

NOTAT

Til: Kommunal- og regionaldepartementet
 Fra: Marius Emberland, Norsk senter for menneskerettigheter
 Dato: 15. juli 2003
 Tema: Menneskerettslige aspekter ved lovforslag (Dok 8:122 (2002-2003))

1. OM DETTE NOTATET

Denne betenkningen er gitt på oppdrag av Kommunal- og regionaldepartementet (KRD) (jf brev 27.6.2003) på bakgrunn av et privat lovforslag fremmet av et mindretall i Stortinget til endringer i ekteskapsloven m.v. (Dok 8:122 (2002-2003)).

Notatet vurderer om norske myndigheter etter internasjonale menneskerettighetsnormer er forpliktet til å endre lovverket slik at vedtak om arbeids- og oppholdstillatelse etter utlendingsforskriften §§ 22 jf 23 (arbeid og opphold som følge av familiegjening mellom ektefeller) forutsetter fremleggelse av en ekteskapskontrakt som inneholder en klausul om lik skilsmisseadgang for begge ektefeller.

Enkelte forutsetninger og rammer for betenkningen er inntatt i **avsnitt 2**. Det kan være nyttig særlig å gjøre seg kjent med redegjørelsen om forskjellen mellom handlingsplikter og passivitetsplikter som følger av internasjonale menneskerettighetsnormer.

Hovedvurderingen finnes i **avsnitt 3**. Her vurderes det om norske myndigheter har en rettslig handlingsplikt til å endre utlendingsforskriften som følge av internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. Spørsmålet stilles i lys av to grupper av menneskerettighetsnormer som er av særlig interesse for lovforslaget. For det første vurderes omfanget av en eventuell handlingsplikt etter *retten til likhet mellom ektefeller*. For det andre diskuteres det om en plikt til lovendring kan følge av kvinners *rett til privatlivsbeskyttelse uten diskriminering*. Det konkluderes med at norske myndigheter etter disse to gruppene av rettigheter neppe er folkerettslig forpliktet til å vedta en lov som foreslått.

Det faller utenfor betenkningens rammer å foreta omfattende policy-vurderinger. Det er likevel hensiktsmessig å påpeke at et lovforslag som beskrevet kan risikere å komme i konflikt med internasjonale menneskerettighetsforpliktelser Norge er bundet av. Dette behandles derfor kort i **avsnitt 4**. Det konkluderes med at det bør vurderes andre tiltak enn denne formen for lovgivning for å nå lovforslagets siktemål.

2. BAKGRUNN OG RAMMER

a) Oppdragets rammer

KRD anmodet opprinnelig om en bred vurdering av flere aspekter ved lovforslaget, herunder policy-vurderinger på bakgrunn av gjeldende folkerett. I samråd med KRD er oppdraget begrenset til å gjelde de menneskerettslige aspektene ved lovforslagets punkt D, som lyder:

"D. Stortinget ber Regjeringen, så raskt som mulig endre utlendingsforskriften § 23, slik at den setter som vilkår at ekteskapskontrakter skal gi begge kjønn like, religiøse som lovmessige, retter til skilsmisse."

Vurderingen konsentrerer seg videre om den gjeldende rettsstilstand under de internasjonale menneskerettighetsbestemmelser som har særlig betydning for lovforslaget.

b) Avklaring av lovforslagets innhold og formål

Det er noe uklart hva lovforslagets punkt D. egentlig inneholder, og hva som er dets siktemål. En klargjøring av dette har betydning for forslaget menneskerettslige aspekter. Betenkingen bygger på følgende forståelse:

Det umiddelbare siktemål med forslaget om endring av utlendingsforskriften § 23 er å gi utenlandske kvinner en lik adgang til skilsmisse, ikke bare formelt (som i dag) men også reelt, som deres ektemenn. Forslagstillerne er av den oppfatning at en slik lovendring vil kunne motvirke tvangsekteskap (s 2 og 3) og faktisk bigami (s 4). Det må antas at lovforslagets *overordnede siktemål* er å styrke utenlandske kvinners like rettigheter i riket for så vidt gjelder forhold direkte relatert til ekteskapsinstituttet.

Utlendingsforskriften § 23 er en utdyping av samme lovs § 22, som regulerer utenlandske ektefellers adgang til å søke opphold og arbeid i riket. I dag tjener kopi av ekteskapskontrakten som bevis for at ektefellen har rett til opphold i riket. Lovforslaget legger opp til at det skal stilles et *tilleggskrav* for innvilgning av arbeids- eller oppholdstillatelse for utenlandske ektefeller. Etter forslaget skal arbeids- og oppholdstillatelse bare gis dersom ekteskapskontrakten gir uttrykk for at begge ektefelter, uavhengig av kjønn, har lik rett til skilsmisse, "lovmessig som religiøst". Det kan være noe uklart hvordan en slik "formell [nedtegnelse] av rettighet til skilsmisse" (s 3) vil kunne komme til uttrykk i en ekteskapskontrakt. Det er heller ikke helt klart hva som ligger i kvalifikasjonen "lovmessig som religiøst". Det må antas at lovforslagets intensjon må forstås slik at ekteskapskontrakter inngått i riket eller i utlandet på en eller annen måte må inneholde en anerkjennelse av begge ektefellers likestilte adgang til å oppløse ekteskapet uavhengig av kjønn, og at denne anerkjennelsen må omfatte lovverk så vel som religiøse dogmer. Forslaget inneholder dermed et implisitt krav overfor utenlandske myndigheter og private menigheter i Norge om å endre ekteskapskontraktens skriftlige uttrykk i den grad en likestilt skilsmisseadgang i dag ikke fremkommer i ekteskapskontrakten. Bare de kvinner som kan fremlegge en slik ekteskapskontrakt vil kunne få opphold i riket etter bestemmelsen. Forslaget vil derfor *regulere, evt begrense, muligheten for utenlandsk kvinners anledning til å få arbeids- eller oppholdstillatelse i Norge* på grunnlag av ekteskapsstilhørighet.

Lovforslaget er fremmet på bakgrunn av en rapport utarbeidet av organisasjonen Human Rights Service. Organisasjonen arbeider for muslimske kvinners rettsstilling i det norske samfunnet. Lovforslagets ordlyd er for så vidt nøytralt mht religiøst og geografisk nedslagsfelt for de ekteskapskontrakter som omfattes. Bakgrunnen for forslaget tilsier likevel at loven tar sikte på å regulere muslimske ekteskapskontrakter (s 1, 2, 3-4). Faktisk se« vil forslaget dermed i særlig grad *rette seg mot kvinner med en spesiell religiøs og geografisk tilhørighet*.

c) Rettskildesituasjonen

Spørsmålet om norske myndigheter er forpliktet til å vedta lovgivning i tråd med lovforslagets pkt D (jf **avsnitt 3**) må besvares på bakgrunn av en tolking av følgende bestemmelser:

- *Retten til likhet mellom ektefeller* er nedfelt i to menneskerettighetskonvensjoner som Norge er bundet av.¹ De sentrale bestemmelsene er artikkel 23 fjerde ledd i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (heretter SP art 23(4)) og artikkel 5 i Syvende tilleggsprotokoll til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (heretter EMK P7 art 5).
- Retten til privatlivsbeskyttelse uten diskriminering følger av SP art 17 j fart 2 og EMK art 8jf art 14.

¹ De er for øvrig også gjort til intern norsk lov gjennom menneskerettsloven av 21 mai 1999 nr 30 §2

Avsnitt 4 vurderer om lovforslaget kan komme i konflikt med internasjonale menneskerettighetskonflikter. De sentrale bestemmelser her er:

- SP art 17 jf art 2 og EMK art 8 jf art 14 (for så vidt gjelder kvinners rett til vern om sitt privatliv uten diskriminering) og
- SP art 18 jf art 2 og EMK art 9jf art 14 (for så vidt gjelder kvinners rett til religionsfrihet uten diskriminering).

Bestemmelsene nedenfor bygger på den tolkingsmetode som anvendes av konvensjonenes tilsynsorganer. Det er ikke grunn til å gå nærmere inn på rettsmetodiske detaljer her.

Det er imidlertid grunn til å understreke at spørsmålene som diskuteres ikke er autoritativt løst på folkerettslig plan. De internasjonale tilsynsorganer som tolker konvensjonene — FNs Menneskerettighetskomité (MRK) for så vidt gjelder SP og Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) for så vidt gjelder EMK — har ikke behandlet forhold som kan sies å være identiske eller i særlig grad sammenlignbare med lovforslaget. Det er også ellers få konkrete holdepunkter i rettskildematerialet som kan gi klare svar på de spørsmål lovforslaget reiser. Vurderingen er derfor fattet på generelt grunnlag på bakgrunn av de retningslinjer rettskildematerialet ellers gir uttrykk for.

d) Kort om forholdet mellom handlingsplikter og passivitetsplikter

Menneskerettigheter skaper rettigheter for privatpersoner og tilsvarende forpliktelser for offentlige myndigheter. De spørsmål lovforslaget reiser må vurderes på bakgrunn av grunnskillet mellom to *hovedformer for menneskerettighetsforpliktelser*: handlingsplikter og passivitetsplikter. Todelingen representerer ikke avsondrede grupper av plikter. I realiteten vil det heller tale om grader av forskjeller enn en klar todeling. I forhold til lovforslaget vil likevel todelingen, som en pedagogisk modell, i stor grad gi uttrykk for reelle rettslige forskjeller. Dette forklares nærmere nedenfor.

- *Passivitetsplikter*: Menneskerettighetene som er inntatt i EMK og SP tilhører gruppen av såkalte sivile og politiske rettigheter. Dette er menneskerettigheter som tilhører kjernen av den liberale rettsstatens grunnleggende prinsipper. Den tradisjonelle liberalismens grunntanke var at rettighetsvernet skulle danne et bolverk for den private sfære mot omfattende offentlig myndighetsutøvelse. Hovedtanken var at menneskerettighetene skulle forplikte myndighetene til å avholde seg fra å utøve myndighet som ville komme i strid med rettighetenes innhold. Dette er kjernen i de såkalte passivitetsplikter (negative plikter) innenfor menneskerettighetsjussen. Rettigheter som tilkjennes individet pålegger offentlige myndigheter en korresponderende plikt til å avstå fra å utøve offentlig myndighet.

SPs og EMKs rettigheter gir *i utgangspunktet og som den store hovedregel* uttrykk for *passivitetsforpliktelser* for staten. Dette er konvensjonenes kjerneområde. Det følger av konvensjonenes utforming, forhistorie og tradisjonelle idégrunnlag. Det vil normalt kreve særlige holdepunkter i det relevante rettskildematerialet for å oppstille andre plikter enn passivitetsplikter. Norske myndigheter overholder utvilsomt sin passivitetsplikt i forhold til den problematikk lovforslaget tar sikte på å regulere: Norsk lovgivning, administrativ praksis og domstolspraksis bygger på en grunnleggende tanke om at ektefeller stilles likt mht adgangen til skilsmisse. Spørsmålet om passivitetsplikten overholdes vil imidlertid kunne komme opp når det gjelder vurderingen som foretas i **avsnitt 4**.

- *Handlingsplikter*: Vurderingen i **avsnitt 3** dreier seg om menneskerettigheter kan gi grunnlag for privatpersoners rettslige krav om offentlig myndighetsutøvelse. Handlingspliktene (også kalt positive forpliktelser) innebær at offentlige myndigheter må utøve offentlig myndighet for å oppfylle innholdet i menneskerettighetene. Handlingsplikter har ikke en like sterk tradisjonell og rettslig forankring i de to konvensjonene.

Handlingsplikter, også i form av krav om å vedta lovbestemmelser, vil ofte være mer byrdefulle for staten enn passivitetsplikter. Det er også andre årsaker til at det generelt skal mer til for å oppstille handlingsplikter enn passivitetsplikter. Dette behandles ikke i detalj her². Det er tilstrekkelig å fastslå at handlingsplikter *i utgangspunktet og som den store hovedregel* vil oppstilles unntaksvis, når det er særlige gode grunner for det og når det kan la seg forene med konvensjonsteksten og annet relevant rettskildemateriale. Mot denne bakgrunn må det være klart at påstander om at Norge er menneskerettighetsforpliktet til å vedta en lov som den foreslåtte forutsetter omfattende rettskildemessig dekning og gode faktiske grunner.

3. ER NORGE FORPLIKTET TIL Å VEDTA EN LOVENDRING?

Dette avsnittet vurderer om norske myndigheter er folkerettslig forpliktet til å sikre reell likestilling mellom kjønnene med de virkemidler lovforslaget representerer. Bakgrunnen for vurderingen er at forslagstillerne synes å gi uttrykk for at norske myndighetene kan være handlingsforpliktet på menneskerettighetsgrunnlag (forslaget s 1).

Forslagstillerne nevner i den forbindelse en artikkel 16 i "FNs menneskerettighetskonvensjon". Det må antas at forslagstillerne har ment artikkel 16 i FN's Verdenserklæring om menneskerettigheter, som omhandler like rettigheter mellom ektefeller. Denne oppstiller ingen rettslige forpliktelser. Varianter av denne politiske programerklæringen er imidlertid gjort folkerettslig bindende i SP art 23(4) og EMK P7 art 5. I tillegg til disse to bestemmelser vil også privatlivsvernet bli kort gjort rede for.

a) Retten til likestilling mellom kjønnene ved ekteskapets oppløsning

i) SP art 23(4)

Den sentrale bestemmelsen finnes i første setning i fjerde ledd. Denne lyder slik i offisiell oversettelse (jf menneskerettsloven):

"Konvensjonspartene skal ta passende forholdsregler for å sikre ektefellene likestilling med hensyn til rettigheter og plikter ved inngåelse av ekteskap, under ekteskapet og ved dets oppløsning...."

Bestemmelsens kjerneområde er likestilling mellom ektefeller i forhold til ekteskapsinstituttet og dets umiddelbare rettslige omgivelser. Den har som formål å motvirke forskjellsbehandling i forhold til ekteskapsinstituttet på grunnlag av ektefellenes *kjønn*.

Av ordlyden fremkommer det at likestillingskravet gjelder på i) tidspunktet for inngåelse av ekteskap, ii) så lenge ekteskapet varer og iii) ved ekteskapets oppløsning (herunder ved skilsmisse). Det aktuelle lovforslaget tar sikte på å forbedre forholdene for kvinners adgang til reell likestilling ved skilsmisse. Slik sett er det utvilsomt at bestemmelsen berører det forhold som lovforslaget tar

² 2 Stikkordsmessig skyldes dette en kombinasjon av rettighetstradisjoners ulike gjennomslagskraft og forholdet til statens behov for vern om sin suverenitet. Både derfor og av idéhistoriske årsaker vil handlingsplikter normalt forutsette særlige holdepunkter i det relevante rettskildematerialet før de oppstilles.

sikte på å regulere.

Spørsmålet er hvilke former for forpliktelser bestemmelsen gir uttrykk for. Pålegger retten til likestilling mellom ektefeller i forhold til institusjonen ekteskap, slik den er nedfelt i SP art 23(4) første setning, norske myndigheter en plikt til aktivt å verne om denne rettigheten gjennom å vedta lovgivning som sikrer reell, og ikke bare formell, likestilling for muslimske kvinner som søker arbeid og opphold her i riket?

Det er på det rene at bestemmelsen inneholder sterke elementer av handlingsplikter (if særlig Manfred Nowak: *CCPR Commentary* (N.P. Engel Verlag 1993) (heretter Nowak) s 402-403 og 419). I motsetning til de fleste andre menneskerettighetsnormer i SP (og EMK) pålegger altså ikke bestemmelsen i første rekke passivitetsplikter for staten. SP art 23(4) oppstiller derimot en positiv plikt for offentlige myndigheter til aktivt å bedrive myndighetsutøvelse slik at innholdet i rettigheten (likhet mellom ektefellene) blir oppfylt. En slik aktivitetsplikt vil typisk innebære plikt til å vedta lovgivning som sikrer likhet mellom ektefellene på tidspunktet for ekteskapsinngåelse, under ekteskapet og ved ekteskapets oppløsning. Også på dette punkt kan det sies at lovforslaget i utgangspunktet er i tråd med den rettighet som er nedfelt i bestemmelsen.

Omfanget av myndighetenes plikt til å vedta slik lovgivning er likevel svært begrenset. Som den eneste bestemmelse i konvensjonen inneholder art 23(4) kun en såkalt *progressiv plikt til handling* (Nowak s 402, 416-4 17 og 419). Forpliktelsens progressive karakter fremkommer direkte av ordlyden ("appropriate steps to ensure equality"/"passende forholdsregler for å sikre ... likestilling") og av bestemmelsens forhistorie. De statsrepresentanter som utarbeidet konvensjonsteksten var sterkt uenige om gjennomslagskraften for en likestilling mellom kjønnene. Det endelige utkastet bærer preg av at det var motstanderne av omfattende vern som fikk sitt syn gjennom. Det progressive elementet innebærer i realiteten at det vanskelig kan oppstilles konkrete rettslige forpliktelser etter på bakgrunn av rettigheten. Satt på spissen vil en progressiv forpliktelse i all hovedsak bare ha rettslig gjennomslagskraft der staten gjennom lang tid har vist åpenbar ringeakt for rettighetens grunntanke om likhet mellom ektefellene.

Til en viss grad vil hensynet til en effektiv implementering av menneskerettighetene og hensyntagen til samfunnsutviklingen berettige en endret forståelse av bestemmelsen over tid. Men det er lite som tyder på at retten til likestilling mellom ektefellene har endret karakter siden teksten ble vedtatt i 1966. FNs Menneskerettighetskomité har i en klagesak lagt til grunn at forpliktelsene kun er av progressiv art³. MRKs generelle kommentar til art 23 gir heller ikke holdepunkter for en endret forståelse⁴. Tvangsgifte og flerkoneri er åpenbart byrdefullt for de kvinner som rammes, og er forbudt i Norge. Gjeldende folkerett anser imidlertid ikke dette som så graverende brudd på internasjonale menneskerettighetsnormer at den progressive forpliktelsen i art 23(4) aktualiseres.

Det tilføyes at art 23(4), til tross for at den nevner forhold omkring ekteskapsoppløsning (herunder skilsmisse), ikke oppstiller skilsmisseadgang som en selvstendig rettighet. Det kan derfor ikke oppstilles en handlingsplikt for staten til å sørge for at begge kjønn har adgang til skilsmisse. Det er kun forholdene *omkring* skilsmissen som omfattes av bestemmelsen. Fordi skilsmisseinstituttet er så vidt lavt prioritert i konvensjonen, vil også dette kunne tale mot en omfattende (progressiv) plikt på bakgrunn av bestemmelsen mht sikring av reell skilsmisseadgang.

³ Sak nr 201/1985, Wim I-tendriks mot Nederland. Saken er publisert i (1990) Human Rights Law Journal 148 og nevnt i Nowak s 419. Saken har ingen direkte betydning for det forhold som her diskuteres.

⁴ Comment No 19 (39) Article 23, Adopted by the Human Rights Committee at its 1002nd meeting (thirty-ninth session), held on 24 July 1990, § 9.

Det er ikke tvil om at norske myndigheter gjennom eksisterende lovverk har gjort mye for å unngå diskriminering mellom ektefeller. Norsk lovgivning har likestilling mellom kjønnene som et bærende prinsipp. Det kan vanskelig konkluderes på annen måte enn at norske myndigheter, i tillegg til det eksisterende lovverk, *ikke* er forpliktet til å iverksette tiltak som foreslått i lovforslaget for å oppfylle sine forpliktelser til å sikre likestilling iht art 23(4).

Det tilføyes at internasjonale menneskerettighetsnormer er minimumsstandarder. Det er ingen ting i veien for at myndighetene anser seg forpliktet i større omfang enn det som kan utledes av gjeldende internasjonal rett på området. I særlig grad vil dette gjelde for de progressive rettigheter som kommer til uttrykk i SP Artikkel 23(4).

ii) EMK P7art5

Den tilsvarende bestemmelsen i EMK ble tilføyd ved en tilleggsprotokoll i 1988. Bestemmelsens første setning lyder slik i menneskerettsloven:

”Art 5. Likhet mellom ektefeller

Ektefeller skal i sitt innbyrdes forhold og i forhold til sine barn ha like rettigheter og likt ansvar av privatrettslig art med hensyn til ekteskap, under ekteskapet og i tilfelle av oppløsning av ekteskapet....”

Også denne bestemmelsen vil i utgangspunktet dekke det forhold lovforslaget tar sikte på å regulere. Spørsmålet er hva slags form for forpliktelse som kan utledes av rettigheten.

Bestemmelsen skiller seg fra SP art 23(4) ved at rettigheten oppstiller en umiddelbar, ikke (bare) en progressiv, folkerettslig forpliktelse. Dette gir som utgangspunkt bestemmelsen større rettslig tyngde. Myndighetene er ikke bare forpliktet på *sikt* å sikre likestilling mellom kjønnene i forhold til ekteskapsinstituttet. Forpliktelsen har gjeldt for fullt fra det tidspunkt bestemmelsen ble bindende for Norge.

Som SP art 23(4) inneholder også P7 art 5 sterke elementer av handlingsplikter. Spørsmålet er hvor omfattende denne handlingsplikten rekker, og om den rekker så langt at norske myndigheter er forpliktet til å vedta en slik lovendring. Det foreligger lite tolkingspraksis og andre konkrete holdepunkter som kan gi klare svar på hvordan bestemmelsen skal forstås. Bestemmelsen er i liten grad påberopt i rettspraksis, og det finnes ingen omfattende teoretiske fremstillinger om dens innhold. Det må likevel sies å være klart at norske myndigheter *ikke* har en folkerettslig plikt til å vedta en lovendring som den foreslåtte. Løsningen kan følge ad flere ulike argumentasjonsveier, som er gjengitt i noe forenklet form her:

En måte å vurdere forpliktelsens omfang på er å ta utgangspunkt i hvor mye som kreves av sakens alvor før myndighetene blir handlingsforpliktet. Generelt vil rettesnoren være slik: jo mer offentlige myndigheter kan bebreides for passivitet og jo mer graverende følger passiviteten får for de berørte individer, jo mindre skal det til før staten får en handlingsplikt. Det skal altså en god del til i form av offentlig passivitet og menneskerettighetskrenkelsers grovhet før det kan utledes en plikt for norske myndigheter etter P7 art 5 til å sørge for reell likestilling for så vidt gjelder skilsmisseadgang for utenlandske muslimske kvinner. Det er god grunn til å anta at norske myndigheter har oppfylt sine forpliktelser gjennom å ha et kjønnsnøytralt lovverk som formelt sikrer likestilling på dette området. Tvangsgifte og faktisk flergifte som sosialt fenomen vil neppe oppfattes i gjeldende folkerett som så graverende omstendigheter at handlingsplikten skjerpes. Det tilføyes at det heller ikke etter EMK P7 art 5 gis en direkte rett til skilsmisseadgang⁵. Dette vil begrense gjennomslagskraften for argumenter som angår retten til skilsmisse. EMK P7 art 5 skiller seg fra SP art 23(4) ved at den gir likestilling mellom ektefellene for så vidt gjelder "rettigheter ... av privatrettslig art ... i tilfelle av oppløsning av ekteskapet ...". Det følger av bestemmelsens forarbeider at denne

⁵ Se David Harris, Michael O'Boyle og Colin Warbrick: *The Law of the European Convention on Human Rights* (Butterworths 1995) 570 med videre henvisning til forarbeidene.

kvalifikasjonen skal undergis en presiserende, evt restriktiv, tolking. Bestemmelsens kjerneområde er en plikt for offentlige myndigheter til å sørge for at ektefellene ved tidspunktet for ekteskapets oppløsning likestilles i *forhold til privatrettslige forhold*. Dette vil typisk gjelde saksområder som fordeling av verdier fra ekteskapet og ektefellenes rett til omsorg for sine barn⁶. Myndighetene er *ikke* forpliktet etter bestemmelsen til gjennom lovverket å sørge for likestilling mellom ektefellene for offentligrettslige forhold, herunder forvaltningsrettslige og strafferettslige forhold. Det må også på dette grunnlaget være klart at bestemmelsen ikke oppstiller en lovgivningsplikt for så vidt gjelder utlendingsforskriftens bestemmelser om oppholds- og arbeidstillatelse.

b) Vernet mot diskriminering av retten til privatliv

Lovforslaget gir også grunn til å spørre om handlingsplikter kan oppstilles på bakgrunn av kvinners rett til privatlivsbeskyttelse uten diskriminering.

i) Vernet i SP:

I SP er rettigheten nedfelt i artikkel 17 (retten til privatliv) sett i sammenheng med artikkel 3 (likhet mellom kjønnene). Bestemmelsene lyder slik i offisiell norsk oversettelse:

Art 3.

Konvensjonspartene forplikter seg til å sikre menn og kvinner lik rett til å nyte alle de sivile og politiske rettigheter som er fastsatt i denne konvensjon

Art 17.

1. Ingen må utsettes for vilkårlige eller ulovlige inngrep i privat- eller famileliv, hjem eller korrespondanse, eller ulovlige inngrep på ære eller omdømme.
2. Enhver har rett til lovens beskyttelse mot slike inngrep eller angrep

Tvangsekteskap, bigami og manglende likebehandling i ekteskapelige forhold, herunder rett til skilsmisse på lik linje for kvinner og menn, er forhold som må antas å omfattes av kvinners rett til "privatliv" i art 17. Det følger av art 3 at retten til privatliv skal gjelde likt for kvinner og menn. Som i forhold til SP art 23(4) er det ikke spørsmålet om bestemmelsene som sådan kommer til anvendelse på det forhold lovforslaget omfatter som er problematisk. Problemet er i hvilken grad det kan utledes handlingsplikter fra rettigheten.

Retten til privatliv i art 17 er etter sin ordlyd formulert slik at det er all grunn til å tro at rettigheten i hovedregelen *bare oppstiller passivitetsplikter* for myndighetene (jf "ingen må utsettes for ... inngrep"). Norske myndigheter oppfyller utvilsomt denne forpliktelsen. Til en viss grad også oppstilles handlingsplikter i medhold av bestemmelsen (jf Nowak s. 289). Men slike handlingsplikter har en svært begrenset rekkevidde, og mer begrenset enn de handlingsplikter som følger av retten til likestilling mellom ektefellene. Det kan ikke være tvil om at norske myndigheter på bakgrunn av bestemmelsen ikke har noen plikt til å sikre reell likestilling for så vidt gjelder adgangen til skilsmisse gjennom å vedta lovgivning som lovforslaget gir uttrykk for. Det vil være tilstrekkelig å henvise til Nowak s 290 her (som gir ytterligere kildedekning for et slikt syn). Tilsvarende vil utgangspunktet for kravet om likhet mellom kjønnene i art 3 som utgangspunkt og den store hovedregel bare oppstille passivitetsplikter. Men det gjelder en større grad av handlingsplikt under art 3 enn etter art 17 isolert sett. Som Nowak påpeker (s 69): "Literally speaking, equality means more than not making any distinction. It contains an element of *de facto* enjoyment of the same rights". MRK har i sin generelle kommentar til bestemmelsen uttalt at sikring av rettighetens innhold krever "affirmative action designed to ensure the positive enjoyment of rights. This cannot be done simply by enacting laws?"⁷ Offentlige myndigheter har med andre ord en viss forpliktelse til å sørge for at muslimske kvinner reelt sett er likestilt med sine ektemenn i forhold som gjelder skilsmisseadgang.

⁶ Harris, O'Boyle og Warbrick s. 569

⁷ Genreal Comment 4/13 § 2

Også her må det imidlertid antas, med grunnlag i relevant kildemateriale og generelle trekk ved konvensjonen, at handlingsplikten er begrenset i stor grad⁸. De samme faktorer som ble nevnt i forhold til retten til likestilling mellom ektefellene vil også her være utslagsgivende. Det vil være liten grunn til å anta at plikten vil omfatte et så vidtgående virkemiddel som det lovforslagets punkt D. gir uttrykk for.

ii) Vernet i EMK

Retten til privatliv uten diskriminering i EMK kommer til uttrykk i art 8 sammenholdt med 14:

Art 8. Retten til respekt for privatliv og familieliv

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

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

Art 14. Forbud mot diskriminering

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

Det foreligger ikke autoritativ tolkingspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol som direkte berører vårt spørsmål. Også her må derfor vurderingen av handlingspliktens omfang foretas på generelt grunnlag.

Som etter SP art 17 gir EMK art 8 etter sin ordlyd uttrykk for at privatlivet beskyttes i form av passivitetsplikter for offentlige myndigheter (jf "rett til respekt" i art 8(1) og "uten inngrep" i 8(2)). Men vernet om privatsfæren oppstiller en viss grad av handlingsplikter⁹. Dette ble tidlig anerkjent av Domstolen, se *X og Y mot Nederland*, Series A 91 § 23. Her uttalte Domstolen følgende, som kan tjene som ledesnor for vurderingen:

"[Article 8] does not merely compel the state to abstain from interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private life..... These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves."

Omfanget av slike positive forpliktelser vil alltid måtte vurderes konkret i forhold til det enkelte problemkompleks. Spørsmålet om en handlingsplikt kan pålegges vil helt konkret bero på *enforholdsmessighetsvurdering*. Som Domstolen uttalte i saken *Cossey mot Storbritannia*, Series A 184 § 37:

"[a] fair balance has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual ..."

En tilsvarende forholdsmessighetsvurdering vil måtte foretas om en vurderer forholdet i relasjon til diskrimineringsforbudet i art 14 i tillegg til art 8¹⁰

I denne forholdsmessighetsvurderingen vil de samme faktorer som ble nevnt i forhold til retten til likestilling mellom ektefellene være relevante (grovheten i krenkelsene; myndighetenes aktsomhet i forhold til rettighetenes innhold; hva som er foretatt av sikring på andre områder, osv). Allerede på dette grunnlag er det god grunn til å hevde at det ikke kan oppstilles en handlingsplikt av den art

⁸ Se for eksempel Nowak s 70-71 for detaljer her.

⁹ Om dette, se f eks Harris, O'Boyle og Warbrick s 320-329.

¹⁰ Om positive forpliktelser etter art 14, se Harris, O'Boyle og Warbrick s 483-485. Det finnes bare begrenset tolkingspraksis av betydning for vårt tema.

lovforslaget gir uttrykk for.

I forholdsmessighetsvurderingen tilkjennes staten videre, etter sikker rettspraksis, en omfattende *vurderingsmargin* for *selv å avgjøre* om den mener seg handlingsforpliktet etter bestemmelsen. Dette prinsippet om statens skjønnsmargin er helt sentralt i diskusjonen om handlingsplikt. I realiteten retter konvensjonsretten oppdraget til de offentlige myndigheter selv å avgjøre om deres politiske prioriteringer er konvensjonsmessige eller ikke. Vurderingsmarginen gjelder ikke ubegrenset; hvor langt den rekker vil i seg selv bero på en forholdsmessighetsvurdering. Det er vanskelig konkret å gi retningslinjer for hvor langt vurderingsmarginen vil stille seg i forhold til lik rett til skilsmisseadgang. Det bestemte inntrykk i rettspraksis er likevel at det vanskelig kan oppstilles en plikt til å vedta en lov som den foreslåtte.

4. KAN LOVFORSLAGET KOMME I KONFLIKT MED NORGES FOLKERETTSLIGE FORPLIKTELSER?

Internasjonale menneskerettighetsnormer pålegger derfor ikke norske myndigheter en plikt til å vedta en lov som den foreslåtte.

Det kan imidlertid være god grunn til å spørre om internasjonale menneskerettighetskonvensjoner vil begrense norske myndigheters *adgang* til å vedta en lov med et slikt innhold. En slik vurdering faller strengt tatt utenfor rammen for denne betenkningen. Spørsmålet behandles derfor meget kort.

Både SP og EMK har sentrale bestemmelser til van om privatpersoners (herunder kvinners) rettigheter på grunnlag av religion og kjønn (jf retten til privatliv for så vidt gjelder kjønnlig identitet; retten til religionsfrihet er konvensjonsfestet i SP art 18 og EMK art 9). De generelle diskrimineringsforbud som er nevnt i drøftelsen over knesetter et prinsipp om at det ikke skal bedrives usaklig forskjellsbehandling på kjønns- eller religionsgrunnlag. Lovforslagets pkt D. vil, som tidligere sagt, i realiteten begrense muslimske kvinners adgang til familieforening. I den grad lovforslaget bare rammer muslimske kvinners rett til arbeid eller opphold i riket, kan lovforslaget i visse tilfeller støte mot det grunnleggende diskrimineringsforbudet i konvensjonene. Slike spørsmål dreier seg om Norges passivitetsforpliktelser snarere enn Norges handlingsplikter. Det vil være grunn til å tro at en lettere kan komme i konflikt med internasjonale menneskerettighetsnormer på dette punktet enn om en lar være å vedta en lov med et slikt innhold. Dette er forhold som bør vurderes nærmere dersom lovforslaget skal gjennomføres.

Det kan på denne bakgrunn spørres om ikke lovforslagets siktemål bør gjennomføres på andre måter enn ved lovgivning som forespeiler å oppfylle Norges menneskerettslige forpliktelser.