav a kan tolkes slik at man kan staffe en herboende for menneskesmuglig når han eller hun inngår et proformaekteskap med en utlending, og bor sammen med vedkommende. Jeg føler meg derfor langt fra overbevist om at rettsanvendelsen i Agder lagmannsretts dom av 1. desember 2005<sup>24</sup> er riktig.

---

<sup>24</sup> Lovdata - LA 2005 - 135884

Tiltalte A ble dømt for overtredelse av utlendingsloven § 47 tredje ledd bokstav a etter at retten fant følgende straffbare forhold bevist:

”I tidsrommet 29. april 2002 (søknad om familiegjenforening) - 11. oktober 2004 (avslag på søknad om fornyet oppholdstillatelse pga. proforma ekteskap) i Kristiansand, hjalp hun libanesisk borger B til ulovlig opphold i riket. Hun inngikk proforma ekteskap med ham i Libanon og stilte bl.a. bolig til disposisjon for ham etter ankomst og under oppholdet i landet, hvoretter han tok « svart » arbeid i enkeltmannsforetak X.”

Det fremgår av dommen at utlendingen bodde i samme bolig som A, og at vinningen besto i at han arbeidet billig for foretaket X.

At den som i vinnings hensikt og i organiserte former legger forholdene til rette for at herboende kan inngå proformaekteskap med utlendinger, kan straffes etter utlendingsloven § 47 fjerde ledd bokstav a) er det derimot ingen tvil om. Bestemmelsen rammer ”den som i vinnings hensikt driver organisert ulovlig virksomhet med sikte på å hjelpe utlendinger<sup>3</sup> til å reise inn i riket eller til annen stat”. Da bestemmelsen ble endret i 2002 heter det i forarbeidene, Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) side 100 følgende

”Den ordlyden som ble vedtatt ved endringsloven i 1997, kan misforstås dit hen at « ulovlig » ikke er en rettsstridsreservasjon i forhold til den organiserte menneskesmuglingsvirksomheten, men knytter seg til selve innreisen. Dette er ikke gjeldende rett, jf Høyesteretts dom 6. februar 2003 i sak 2002/1290. Loven bør være formulert slik at dette går klart frem. Departementet foreslår en justering av ordrekkefølgen for å få til dette.”

Det er følgende uttalelse fra Høyesterett i Rt. 2003/173 om hva som ligger i ”ulovlig”, forarbeidene viser til:

”Det man har tenkt på, er åpenbart tilfelle av legitim, ordinær, reiseformidling, f.eks. ved at et reisebyrå eller transportselskap selger billetter eller pakketurer til Norge. Som departementet peker på i proposisjonen, rammet den tidligere ordlyden tilsynelatende også slik virksomhet, selv om det ikke hadde vært noe problem i praksis. Jeg finner på denne bakgrunn at bestemmelsen må forstås slik at den rammer den som driver organisert ulovlig eller - om man vil - rettsstridig - virksomhet, og at det ikke er et straffbarhetsvilkår at selve innreisen er ulovlig eller rettsstridig.”

## 6. Avslutning

Den danske utlændingslov av 1983<sup>25</sup> har i § 9 bestemmelsen om familiegjenforening. Etter bestemmelses stk.1 kan utlending som er over 24 år gis oppholdstillatelse etter søknad når partene ”samlever på felles bopel i ægteskap”. I bestemmelsens stk. 9 heter det imidlertid:

”Opholdstilladelse efter stk. 1, nr. 1, kan ikke gives, såfremt der er bestemte grunde til at antage, at det afgørende formål med ægteskabets indgåelse eller etableringen af samlivsforholdet er at opnå opholdstilladelse.”

I den svenske utlänningslag fra 1989 finnes familiegjenforeningsbestemmelsen i § 4 annet ledd i lovens første kapittel. Bestemmelsen lyder:

---

<sup>25</sup> Slik den lyder i lovbekjentgjørelse nr. 826 av 24. august 2005.

”Uppehållstillstånd får också ges till en utlänning som

1. är gift med eller sambo till någon som är bosatt i Sverige eller har beviljats uppehållstillstånd för bosättning här, utan att makarna eller samborna stadigvarande sammanbott utomlands, eller
2. har för avsikt att ingå äktenskap eller inleda ett samboförhållande med en person som är bosatt i Sverige eller som har fått uppehållstillstånd för bosättning här, om förhållandet framstår som seriöst och särskilda skäl inte talar mot att tillstånd ges.”

Det följer av § 4e annet ledd at den som har hatt tidsbegrenset oppholdstillatelse etter § 4 annet ledd i to år kan gis permanent oppholdstillatelse.

Etter dansk og svensk rett er det såldes ikke tvilsomt at den skjønsmessige priformavurdering er direkte hjemlet i loven.

I utkastet til den nye utlendingslov i NOU 2004:20 foreslås det i § 58 nr.3 en tilsvarende regulering:

”Oppholdstillatelse kan nektes dersom det fremstår som sannsynlig at det hovedsaklige formålet med inngåelsen av ekteskapet har vært å etablere et grunnlag for opphold i riket for søkeren.”

Under lovgivningsprosessen bør det avklares om virkningen av et slikt proformaekteskap oppdages eller konstateres i ettertid, er at hele oppholdet anses som ulovlig, og om dette også har den konsekvens at ektefellen som mot betaling har inngått ekteskapet, kan straffes menneskesmugling.