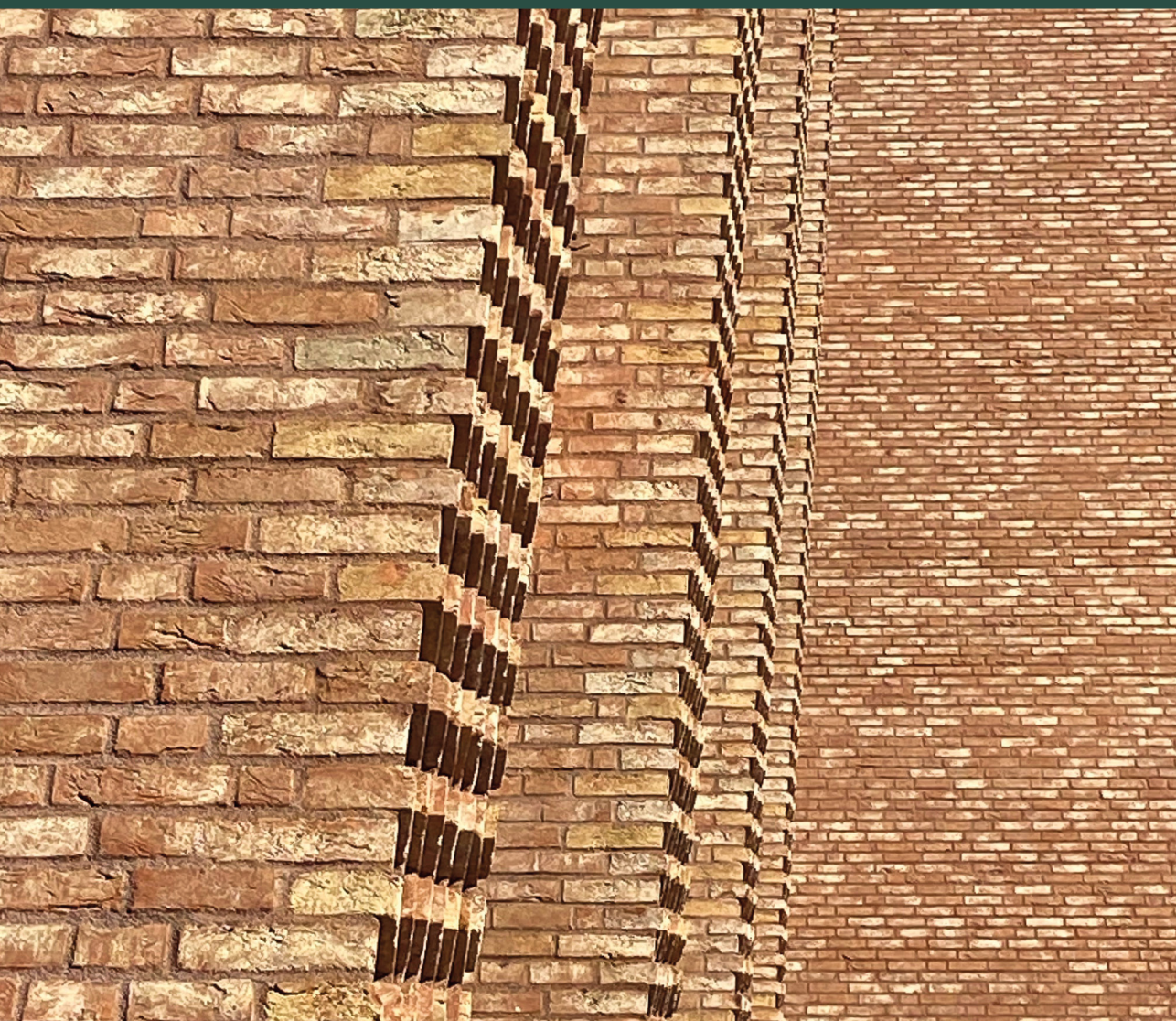


KJØNN OG RETT

Kvinne-, kjønns- og likestillingsperspektiver i jusstudiet

Ingunn Ikdahl, Anne Hellum, John Asland, Herman Bruserud, Maria Astrup Hjort,
Bjørk Gudmundsdottir Jonassen og May-Len Skilbrei (red.)



Kjønn og rett

Ingunn Ikdahl, Anne Hellum, John Asland,
Herman Bruserud, Maria Astrup Hjort,
Bjørk Gudmundsdottir Jonassen og
May-Len Skilbrei (red.)

Kjønn og rett

KVINNE-, KJØNNS- OG LIKESTILLINGSPERSPEKTIVER
I JUSSTUDIET

CAPELEN DAMM AKADEMISK

© 2022 John Asland, Herman Bruserud, Hans Jacob Bull, Katrine Kjørheim Fredwall, Marit Halvorsen, Anne Hellum, Maria Astrup Hjort, Ragnhild Hennum, Ingunn Ikdahl, Bjørk Gudmundsdottir Jonassen, Jukka Mähönen, Anne Robberstad, Kirsten Sandberg, Kristin Bergtora Sandvik, Beate Sjøfjell, May-Len Skilbrei, Vibeke Blaker Strand, Eva-Maria Svensson, Trine-Lise Wilhelmsen og Tone Linn Wærstad.

Dette verket omfattes av bestemmelsene i *Lov om opphavsretten til åndsverk m.v.* av 1961. Verket utgis Open Access under betingelsene i Creative Commons-lisensen CC BY-NC-ND 4.0. Denne lisensen lar andre kopiere, distribuere og spre verket i hvilket som helst medium eller format, under forutsetning av at det oppgis korrekt kreditering og lenke til lisens. Dette kan gjøres på enhver rimelig måte, men uten at det kan forstås slik at lisensgiver bifaller deg eller din bruk av verket. Materialet kan ikke benyttes til kommersielle formål. Dersom du remixer, bearbeider eller bygger på materialet, kan du ikke distribuere det endrede materialet.

Lisensvilkår: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.no>

Dette er en fagfellevurdert antologi.

ISBN trykt bok: 978-82-02-76673-3

ISBN PDF: 978-82-02-66969-0

ISBN EPUB: 978-82-02-76705-1

ISBN HTML: 978-82-02-76706-8

ISBN XML: 978-82-02-76707-5

DOI: <https://doi.org/10.23865/noasp.164>

Omslagsdesign: Have a Book

Omslagsbilde: Fasaden til Domus Juridica, Universitetet i Oslo (foto: Katia Stieglitz)

Cappelen Damm Akademisk/NOASP

noasp@cappelendamm.no

Innhold

Forord	9
Kapittel 1 Kjønnsperspektiver i og på retten.....	13
<i>Ingunn Ik Dahl og Anne Hellum</i>	
1.1 Innledning.....	13
1.2 Kjønn.....	16
1.3 Ulike måter å studere kjønn og rett.....	24
Litteratur.....	38
Kapittel 2 Familieformueretten i et kjønnsperspektiv.....	41
<i>Katrine Kjærheim Fredwall</i>	
2.1 Innledning.....	41
2.2 Reglers effekter i et kjønnnet landskap	42
2.3 Hvilket samfunn virker reglene i? Statistikk og empiri.....	46
2.4 Har sentrale familieformuerettslige regler kjønnsmessige effekter?.....	55
2.5 Avsluttende vurdering.....	62
Litteratur	63
Kapittel 3 Transnasjonal familierett sett i et kvinneperspektiv.....	65
<i>Tone Linn Wærstad</i>	
3.1 Innledning	65
3.2 Grensekryssende forhold der utenlandsk rett får betydning	68
3.3 Uformelle normer i møte med formell rett.....	76
3.4 Oppsummering av hovedpunkter.....	83
3.5 Avslutning	87
Litteratur.....	88
Kapittel 4 Forbud mot usaklig forskjellsbehandling i forvaltningen - et rettslig cluster.....	91
<i>Kirsten Sandberg og Vibeke Blaker Strand</i>	
4.1 Innledning.....	91
4.2 Utgangspunkter.....	94

4.3	Det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling.....	98
4.4	Forbudet mot diskriminering.....	104
4.5	Overprøving, håndheving, rettsvirkninger og sanksjoner	113
4.6	Nye utviklingstrekk.....	118
4.7	Clusteret	122
	Litteratur.....	124
Kapittel 5	Livsløp, normer og kropper: kjønnsperspektiv på velferdsretten.....	125
	<i>Ingunn Ikdahl</i>	
5.1	Kjønn og velferdsrett.....	125
5.2	Forståelser av kjønn	127
5.3	Hva betyr kjønnsdiskrimineringsforbudet for velferdsretten?	132
5.4	Hvilke livsløp danner normen for folketrygden?	140
5.5	Konklusjon.....	148
	Litteratur.....	149
Kapittel 6	Forsikring og kjønn.....	153
	<i>Hans Jacob Bull og Trine-Lise Wilhelmsen</i>	
6.1	Innledning.....	153
6.2	Kjønn og kontraheringsplikt	154
6.3	Kjønn og fastsettelse av premietariffer, premier og ytelser.....	158
6.4	Avslutning	172
	Litteratur.....	173
Kapittel 7	Selskapsrett og et feministisk bærekraftsperspektiv.....	175
	<i>Beate Sjøfjell</i>	
7.1	Introduksjon.....	175
7.2	Et feministisk bærekraftsperspektiv.....	180
7.3	Kjønn og strategier for omstilling til bærekraftige selskaper	186
7.4	Avsluttende refleksjoner	197
	Litteratur.....	199
Kapittel 8	Kjønnsperspektiv på yrkesetikken.....	205
	<i>Marit Halvorsen</i>	
8.1	Innledning.....	205
8.2	Om yrkesetiske normer for jurister.....	206
8.3	Feministisk etikk og A different voice-filosofien.....	208

8.4	Kvinneperspektiv på retten.....	211
8.5	Kjønnspektiv på kandidatløftet.....	215
8.6	Forskning om jurister og betydning av kjønn.....	218
8.7	Kvinnelige juristers yrkesvalg - et eksempel på feministisk etikk i praksis? Eller?	224
8.8	Oppsummering	228
	Litteratur	229
Kapittel 9	Kjønn og straffeapparatet: særlig om voldslovbrudd	233
	<i>Ragnhild Hennum</i>	
9.1	Innledning.....	233
9.2	Hvordan fordeler kjønn seg på offer og gjerningsperson for alle lovbrudd	234
9.3	Kjønnsforskjeller ved voldslovbrudd	236
9.4	Kvinner og menn som ofre for mishandling i nære relasjoner.....	238
9.5	Mishandling i nære relasjoner - noen forebyggende tiltak	245
9.6	Voldtekt	250
9.7	Avslutning	256
	Litteratur.....	257
Kapittel 10	Mitt kjønnsperspektiv på straffesaker	259
	<i>Anne Robberstad</i>	
10.1	Hva var galt med lærebøkene?	259
10.2	«Fornærmede er ikke part i straffesaken»	261
10.3	Fornærmedes partsstatus og kvinneperspektivet	262
10.4	Topartsprosessen	264
10.5	De privilegerte: de ærekrenkede	266
10.6	Bakgrunnen for 2008-reformen	268
10.7	Rettsstillingen for fornærmede og etterlatte i dag	270
10.8	Fortsatt topartsprosess?	272
10.9	Kvinnebevegelsen som pådriver	274
	Litteratur.....	274
Kapittel 11	Juridisk rådgivning for alle kvinner - et praksisbasert kvinneperspektiv	277
	<i>Bjork Gudmundsdottir Jonassen</i>	
11.1	Juridisk rådgivning for kvinner - rettshjelp av kvinner, for kvinner.....	277
11.2	Kunnskap gjennom et praktisk kvinneperspektiv.....	279
11.3	Kvinnene som kontakter JURK.....	285
11.4	Rettslige problemstillinger ulike kvinnegrupper møter	291

11.5	Kvinneperspektiv i kontinuerlig endring.....	306
	Litteratur.....	307
Kapittel 12	Feministisk rettsfilosofi.....	313
	<i>Eva-Maria Svensson</i>	
12.1	Innledning.....	313
12.2	Hvordan oppnår vi kunnskap om «retten»?	320
12.3	Hvordan kan retten legitimeres - hvordan retten legitimeres som maktorden.....	337
12.4	Hva er retten - og hva gjør retten?	347
12.5	Oppsummering	355
	Litteratur.....	355
Kapittel 13	Kjønn, makt og rett. Samfunnsfaglige perspektiver på og i kvinneretten	361
	<i>Anne Hellum, Kristin Bergtora Sandvik og May-Len Skilbrei</i>	
13.1	Innledning.....	361
13.2	Metodiske og analytiske perspektiver	363
13.3	Feministisk teori: noen sentrale perspektiver på retten og dens virkninger	370
13.4	Tematiske undersøkelser	376
13.5	Oppsummering og konklusjon.....	387
	Litteratur.....	388
Kapittel 14	Kjønnsperspektiv på og i rettsøkonomi	393
	<i>Jukka Mähönen</i>	
14.1	Innledning.....	393
14.2	Økonomisk teori og rettslig analyse	397
14.3	Homo oeconomicus	401
14.4	Kjønnsperspektiv i økonomiske og juridiske problemer	404
14.5	Universell kommodifisering.....	412
14.6	Oppsummering	422
	Litteratur	423
Bidragstyttere		427

Forord

Denne boken er et produkt av en lang prosess. Røttene går tilbake til da Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo i 2003 bestemte seg for å integrere kjønnsperspektiver i masterstudiet i rettsvitenskap. Senere evalueringer igangsatt av fakultetets likestillings- og mangfoldsutvalg fant imidlertid at arbeidet gikk langsomt. I 2018 besluttet Programrådet for master i rettsvitenskap, under ledelse av daværende studiedekan Erling Hjelmeng, å nedsette en arbeidsgruppe som ressurs for de ansvarlige faglærerne og fakultetet. Undervisning, læringskrav og litteratur ble kartlagt, og informasjon om dette ble samlet på en nettside: <https://www.jus.uio.no/om/kjonnsperspektiver/>

Under arbeidsgruppens kartlegging var det ett spørsmål som stadig dukket opp i kontakten med faglærerne: Hva skal studentene lese for å forstå hvordan kjønnsperspektiv kan bidra til bedre juss? Fakultetet besluttet at det skulle utarbeides en antologi med bidrag som tok opp ulike aspekter ved forholdet mellom juss og kjønn i fag som inngår i masterstudiet. Denne boken er resultatet.

Boken har blitt til gjennom samarbeid og diskusjoner på tvers av fagrensene og enheter på fakultetet. I prosessen har det blitt tydelig hvordan kjønnsperspektiv kan anlegges på ulike måter, og de ulike forfatternes stemmer er i stor grad beholdt i deres kapitler. Som redaktører vil vi varmt takke alle forfatterne for deres vilje til å gå nye veier. Eksisterende forskning har blitt omskrevet for å passe for nye lesergrupper, nye temaer er tatt opp, og kjente spørsmål har blitt utforsket på nye måter.

Underveis i arbeidet har mange bidratt. Som vanlig er i academia, har en rekke anonyme fagfeller lest og kommentert kapittelutkast underveis. Videre var det viktig for redaksjonen at boken skal fungere for studenter – og dette ledet oss til å prøve noe nytt: I tillegg til de vitenskapelige fagfellene, bidro også en gruppe studenter som lesere. Sveinung Hartveit, Eirik Haugen, Maria Hindahl, Johannes Klemp, Geyka Solange Garcia

Mayuri, Christine Victoria Aas Myklebost og Mira Sofie Stokke ga kloke blikk og konstruktiv kritikk fra studentperspektiv. Kristin Steen Slåttå var sekretær for arbeidsgruppen i 2018, og som administrativ leder i CELL sørget hun for å få på plass ordningen med studentlesere – alltid med oversikt, kompetanse og entusiasme. Vitenskapelig assistent Shahin Fashkhami gikk gjennom alle kapitlene for å samordne stil og orden, og fanget opp «trykkleifer» underveis. To av kapitlene ble først skrevet på andre språk: Alfatekst oversatte Jukka Mähonens kapittel fra engelsk til norsk, og Elisabeth Haukeland oversatte Eva-Maria Svenssons kapittel fra svensk til norsk. Fakultetets ledelse og Likestillings- og mangfoldsutvalget har gitt prosjektet økonomisk støtte, og dermed også gjort det mulig å la boken være gratis tilgjengelig for alle i digital versjon.

Tusen takk til dere alle.

Også internasjonalt har det vært mye oppmerksomhet om at kvinne- og kjønnsperspektiver skal tas inn i forskning og utdanning – ikke bare som separate felt, men som en integrert del av alle fagområder. Da den norske staten sendte sin tiende statsrapport til FNs kvinnediskrimineringskomité i 2021, CEDAW/C/NOR/10, ble rapporten innledet slik:

A strong professional community in women's law and anti-discrimination law has been built at the University of Oslo, among other institutions. The Faculty of Law at the University of Oslo has a dedicated unit for women's law, child law, and gender equality and anti-discrimination law. Other universities also have expertise in women's law at their law faculties. The Faculty of Law at the University of Oslo has worked actively to incorporate the female and gender perspective into its law programme. In 2018, it conducted a survey of lecturers on the programme on the question of how the female and gender perspective is incorporated into the different subjects.

Hvert av kapitlene i denne boken bidrar til å integrere kjønnsperspektiver på sitt felt. Sett samlet kaster de også lys over ideen om hva «kjønnsperspektiv» kan være: Det finnes ikke en enhetlig mal, men kjønnsperspektiv kan anlegges på en rekke ulike måter, med utgangspunkt i ulike faktiske, rettslige og teoretiske spørsmål. Slik synliggjøres et mangfold av forbindelser mellom retten (bredt forstått) og kjønne sider ved samfunnet som retten virker i.

Vi i redaksjonen håper at boken kan gi studenter og andre interesserte økt forståelse av forholdet mellom kjønn og rett på ulike rettsområder. Forhåpentligvis kan de ulike bidragene også gi grunnlag for nysgjerrighet, slik at boken kan tjene som springbrett for diskusjoner og som inspirasjon til videre utforskning av retten fra stadig flere perspektiver.

God lesning!

Redaksjonskomiteen

Kjønnsperspektiver i og på retten

*Ingunn Ikdahl og Anne Hellum*¹

1.1 Innledning

Retten regulerer rettigheter og plikter, rettsvern og straff. Den har dermed en sentral rolle i å skape, opprettholde og endre samfunnets fordeling av goder og byrder, fordeler og ulemper. Jurister er sentrale deltakere i lovgivningsarbeid, vedtaksprosesser og rådgivning av enkeltindivider, myndigheter, arbeidsgivere og selskaper. De utformer rettslig argumentasjon som kan få stor betydning for hvordan regler som fordeler makt og ressurser mellom individer og grupper blir tolket, anvendt og videreutviklet. Også når retten på papiret framtrer som nøytral, påvirker den samfunnets fordeling av goder og byrder. Å gi jurister en forståelse av hvordan rettslige reguleringer og avgjørelser kan føre til eller motvirke ulikhet og diskriminering, er en viktig del av juristutdanningens samfunnsoppdrag.

Ser man på personene som er tilknyttet Det juridiske fakultetet i Oslo, har kjønnsfordelingen endret seg kraftig fra det mannsdominerte fakultetet for noen tiår siden. Det er nå flere kvinnelige enn mannlige studenter, litt flere kvinnelige enn mannlige doktorgradsstipendiater, 33 prosent

¹ Takk til redaksjonsmedlemmene John Asland, Herman Bruserud, Maria Astrup Hjort, Bjørk Gudmundsdottir Jonassen og May-Len Skilbrei for gode kommentarer til dette kapittelet.

av professorene er kvinner² og det er flere kvinner enn menn i ledelsen på institutt og fakultetsnivå. Kjønnsmessig balanse, som handler om en likere fordeling mellom menn og kvinner blant de som forsker og underviser, er imidlertid noe annet enn å anlegge et kjønnsperspektiv i det faglige innholdet i lærebøker og undervisning.³

Kjønnsperspektiver er, som andre typer perspektiver, noe som kan utforskes og studeres på ulike juridiske fagområder av både kvinnelige og mannlige jurister. Fakultetet besluttet allerede i 2003 at kjønnsperspektiv skal være en integrert del av rettsstudiet.⁴ Kjønnsperspektiver, som også omfatter kvinne- og likestillingsperspektiver, inngår i dag i undervisningen i juridisk metodelære,⁵ og i en rekke obligatoriske og valgfrie fag.⁶ Oppmerksomheten har imidlertid vært varierende, og på mange felt har det vært begrenset tilgang på norsk faglitteratur som egner seg i studiet. Denne boken skal bidra til å vise hvordan ulike typer kjønnsperspektiv kan kaste lys over ulike rettsvitenskapelige fagområder.

Kvinne-, kjønns- og likestillingsperspektiver har felles at de peker på forbindelser mellom retten (bredt forstått) og kjønnede sider ved samfunnet som retten virker i. De kan dermed gi bedre forståelse av enkeltstående spørsmål, men også av bredere tendenser og trekk ved retten og rettsutvikling over tid. For eksempel kan de synliggjøre samspill mellom ulike rettsområder, og mellom rett og samfunn. På denne måten kan slike perspektiver gjøre juristene i stand til å

2 Universitetet i Oslo, «Likestillingsrapport for 2020» s. 8. <https://www.uio.no/om/strategi/likestilling/rapporter/likestillingsrapport-2020.pdf> (hentet 04.01.2022).

3 Om forholdet mellom kjønnsbalanse og kjønnsperspektiver i undervisningen, se også Det juridiske fakultet ved UiO, «Tiltaksplan for likestilling og mangfold ved Det juridiske fakultet, 2018–2020». <https://www-int.uio.no/for-ansatte/enhetssider/jus/ledelses-og-utvalgsmoter/limu/mandat-planer/tiltaksplan2020-vedtatt.pdf> (hentet 04.01.2022).

4 Se Hans Jacob Bull og Anne Hellum, «Integrasjon av kvinne- og kjønnsperspektivet i de obligatoriske fag ved gjennomføringen av ny studieordning. Notat av 18.03.03 til studiereformkomiteen». <https://www.jus.uio.no/om/kjonnsperspektiver/Dokumenter/2003-03-18-integrasjon-av-kvinne.pdf> (hentet 04.01.2022).

5 Se Ingunn Ikdahl, «Om kvinneverett og kjønnsperspektiv», i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019, s. 659–682.

6 For en oversikt over kjønnsperspektiv i emner ved Det juridiske fakultet i Oslo, se <https://www.jus.uio.no/om/kjonnsperspektiver/> (hentet 04.01.2022).

analysere kjønnskjeve virkninger av lovregler som er like på papiret. De kan også gjøre det mulig å problematisere det som ellers tas for gitt: «Passer» eksisterende fortolkning og anvendelse av begreper og regelverk like godt for alle persongrupper det omfatter og i alle situasjoner det anvendes i? Hvilke relasjoner og situasjoner faller innenfor og hvilke faller utenfor ulike regelsett, praksiser og beslutninger? Hvilke oppfatninger av rettens subjekt bygger ulike rettsregler på, og hvordan passer de i ulike livssammenhenger? Hvordan trekker retten grenser mellom hva som er privat og hva som er offentlig, og mellom rett og politikk? Alt dette er spørsmål som er av stor betydning for både anvendelse av gjeldende rett og for debatter om rettslig regulering av stillingen til personer med ulike kjønn og seksualiteter og retten til likestilling og ikke-diskriminering.

Fellestrekkene ved kvinne-, kjønns- og likestillingsperspektiver betyr likevel ikke at disse perspektivene er ensartede. De kan ikke framstilles og forstås innen rammen av en enhetlig «mal». Som kapitlene i denne boken viser, anlegges kjønnsperspektiver på ulike måter, med utgangspunkt i de ulike faktiske, rettslige og teoretiske spørsmål og temaer som er gjenstand for undersøkelse.

I denne boken presenteres en samling av artikler som på forskjellige måter anlegger kvinne-, kjønns- og likestillingsperspektiv innenfor og på tvers av privatrettslige, offentligrettslige, rettssosiologiske og retts-teoretiske fag. Boken er i hovedsak organisert etter fagenes rekkefølge i jusstudiet ved Det juridiske fakultet i Oslo. I denne introduksjonen skal vi forklare noen av de sentrale begrepene og termene som brukes, se på ulike måter å anlegge slike perspektiver på – og vise hvordan bidragene i boken plasserer seg i dette bildet.

Framstillingen av de ulike perspektivene er delt inn i tre: praktiske og personorienterte perspektiver, likestillings- og diskrimineringsrettslige perspektiver, og feministiske rettsteoretiske, rettssosiologiske og rettsøkonomiske perspektiver. Som gjennomgangen av bokens kapitler viser er det ikke klare skiller mellom disse tre typene perspektiver, og de kan også kombineres. Tredelingen synliggjør imidlertid bredden og mangfoldet i hva kjønnsperspektiv kan være.

Men først vil vi ta en titt på hva vi forstår med «kjønn».

1.2 Kjønn

1.2.1 Teorier og begreper om kjønn

Hva er kjønn? Ordet – eller termen – «kjønn» brukes ofte, men meningsinnholdet varierer mellom fagfelt og etter konteksten det brukes i. Hvordan kjønn forstås og skapes er i dag en egen forskningsgren som er forankret i tverrfaglige kjønnsstudier, på tvers av fag som historie, sosiologi, antropologi, medisin og juss.⁷ Denne forskningen er relevant for juridiske undersøkelser av samspillet mellom kjønn og rett, se punkt 1.2.2 og 1.2.3 nedenfor.

Forholdet mellom *sosialt og biologisk kjønn* går som en rød tråd gjennom samfunnsvitenskapelig, humanistisk, medisinsk og juridisk forskning. Med biologisk kjønn (*sex*) menes hva som kroppslig skiller kvinner og menn. Med sosialt kjønn (*gender*) menes den samfunnsmessige betydningen av kroppslige forskjeller mellom kvinner og menn. Denne forståelsen, som kommer fra sosiologien, retter oppmerksomheten mot hvordan kjønn skapes gjennom samspillet mellom våre forestillinger og samhandlinger.⁸ Uavhengig av om vekten legges på kroppslig eller sosial ulikhet, er det gjerne ulikhet mellom to grupper – kvinner og menn – som er tema. En rekke av kapitlene i denne boken retter søkelyset nettopp mot forholdet mellom kvinners og menns stilling, for eksempel Bull og Wilhelmsens analyse av kjønn som beregningsfaktor i forsikringsretten (kapittel 6), Fredwalls behandling av kjønn i familieformueretten (kapittel 2) og Hennums presentasjon av kjønn i strafferetten (kapittel 9).

Oppfatninger av to biologiske kjønn som noe naturgitt og uproblematisk har blitt utfordret innen humanistisk kjønnsforskning på grunnlag av blant annet Judith Butlers tenkning om *performativt kjønn*. Denne innfallsvinkelen betoner hvordan forståelsen av kjønnskategoriene formes gjennom diskursive praksiser, altså måtene vi handler og snakker

7 I boken *Kjønnsforskning. En grunnbok* av Jørgen Lorentzen og Wenche Mühleisen (red.) Universitetsforlaget, 2006, introduseres en rekke teorier, begreper og problemstillinger innenfor samfunnsvitenskapelig og humanistisk kjønnsforskning.

8 Se Kari Nyheim Solbrække og Helene Aarseth, «Samfunnsvitenskapens forståelser av kjønn», i Lorentzen og Mühleisen (red.) 2006 s. 63–72.

om dem på.⁹ Innen medisin har for eksempel Ketil Slagstad vist hvordan den medisinske forståelsen av kjønn, gjennom et kontinuerlig samspill mellom «det biologiske, det teknologiske, det sosiale, det politiske og det levde», er på vei bort fra en tokjønnsmodell.¹⁰ Også innen rettsvitenskapelig forskning har det blitt utviklet kritisk tenkning om heteronormative og binære oppfatninger av kjønn og seksualitet.¹¹

Andre tilnærminger framhever at verken kvinner eller menn har kjønn som sin eneste identitetsmarkør, de har også for eksempel en etnisk, sosial eller religiøs bakgrunn. Oppfatninger av kjønn som *sammensatt* betoner individets sammensatte identiteter og tilhørigheter. Et slikt perspektiv setter søkelys på hvordan et individs stilling påvirkes av spillet mellom individets kjønn og hans rase, etnisitet, alder, religion, funksjons-evne, seksuelle orientering, kjønnsidentitet og så videre.¹² Perspektivet ble først utviklet av den afrikansk-amerikanske juristen Kimberlé Crenshaw, for å fange måten ulike identitetsmarkører – som kjønn, rase og klasse – skapte ulikhet både mellom afrikansk-amerikanske kvinner og menn, og mellom svarte og hvite kvinner.¹³ Hennes analyse har fått stor betydning for både samfunnsvitenskapelig og juridisk kvinne-, kjønns- og likestillingsforskning. Flere av kapitlene i denne boken tar opp rettsosnologiske og rettslige utfordringer på bakgrunn av en oppfatning av kjønn som kompleks og sammensatt. Den teoretiske forankringen og anvendelsen av dette i rettsosnologisk forskning presenteres av Hellum, Sandvik og Skilbrei (kapittel 13), mens Jonassen viser hvordan en sammensatt tilnærming til kjønn har utviklet seg i den praksisbaserte virksomheten til

9 Utviklingen i Butlers forfatterskap er beskrevet i Kari Jegerstedt, «Judith Butler», i Ellen Mortensen mfl. (red.) *Kjønnssteori*, Gyldendal, 2008, s. 74–87.

10 Se f.eks. Ketil Slagstad, «Ikke begge. Alle kjønn», *Tidsskrift for Den norske legeforening*, 22.11.2018, <http://doi.org/10.4045/tidsskr.18.0888> med videre henvisninger, og Ketil Slagstad, «Transkjønn i medisinen – en historie om diagnoser mellom stigma og omsorg» i Anne Hellum og Anniken Sørli (red.), *Frihet, likhet og mangfold. Kjønnsidentitet og seksuell orientering i rettslig, medisinsk og samfunnsvitenskapelig kontekst*. Gyldendal, 2021, kapittel 6.

11 Hellum og Sørli (red.), 2021, viser godt hvordan retten er en arena hvor samfunnets kjønns- og seksualitetsmangfold møter rettslige normer som ofte tar utgangspunkt i en heteronormativ tokjønnsmodell.

12 Interseksjonalitet er nærmere utdypet i kapittel 13, Anne Hellum, Kristin Bergtora Sandvik og May-Len Skilbrei, «Kjønn, makt og rett: samfunnsfaglige perspektiver på og i kvinnetetten».

13 Kimberlé Crenshaw, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», *University of Chicago Legal Forum*, nr. 1, 1989 s. 139–167.

Juridisk rådgivning for kvinner (JURK) (kapittel 11). Også andre kapitler retter blikket mot grupper av kvinner der ikke bare kjønnsidentiteten former deres rettsstilling: Wærstads kapittel ser særlig på innvandrerkvinneres stilling i familieretten (kapittel 3), mens Ikdahl blant annet retter oppmerksomheten mot lesbiske medmødres rett til foreldrepenger (kapittel 5).

Betegnelsene *maskulinitet* og *femininitet* har tradisjonelt blitt brukt om verdier og egenskaper som assosieres med menn og kvinner. Maskulinitet har blitt knyttet til aktivitet i den offentlige sfære, til innteksarbeid, økonomisk rasjonalitet og individualisme – mens femininitet har blitt knyttet til den private sfære, til omsorg, relasjoner og miljø. Det er i dagens retts- og samfunnsvitenskap erkjent at disse karakteristikkene er i endring, og at alle individer kan ha ulike grader av disse kjennetegnene – og at det å tilskrive enkeltpersoner egenskaper på grunn av deres kjønn er stereotypisering, som kan føre til diskriminering på individuelt eller strukturelt grunnlag.¹⁴ Å framheve forskjellene mellom det «feminine» og det «maskuline» kan likevel brukes som knagger for å diskutere hvordan ulike typer regulering implisitt tar utgangspunkt i eller prioriterer noen typer rasjonalitet, livsløp, verdier og sfærer. I denne boken viser Mähönen (kapittel 14) og Sjøfjell (kapittel 7) hvordan kategorier som feminin og maskulin(isert) kan brukes til å synliggjøre og utfordre uuttalte prioriteringer og hierarkier i dominerende tenkning innen rettsøkonomi og selskapsrett. Både Svensson (kapittel 12) og Halvorsen (kapittel 8) tar opp hvordan omsorgsetikk, gjerne forstått som feminin, kan utfordre den ofte dominerende rettferdighetsetikken som under overflaten har «maskuline» grunntrekk. Slik kan man utvide rommet for analyse av etikk og idealer om likhet og rettferdighet.

14 Om kjønnsstereotyper og kvinnekjønnsdiskriminering, se f.eks. Tone Linn Wærstad, «Hvordan sikre kvinners diskrimineringsvern i møte med kulturelle praksiser gjennom forbudet mot strukturell diskriminering i kvinnekjønnsdiskrimineringskonvensjonen (KDK)», i Mette Hartlev, Stine Jørgensen, Helga Aune og Anne Hellum (red.) *Ketsch me if you can. Sociale rettigheter og ligestilling. Hyldest til Kirsten Ketscher*, Karnov Group, 2017 s. 196–210.

1.2.2 Kjønn i rettsreglenes språk

Forståelsene av hva kjønn «er», er altså flertydige og i endring. Dette har betydning for utforming og tolkning av rettsregler som knytter seg til kjønn.

Et klart eksempel på at rettsreglene søker å avklare hva som menes med termen kjønn i ulike sammenhenger, finnes i lov om endring av juridisk kjønn.¹⁵ Ved fødsel blir man tildelt et *fødselskjønn*, som registreres i folkeregisteret og framgår av personnummeret. Ettersom fødselskjønnet ikke alltid stemmer overens med kjønnsidentiteten en person selv opplever å ha, gir loven adgang til å endre ens *juridiske kjønn*, altså det kjønn en er registrert med.¹⁶ Juridisk kjønn er således en formell kategori, som ble etablert på bakgrunn av erkjennelsen av at det ikke alltid er overensstemmelse mellom fødselskjønn og kjønnsidentitet. Loven opererer imidlertid innen rammen av en tokjønnsmodell, og gir ikke rom for anerkjennelse av kjønn til personer som verken identifiserer seg som kvinne eller mann. Reglene om endring av juridisk kjønn som ble vedtatt i 2016 er således et eksempel på både kontinuitet og endring i den rettslige definisjonen av juridisk kjønn.

I andre lover kan det være mer tvil om hvordan termer som mann/kvinne eller mor/far skal forstås. Ved tolkning av regler som bruker disse ordene, kan det oppstå spørsmål om det er juridisk kjønn, registrert fødselskjønn eller andre forståelser av kjønn som er avgjørende for hvem som omfattes.¹⁷ Spenninger mellom juridisk kjønn og fødselskjønn kan komme opp på ulike felt – ved soning i kvinne- og mannsfengsel, bruk av garderobes, deltakelse i kjønnsdelt idrett, rett til assistert befruktning og rettigheter knyttet til foreldreskap. Rettsutviklingen på ulike felt går ikke nødvendigvis i takt, og løsningene varierer. Ikdahls kapittel (5) illustrerer dette gjennom å vise hvordan ulike deler av folketrygdloven legger ulike

15 Lov 17. juni 2016 nr. 46 om endring av juridisk kjønn. Loven bygget på tidligere medisinsk praksis og forvaltningspraksis, men formaliserte og utvidet adgangen til å endre juridisk kjønn.

16 Se nærmere i Daniela Alaattinoğlu, Lars Andre Strøm Arnesen og Anniken Sørli, «Retten til kjønnsidentitet og juridisk registrering av kjønn: utviklingslinjer fra menneskerettsdomstolens praksis og norsk rett», i Hellum og Sørli (red.) 2021, s. 63–93. Robberstad, Anne og Marit Halvorsen. «Menn i damegarderoben? Utfordringer i kjølvannet av loven om endring av juridisk kjønn». *Lov og Rett* vol. 61 (2022) s. 170–192.

17 Se f.eks. Anniken Sørli, «Lov om endring av juridisk kjønn, bioteknologiloven og barnelova – reproduksjon og foreldreskap i kontinuitet og endring», i Hellum og Sørli (red.) 2021, s. 121–145.

tilnærminger til kjønn til grunn, ut fra om den enkelte regelens formål er knyttet primært til det kroppslige (for eksempel graviditet) eller det sosiale (foreldreskap og omsorg).

Også likestillings- og diskrimineringslovens forbud mot diskriminering på grunnlag av kjønn må tolkes. Hva som omfattes av «kjønn» som diskrimineringsgrunnlag har endret seg over tid.¹⁸ Likestillingsloven 1978 var det første generelle lovforbudet mot kjønnsdiskriminering i Norge. Loven forbød diskriminering på grunnlag av kjønn og hadde som formål å bedre kvinners stilling. Det framgikk implisitt av lovens forarbeider at kjønnsdiskrimineringsforbudet gjaldt forskjellsbehandling mellom kvinner og menn. To eksempler kan vise hvordan dette gradvis ble endret gjennom praksis: Selv om seksuell orientering verken ble nevnt i ordlyden eller forarbeidene, ble forbudet gjennom praksis fra Likestillingsombudet og nemnda utvidet til å også omfatte diskriminering av homofile. Diskriminering på grunn av omsorgsoppgaver ble opprinnelig regnet som indirekte kvinnesdiskriminering, og beskyttelsen mot dette var dermed lenge forbeholdt kvinner. Først i 2002 ble menn som ble forskjellsbehandlet på grunn av foreldrepermisjon ansett for å være omfattet av lovens forbud mot kjønnsdiskriminering. Disse endringene viser at likestillingslovgivningens forståelse av kjønn er i stadig utvikling, i samspill med samfunnet for øvrig.

Valg av språklige uttrykk når man snakker om kjønn, er viktig – og vanskelig. For enkeltpersoner kan det handle om eksistensielle spørsmål knyttet til identitet, og oppfatninger og foretrukne uttrykk varierer. Uttrykket «født i feil kropp» er ett eksempel på et uttrykk som noen transpersoner opplever nyttig for å sette ord på sin situasjon, men som av andre oppfattes negativt. På samfunnsnivå kan endringer som er ment å ta høyde for mangfold, støte an mot etablerte begreper og normer. Dette gjelder ikke bare praktiske konsekvenser, men også den symbolske siden av retten: Da ekteskapsloven ble endret i 2008 for å tillate samkjønnede ekteskap, anla en rekke heterofile ektepar sak mot staten

18 Anne Hellum, «Hvem er likestillings- og diskrimineringsrettens subjekt? Om kjønn som diskrimineringsgrunnlag», i John Asland, Aslak Syse, Tone Linn Wærstad og Katrine Kjørheim Fredwall (red.), *Livsfellesskap – Rettsfellesskap. Festskrift til Tone Sverdrup 70 år*, Gyldendal, 2021, s. 250–263.

for at deres ekteskap ikke skulle plasseres i samme rettslige kategori som likekjønnede ekteskap. Saken ble avvist av Høyesteretts kjæremålsutvalg i 2010, begrunnet i at den kun hadde betydning for «ekteskapets metafysiske dimensjon» – ikke for partenes konkrete rettsstilling.¹⁹ Søksmålet illustrerer likevel at retten ikke bare har betydning gjennom sine praktiske konsekvenser, men at også dens språk og symbolske betydning oppfattes som viktig. Et ferskt eksempel er diskusjonen om muligheten for mer kjønnsnøytral terminologi rundt foreldreskap, som så vidt ble berørt av Barnelovutvalget.²⁰ At utvalget nevnte ordet «fødeforelder» som et alternativ til «mor» førte til noen dagers heftig debatt i massemedia, og illustrerer godt at rettslige termer ikke bare handler om lovgivningsteknikk – men også oppleves som å ha betydning for ulike personers og gruppers identitet.

Som jurist kan man ikke unngå å forholde seg til de ord og språklige uttrykk som til enhver tid finnes i lovverket. Men i tolkning og anvendelse av disse må man også ha en grunnleggende forståelse av både reglens formål, utviklingen i samfunnet og det mangfoldet av identiteter og livssituasjoner reglene skal anvendes på.

1.2.3 Kjønn i rettsvitenskapelig forskning

Rettsvitenskapelig forskning med kjønnsperspektiv har en lang historie i Norge. Et tilbakeblikk kan illustrere hvorfor det er viktig å reflektere over hva vi mener med kjønn når vi skal undersøke forholdet mellom kjønn og rett, og hvilken betydning kjønn har for en persons formelle og reelle rettsstilling.

Faget kvinnerett, som ble etablert som eget spesialfag ved Det juridiske fakultet i Oslo i 1975, analyserte retten i et kvinneperspektiv. Formålet med faget var «å beskrive, forstå og forbedre kvinners stilling i retten og samfunnet».²¹ At man rettet søkelyset mot kvinner ble begrunnet i sys-

19 Rt-2010-880. For en presentasjon av de ulike argumentene som var fremme i den offentlige debatten, se Ingunn Ikdahl og Kristin Bergtora Sandvik, «Legitimert av uenighet: Et blikk på debatten om samkjønnede ekteskap», *Hefte for kritisk juss*, vol. 32, 2006, s. 4-20.

20 NOU 2020: 14 *Ny barnelov – til barnets beste*, i punkt 9.1.4.

21 Tove Stang Dahl, «Innledning til kvinneretten» i Tove Stang Dahl (red.) *Kvinneverett I*, Universitetsforlaget, 1985.

tematiske samfunnsmessige, økonomiske og politiske forskjeller mellom kvinner og menn, som i overveiende grad gikk i kvinners disfavør. Både forskning og undervisning la vekt på fellestrekk ved situasjonen til ulike grupper kvinner.

Fra dette utgangspunktet har kvinnerettsperspektivet utviklet seg i tråd med skiftende samfunnsmessige og kunnskapsmessige forhold. Jonassens beskrivelse av JURKs praksisbaserte kvinneperspektiv illustrerer dette (kapittel 11). Aktuelle spørsmål når vi skal undersøke kvinners stilling i dag er: Hvilke kvinner ønsker vi å rette oppmerksomheten mot – majoritetskvinner, minoritetskvinner, innvandrerkvinner, lesbiske kvinner, transkvinner, kvinner med funksjonsnedsettelse, yrkesaktive kvinner, husmødre eller eldre kvinner? Er vi interessert i kvinners eller menns stilling hver for seg, eller også i rettslig regulering av relasjonene mellom dem?

Globalisering og immigrasjon har, som Wærstad (kapittel 3) viser, ført til forskning som undersøker hvordan eksisterende lovgivning passer til ulike grupper innvandrerkvinner situasjon – og dermed mer oppmerksomhet om forskjeller mellom kvinner med ulik bakgrunn.²² Økt religiøs mangfold i Norge har satt balanseringen av målsettingen om kjønnslikestilling og anerkjennelse av etnisk og religiøs identitet og tilhørighet på den juridiske dagsorden, for eksempel i forbindelse med rettslig regulering av bruk av hijab.²³ Endringer i fedres faktiske rolle som omsorgspersoner, og i rettslig regulering som innføringen av fedrekvote i foreldrepengene, har ført til forskning om rettens betydning for menn som har omsorg for barn, slik Ikdahls kapittel (5) i denne boken viser. Forskning på menn som opplever vold i nære relasjoner har også satt spor etter seg i forskningen om kvinner, kjønn og likestilling.²⁴ Kvinnerettsperspektivet har slik beveget seg mot i stadig større grad å

22 Anne Hellum og Julia Köhler-Olsen (red.), *Like rettigheter – ulike liv: Rettslig kompleksitet i kvinne-, barne- og innvandrerperspektiv*. Gyldendal Juridisk, 2014.

23 Vibeke Blaker Strand, *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse. Hvor langt rekker individvernet?*, Gyldendal Juridisk, 2012.

24 Et eksempel er forskning på lovgivning om krisesentre, se Anne Hellum, «Mellom kjønns-spesifikk og kjønnsnøytral rettighetsfesting: Krisesenterloven», i Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.), *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*, Gyldendal Juridisk, 2016, s. 203–226.

også studere forskjeller mellom ulike grupper kvinner, og likhetstrekk mellom situasjonen til visse grupper kvinner og menn.

Et beslektet utviklingstrekk er den bevegelsen mot en flerdimensjonal forståelse av kjønn som ble beskrevet i punkt 2.1 ovenfor. I dag er et sentralt forskningstema hvorvidt retten tar hensyn til sårbarhet, marginalisering og diskriminering som henger sammen med samspillet mellom flere sider av en person, for eksempel kjønnsmessige, sosiale, seksuelle eller etniske kjennetegn. Tokjønnsmodell og heteronormativitet har blitt utfordret gjennom forskning på rettigheter til LHBTI-personer.²⁵ En ytterligere dimensjon finnes i forskning som har beveget seg i retning en relasjonell kjønnsforståelse, der søkelyset settes på hvordan en persons rettsstilling påvirkes av hvilke relasjoner vedkommende inngår i – og på hvilke relasjoner som regnes som rettslig relevante.²⁶

I lys av de samfunnsmessige og kunnskapsmessige endringene som er beskrevet i punkt 2.1 ovenfor, kan kvinne- og kjønnsperspektiv i dagens rettsvitenskap ikke bare hvile på en statisk og endimensjonal oppfatning av kjønn, men må også ta høyde for et individs ulike gruppetilhørigheter. Perspektivet kan ikke begrenses til rettsspørsmål som tar utgangspunkt i en heteronormativ tokjønnsmodell med oppmerksomheten rettet mot biologiske og sosiale kvinner og menn: Rettslige og rettspolitiske spørsmål som springer ut av dagens kjønns- og seksualitetsmangfold, er også en del av jussens samfunnsoppdrag. Kjønnsperspektiv i rettsvitenskapen inkluderer nå analyser av både seksuelle majoriteter (heterofile kvinner og menn) og seksuelle minoriteter (f.eks. lesbiske kvinner, homofile menn og bifile kvinner og menn). Det omfatter både kjønnsmajoriteter (ciskvinner og -menn) og kjønnsminoriteter (transpersoner og intersexpersoner). Samlet sett gir slike mangfoldige og dynamiske

25 Hellum og Sørli (red.) 2021.

26 Kirsten Ketscher, «Relationsret – en ny rettsvitenskapelig optik? Fra ægteskabs- og familieret mod en inkluderende relationsret», *Retfærd*, 2012 s. 81–98, Anu Pylkkänen, «Reglering av nära relationer – en fråga om sexualitet eller omsorg?», i Eva Maria Svensson, Ulrika Anderson, Hege Brækhus, Monica Burman, Anne Hellum, Stine Jørgensen og Anu Pylkkänen (red.) *På vei. Kjønn og rett i Norden*, Makadam forlag, 2011, s. 230–245, Ingunn Ikdahl, «Før ble de absorbert av storfamilien ...? Individer og relasjoner i folketrygdlovens etterlatteytelser», i Trude Haugli, Siri Gerrard, Anne Hellum og Eva-Maria Svensson (red.), *Dette brenner jeg for! Festskrift til Hege Brækhus 70 år*, Fagbokforlaget, 2020, s. 161–182.

kjønnsperspektiver mulighet til å reise nye spørsmål om rettens innhold, forutsetninger og rolle.

1.3 Ulike måter å studere kjønn og rett

1.3.1 Oversikt over ulike tilnærminger

Som beskrevet ovenfor, har teoretiske oppfatninger av kjønn, lovgivningens bruk av betegnelser knyttet til kjønn, og rettsvitenskapens tilnærming til å studere kjønn, alle utviklet seg i lys av endrede sosiale, politiske, medisinske og rettslige forhold. Forståelsen av kjønn er i dag både sammensatt og mangfoldig. Også rettsvitenskapen er mangfoldig, med rom for både dogmatiske, empiriske, teoretiske og kritiske analyser – alene eller med innslag av tverrfaglighet. Dette betyr at forholdet mellom kjønn og rett kan studeres på en rekke ulike måter. Forskjellige utgangspunkter, problemstillinger og materiale vil kunne kaste lys over ulike sider av forholdet mellom kjønn og rett, slik også bredden i denne bokens bidrag viser. Det er dermed viktig å være bevisst *hvilke* sider ved forholdet mellom kjønn og rett man vil undersøke, og hvilke framgangsmåter som kan egne seg.

Vi skal nå skissere tre typer av tilnæringsmåter som finnes i rettsvitenskap med kjønnsperspektiv. Den første typen bruker personorienterte, praktiske og empirisk forankrede utgangspunkter for å beskrive og analysere retten. Den andre er rettsdogmatisk, med vekt på den plassen likhetsprinsippet og diskrimineringsforbudet har i fortolkningen av gjeldende rett på ulike områder. Den tredje typen er teoretisk orientert, med tette bånd til for eksempel feministisk teori, rettsteori og samfunnsvitenskapelig teori som rettsosiologi og rettsøkonomi.

Disse tre typene tilnærminger er ikke gjensidig utelukkende, men kan som bokens bidrag viser, kombineres.

1.3.2 Personrettet, praktisk og empirisk basert utgangspunkt

På papiret er retten i hovedsak lik for alle uavhengig av kjønn, seksuell orientering og kjønnsidentitet. I praksis skal imidlertid reglene brukes i

et samfunn der folk er ulikt plassert, med ulike livsløp, ressurser, problemer og behov. Å gi en rent formell framstilling av regler på et avgrenset juridisk felt, gir ikke tilstrekkelig innblikk i det som skjer i praksis. Å sette retten inn i en sosial sammenheng, gjerne basert på empiriske studier, er en måte å få øye på rettens betydning for og samspill med kjønne situasjoner og posisjoner.

Ved å ta utgangspunkt i en persongruppes livssituasjon eller livsløp, snarere enn et spesifikt rettsområde, kan vi få innsikt i virkninger og effekter som kan gå hus forbi i juridiske framstillinger som tar utgangspunkt i den formelle reguleringen. Et slikt perspektiv kan også hjelpe oss å se sammenhenger og konflikter mellom ulike regler som berører enkeltmenneskers situasjon.

Et karakteristisk trekk ved 1970- og 1980-tallets kvinnerettsperspektiv, var at forskningen med grunnlag i empirisk materiale rettet oppmerksomhet mot bakenforliggende fellestrekk ved den faktiske rettssituasjonen til ulike grupper kvinner, for eksempel hjemme- og utarbeidende kvinner, eller gifte, skilte og lesbisk samboende. Ved å anlegge et slikt perspektiv ble det synlig at retten, selv om den var kjønnsnøytralt formulert, i store trekk tok utgangspunkt i typisk mannlige (eller maskuline) livssituasjoner og livsverdier. Dette ble gjerne kalt «den mannlige modellen/normen».²⁷

Som beskrevet ovenfor, legges det i dag mindre vekt på å finne bakenforliggende fellestrekk som skiller kvinners stilling fra menns. Det metodiske grepet er imidlertid fortsatt effektivt: Nye studier har gjennom en slik tilnærming utviklet ny kunnskap om møtet mellom kjønnsnøytralt utformet rett, og livsforhold og livsløp for ulike grupper av kvinner, menn, homofile, lesbiske eller transpersoner.²⁸ Å anlegge et personrettet, praktisk og empirisk fundert kjønnsperspektiv kan være som å trekke bort et teppe for å se hva som ligger under. Sammen med rettskilder som brukes til å fortolke gjeldende rett, kan empirisk materiale gjøre det mulig

27 Tove Stang Dahl 1985, s. 16. Se nærmere i Eva-Maria Svensson, «Feministisk rettsfilosofi», kapittel 12 i denne boken, i punkt 2.1.

28 Ik Dahl 2019.

å «frigjøre seg fra de regelskapte virkelighetsoppfatninger»²⁹ så man kan synliggjøre og forstå rettens ulike virkninger for ulike persongrupper.

Det å ta utgangspunkt i konkrete situasjoner der ulike grupper opplever møter med retten, og å bruke empirisk materiale som statistikk, innsikt i forvaltningspraksis eller egen yrkeserfaring, kan bidra til bedre forståelse av rettens tilsiktede og utilsiktede virkninger. Det kan gi innsikt i hvordan kjønnsnøytralt utformet regelverk kan ha kjønnskjeve virkninger – men også i hvordan kjønnsesifikke regler kan være med på å opprettholde ulikhet. Slike analyser kan gi grunnlag for å forstå rettens rolle og potensial for samfunnsendring, og dermed også gi viktige bidrag til diskusjon om hvordan nye regler bør utformes.

Boken inneholder en rekke eksempler på slike tilnærminger til ulike fagområder.

Jonassens kapittel (11) tar utgangspunkt i Juridisk rådgivning for kvinner (JURK), et studentdrevet rettshjelpstiltak som gir rettighetsinformasjon og gratis juridisk rådgivning. I sitt arbeid med å beskrive, forstå og forbedre kvinners rettslige stilling tar JURK utgangspunkt i sakene som til enhver tid bringes inn. Kapittelet viser hvordan dette gir innsikt i hva slags rettslige problemer kvinner fra ulike grupper har på ulike områder, i ulike situasjoner og i ulike faser av livet. Gjennomgangen av erfaringer fra JURKs rådgivningsarbeid viser at et praktisk kvinnerettsperspektiv er like aktuelt i dag som da JURK og faget kvinnerett ble startet for nesten femti år siden. I en kontekst der sosiale, økonomiske og rettslige forhold endrer seg, viser kapittelets eksempler hvordan det praktiske og personrettede perspektivet utgjør et dynamisk redskap som fanger opp stadig nye grupper kvinner og nye typer faktiske og rettslige problemer.

Et annet godt eksempel på det empiriske kvinnerettsperspektivets fortsatte aktualitet er Wærstads kapittel «Transnasjonal familierett sett i et kvinneperspektiv» (kapittel 3). Ved å ta utgangspunkt i livssituasjonen til kvinner med minoritetsbakgrunn og livsløp i flere land synliggjør kapittelet familierettslige utfordringer som oppstår i skjæringsfelt mellom nasjonal, internasjonal og lokal rett. På nasjonalt nivå møter familieretten ofte andre rettsområder, slik som utlendingsrett, strafferett og kontraktsrett.

29 Torstein Eckhoff, «Kan vi lære noe av kvinneretten?», *Retfærd*, 1985 s. 82–90, s. 86.

I tillegg reiser samspeilet mellom internasjonal rett, bostedslandets og bakgrunnslandets rett, samt sosiale og religiøse (uformelle) normer nye problemstillinger i norsk rettslig kontekst. Familieretten søker å ivareta personer i sårbare situasjoner, og dette kreves også av menneskerettighetene – inkludert diskrimineringsvern og kvinners rettigheter. Gjennom beskrivelsen av denne gruppen kvinners situasjon viser Wærstad at for å kunne gi regler som er egnet til å sikre slik beskyttelse, trengs det kunnskap om den kjønnete sosiale og økonomiske virkeligheten for de som har rettigheter etter norsk lov.

I Fredwalls kapittel «Familieformueretten i et kjønnsperspektiv» (kapittel 2) diskuteres rettsregler som på papiret er de samme for kvinner og menn. En stor empirisk undersøkelse av menns og kvinners arbeid og økonomi i ekteskap og samboerskap belyser hvordan samfunnsmessige strukturer og personers atferd likevel kan føre til at reglene virker ulikt for kvinner og menn. Kapittelet peker på behovet for å bruke slik kunnskap i utredning og vurdering av ulike regulatoriske alternativer. Bruker loven klare regler som ektefeller og samboere i praksis kan anvende selv, eller brukes kjønnsmessige kriterier som oftest vil kreve domstolenes medvirkning for at paret skal finne en løsning? Lovgivningens utforming er av stor betydning ettersom vi vet at de aller fleste ektefeller og samboere deler formuen etter samlivsbrudd uten medvirkning fra advokater og domstoler. Fra et kjønnsperspektiv er et sentralt spørsmål hva resultatet blir hvis bestemmelser som i praksis oftest fremmer menns økonomiske interesser er utformet som klare, skarpskårne regler, mens bestemmelser som oftest beskytter kvinner er basert på kjønnsmessige kriterier.

Ikdahls kapittel «Livsløp, normer og kropp: kjønnsperspektiv på velferdsretten» (kapittel 5) beskriver hvordan folketrygden har utviklet ytelser med tanke på to typer livsløp. Det ene er «arbeidstakermodellen», og mange trygdeytelser er nettopp bygget rundt kriterier og vilkår som er best tilpasset situasjoner og behov for personer som er (eller har vært) i kontinuerlig, lønnet fulltidsarbeid. Historisk var dette den tradisjonelle «mannlige normen». I tillegg finnes det imidlertid også ytelser og ordninger som er utviklet med tanke på personer med livsløp der ulønnet omsorgsarbeid og/eller forsørgelse fra andre har vært viktig, som overgangsstønad til enslige foreldre, pensjonspoeng for omsorgsarbeid

og ytelser til gjenlevende ektefelle. Disse ytelsene er nå kjønnsnøytralt utformet, men mottas fortsatt oftere av kvinner enn menn. Sett samlet gir folketrygden altså goder til personer med flere typer livsløp og sårbarhet. Samtidig er det en klar tendens til at trygdepolitiske trender, særlig «arbeidslinja», innebærer en stadig svekkelse av de ytelsene som er knyttet til ulønnet omsorgsarbeid eller tap av forsørger.

I Hennums kapittel «Kjønn og straffeapparatet: særlig om voldslovbrudd» (kapittel 9) er offentlig statistikk det primære empiriske grunnlaget for å diskutere hvordan kjønn «ser ut» i straffeapparatet. Hvor mange ofre for lovbrudd er kvinner og menn, og hvem er gjerningspersoner? Hvem sitter i fengsel for lovbrudd? Artikkelen ser på lovbrudd generelt, men går særlig inn i to lovbruddstyper – voldtekt og mishandling i nære relasjoner. Dette er to typer lovbrudd som har en særlig tydelig kjønnsretning: Selv om det finnes kvinner som er gjerningspersoner og menn som er ofre for begge typene lovbrudd, viser statistikken i hovedsak et kjønnet mønster der det er menn som er gjerningspersoner og kvinner som er ofre. Begge typene lovbrudd har fått mer rettslig oppmerksomhet over tid, både gjennom endringer i straffebudene og i rettslige virkemidler som har som formål å forebygge at volden gjentar seg. Disse endringene illustrerer at strafferettens blikk i større grad enn tidligere er rettet også mot vold som foregår i den private sfære. Dersom beskyttelse mot slik vold skal bli en realitet, må imidlertid straffesakens aktører kjenne til og være bevisst kjønnsdimensjonene i praksis, så riktig beskyttelsestiltak kan settes inn tidlig nok.

Robberstads kapittel «Mitt kjønnsperspektiv på straffesaker» (kapittel 10) beskriver hennes langvarige rettsvitenskapelige arbeid med offrets stilling i straffesaker. Som jusstudent møtte hun kjønnsstereotype framstillinger av ofre og overgripere i strafferettslitteraturen, som advokat for fornærmede i sedelighetsaker møtte hun klienter som oftest var kvinner eller jenter. Den kjønnede virkeligheten dannet utgangspunkt for hennes vitenskapelige arbeid om en tematikk som på papiret var kjønnsnøytral. Innfallsvinkelen gjorde henne oppmerksom på trekk ved reglene om partsstatus i strafferetten som har betydning for alle ofre for kriminelle handlinger. Kjønnsperspektivet ble på denne måten grunnlag for et rettsvitenskapelig prosjekt som favnet videre, med både komparative

og historiske blikk på tenkningen om og rettsutviklingen for ulike grupper av ofres stilling i straffeprosessen. Dette viser hvordan forskning som startet med et kvinnespesifikt utgangspunkt kan legge grunnlag for en kritikk av selve grunnstrukturen i et rettslig system som straffeprosessen.

1.3.3 Likestillings- og diskrimineringsrettslige tilnærminger

Vedtakelse av den første likestillingsloven i 1978 la grunnlaget for mer rettsdogmatiske perspektiver på forholdet mellom kjønn og rett. Diskrimineringsforbudet omfattet ikke bare formell forskjellsbehandling, men også regler, praksiser og handlinger som førte til faktisk forskjellsbehandling. Dette åpnet nye muligheter for rettslig argumentasjon, og førte til en dreining fra rettspolitiske rettferdighetsvurderinger til rettsdogmatiske regelkonflikt- og lovstridighetsanalyser.

Retten til likestilling og vernet mot diskriminering har etter hvert fått flere ankerfester i norsk rett.³⁰ I tillegg til likestillings- og diskrimineringsloven (ldl.) 2017³¹ finnes det forbud mot diskriminering på grunnlag av kjønn i Grunnloven § 98. Samtidig er en rekke av EUs likestillings- og diskrimineringsdirektiver gjort til norsk rett gjennom EØS-avtalen. De ulike menneskerettskonvensjonenes diskrimineringsforbud er gjort bindende for Norge gjennom ratifikasjon, og mange av dem er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven.³² Diskrimineringsforbudet i norsk rett gjelder på alle samfunnsområder, og er dermed potensielt relevant i analysen av all lovgivning og praksis.

Diskrimineringsforbudet i ldl. § 6 er bredt utformet. Det omfatter ikke bare diskriminering på grunnlag av «kjønn» i snever forstand, men forbyr også diskriminering på grunnlag av «permisjon ved fødsel eller adopsjon», «omsorgsoppgaver», «seksuell orientering, kjønnsidentitet og

30 Det nasjonale og internasjonale vernet mot diskriminering er grundig behandlet i Anne Hellum og Vibeke Blaker Strand, *Likestillings- og diskrimineringsrett*, Gyldendal 2022.

31 Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering.

32 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

kjønnsuttrykk» og «en kombinasjon av disse», såkalt sammensatt eller interseksjonell diskriminering.

Likestillings- og diskrimineringsloven forbyr både direkte og indirekte diskriminering knyttet til disse ulike diskrimineringsgrunnlagene. *Direkte diskriminering* foreligger dersom forskjellsbehandling er direkte begrunnet i disse grunnlagene (ldl. § 7), har en negativ konsekvens og ikke har en begrunnelse som gjør den lovlig. Mens denne typen diskriminering vil være synlig i selve regelen eller praksisen, omfatter vernet mot *indirekte diskriminering* (ldl. § 8) situasjoner hvor tilsynelatende nøytrale regler og praksiser slår ulikt ut for persongruppene som er nevnt i § 6. Kunnskap om konteksten som regelen eller praksisen virker i, er derfor viktig for å kunne identifisere kjønnskjeve virkninger som kan være i strid med forbudet mot indirekte diskriminering.

Både der kjønnskjeve virkninger er uventet eller utilsiktet, og i tilfeller der lovgiver bevisst har valgt å gjøre forskjell på ulike grupper, må det analyseres om begrunnelsen for regelen er tilstrekkelig til å gjøre forskjellsbehandlingen lovlig. For at den skal kunne *rettfærdiggjøres*, oppstilles det krav om at forskjellsbehandlingen har et saklig formål, er nødvendig for å oppnå formålet og ikke er uforholdsmessig inngripende for den som forskjellsbehandles.³³ Kunnskap om konteksten kan dermed også være nødvendig for å kunne vurdere om en forskjellsbehandling er lovlig, eller om den utgjør diskriminering.

Spenninger og konflikter mellom diskrimineringsvernet og andre regler kan oppstå innen en lang rekke rettsområder, som familierett, arbeidsrett, trygderett, forsikringsrett, forvaltningsrett og strafferett. Spørsmål kan avdekkes gjennom studier som har en personorientert, praktisk og empirisk tilnærming. Innsikt i ulike gruppers situasjoner og livsløp, enten det er snakk om kvinner eller menn, homofile, lesbiske, transpersoner eller personer som tilhører flere sårbare kategorier samtidig, kan vise at lovgivningen og praksis ikke har tatt høyde for

33 Terskelen for å rettfærdiggjøre forskjellsbehandling varierer avhengig av om det dreier seg om direkte eller indirekte diskriminering, om forskjellsbehandlingen har funnet sted i eller utenfor arbeidslivet, og om det dreier seg om en særlig sårbar situasjon som graviditet eller foreldrepermisjon, jf. ldl. § 9 og 10. Denne tematikken er behandlet i Hellum og Strand 2022, kapittel 5, 6 og 14.

eksisterende forskjeller. I situasjoner hvor negative konsekvenser for noen grupper har blitt oversett eller undervurdert, vil det ofte være aktuelt å vurdere regelen (eller praksisen) i et likestillings- og diskrimineringsrettslig perspektiv. Kan forbudet mot diskriminering bety at regelen må tolkes innskrenkende eller utvidende, eller settes helt til side? Det er altså tette bånd mellom den praktiske og personorienterte tilnærmingen til forholdet mellom kjønn og rett, og diskrimineringsrettslige analyser.

Ikdahls kapittel (5), som analyserer forholdet mellom forbudet mot kjønnsdiskriminering og folketrygdlovens regler om foreldrepenger med utgangspunkt i to ulike persongrupper situasjon, er et godt eksempel på disse båndene. Først diskuteres tilleggsvilkårene som stilles for at far skal kunne ta ut fellesdelen av foreldrepengene. Dette er et klassisk eksempel på direkte forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn. Spørsmålet om man kan rettferdiggjøre ulike regler for mødre og fedre, og spørsmålet om *hvilken* diskrimineringsrettslig regel som eventuelt kan gi grunnlag for å sette til side lovgivers bevisst utformede lovtekst, har vært rettslig omstridt i en årrekke. Det andre eksempelet gjelder indirekte forskjellsbehandling: En tilsynelatende nøytral regel om bortfall av foreldrepenger innebærer at lesbiske par der begge får barn med kort tids mellomrom kan tape foreldrepengerrettigheter på måter som ikke vil kunne forekomme for heterofile par. Denne skjeve virkningen skyldes manglende bevissthet om regelens konsekvenser, snarere enn et bevisst valg fra lovgiver – og kapitlet viser hvordan selve mangelen på par i en sammenlignbar situasjon gjør det utfordrende å anvende diskrimineringsregelverket.

Internasjonal rett, særlig det sterke kjønnsdiskrimineringsvernet EØS-retten gir i forbindelse med arbeidsliv, varer og tjenester, etablerer skranke for norsk lovgivning. Som Ikdahls diskusjon av tilleggsvilkårene for fars uttak av foreldrepenger illustrerer, oppstår det stadig spørsmål om norsk lovgivning er i tråd med EØS-rettens diskrimineringsforbud. I den konkrete saken ble dette imidlertid et blindspor, da EFTA-domstolen konkluderte med at det aktuelle direktivet ikke var anvendelig på foreldrepengereglene.

I kapitlet til Bull og Wilhelmsen «Forsikring og kjønn» (kapittel 6) ser man det motsatte: Her har EØS-retten spilt en sentral rolle i utviklingen av norsk rett. Kapitlet ser på adgangen til å bruke kjønn som

beregningfaktor i forsikringsavtaler, et spørsmål som befinner seg i møtepunktet mellom avtalefrihet, forsikringsavtalerett og EØS-rett. Forsikringsselskapene bruker statistiske metoder til å beregne premiene, og kjønn er en faktor som på gruppebasis kan påvirke risikoen i flere typer av forsikring, særlig bilforsikring og forsikringer knyttet til sykdom og pensjon/død. For slike produkter kan metoden for å beregne premie komme i konflikt med hensynet til likebehandling mellom kjønnene. De siste 20 årene har først uttalelser fra det norske likestillingsombudet og så rettsutviklingen i EU gått i retning av å anse bruk av kjønn som beregningfaktor som direkte diskriminering. Særlig utviklingen i EU-retten har veid tungt i retning av endringer i norsk forsikringslovgivning, selv om lovgiver fortsatt har prioritert beregningstekniske og næringsmessige hensyn foran likestillingshensyn på noen områder. Kapitlet illustrerer hvordan EØS-rettens vern mot diskriminering kan oppstille krav til norsk regulering av privates praksis, også på et felt som tradisjonelt har vært svært preget av ideen om avtalefrihet.

Likhet for loven er et grunnleggende prinsipp som kommer til uttrykk på en rekke rettsområder. Sandberg og Strands kapittel «Forbud mot usaklig forskjellsbehandling i forvaltningen – et rettslig cluster» (kapittel 4) diskuterer forholdet mellom likestillings- og diskrimineringslovens forbud mot diskriminering, og forvaltningsrettens forbud mot usaklig forskjellsbehandling. Begge forbudene er begrunnet i hensynet til likhet, men kapitlet peker på hvordan det nærmere innholdet varierer. Den forvaltningsrettslige læren skal ivareta hensynet til likhet mellom alle de som får sine saker behandlet av forvaltningen, og henger nært sammen med generelle krav om at forvaltningen skal opptre saklig og objektivt. Diskrimineringslovgivningens forbud bygger på erkjennelsen av at både historiske forhold og nåværende strukturer gjør at noen grupper kommer dårligere ut enn andre. Dette regelsettet retter dermed blikket direkte mot gruppebaserte karakteristikker som for eksempel kjønn, seksuell orientering og kjønnsidentitet, og søker å forhindre at de kan føre til forskjellsbehandling. Forskjellene medfører at de to forbudene er ulike med hensyn til nedslagsfelt, overprøving, håndheving og sanksjonering. Kapitlet kan hjelpe dagens rettsanvendere til å ha et våkent forhold til alle de ulike regelsettene som etablerer rammer for forvaltningens praksis.

1.3.4 Teoretisk orienterte tilnærminger til å studere kjønn og rett

Vi startet dette introduksjonskapittelet med å vise til rettens rolle i å skape, opprettholde og endre samfunnets fordeling av goder og byrder, rettigheter og plikter, fordeler og ulemper, rettsvern og straff. Studier med de to innfallsvinklene vi har beskrevet hittil gir en rekke eksempler på dette, dels med vekt på å belyse retten fra praktiske/personrettede ståsteder, dels ved å bruke diskrimineringsvern og likhetsbetraktninger som en sentral del av dogmatisk analyse.

Den tredje typen innfallsvinkler tar et skritt tilbake. Hvordan kan det komplekse og sammensatte forholdet mellom kjønn og rett forstås i et bredere perspektiv? Dette setter i spill en rekke store spørsmål: Hvordan forstår vi retten og dens grunnleggende elementer, kategorier og subjekter? Hvilke ideer og interesser bygger rettslige likhets- og rettferdighetsvurderinger på? Hvordan balanseres forholdet mellom enkeltpersoners opplevelse av kjønn og rettens og samfunnets ideer om hva som er feminint og maskulint? Hvilke muligheter og begrensninger har retten til å påvirke kjønnete oppfatninger, praksiser og kjønnrettfærdighet i samfunnet? Rettsdogmatikken og de praktiske og personorienterte tilnærmingene har stor plass i forskning og undervisning, men egner seg ikke alltid til å analysere disse spørsmålene. Bokens bidrag med denne tredje typen innfallsvinkler både bruker og utvikler ulike teoretiske perspektiver for å kaste lys på overordnede trekk ved forholdet mellom kjønn og rett.³⁴

På et helt generelt nivå er det lett å være enig i at likhet og likestilling er goder, og i norsk sammenheng har disse verdiene blitt anført som grunnlag for en rekke endringer og utviklinger i lovverket. Bak slike endringer kan det imidlertid ligge vanskelige politiske avveininger og lite synlige antakelser om rettens muligheter og begrensninger. Ett eksempel

34 For videre lesning om ulike teoretiske forståelser av kjønn, kjønnsperspektiv og forholdet mellom kjønn og genus i nordisk forskning, se f.eks. Kevät Nousiainen, Åsa Gunnarsson, Johanna Niemi-Kiesiläinen og Karin Lundström (red.), *Responsible Selves, Women in the Nordic Legal Culture*, Routledge, 2001; Eva-Maria Svensson, Anu Pylkkänen og Johanna Niemi-Kiesiläinen (red.) *Nordic Equality at a Crossroads. Feminist Legal Studies Coping with Difference*, Routledge, 2004; Eva Maria Svensson, Ulrika Anderson, Hege Brækhus, Monica Burman, Anne Hellum, Stine Jørgensen og Anu Pylkkänen (red.) *På vei. Kjønn og rett i Norden*, Makadam forlag, 2011.

er de mange endringene i foreldrepengereglene som har vært begrunnet i ønsker om å fremme likestilling. Men fremmer man likhet mellom kjønnene ved å gi fedre en egen fedrekvote, eller blir den reelle likheten mellom kjønnene større hvis en ammende mor kan ta hele foreldrepermisjonen? Et annet eksempel gjelder antakelser om sammenhengen mellom regler om kjønnsbalanse – forstått som deltakelse av personer med ulike kjønn – og vektlegging av verdier som regnes som feminine. I norsk likestillings- og diskrimineringslovgivning er det nå en lang tradisjon for å fremme kjønnsbalanse gjennom bruk av lovpålagte representasjonsregler og andre former for positiv særbehandling. For å sikre like muligheter til demokratisk deltakelse, er det innført regler som pålegger både private og offentlige aktører å sørge for kjønnsbalanse i utvalg, styrer med videre.³⁵ Dette regelverket er dels begrunnet i rettferdighetshensyn, men også i ønsker om å bringe kvinners erfaringer og verdier inn i beslutningsstaking.³⁶ Men på hvilke antakelser hviler troen på at kvinners inntreden i ulike posisjoner kan endre grunnleggende maktforhold og vektleggingen av verdier som relasjoner og omsorg for mennesker og miljø?

Spørsmål som disse berører temaer som forholdet mellom ulike rettslige og sosiale oppfatninger av kjønn, verdimessige prioriteringer og vurderinger, og fordeling av rettigheter og plikter, makt og ressurser. Blikket løftes fra beskrivelsen av de kjønnede mønstrene som framgår av empirien og den rettslige vurderingen av om de utgjør diskriminering, og rettes mot den større samfunnsmessige helheten disse enkeltspørsmålene inngår i.

Ulike teorier innen fagfelt som feministisk teori, retts sosiologi og rettsfilosofi kan bidra til systematiske analyser her. Fagfeltene er til dels overlappende: Feministisk teori om kjønn og rett har nære forbindelser til kvinnerett, retts sosiologi og rettsøkonomi, som alle studerer vekselvirkninger mellom rett og samfunn. Feministisk teori om kjønn og rett er, gjennom sine analyser av rettens autonomi og legitimitet, også tett

35 Eksempler på dette er i likestillings- og diskrimineringslovens krav om kjønnsbalanse når offentlige organer oppnevner utvalg, styrer, råd, nemnder, delegasjoner mv. (ldl. § 28), og allmennaksjelovens krav om at «begge kjønn skal være representert» i styret på den i loven foreskrevne måte, lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) § 6-11 a.

36 Hellum og Strand 2022, kapittel 13.

knyttet til temaer i allmenn rettsteori og rettsfilosofi. Samlet kan slike teoretiske tilnærminger også hjelpe oss å klargjøre både våre egne, rettsanvenderes og lovgiveres antakelser om forhold mellom rett, makt og kjønn. De kan dermed inngå i formulering av forskningsmessige problemstillinger, og hjelpe oss å se kjønnete mønstre i empirisk og juridisk kildemateriale.

Denne boken inneholder både kapitler som har feministisk teori, rettsteori eller samfunnsvitenskapelig teori, som rettsosiologi og rettsøkonomi, som sitt hovedtema, og kapitler som bruker feministiske teorier i analyse av konkrete/avgrensede juridiske fagområder.

Svenssons kapittel om feministisk rettsfilosofi (kapittel 12) viser hvordan denne har blitt utviklet gjennom kritikk av en rettsfilosofisk tradisjon som presenterer seg som allmenngyldig, men i realiteten utgjør det som i vitenskapsteorien karakteriseres som situert kunnskap. Selv om kvinners erfaringer og interesser ikke er eksplisitt utelatt, bygger abstraksjoner, begreper og distinksjoner som framstår som nøytrale, ofte på en forestillingsverden som er kjønnnet og preget av en mannlig norm. Kapittelet tar opp tre helt grunnleggende spørsmål: Hvordan får vi kunnskap om retten? Hvordan kan retten legitimeres? Hva er og gjør retten? Gjennom analyser av disse, viser Svensson hvordan feministisk rettsfilosofi har bidratt til å utvikle og utvide rettsfilosofien, gjennom å stille spørsmål ved grunnleggende antakelser om for eksempel rettens og rettssubjektets natur, og om de grenser som settes opp for *hva* som inngår i emnet rettsfilosofi. Nye begreper har blitt skapt for å forstå retten på en måte som er relevant for alle mennesker. Et viktig bidrag er at rettssubjektet ikke bare forstås som abstrakt og autonomt, men som konkret og relasjonelt. Feministisk rettsfilosofi har også utvidet spørsmålet om hva retten *er* til å også inkludere hva retten *gjør*: den påvirker hvordan vi tenker om ting, og den påvirker selve vår forståelse av verden. Forholdet mellom rett og rettferdighet er sentralt både i rettsfilosofi, rettsvitenskap og juristers yrkesetikk, og feministisk rettferdighetsteori gir bidrag til denne tematikken. Når slike teoretiske perspektiver anvendes på spesifikke rettsområder eller rettslige spørsmål, ligger feministisk rettsfilosofi nær «anvendt rettsfilosofi» – og fagfeltet har også nære forbindelseslinjer til rettsosiologiske studier av konsekvensene av rettslige konstruksjoner.

Hellum, Sandvik og Skilbreis kapittel «Kjønn, makt og rett: samfunnsfaglige perspektiver på og i kvinneretten» (kapittel 13) tar opp metodiske fellestrekk mellom den tverrfaglige kvinneretten og samfunnsfagene retts-sosiologi, rettsantropologi og kriminologi. De retter oppmerksomheten mot bruken av empiriske kilder som intervjuer, observasjoner og statistikk for å gi innsikt i hvordan rettslige idealer som likhet, frihet og integritet omsettes til praksis. Kapitlet viser hvordan slik innsikt ikke bare kan gi kunnskap om det studerte enkelttilfellet: Ved å rette blikket mot den større sammenhengen enkelttilfellet inngår i, kan man også si noe mer generelt om forholdet mellom kjønn, makt og rett. Kapitlet beskriver hvordan ulike feministiske teorier om kjønn, makt og rett forstår forholdet mellom rett og samfunn, med særlig vekt på de nokså ulike teoriene utviklet av Tove Stang Dahl, Carol Smart og Catharine MacKinnon. Gjennom eksempler som kobler empiri om skjevfordeling av makt og ressurser til teoriene, viser de hvordan retten både kan utgjøre en form for makt som kan skape kjønnsulikhet, og en form for motmakt som kan endre kjønnede maktforhold. På denne måten illustrerer de hvordan perspektiver og begreper fra samfunnsfagene kan brukes til å utvikle kunnskap som har som formål å gjøre retten bedre egnet til å fremme reell likestilling av personer som utsettes for vold, marginalisering og forskjellsbehandling.

Også Mähönens kapittel om feministisk rettsøkonomi (kapittel 14) viser hvordan feministiske perspektiver kan synliggjøre verdivalg og svakheter, og utfordre analyser som framstår som nøytrale. Rettsøkonomien er et fagfelt som analyserer rettslige regulerings økonomiske virkninger, og som derfor står sentralt i bruken av retten som styringsinstrument. Mähönen viser hvordan konvensjonell markedsøkonomisk tenkning, for eksempel idealtypen «den rasjonelle økonomiske mann», ikke gir noe representativt inntak til å forstå de verdier og hensyn som motiverer ulike persongrupperes atferd på ulike livs- og rettsområder. Som motvekt peker han på teori som setter omsorgsrasjonalitet, snarere enn individuell økonomisk konkurranselighet, i sentrum for studier av rettsreglers samfunnsøkonomiske betydning. Kapitlet tar opp økonomiske perspektiver på fellesforvaltning av ressurser på familie-, husholds- og lokalsamfunnsnivå, med eksempler som Tove Stang Dahls studier av pengefordeling mellom kvinner og menn og Tone Sverdrups analyser av den rettslige

verdssettingen av hus- og omsorgsarbeid. Når ressurser skapes, forvaltes og deles i nære, sosiale fellesskap, finnes ofte kjønnede mønstre – slik også Fredwall (kapittel 2) og Ikdahl (kapittel 5) viser. Økonomiske teorier som konsentrerer seg om individuell konkurranse, er lite egnet til å forstå den samfunnsøkonomiske betydningen av aktiviteter og virksomheter som foregår i mellommenneskelige relasjoner. Her kan omsorgsorientert feministisk teori bidra til rettsøkonomisk nytenking, med potensial for å gi hensyn til både likestilling og bærekraftig utvikling en større plass i samfunnsplanlegging.

Sjåfjells kapittel «Selskapsrett og et feministisk bærekraftsperspektiv» (kapittel 7) viser hvordan feministisk teori også kan brukes til å videreutvikle systematisk, kritisk tenkning på konkrete rettsområder. Aksjeselskaper spiller en dominerende rolle i næringslivet, og selskapsrettens grunnleggende regler for beslutningsprosesser, hvem som skal involveres, hvilke hensyn som skal ivaretas og hva som er selskapets samfunnsmessige formål er dermed av stor betydning for mange sider av samfunnsutviklingen. Utviklingen av regelverk som stiller krav om rapportering om likestillingsarbeid og bedre kjønnsbalanse i styret er kjente eksempler på at også selskapsretten blir påvirket av diskriminerings- og likestillingsperspektiv. Sjåfjells kapittel viser imidlertid hvordan feministiske perspektiver kan anvendes også *utenfor* spørsmål om likestilling og kjønnsbalanse. Aksjeselskaper er avgjørende for omstilling til bærekraft, og både i EU og i mange land pågår det prosesser for å bidra til bærekraftige selskaper. Kapittelet er en kritisk analyse av rådende tilnærminger til debatter om selskapsrett og selskapsstyring knyttet til selskapenes rolle i bærekraftig omstilling. I denne analysen anvender Sjåfjell et «feministisk bærekraftsperspektiv», som på flere måter bygger på feministisk forskning. Både studier av hvordan organisasjoner kan forstås som «kjønnede» (og hva det betyr), og forskning om feministiske strategier for endring av maktforhold i organisasjoner brukes i Sjåfjells diskusjon av rådende og alternative endringsstrategier. Det feministiske bærekraftsperspektivet utgjør et «utenfra»-perspektiv på selskapsretten, og kapittelet viser hvordan teoretiske perspektiver kan sette spørsmålstegn ved rettslige antakelser som har vært tatt for gitt, og legge grunnlag for nye typer strategier for endring.

Halvorsens kapittel om kjønn og yrkesetikk (kapittel 8) knytter juristenes yrkesetiske retningslinjer til teorier om ulike typer etikk, der omsorgsetikk forstås som feminin og rettferdighetsetikk som maskulin. Dette leder opp til en diskusjon av betydningen av rettsanvenderens kjønn. Som et ledd i dette redegjøres det for ulike teorier om betydningen av kjønnsbalanse, knyttet til forhold som ulike typer etikk, politisk representasjon, erfaringsbakgrunn og organisatoriske forhold. Disse knyttes så til studier av dommeratferd og empiri om yrkesvalg, som ikke viser klare holdepunkter for at det finnes grunnleggende kjønnsforskjeller i verdivalg og prioriteringer. Halvorsen argumenterer på denne bakgrunn med at kvinners tilstedeværelse i den juridiske profesjon ikke er av betydning fordi det bringer inn andre verdier og andre typer etikk. I stedet framhever hun den legitimerende og tillitsskapende betydning det har at rettssamfunnet speiler et mangfold av befolkningen. Halvorsen peker videre på erfaringer fra kvinneverettslig forskning som viser at rettsnormer kan bygge på bestemte, uuttalte forutsetninger, og at en tilsynelatende nøytral rettsanvendelse vil kunne ha forskjellig virkning alt etter rettssubjektene situasjon. Den sentrale yrkesetiske forpliktelsen – å oppfylle kandidatløftets påbud om å fremme rett og hindre urett – innebærer at alle jurister bør ta dette inn over seg, og bestrebe seg på å inkludere flest mulig relevante perspektiver og kryssende interesser når de skal utøve sin virksomhet. Kjønnsperspektiv på retten kan dermed bidra til en mer helhetlig og derfor bedre rettsvitenskap.

Litteratur

- Alaattinoğlu, Daniela, Lars Andre Strøm Arnesen og Anniken Sørli. «Retten til kjønnsidentitet og juridisk registrering av kjønn: utviklingslinjer fra menneskerettsdomstolens praksis og norsk rett». I *Frihet, likhet og mangfold*. Anne Hellum og Anniken Sørli red., Gyldendal, 2021, s. 63–93.
- Bull, Hans Jacob og Anne Hellum. «Integrasjon av kvinne- og kjønnsperspektivet i de obligatoriske fag ved gjennomføringen av ny studieordning. Notat av 18.03.03 til studiereformkomiteen» (2003). <https://www.jus.uio.no/om/kjonnsperspektiver/Dokumenter/2003-03-18-integrasjon-av-kvinne.pdf> hentet 04.01.2022.

- Crenshaw, Kimberlé. «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics». *University of Chicago Legal Forum*, nr. 1 (1989) s. 139–167.
- Dahl, Tove Stang. «Innledning til kvinneretten». I *Kvinnerett I*. Tove Stang Dahl red., Universitetsforlaget, 1985.
- Eckhoff, Torstein. «Kan vi lære noe av kvinneretten?» *Retfærd* (1985) s. 82–90.
- Hellum, Anne. «Hvem er likestillings- og diskrimineringsrettens subjekt? Om kjønn som diskrimineringsgrunnlag». I *Livsfellesskap – Rettsfellesskap. Festskrift til Tone Sverdrup 70 år*. John Asland, Aslak Syse, Tone Linn Wærstad og Katrine Kjærheim Fredwall red., Gyldendal, 2021, s. 250–263.
- Hellum, Anne. «Mellom kjønnsespesifikk og kjønnsnøytral rettighetsfesting: krisesenterloven». I *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*. Ingunn Ik Dahl og Vibeke Blaker Strand red., Gyldendal Juridisk, 2016, s. 203–226.
- Hellum, Anne og Julia Köhler-Olsen (red.). *Like rettigheter – ulike liv: Rettslig kompleksitet i kvinne-, barne- og innvandrerperspektiv*. Gyldendal Juridisk, 2014.
- Hellum, Anne og Vibeke Blaker Strand. *Likestillings- og diskrimineringsrett*. Gyldendal 2022.
- Ik Dahl, Ingunn. «'Før ble de absorbert av storfamilien ...' Individuer og relasjoner i folketrygdlovens etterlatteytelser». I *Dette brenner jeg for! Festskrift til Hege Brækhus 70 år*. Trude Haugli, Siri Gerrard, Anne Hellum og Eva-Maria Svensson red., Fagbokforlaget, 2020, s. 161–182.
- Ik Dahl, Ingunn og Kristin Bergtora Sandvik. «Legitimering av uenighet: et blikk på debatten om samkjønnede ekteskap». *Hefte for kritisk juss* vol. 32 (2006) s. 4–20.
- Jegerstedt, Kari. «Judith Butler». I *Kjønnsteori*. Ellen Mortensen mfl. red., Gyldendal, 2008, s. 74–87.
- Ketscher, Kirsten. «Relationsret – en ny rettsvidenskabelig optik? Fra ægteskabs- og familieret mod en inkluderende relationsret». *Retfærd* (2012) s. 81–98.
- Lorentzen, Jørgen og Wenche Mühleisen (red.). *Kjønnforskning. En grunnbok*. Universitetsforlaget, 2006.
- NOU 2020: 14. *Ny barnelov – til barnets beste*.
- Pylkkänen, Anu. «Reglering av nära relationer – en fråga om sexualitet eller omsorg?» I *På vei. Kjønn og rett i Norden*. Eva Maria Svensson, Ulrika Anderson, Hege Brækhus, Monica Burman, Anne Hellum, Stine Jørgensen og Anu Pylkkänen red., Makadam forlag, 2011, s. 230–245.
- Robberstad, Anne og Marit Halvorsen. «Menn i damegarderoben? utfordringer i kjølvannet av loven om endring av juridisk kjønn». *Lov og Rett* vol. 61 (2022) s. 170–192.
- Slagstad, Ketil. «Ikke begge. Alle kjønn». *Tidsskrift for Den norske legeförening* (22.11.2018). <http://doi.org/10.4045/tidsskr.18.0888>

- Slagstad, Ketil. «Transkjønn i medisinen – en historie om diagnoser mellom stigma og omsorg». I *Frihet, likhet og mangfold*. Anne Hellum og Anniken Sørli red., Gyldendal, 2021, s. 180–199.
- Solbrække, Kari Nyheim og Helene Aarseth. «Samfunnsvitenskapens forståelser av kjønn». I *Kjønnforskning. En grunnbok*. Jørgen Lorentzen og Wenche Mühleisen red., Universitetsforlaget, 2006, s. 63–72.
- Strand, Vibeke Blaker. *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse. Hvor langt rekker individvernet?* Gyldendal Juridisk, 2012.
- Sørli, Anniken. «Lov om endring av juridisk kjønn, bioteknologiloven og barnelova – reproduksjon og foreldreskap i kontinuitet og endring». I *Frihet, likhet og mangfold*. Anne Hellum og Anniken Sørli red., Gyldendal, 2021, s. 121–145.
- Universitetet i Oslo. «Likestillingsrapport for 2020» (u.å.). <https://www.uio.no/om/strategi/likestilling/rapporter/likestillingsrapport-2020.pdf> hentet 04.01.2022.
- Wærstad, Tone Linn. «Hvordan sikre kvinners diskrimineringsvern i møte med kulturelle praksiser gjennom forbudet mot strukturell diskriminering i kvinnediskrimineringskonvensjonen (KDK)». I *Ketsch me if you can. Sociale rettigheter og ligestilling. Hyldest til Kirsten Ketscher*, Mette Hartlev, Stine Jørgensen, Helga Aune og Anne Hellum red., Karnov Group, 2017, s. 196–210.

KAPITTEL 2

Familieformueretten i et kjønnsperspektiv

Katrine Kjærheim Fredwall

2.1 Innledning

I kapitlet diskuteres familieformueretten i et kjønnsperspektiv. De familieformuerettslige reglene kjenner først og fremst individet, og ikke paret, som rettslig aktør. Når individene foretar rettslige disposisjoner i lys av at de utgjør et par, viser kapitlet at formelt like regler ikke nødvendigvis fører til like resultater. Statistisk sett inngås ekteskap stadig senere, mannen er litt eldre enn kvinnen ved inngåelsen, og i samliv opptrer de fleste som om de eier formuen sammen. Lovreglenes innretning, sider ved pardannelsen og fordelingen av formue har derfor betydning for rettsreglenes kjønnsmessige effekter i samfunnet. Dette viser at kunnskap om samfunnet er viktig om rettsreglene skal kunne utformes slik at kvinner og menn kommer likt ut.

Når vi skal vurdere virkningen av familieformueretten i et kjønnsperspektiv, trenger vi for det første å vite noe om hvilke rettsregler vi tenker på som «familieformuerett», dernest hvordan regler får virkning i samfunnet, og til slutt om det kan tenkes at reglene gir ulike virkninger for kvinner og menn. De to første spørsmålene behandles kort i artikkelens punkt 2.2, mens det siste spørsmålet behandles i punkt 2.3 til 2.5. I kapitlet beskrives familieformueretten i et kjønnsperspektiv, men uten at

det diskuteres hva som *bør* være reglernes formål. Det antas imidlertid at reglernes overordnede siktemål er å behandle kvinner og menn likt.¹

Flertallet av ekteskap og samboerskap består av personer av ulikt kjønn som skal fordele formuerettslige fordeler og ulemper i og etter samliv. Et kjønnsperspektiv er derfor særlig relevant på dette området. Selv om rettsreglene er de samme for kvinner og menn, er ikke virkningene nødvendigvis de samme. Et underliggende spørsmål er samtidig om de effektene vi ser er effekter av kjønn, eller om de er effekter av atferd som oftere assosieres med ett kjønn.

2.2 Reglers effekter i et kjønnets landskap

De familieformuerettslige reglene. Med familieformuerettslige regler siktes det til reglene om erverv av eiendomsrett underveis i ekteskap og samboerskap. Hvem blir *eiere* underveis i samlivet; blir det hun, han eller begge? Det siktes også til reglene om deling og vederlag ved samlivets slutt. Kapitlet handler bare om norske regler og forhold ved det norske samfunnet. Kjønnsmessige konsekvenser av familieretten når par krysser landegrensener, behandles i Wærstads kapittel i denne boken.²

De aller fleste samboere eier hvert sitt underveis i samlivet og beholder hvert sitt ved et eventuelt samlivsbrudd. De fleste ektefeller har formuesordningen *felleseie*.³ Denne formuesordningen innebærer at ektefeller i utgangspunktet erverver eiendomsrett selvstendig gjennom samlivet,⁴ men at de som hovedregel deler sin nettoformue⁵ likt ved opphør av ekteskapet.⁶ Regelen om likedeling av formuen modifiseres på viktige punkter. Midler en ektefelle hadde fra før ekteskapet og midler mottatt

1 Se Peter Lødrup og Tone Sverdrup, *Familieretten*, 9. utgave, eget forlag 2021, s. 33–36 som gjengir ulike syn på reglernes formål i et kjønnsperspektiv.

2 Se Tone Linn Wærstad, *Transnasjonal familierett sett i et kvinnesperspektiv*, i kapittel 3 i denne boken.

3 Undersøkelsen Leve-dele2016 viste at 98 prosent av ektefellene hadde felleseie, jf. Katrine Kjørheim Fredwall, *Familierettens korreksjonsmekanismer. Sider ved reglene om indirekte erverv av eiendomsrett, deling og vederlag i ekteskap og samboerskap*, Gyldendal 2020, vedlegg 2, Q 21.

4 Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (ekteskapsloven eller el.) § 31 første ledd.

5 Nettoformue skal her forstås som deling av formuen fratrukket gjeld, jf. ekteskapsloven § 58 første ledd.

6 Ekteskapsloven § 58 første ledd første punktum.

som arv eller gave underveis i ekteskapet, holdes som hovedregel utenfor deling (jf. reglene om skjevdeling).⁷ Det samme gjelder som oftest verdistigning av slike midler underveis i ekteskapet. I tillegg vil personlige eiendeler, uoverdragelige rettigheter, pensjon og utbetalt erstatning for å dekke fremtidige inntekter og utgifter mv., normalt ikke deles (jf. reglene om forlods uttak).⁸ Dette er relativt skarpskårne rettsregler som ikke nødvendigvis gir forventning om noen *lik* fordeling.

For å kompensere for lite rimelige økonomiske oppgjør etter samliv har vi ulike familierettslige korreksjonsmekanismer. Dette er regler som kan justere effektene av reglene nevnt over. Det er typisk reglene om unntak fra hovedregelen om skjevdeling for ektefeller,⁹ rett til vederlag for ektefeller og samboere¹⁰ og unntak fra retten til å holde pensjon mv. utenfor deling for ektefeller.¹¹ Felles for disse reglene er at de er skjønnsmessige, og at den som ønsker å rette opp et skjevt resultat, som oftest må gå til rettsak. Å gå til sak er noe de færreste samboere eller ektefeller gjør.¹²

Før vi går løs på spørsmålet om reglenes mulige kjønnsmessige virkninger, må vi reflektere litt over hva som gjør at regler i det hele tatt får virkning i et samfunn.¹³

Hvordan får regler virkning i samfunnet? Sammenhengen mellom rettsreglene¹⁴ og deres virkning i samfunnet er kompleks. Vi kan verken ta for gitt at borgerne kjenner til, forstår eller følger rettsreglene på det familieformuerettslige området. Så hva gir egentlig regler virkning? Det skal her pekes på enkelte faktorer som påvirker reglenes virkninger (effekter) i samfunnet.

7 Ekteskapsloven § 59 første ledd.

8 Ekteskapsloven § 61.

9 Ekteskapsloven § 59 annet og tredje ledd.

10 Ekteskapsloven §§ 63 og 73. For samboere gjelder det ulovfestede regler om vederlag som følge av ugrunnet berikelse.

11 Ekteskapsloven § 61 bokstav b annet til fjerde punktum.

12 Fredwall 2020, *Familierettens korreksjonsmekanismer*, s. 228–229 der det fremgår at om lag 1 prosent av skilsmisseoppgjørene i undersøkelsen Leve-dele2016 endte i en rettsak, og at dette skjedde enda sjeldnere etter endt samboerskap.

13 Regler kan ha virkning «internt» og «eksternt». Med en intern virkning sikter vi ofte til virkningen i rettsystemet, f.eks. at et krav kan drives gjennom med rettsapparatets tvangsmidler. I teksten her siktes det til reglenes eksterne virkning, dvs. reglenes virkning i samfunnet mer samlet – og ikke bare som en konsekvens av bruk av rettsapparatet.

14 Med rettsregel siktes det til den regelen som i tråd med alminnelig juridisk metode har latt seg utlede på bakgrunn av rettskildene.

Intenderte og uintenderte virkninger. Når lover fastsettes av Stortinget eller tolkes og videreutvikles av domstolene, er det for det første ikke alltid klart hvilke verdier rettsstoffet skal fremme. Rettskilder utviklet i et demokratisk samfunn vil ofte ha blitt til på bakgrunn av ulike faglige bidrag, synspunkter fra interesseorganisasjoner, politiske syn i regjering eller storting, et faglig dommerskjønn mv. Disse ulike bidragsyterne kan ha hatt ulike syn på formålet med den regelen de er med på å skape, og både lovgiver og domstoler kan bevisst eller ubevisst ha unnlatt å presisere nærmere hvilke mål de hadde. En slik uklarhet er til stede også for flere av reglene på familieformuerettsområdet.¹⁵ Det innebærer at det kan være vanskelig å tolke seg frem til innholdet av rettsregelen.¹⁶ Og det skaper usikkerhet om hvilken samfunnsmessig effekt regelen er ment å gi. Regelens *intenderte* virkning er uklar. De juridiske normene støter også an mot andre normer i samfunnet. Det kan være økonomisk tilpasning: «hva lønner seg for meg?», «hva har vi råd til?» og et forbruk «fordi jeg fortjener det». Rettsregler kan også støte an mot normer som følger av kjønnsrollemønstre, tradisjoner, øvrige sosio-økonomiske forhold, etnisk herkomst, religion mv. Det må antas at slike forhold kan spille inn på det familieformuerettslige området og påvirke hvordan reglene virker i praksis. Dette kan i så fall føre til at reglene også får *uintenderte* virkninger.

Preseptoriske (tvingende) eller deklarasjonelle (fravikelige) rettsregler. Deklaratoriske rettsregler viker for partenes avtale og er de som dominerer det privatrettslige området. På familieformuerettens område utgjør avtalefriheten utgangspunktet. Det betyr at partene i stor grad har frihet til å finne andre løsninger enn de som følger av de fravikelige rettsreglene. Man kan si det slik at det er en del av reglenes *intenderte* virkning at

15 Dette er ikke uvanlig. På privatrettens område er hovedregelen at lover vedtas uten en formålsbestemmelse. Det er opp til partene selv å gi formålet. Fraværet av en klar intensjon kan illustreres gjennom forberedelsene til dagens ekteskapslov. Ekteskapsutvalget (NOU 1987: 30) delte seg på midten i flere viktige spørsmål. Det hadde den effekten at mye av flertallets argumentasjon rettes mot mindretallets forslag, heller enn å utvikle og utdype flertallets eget forslag. Dette preger den veiledningen forarbeidene gir om hva som er reglenes formål og innhold. Se bl.a. Fredwall 2020, s. 243–244 knyttet til begrunnelsen for skjevdelingsregelen og Hege Brækhus, «Ekteskapsrettens grunnlag», *Lov og rett*, 1997 s. 63–77. DOI: <https://dx.doi.org/10.18261/ISSN1504-3061-1997-01-06>.

16 Hege Brækhus, *Nærhet og frihet. Utvalgte emner om likestilling i familien*, Fagbokforlaget 2019, s. 29 etterlyser en funksjonell og åpen begrunnelse for ekteskapslovgivningens grunnlag.

paret avtaler de løsningene som de mener er best for seg.¹⁷ Avtaler kan en sjelden gang ha et innhold som ikke aksepteres av rettsordenen. Et slikt innhold kan falle bort som følge av regler om ugyldighet eller «ordre public».¹⁸

Fra påbud til kompetanse og kvalifikasjon. De juridiske rettsreglene kan utformes på mange måter. De kan utformes som plikter, *forbud eller påbud*, ofte med tilknyttede sanksjoner. Slike regler brukes ofte for eksempel i veitrafikkretten, men sjelden i familieretten. Staten utformer reglene slik først og fremst der dette er særlig viktig for å beskytte partene, barns oppvekstvilkår og statens forpliktelse¹⁹ til å sikre menneskerettene.²⁰ Regler kan også utformes som kompetansenormer. De fleste familierettslige normene er imidlertid såkalte *kvalifikasjonsnormer*. Det er rettsregler som «sorterer» en selvvalgt handling i ulike kategorier og der de ulike kategoriene gir ulike rettsvirkninger.²¹ Ektefelle As handlinger tilsier for eksempel at ektefelle A anses for å ha blitt eier av felles bolig, mens ektefelle Bs handlinger tilsier at B ikke har blitt eier. Det er ikke sikkert at ektefellene A og B er klar over disse reglene eller er enige i resultatene. I dette kapittelet undersøkes hvilke samfunnsmessige og kjønnsmessige effekter som følger av familieformuerettens ulike kvalifikasjonsnormer. Om partene er vel forlikt, som det heter i eventyrene, kan de leve et langt liv sammen, uten å anvende noen av de familierettslige, deklarasjonsreglene.

17 Også menneskerettslige kilder som den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 8, retten til respekt for privatliv og familieliv, er et argument for at lovgiver sikrer partene et rom for å regulere eget familieliv.

18 Ordre public-regelen kan forklares som et forbehold mot å anvende fremmed rett der resultatet av anvendelsen vil virke støtende mot grunnleggende verdier eller norsk rettsorden.

19 Tone Linn Wærstad, *Protecting Muslim Minority Women's Human Rights at Divorce. Application of the Protection against Discrimination Guarantee in Norwegian Domestic Law, Private International Law and Human Rights Law*, Nomos 2017, s. 181–238 behandler bl.a. det menneskerettslige vernet for sårbare kvinner ved skilsmisse. Omfanget av statens forpliktelse til å sikre menneskerettene på familieformuerettsområdet er nærmere behandlet i Fredwall 2020, s. 179–197, 253–259 og 363–364.

20 Det siktes f.eks. til ekteskapsloven § 1 a (forbud mot å inngå ekteskap for mindreårig) og ekteskapsloven § 1 b (påbud om at ekteskap skal inngås frivillig).

21 Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 8 verner familielivets fred og beskytter mot myndighetenes inngripende regulering av parets eller familiens indre liv. Det er derfor grunn til å forvente at statens regulering også i fremtiden i stor grad vil være basert på kvalifikasjonsnormer.

2.3 Hvilket samfunn virker reglene i? Statistikk og empiri

2.3.1 Formuesstatistikk

Når familieformueretten skal behandles i et kjønnsperspektiv, er det på sin plass å reise spørsmålet om hvordan formue²² skapes og fordeles mellom kvinner og menn i dagens Norge. I dette kapittelet skal det pekes på noen sammenhenger mellom jus og samfunn som kan være egnet til å gi de familieformuerettslige (kvalifikasjons)reglene ulike virkninger for kvinner og menn.

Formue kan skapes gjennom inntekt av arbeid eller kapital.inntekt skapt gjennom *arbeid* vil påvirkes av mange forhold som utdanning, yrke, alder, grad av yrkesaktivitet og kjønn. Vi vet at norske kvinner i gjennomsnitt tjener 87 prosent av hva menn gjør.²³ Lønnsforskjellene mellom kvinner og menn har imidlertid blitt noe redusert, dels som følge av at færre kvinner jobber deltid, flere kvinner har høy utdanning og av at menn og kvinner tar et jevnere ansvar for de minste barna.²⁴ Endringene er små. Det å eie *kapital* kan også gi inntekt. Om eierskap til kapital er likt fordelt mellom kjønnene eller ikke, er derfor interessant.

Formue kan også overføres gjennom *arv* og *gave*. I Norge er statistikkgrunnlaget for fordelingen av formue mellom menn og kvinner i parforhold svakt. Statistisk sentralbyrå (SSB) konkluderte imidlertid i 2003 at menn eier mer enn kvinner på alle registrerte områder i

22 Formue defineres i privatrettslig forstand som summen av den økonomiske verdien av de gjenstander og rettigheter som tilhører en person fratrukket personens økonomiske forpliktelser. Bruttoformuen vil ofte være verdien av personens aktiva uten at forpliktelsene er trukket fra, mens nettoformuen vil være summen av de verdiene personen eier fratrukket forpliktelsene. Formuen kan da være negativ.

23 I 2018 hadde kvinner en gjennomsnittlig månedslønn per heltidsekvivalent på 42 170 kroner, som utgjør 87,1 prosent av gjennomsnittlig månedslønn per heltidsekvivalent blant menn, se Statistisk sentralbyrå ved Nina Gunnes. «Lønnsforskjellene mellom kvinner og menn minker» (05.03.2019) <https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/artikler-og-publikasjoner/lonnsforskjellene-mellom-kvinner-og-menn-fortsetter-hentet-02.05.2020>. (Artikkelen var oppdatert 5. mars 2019 med tall for 2018.)

24 Se Statistisk sentralbyrå ved Nina Gunnes (2019) og Statistisk sentralbyrå ved Ole Sandvik. «Far jobber mindre – mor jobber mer» (29.10.2018). <https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/artikler-og-publikasjoner/far-jobber-mindre-mor-jobber-mer-hentet-02.05.2020>.

selvangivelsesstatistikken, bortsett fra når det gjelder leiligheter i borettslag.²⁵ SSB kom i samme artikkel til at 67 prosent av bruttoformuen i Norge er registrert eid av menn. Om 67 prosent av formuen er ført i menns selvangivelse, er det en rimelig antakelse at 33 prosent av formuen er ført i kvinners selvangivelse.²⁶

En svakhet ved denne statistikken er at den er basert på hva personer har ført i selvangivelsen sin, og at vesentlig formue rettmessig ikke føres i selvangivelsen. Dette gjelder for eksempel kvinners og menns pensjonsformue og opptjente humankapital.²⁷ Dernest må vi vente at verdianslaget i ligningsstatistikken ligger lavere enn markedsverdi for vesentlige aktiva for folk flest. Verdiene av fast eiendom skal for eksempel føres etter sin ligningsverdi²⁸ og ikke-børsnoterte aksjer vil normalt være ført etter sin bokførte verdi, for å nevne praktiske eksempler. Ektefeller har også rett til å fordele formuen mellom seg i selvangivelsen uten at det nødvendigvis sier noen om eierforhold. Forskjellen mellom menns og kvinners juridiske eierskap kan derfor avvike fra det statistikken fra SSB skulle tilsi. Uansett fremstår det som forsvarlig å legge til grunn at menn eier mer formue enn kvinner, og at de da antakelig også mottar mer inntekt og verdiøkning fra kapital enn kvinner. Den familieformuerettslige konsekvensen av slike forskjeller, skal behandles i punkt 2.4.

Det neste spørsmålet er deretter hvordan kvinners og menns formue er skapt. Formue er typisk akkumulert gjennom inntekt som har muliggjort sparing, investering, arv og gave – og den markedsmessige

25 Statistisk sentralbyrå ved Grethe Sparby. «Kvinner eier leiligheter – menn eier alt annet» (09.09.2003). <https://www.ssb.no/inntekt-og-forbruk/artikler-og-publikasjoner/kvinner-eier-leiligheter-menn-eier-alt-annet> hentet 01.11.2019.

26 En slik ulikhet mellom kvinner og menn støttes også av tall publisert av finansforetakene i 2019. Ifølge DnB har f.eks. norske menn 1 216 milliarder mer i bruttoformue enn kvinner, se DNB. «Hun investerer» (u.å.). <https://www.dnb.no/privat/huninvesterer.html> hentet 10.11.2019. Statistisk sentralbyrås tall illustrerer også at forskjellene mellom alderskohortene er viktig. De yngste voksne vil ha mer gjeld enn formue, mens formuen i gjennomsnitt blir positiv først når individene er i siste halvdel av 40-årene, se Statistisk sentralbyrå ved Rolf Aaberge og Magnus E. Stubhaug. «Formuesulikheten øker» (14.09.2018). <https://www.ssb.no/inntekt-og-forbruk/artikler-og-publikasjoner/formuesulikheten-oket> hentet 02.05.2020. Det betyr blant annet at samlivsbrudd tidlig i livet oftest handler om å fordele gjeld.

27 Begrepet «humankapital» brukes om den utdanning, erfaring, kunnskap og ferdigheter den enkelte ektefellen har opparbeidet seg gjennom ekteskapet.

28 De siste årene har SSB funnet måter for å justere antatt boligverdi som gir mer treffende estimater.

verdiutviklingen for den formuen man har blitt eier av. En høy inntekt gir bedre forutsetninger for sparing og investering enn en lav. Og sjansen for å motta arv eller gave av betydning er avhengig av den familien man har vokst opp i. Ifølge SSB er det også en viss statistisk sammenheng mellom inntekt og formue i den forstand at «[b]arn fra en familie med høy finansformue har klart større sannsynlighet for å havne i høyeste inntektsklasse som voksen, sammenlignet med barn i husholdninger med lav formue».²⁹ Kjønnsmessige forskjeller forsterkes eller svekkes derfor også av andre sosio-økonomiske forhold.

Selv om vi kunne ønske oss et bedre statistikkgrunnlag,³⁰ indikerer grunnlaget at kvinner og menn verken har lik lønn eller lik formue. Dette har betydning for hvilke effekter det er rimelig å vente av de formuerettslige reglene i et kjønnsperspektiv.

2.3.2 Gift, samboer eller singel? Statistikk knyttet til pardannelse

For de enkelte individene vil også forhold som alder ved ekteskapsinngåelsen, om paret har barn og valg av samlivsform mv. ha betydning for oppbygging av formue som kan deles underveis i samlivet.³¹

Statistikken forteller oss at unge mennesker i dag er single lenger før de etablerer et mer varig samliv. De fleste unge etablerer seg først som samboere og så etter hvert som ektefeller. Alderen for første ekteskap har økt med om lag ti år siden dagens ekteskapslov ble vedtatt i 1991.³² I dag er menn i gjennomsnitt 36,7 år når de gifter seg første gang og kvinner er

29 Statistisk sentralbyrå ved Jon Epland og Mads Ivar Kirkeberg. «Går økonomiske levekår i arv?» (21.06.2010). <https://www.ssb.no/inntekt-og-forbruk/artikler-og-publikasjoner/gaar-okonomiske-levekaar-i-arv> hentet 02.05.2020.

30 SSB utgir årlig oversikt over husholdningenes formuesforhold, men denne statistikken er verken brutt ned på samlivsform eller kjønn. Se Statistisk sentralbyrå. «Innteks- og formuesstatistikk for husholdninger» (u.å.). <https://www.ssb.no/inntekt-og-forbruk/statistikker/ifhus> hentet 02.11.2019.

31 Grete Kristin Nielsen, «Skjevdeling i et kvinnesperspektiv», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2009 s. 83–101. DOI: <https://dx.doi.org/10.18261/ISSNo809-9553-2009-02-03>.

32 Statistisk sentralbyrå. «Statistikkbanken. Ekteskap og skilsmisser» (u.å.). <https://www.ssb.no/statbank/table/05742/> hentet 07.09.2021.

34,1 år.³³ Når ekteskapet inngås ti år senere enn for en generasjon siden, vil mange ha rukket å investere i fast eiendom før ekteskapsinngåelsen. Om denne statistikken ses i sammenheng med formues- og inntektsstatistikken i punkt 2.3.1, kan vi legge til grunn at menn i gjennomsnitt har hatt tre år lengre tid til å akkumulere formue før ekteskapet enn kvinner. I gjennomsnitt har også menn hatt en noe høyere inntekt enn kvinner i denne perioden. Mange kvinner har fått sitt første barn før ekteskapet inngås.³⁴ Slike statistiske funn taler for at menn i gjennomsnitt vil ha mer formue enn kvinner, når de inngår ekteskap.³⁵ Dette gir også en forventning om at menn ved en eventuell skilsmisse vil ha mer formue som kan skjevdeles etter ekteskapsloven § 59 første ledd, enn det kvinner har, jf. punkt 2.4.

Fortsatt lever om lag 3 av 4 voksne personer i parforhold det meste av livet. Men mange er single før, mellom eller etter et parforhold. Noen er også enslige livet ut. Valg av samlivsform er ikke bare et personlig spørsmål, men også et rettslig spørsmål, jf. punkt 2.4. Valget bestemmer hva slags familieformuerettslige regler som skal gjelde underveis i samlivet og ved samlivets opphør.

2.3.3 Hvordan forbruker og investerer ektefeller og samboere? Empiriske funn

2.3.3.1 Om Leve-dele2016

Ulike statistiske opplysninger som dem nevnt i punktene over, gir et interessant bakteppe for å vurdere de juridiske reglene. Spørsmålet er imidlertid om det er mulig å utfylle dette bildet på en måte som er juridisk relevant. Som et ledd i doktorgradsarbeidet mitt gjennomførte jeg spørreundersøkelsen Leve-dele2016 knyttet til voksnes kunnskap om

33 Statistisk sentralbyrå. «Ekteskap og skilsmisser» (u.å.) <https://www.ssb.no/ekteskap> hentet 07.09.2021, Årlige tall, Tabell 5. Tabellen er oppdatert per 8. mars 2021. Det bør påpekes at årets statistikk kan ligge særlig høyt som følge av at par har utsatt ekteskapsinngåelsen som følge av covid-19-restriksjoner. Fallet i tallet på inngåtte ekteskap i 2020 trekker i denne retningen.

34 Se Statistisk sentralbyrå. «Fødte.» (u.å.) <https://www.ssb.no/befolkning/statistikker/fodte> hentet 07.09.2021. Hovedtall per 11. mars 2020 viser at 21 210 barn ble født av gift mor, mens 25 755 ble født av samboende mor og 6 014 ble født av enslig mor. Tabellen er oppdatert 11. mars 2021.

35 Samtidig er det slik at stadig flere menn forblir enslige og stadig færre menn blir fedre. Dette er problemstillinger som ligger utenfor denne artikkelen.

sentrale familieformuerettslige regler, ektefellers og samboeres økonomiorganisering, graden av fellesskap omkring forbruk og investering i samliv, bruk av avtaler og testament mv.

Spørreundersøkelsen Leve-dele2016 bestod av 73 spørsmål med underkategorier. Undersøkelsen ble besvart av 3000 voksne personer bosatt i Norge som på intervju tidspunktet var mellom 25 og 75 år. Intervjuene ble foretatt ved hjelp av Ipsos MMI som gjennom sitt web-panel innsamlet svar på undersøkelsen våren 2016. Ipsos MMI klassifiserte dette som en landsrepresentativ undersøkelse.³⁶

De metodiske sidene ved undersøkelsen er nærmere beskrevet i Fredwall (2020) kapittel 3.³⁷

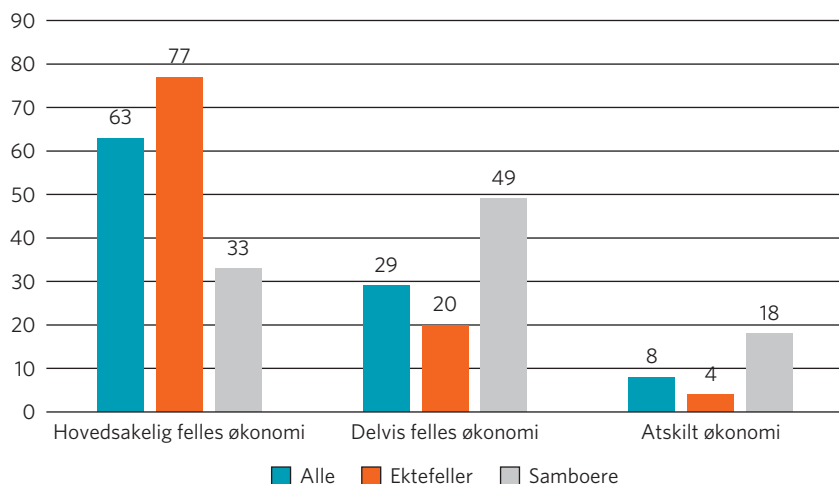
2.3.3.2 *Graden av forbruksfellesskap*

Ektefeller og samboere bor sammen, spiser sammen, har ofte barn sammen og deler ofte fritiden sammen. Samlet gir dette grunnlag for et forbruksfellesskap. Undersøkelsen gir imidlertid mulighet for å komme parene tettere inn på livet i slike spørsmål. Hvor omfattende er egentlig forbruksfellesskapet? Er det forskjeller mellom ulike familietyper, og er det forskjeller mellom ektefeller og samboere? Slike spørsmål er belyst gjennom mange spørsmål i undersøkelsen, og noen hovedtrekk skal gjengis her.

Undersøkelsen viser at det er et betydelig forbruksfellesskap i majoriteten av alle samliv. Det er samtidig klare forskjeller i graden av økonomisk fellesskap mellom ektefeller og samboere. Og det er blant samboerne betydelige forskjeller mellom ulike familietyper. Det økonomiske fellesskapet er klart sterkest mellom ektefeller, men samtidig sterkere mellom samboere med felles barn enn mellom andre samboere.

³⁶ Se Fredwall 2020, s. 652, vedlegg til tabellrapport, Ipsos MMI.

³⁷ Fredwall 2020, se særlig s. 84–105.



Figur 1. Graden av økonomisk fellesskap i ekteskap og samboerskap. (N = 2282)

Figur 1 over viser (blå søyler) at det var betydelig økonomisk fellesskap i alle samliv. Det å ha atskilt økonomi var atypisk i samliv, jf. at bare 8 prosent av de som levde i ekteskap eller samboerskap svarte dette. Samtidig viser forskjellene mellom de oransje og de grå søylene at intensiteten i det økonomiske fellesskapet var langt sterkere blant de gifte enn blant de samboende. Mens 77 prosent av ektefellene svarte at de hadde *hovedsakelig* felles økonomi, var det 33 prosent av samboerne som svarte det samme. Forskjellen i økonomisk fellesskap kan forklares på flere måter. For det første tilsa ektefellers og samboeres begrunnelser for valg av samlivsform at samboergruppen var mer sammensatt.³⁸ Dernest tilsa undersøkelsen at samboernes kunnskap om rettsreglene var tilfredsstillende,³⁹ slik at man også kan forstå et redusert økonomisk fellesskap i samboerskap som en tilpasning til et lite beskyttende regelverk. Dernest viser funnene at samboerskapene gjennomgående var kortere, oftere barnløse, sjelden barnerike og oftest den foretrukne samlivsformen mellom parter som ikke ønsket en for tett relasjon eller som fortsatt hadde behov for å tenke seg om. Det kan derfor være mange

³⁸ Fredwall 2020, s. 124–132.

³⁹ Fredwall 2020, s. 135–139.

årsaker til at det økonomiske fellesskapet i samboerskapet er mindre fremtredende enn i ekteskap.

Funnene viser videre at par med felles barn som oftest svarte at de hadde *hovedsakelig felles økonomi*. Bare tre prosent av parene med felles barn svarte at de hadde *atskilt økonomi*. Det å ha atskilt økonomi når man har felles barn, fremstod derfor som svært uvanlig. Dette var uvanlig også i et samboerskap med felles barn. En nærmere sammenligning mellom ektefeller og samboere med felles barn, viste at graden av felles økonomi blant ektefellene var betydelig større enn blant samboerne i undersøkelsen.

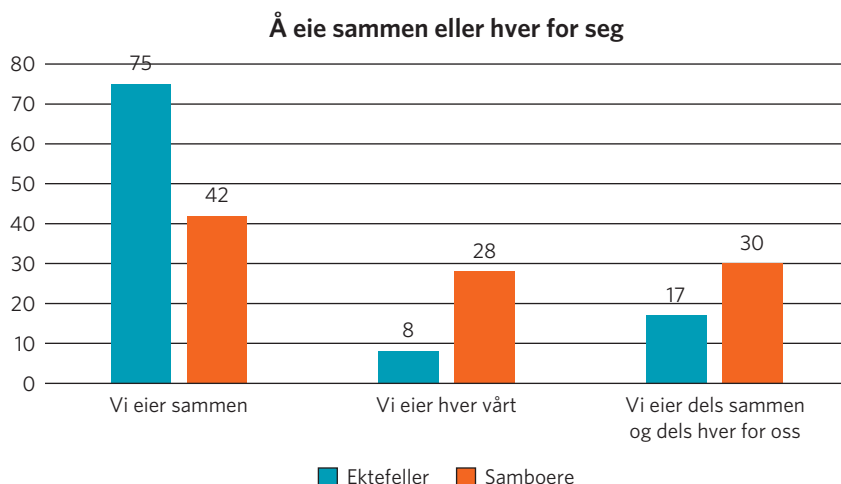
I gruppen som hadde etablert seg sent uten felles barn, var det flest (25 prosent) som svarte at de hadde atskilt økonomi. I denne gruppen var det å ha atskilt økonomi derfor ikke uvanlig.⁴⁰

Det eksisterer samlet sett et betydelig forbruksfellesskap i både ekteskap og samboerskap – og særlig der paret har barn sammen. Et slikt økonomisk fellesskap kan skape sårbarhet for den som bidrar i et samliv uten å være eier av bolig, fritidsbolig eller andre mer varige verdier i samlivet. Forskjeller i eierskap kan gi behov for en beskyttende rettslig regulering, se nærmere i punkt 2.4.

2.3.3.3 Graden av investeringsfellesskap

Det er ingen nødvendig sammenheng mellom det å ha en felles forbruksøkonomi og det å bli eiere sammen. Samlivet som investeringsfellesskap måtte derfor undersøkes separat. Gjennom Leve-dele2016-undersøkelsen ble både ektefeller og samboere stilt spørsmål om eierskapet til det de sparte eller investerte i underveis i samlivet. Tenkte individene at de ble eiere sammen, hver for seg eller delvis sammen?

40 Fredwall 2020, s. 117–156 og 166–179 redegjør for flere sider ved valg av samlivsform, begrunnelse for valget av samlivsform og økonomiorganisering.



Figur 2. Hvem anser du som eier av det dere sparer/investerer? (N = 2282)

Ektefellene svarte fellesskapsorientert. Hele 92 prosent av ektefellene mente at de enten fullt ut (75 prosent) eller dels (17 prosent) ble eiere sammen av det de hadde investert eller spart underveis i ekteskapet.

Som forventet mente en mindre andel av samboerne at de ble eiere sammen underveis i samboerskapet. Om vi summerer på samme måte som over, tilsier funnene at 72 prosent av samboerne mente at de fullt ut eller delvis ble eiere sammen. Samboerne mente imidlertid oftere at de *dels* ble eiere sammen og dels hver for seg. Funnene forteller også her om et mer intenst økonomisk fellesskap mellom ektefeller enn mellom samboere. I undersøkelsen ble i tillegg eierskapet til boligformuen undersøkt særskilt.⁴¹ Også disse funnene trekker i retning av et betydelig investeringsfellesskap i samliv, men at det er sterkest mellom ektefeller.⁴²

⁴¹ Fredwall 2020, s. 171–174.

⁴² Det kan reises spørsmål om det er metodisk forsvarlig å sammenligne ektefeller og samboere, slik det gjøres i dette avsnittet. Er ektefeller og samboere like nok? Eller er det en risiko for at det vi sammenligner ikke er konsekvenser av samlivsformen, men parenes bruk av den? For å kunne vurdere hva vi egentlig sammenligner, må vi beskrive gruppene ektefeller og samboere. Leve-dele2016 og andre undersøkelser peker i retning av at valget av ekteskapet var basert på et ønske om et varig samliv innenfor trygge rammer, mens samboerskapet fyller flere funksjoner. For deler av samboergruppen i Leve-dele2016, var det håpet om det varige samlivet som trådte frem som en vesentlig begrunnelse for valget av samboerskapet, men for andre var samboerskapet en «test-stasjon». Man var ung, forholdet var foreløpig kortvarig, man var kanskje usikker på forholdet, eller samlivet hadde preg av å være et ventested for ny endring. Dette bredere bruksområdet for samboerskapet kan tenkes å gi bidrag til å forklare både hvorfor samboerskap

I et familieformuerettslig perspektiv er dette interessante funn. Om ektefeller og samboere mener at de *sammen* eier de verdiene som skapes underveis i samlivet, er det naturlig å forvente at de også vil dele disse verdiene ved et samlivsbrudd.

2.3.4 Oppsummerende vurdering. Enkelte kjønnsmessige effekter av slike samfunnsmessige forhold

I et parforhold er man både et individ og en del av et par. Denne dobbelt-
heten kan være vanskelig å regulere rettslig på en god måte. De empiriske
funnene viser at *ektefeller* i sin økonomiorganisering først og fremst for-
bruker og investerer som par. Dette kan tyde på at de mer eller mindre
bevisst forventer at lovgiver også betrakter dem som en økonomisk enhet.
De fleste *samboere* forbruker delvis som en enhet, mens det avhenger noe
av samlivskategorien om de også tenker at de investerer sammen.

Spørsmålet er imidlertid hva denne kunnskapen om pars forbruks-
økonomi og investeringsfellesskap tilfører et kjønnsperspektiv. Funnene
slik de ble presentert over handlet om par, ikke kjønn. Det er likevel en
sammenheng. Når paret gjennom forbruk og investering opptrer som
en økonomisk enhet, er det egnet til å skape økonomisk risiko om ikke
reglene sikrer deling ved et samlivsbrudd. Opptrer man som en enhet,
er det lett å tenke at det ikke er viktig hvem som betalte for forbruket og
hvem som betalte for investeringene. Et enkelt eksempel kan belyse dette.
Om den ene bruker sin inntekt på å betale forbrukskostnader, mens den
andre bruker sin inntekt til å nedbetale boliglånet, vil de alminnelige
formuerettslige reglene tilsi at en ene parten har brukt opp sin inntekt,
mens den andre har investert sin i boligen. Uten korreksjonsregler går
den ene tomhendt ut av forholdet ved samlivsbrudd, mens den andre

preges av noe mindre økonomisk fellesskap og oftere ender i brudd enn ekteskap. Samboerne i Leve-dele²⁰¹⁶ hadde i tillegg sjeldnere og færre felles barn enn ektefellene. Når vi sammenligner ektefeller og samboere, skal vi derfor være klar over at vi sammenligner samlivsformer som brukes av befolkningen på delvis ulike måter og at denne ulikheten i bruk kan være en forklaringsfaktor for forskjellene. Se særlig Fredwall 2020, s. 142–161, med henvisninger til øvrig litteratur.

økonomisk sett har tjent på samlivet. Kjønnrollemønsteret kan da igjen føre til at den ene kjøper mat, klær og utstyr til barna, mens den andre nedbetaler boliglånet.

2.4 Har sentrale familieformuerettslige regler kjønnsmessige effekter?

2.4.1 To hovedgrupper familieformuerettslige regler med kjønnsmessige effekter

De familieformuerettslige reglene kan grupperes og vurderes på mange måter. Gitt forskjellene mellom kvinners og menns eierskap til formue mv., er det for det første interessant å vurdere hvilke regler som *beskytter individets eiendomsrett* mot konsekvensene av samlivsbrudd. Det er for det andre interessant å se nærmere på hvilke regler som korrigerer de alminnelige formuerettslige reglene og som derved *beskytter ved fellesskapsbasert atferd* underveis i samlivet. Fordelingen av formue i samfunnet tilsier at også i dag vil beskyttelse av individets eiendomsrett beskytte menn mer enn kvinner, mens beskyttelse av fellesskapsbasert atferd vil beskytte kvinner mer enn menn.

2.4.2 Regler som beskytter individets eiendomsrett mot konsekvensene av samlivsbrudd

Hva er det de familieformuerettslige reglene beskytter? Beskytter de den enkeltes formue mot konsekvensene av samlivsbrudd, eller beskytter de individenes empirisk beskrevne forventning om å dele det som er bygd opp i løpet av samlivet? Svaret er vel «begge deler».

Flere av de familieformuerettslige reglene beskytter formuen mot deling i tilfelle samlivsbrudd:

For *samboere* reguleres de familieformuerettslige spørsmålene primært av de alminnelige formuerettslige reglene. Disse reglene tar utgangspunkt i individet som eier og individet som avtalepart. Disse reglene kjenner individet som rettslig aktør og ikke paret. Man kan også se det

slik at fraværet av en samboerlov som kunne ha hjemlet gjensidig plikt til forsørgelse og deling, beskytter samboerens individuelle formuesposisjon og ikke parets forventning om deling.

For *ektefeller* er bildet noe mer sammensatt. Ekteskapsloven gir egne regler tilpasset ektepar med *felleseie* eller *særeie*. For det første gir retten til å avtale helt eller delvis særeie ektefeller mulighet til å avtale en ordning som passer bedre med egne ønsker, jf. ekteskapsloven § 42 flg. Dette innebærer også en rett til å sette ekteskapslovens delingsplikt ut av spill, og derved en rett til å beskytte egen eiendom mot deling i et mulig samlivsbrudd.

Ekteskapsloven hjemler for det andre en rett til *skjevdeling*. Ekteskapsloven § 59 første og tredje ledd gir hjemmel for å holde egne eiendeler utenfor deling også der partene har *felleseie*. Ekteskapsloven § 59 første ledd gir en *rett* til skjevdeling om ektefellen brakte midler inne ved ekteskapets inngåelse, eller ved senere mottak av midler som arv eller gave. Regelen er av flere forstått slik at den også gir rett til å skjevdele markedsskapt verdistigning underveis i ekteskapet.⁴³ Dette er en tolkning med stor økonomisk betydning i mange ekteskap. En regel begrenset til skjevdeling av det man brakte inn ved ekteskapsinngåelsen, er en helt annen regel enn en regel som også gir rett til å skjevdele den markedsmessige veksten gjennom et kanskje langt samliv. Om den andre ektefellen vil hindre ektefellen å skjevdele etter første ledd, må vedkommende gå til sak og påberope seg at man er utenfor den situasjonen første ledd regulerer, eller at skjevdeling vil gi et åpenbart urimelig resultat, jf. § 59 annet ledd. Det skal mye til å hindre skjevdeling gjennom å påberope annet ledd. Bestemmelsens tredje ledd er en skjønnsmessig hjemmel for skjevdeling som har et relativt snevert bruksområde.⁴⁴ Minst halvparten

43 Det er en viss diskusjon i teorien om enhver markedsskapt verdistigning kan skjevdeles, jf. forskjellen mellom en alminnelig prisstigning og realverdiveksten f.eks. knyttet til bolig og fritidsbolig. Se Thomas Eeg, *Deling av ektefellers formue ved separasjon og skilsmisse*, Fagbokforlaget 2006, s. 375–387, Fredwall 2020, s. 278–290 og Asbjørn Strandbakken, *Økonomisk familierett*, Fagbokforlaget 2021, 2. utg., s. 220 har tatt til orde for at en eventuell verdistigning som overstiger inflasjonen, skal likeledes, mens blant annet Lødrup og Sverdrup 2021, s. 275 synes å legge til grunn at hele nåverdien «normalt» kan føres tilbake til skjevdelingsmidlene og derved at også en markedsvest som overstiger den alminnelige prisstigningen, normalt kan skjevdeles.

44 Katrine Kjærheim Fredwall, «Å skjevdele alt? En mulighet i de særegne oppgjørene», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2019 s. 288–303, særlig på s. 302–303. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9553-2019-04-02>.

av alle ektefeller har formue som i utgangspunktet gir rett til skjevdeling etter § 59 første ledd.⁴⁵ Dette innebærer at for ektefeller som hadde midler fra før, eller som senere mottok slike midler som arv eller gave, er lovens hovedregel at midlene ikke skal deles. At delingsforventningen begrenses til den formuen som er skapt underveis i ekteskapet, er antakelig akseptabel for mange ektefeller. Konsekvensene av at også verdistigning underveis i ekteskapet med felleseie i en del tilfeller kan holdes utenfor deling, er imidlertid store i mange ekteskap. Mine empiriske funn tilsier at det skapes lite fellesformue i ekteskap der den ene har brakt mye inn i felleseiet. Skapes det lite fellesformue, blir det også lite til deling etter endt ekteskap. I ekteskap der den ene hadde brakt inn en bolig, hadde ektefellene for eksempel svært sjelden investert i bolig sammen, jf. Leve-dele2016-undersøkelsen.⁴⁶

I tillegg er det også flere andre formuesposter som normalt ikke deles når de er skapt *underveis* i ekteskapet. Den viktigste enkeltposten er her *pensjon*. Dette gjelder både rettigheter i offentlige trygdeordninger, offentlige eller private pensjonsordninger og krav etter en livrente eller livsforsikring som ikke har gjenkjøpsverdi. Disse postene deles ikke, men ektefellen kan unntaksvis bli tilkjent et beløp om vedkommende ellers blir «urimelig dårlig stilt», jf. ekteskapsloven § 61 bokstav b. For ektefeller som går fra hverandre tidlig i samlivet, vil pensjon ofte være den eneste aktiva-posten de har som ikke er i minus. Tidlig i et samliv er ofte gjeldsbelastningen høy, kostnadene og arbeidsoppgavene mange, og kanskje har gjeldsforpliktene heller blitt økt enn redusert gjennom samlivet. Heller ikke den beholdne verdien av erstatning, forsikring eller utbetalinger fra arbeidsgivere som sluttpakker mv. deles, jf. ekteskapsloven § 61 bokstav d.

Den humankapitalen som skapes gjennom utdanning, opplæring, karriere og annen utvikling gjennom arbeidslivet deles heller ikke.⁴⁷ På den

45 Fredwall 2020, s. 244–246.

46 Fredwall 2020, s. 251 flg. om betydningen av innrettelse etter eksisterende formue.

47 FNs kvinnekommité har i sine konkluderende observasjoner til Norge i 2012 og 2017 pekt på behovet for å dele pensjon og opparbeidet humankapital, jf. FNs kvinnekommité (Committee on the Elimination of Discrimination against Women). *Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women*. CEDAW/C/NOR/CO/8 nr. 38 (23.03.2012).

ene siden fremstår dette som opplagt. Humankapitalen er nøye forbundet med personen selv, er av personlig karakter og etter sin natur uoverdragelig. Men om paret har fordelt arbeidet slik at den ene har tatt hovedansvaret for barna og hatt redusert yrkesinnsats mens den andre har fått anledning til å utvikle sin humankapital uavhengig av felles omsorgsansvar, er dette en kapital som for partene i høy grad vil bestemme fremtidig lønnsinntekt. Også en forskjell i humankapital kan kompenseres gjennom ulike former for avtaler om deling, vederlag eller bidrag.

Til sist kan den høye terskelen for *lempling av avtaler* i ekteskap, jf. ekteskapsloven § 46 annet ledd og ekteskapsloven § 65, og kanskje i særdeleshet reglene om *lempling* i samboerskap etter avtaleloven § 36, nevnes som eksempler på regler som har vern om eierens formue som en sannsynlig konsekvens.⁴⁸

Det som preger disse reglene, er at de gir samboere og ektefeller *rett* til å unnlate å dele ved samlivsbrudd. Siden dette er klare rettighetsregler, er det grunn til å forvente at reglene gir et effektivt vern om individets eierposisjoner i de fleste tilfellene. Regler som verner individets formue, verner samtidig menn i større grad enn kvinner, siden menn ifølge SSB eier dobbelt så mye som kvinner.

2.4.3 Regler som beskytter fellesskapsbasert atferd

Norsk rett har også ulike lovfestede og ulovfestede regler som beskytter parets fellesskapsbaserte atferd mot konsekvenser av samlivsbruddet. Med fellesskapsbasert atferd siktes det til at ektefellene har opptrådt som en økonomisk enhet der den ene kanskje har spesialisert seg på å skape god inntekt til familien, mens den andre har kombinert en mer moderat yrkesdeltakelse med barneomsorg mv. En slik fellesskapsbasert

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2FC%2FNOR%2FCO%2F8&Lang=en og FNs kvinnekomité (Committee on the Elimination of Discrimination against Women). *Concluding observations on the ninth periodic report of Norway*. CEDAW/C/NOR/CO/9 nr. 49 (22.11.2017). https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/NOR/CO/9&Lang=En.

48 Se Rt. 2011 s. 1168 om *lempling* i samboerskap til illustrasjon.

oppgavefordeling kan være i familiefellesskapets interesse så lenge samlivet består. Vi må forvente at regler som beskytter fellesskapsbasert atferd, beskytter kvinner mer enn menn fordi kvinner oftere påtar seg ulønnede oppgaver på vegne av paret.

For ektefeller med felleseie følger det av loven at formuen skal deles likt mellom ektefellene, når ikke annet følger av reglene beskrevet i punktet over, avtale mellom ektefellene eller pålegg fra giver eller arvelater, jf. ekteskapsloven § 56. Denne likedelingsregelen er den mest vesentlige beskyttelsen av fellesskapsbasert atferd i ekteskapsloven. De empiriske funnene tilsier at den kommer til anvendelse i minst halvparten av alle skilsmisser, jf. over.

Loven har i tillegg flere skjønnsmessige korreksjonsmekanismer som kan beskytte ektefellene ved samlivsbrudd. Dette er først og fremst vederlagsreglene i ekteskapsloven § 63. Reglene i ekteskapsloven § 63 første ledd regulerer det tilfellet at en ektefelle har omdisponert egne midler fra midler som skal deles til midler som kan holdes utenfor deling. Dette kan en ektefelle oppnå blant annet ved å bruke delingsmidler til påkostning eller omfattende vedlikehold av en særreieeiendom, eller ved å investere i pensjon eller andre rettigheter som ikke kan overdras eller som er av personlig karakter slik at de gir rett til forlods uttak etter ekteskapsloven § 61. Tanken bak en slik regel er at den ene ektefellen ikke skal stå fritt til å redusere delingsmidlene uten at det følger av en avtale med ektefellen. Rettspraksis viser imidlertid at denne bestemmelsen knapt har vært brukt.⁴⁹

Ekteskapsloven § 63 annet ledd er en vederlagsbestemmelse som har vist seg mer praktisk. Regelen fungerer som en sanksjon mot hensynsløs forvaltning av delingsmidlene. Lovens vilkår er her at en ektefelle på «utilbørlig måte vesentlig har svekket delingsgrunnlag». Det antas at bestemmelsens preventive effekt er større enn dens reparative, men korreksjon etter annet ledd er ikke upraktisk. Den som krever vederlag etter § 63 annet ledd må imidlertid ofte være villig til å bringe tvisten inn for retten. Det reduserer den praktiske nytten.

49 Fredwall 2020, s. 356.

Den vederlagsbestemmelsen som har hatt størst korreksjonseffekt mellom ektefeller, er ekteskapsloven § 73, som gir en skjønnsmessig adgang til vederlag om en ektefelle i vesentlig grad har medvirket til å øke midler som er den andre ektefellens særie. Om den ene for eksempel har brukt sin arv til å pusse opp baderommet i felles bolig som er den andres særie, kan det gi grunnlag for vederlag på et senere skifte. Min undersøkelse av publiserte dommer i perioden 1993 til 2017 tilsier at ektefellen vant frem med et krav om vederlag etter § 73 i om lag 1 av 3 saker.⁵⁰ Den samme undersøkelsen viste også at vederlaget varierte fra 50 000 til 800 000, men at vederlaget i gjennomsnitt utgjorde snaut 300 000. Selv om 300 000 er mye penger i et bo der det er sparsomt med midler, er det et lite beløp å gå til tvist om med den foreliggende risiko for å bli ansvarlig for egne og andres saksomkostninger. Det reduserer regelens korreksjonseffekt.

Dernest har ekteskapsloven en prinsipielt viktig bestemmelse i § 59 annet ledd. En ektefelle kan med hjemmel i annet ledd kreve at retten tar stilling til om skjevdeling etter § 59 første ledd vil gi et åpenbart urimelig resultat. Denne bestemmelsen har imidlertid fått mindre betydning i praksis enn det både lovgiver og en toneangivende del av teorien forventet.⁵¹ I stedet for å korrigere urimelige resultater fra sak til sak har Høyesterett i betydelig grad valgt å tolke § 59 første ledd innskrenkende.⁵² Heller ikke skjevdelingsregelen i § 59 tredje ledd har korrigerende effekt i mange ekteskap. Bestemmelsen kan imidlertid være en viktig sikkerhetsventil i ekteskap som ikke er preget av det fellesskapet vi normalt forventer mellom to som er gift med hverandre.⁵³

Ekteskapsloven har videre egne regler om avtalerevisjon i §§ 46 og 65. Terskelen for revisjon er høy, men antakelig noe lavere enn terskelen etter avtaleloven § 36. De færreste ektefeller vil vinne frem ved å påberope bestemmelsen.

For *samboere* gjelder det ingen egne lovregler for korreksjon ved samlivsbrudd. Høyesterett har imidlertid utviklet en rett til vederlag dersom

50 Fredwall 2020, s. 357. Andelen for perioden var 27 prosent.

51 Tone Sverdrup, «Skjevdeling på felleseieskifte – noen uavklarte spørsmål» i Steinar Tjomsland, Viggo Hagstrøm, Kirsti Strøm Bull og Peter Lødrup (red.), *Bonus Pater Familias. Festskrift til Peder Lødrup, 70 år*, Gyldendal Akademisk 2002, s. 679 og Eeg 2006, s. 420–422.

52 Fredwall 2020, s. 259–264.

53 Fredwall 2019, s. 288–303, på s. 302–303.

en samboer har mottatt en «betydelig økonomisk fordel» samtidig som *rimelighetshensyn samlet sett krever* at det skjer en korreksjon i form av vederlag.⁵⁴ Underrettspraksis tilsier at Høyesterett her har skapt en korreksjonsmekanisme det er stort behov for. I tidsrommet fra 1992 til 2016 tok domstolene stilling til spørsmålet i 51 saker, og samboeren vant frem med vederlagskravet i 29 av disse.⁵⁵ Dette er en korreksjonseffekt som er sterkere enn for ekteskapslovens ordninger. Vederlag ble oftest tilkjent i samboerfamilier med felles barn. Dette indikerer at barn bringer fellesskapsbaserte disposisjoner og derved behov for økt beskyttelse på det økonomiske området. Vederlagsbeløpene som ble fastsatt var også i gjennomsnitt noe høyere enn mellom ektefeller.⁵⁶ Dette funnet er ikke urimelig, gitt at fraværet av delingsregler mellom samboere gir et større korreksjonsbehov.

Også avtaler mellom samboere kan settes til side når de er urimelige, men Høyesterett har vist at terskelen her er høy.⁵⁷

2.4.4 Hvilken kjønnsmessig effekt har reglene?

Vi har her sett at det er betydelige verdier både i ekteskap og samboerskap som ikke deles ved samlivsbrudd, jf. punkt 2.4.2. Dette favoriserer menn mer enn kvinner, siden menn eier mest. De skjønnsmessige korreksjonsreglene beskytter ofte kvinner mer enn menn, jf. punkt 2.4.3. Samlet tilsier analysen at de mest effektive familieformuerettsreglene gagnar menn mest, mens de skjønnsbaserte og mer ineffektive korreksjonsreglene gagnar kvinner mest.

54 Rt. 2011 s. 1168 avsnitt 29. Dommen bygger videre på Rt. 2000 s. 1089 og Rt. 1984 s. 497. Se også Tone Sverdrup, «Vederlagskrav og lemping i samboerforhold – to nye høyesterettsdommer», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2011 s. 323–337. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN0809-9553-2011-04-05>.

55 Fredwall (2020) s. 428–434.

56 Fredwall 2020, s. 428–429.

57 Rt. 2011 s. 1168.

2.5 Avsluttende vurdering

I 1894 ble den franske poeten Anatole France kjent for å ha påpekt at «Loven forbyr, i sin majestetiske likhet, både fattige og rike fra å sove under broene, tigge i gatene og stjele brød». Sitatet illustrerer at formell og reell likhet for loven ikke er det samme. Det gjelder også i familieretten. Ekteskapsloven og husstandsfellesskapsloven likebehandler kvinner og menn. Lovene inneholder i tillegg regler som er særlig innrettet for å beskytte kvinner som tradisjonelt har tatt mer enn sin del av de ulønnede omsorgsoppgavene; jf. reglene om eierskap ved indirekte bidrag, el. § 31 tredje ledd, likedelingsregelen i § 58, vederlagsreglene i §§ 63 og 73 og bidragsreglene i § 79 flg. Vi har derved en lovgivning som sikrer formell likhet, og som i tillegg har flere regler som er utformet for å gi kvinner et tilleggsvern. Basert på dette skulle man anta at lovgivningen gir kvinner et godt vern og er egnet til å sikre forpliktelsene i FNs kvinnekonvensjon artikkel 16 som verner kvinner og menns like rett til den formuen som akkumuleres underveis i ekteskapet.⁵⁸

Mye tyder likevel på at loven har vesentlige utilsiktede effekter som følge av to forhold. Den lovtekniske løsningen lovgiver valgte, har vist seg å være lite effektiv til å skape en reell likebehandling. Det siktes her særlig til at den viktige skjevdelingsregelen legger avgjørende vekt på formuesforholdene på vigselstidspunktet, samtidig som den ikke sikrer effektiv deling av verdiøkning underveis i samlivet. Dernest er korreksjonsmekanismene skjønnsmessige, de krever at partene går til rettssak og de krever utstrakt bevisføring. Det som ser pent ut på papiret, er mindre vakkert i virkeligheten.

Ekteskapslovens vektlegging av eierskap på vigselstidspunktet fører til at man må forvente at menn i større grad enn kvinner er eiere av formue ved ekteskapsinngåelsen. Menn ikke bare eier mer enn kvinner; på

58 Se særlig FNs kvinnekomité sin generelle kommentar til artikkel 16 i FNs kvinnekonvensjon, avsnitt 46 første setning: «States parties are obligated to provide, upon divorce and/or separation, for equality between the parties in the division of all property accumulated during the marriage.» Se FNs kvinnekomité (Committee on the Elimination of Discrimination against Women). *General recommendation on article 16 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Economic consequences of marriage, family relations and their dissolution)*. CEDAW/C/GC/29.(30.10.2013). https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/29&Lang=en.

vigselstidspunktet vil de i gjennomsnitt være snaut tre år eldre enn sin kommende ektefelle, de vil ha vært lengre i arbeid og i gjennomsnitt med noe høyere lønn. Som følge av utdanning og barnefødsler vil kvinner ha vært kortere i arbeidslivet før ekteskapsinngåelsen og de vil ha tjent og spart mindre. Funnene i Leve-dele 2016 tilsier at 60 prosent av mennene mot 20 prosent av kvinnene eide de midlene som ble holdt utenfor deling ved skilsmissem. ⁵⁹ Når da ekteskapsloven velger dette tidspunktet som utgangspunkt for delingsreglene, forsterkes derfor den formuesmessige skjevheten i samfunnet.

Det er like fullt atferden, ikke kjønnnet, som rammes. Det er vesentlig å peke på at lovgivningen er nøytral i den forstand at en mann som foretar «kvinnelige» valg som det å bringe minst formue inn i ekteskapet, ta lengst utdanning (!), gifte seg med en som er eldre, ta ansvar for mer av barneomsorgen og så videre vil rammes av reglene på samme måte. Det samme gjelder der to kvinner eller to menn bor sammen i ekteskap eller samboerskap.

Samlet sett viser funnene at selv om ekteskapsloven *formelt* sett verner kvinner mer enn menn, tyder funnene på at den *reelt* sett verner menn mer enn kvinner. Det er grunn til å anta at fraværet av en samboerlovgivning som følge av de samme samfunnsmessige forholdene også gagnar menn mer enn kvinner.

Litteratur

Brækhus, Hege. «Ekteskapsrettens grunnlag». *Lov og rett* (1997) s. 63–77. DOI:

<https://dx.doi.org/10.18261/ISSN1504-3061-1997-01-06>.

DNB. «Hun investerer» (u.å.). <https://www.dnb.no/privat/huninvesterer.html> hentet 10.11.2019.

Eeg, Thomas. *Deling av ektefellers formue ved separasjon og skilsmisse*. Fagbokforlaget, 2006.

Fredwall, Katrine Kjørheim. *Familierettens korreksjonsmekanismer. Sider ved reglene om indirekte erverv av eiendomsrett, deling og vederlag i ekteskap og samboerskap*. Gyldendal, 2020.

Lødrup, Peter og Tone Sverdrup. *Familieretten*. 9. utgave. Eget forlag, 2021.

⁵⁹ Fredwall 2020, vedlegg 2, tabellrapport Q 23 og 25 sammenholdt med Q 54, som tilsier at menn i langt større grad enn kvinner er eiere av de midlene som holdes utenfor deling.

- Statistisk sentralbyrå. «Ekteskap og skilsmisser» (u.å.). <https://www.ssb.no/ekteskap> hentet 07.09.2021.
- Statistisk sentralbyrå. «Fødte» (u.å.). <https://www.ssb.no/befolkning/statistikker/fodte> hentet 07.09.2021.
- Statistisk sentralbyrå. «Inntekts- og formuesstatistikk for husholdninger» (u.å.). <https://www.ssb.no/inntekt-og-forbruk/statistikker/ifhus> hentet 02.11.2019.
- Statistisk sentralbyrå ved Jon Epland og Mads Ivar Kirkeberg. «Går økonomiske levekår i arv?» (21.06.2010). <https://www.ssb.no/inntekt-og-forbruk/artikler-og-publikasjoner/gaar-okonomiske-levekaar-i-arv> hentet 02.05.2020.
- Statistisk sentralbyrå ved Nina Gunnes. «Lønnsforskjellene mellom kvinner og menn minker» (05.03.2019). <https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/artikler-og-publikasjoner/lonnsforskjellene-mellom-kvinner-og-menn-fortsetter> hentet 02.05.2020.
- Statistisk sentralbyrå ved Ole Sandvik. «Far jobber mindre – mor jobber mer» (29.10.2018). <https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/artikler-og-publikasjoner/far-jobber-mindre-mor-jobber-mer> hentet 02.05.2020.
- Statistisk sentralbyrå ved Rolf Aaberge og Magnus E. Stubhaug. «Formuesulikheten øker» (14.09.2018).
- Strandbakken, Asbjørn. *Økonomisk familierett*. Fagbokforlaget, 2021.
- Sverdrup, Tone. «Skjevdeling på felleseieskifte – noen uavklarte spørsmål». I *Bonus Pater Familias. Festskrift til Peder Lødrup, 70 år*. Steinar Tjomsland, Viggo Hagstrøm, Kirsti Strøm Bull og Peter Lødrup red., Gyldendal Akademisk, 2002.
- Sverdrup, Tone. «Vederlagskrav og lemping i samboerforhold – to nye høyesterettsdommer». *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål* (2011) s. 323–337. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN0809-9553-2011-04-05>.
- Wærstad, Tone Linn. *Protecting Muslim Minority Women's Human Rights at Divorce. Application of the Protection against Discrimination Guarantee in Norwegian Domestic Law, Private International Law and Human Rights Law*. Nomos, 2017.

Transnasjonal familierett sett i et kvinneperspektiv

Tone Linn Wærstad

3.1 Innledning

I likhet med Fredwalls kapittel i denne boken¹ skal vi også her se nærmere på familieretten i et kjønnsperspektiv. Nå skal vi gå fra å se på familieretten i en formuerettslig og norsk kontekst til å se på familierettslige spørsmål som reiser seg for å sikre grunnleggende rettigheter for kvinner i transnasjonale kontekster og for kvinner med minoritetsbakgrunn som av ulike grunner kan være sårbare for rettighetsbrudd. I kapittelet skal vi se nærmere på spørsmål i slike transnasjonale kontekster knyttet til en familiesituasjon, og der familieretten ofte møter andre rettsområder slik som utlendingsrett, strafferett og kontraktsrett.

Familieretten søker å ivareta sårbare personer, og menneskerettighetene kan stille krav til norsk lovgivning om nettopp dette. Men for å få det til, trengs det kunnskap om virkeligheten for de som har rettigheter etter norsk lov. Ulike grupper vil typisk møte ulike utfordringer med hensyn til å oppnå rettigheter, og som Fredwall har pekt på, kan ofte slike ulikheter være knyttet til kjønn. I dette kapittelet skal vi se nærmere på spørsmål som involverer nasjonal rett og menneskerettigheter, men som

1 Katrine Fredwall, «Familieformueretten i et kjønnsperspektiv», kapittel 2 i denne boken.

også berører andre rettskilder: dels der andre lands rett er involvert, altså transnasjonale situasjoner, og dels der uformelle normer reiser nye rettslige spørsmål.

For å illustrere har jeg valgt å fokusere på problemstillinger som jeg tidligere har arbeidet med og/eller forsket på, der en fellesnevner er hvordan det norske rettssystemet behandler personlige rettsforhold. Jeg skal særlig se på spørsmål knyttet til rettsvirkninger av foreldreansvar og av ekteskap. Illustrasjonene er ment for å vise at dette er problemstillinger som ikke er abstrakte eller teoretiske: De handler om spørsmål som er viktige for mennesker og som vi som jurister typisk vil møte i vårt virke.

I norsk rett ble den siste lovbestemmelsen som *direkte* diskriminerte kvinner avvirket i 1990, da tronerekkefølgen ikke lenger ble arvet av eldste sønn av regjerende konge eller dronning, men eldste barn.² Kjønnsskrammeringsvernet har gjennom de siste tiårene fått økt oppmerksomhet i det norske samfunnet, og har resultert i positive lovbestemmelser på alle samfunnets områder.³ Det gjelder et utstrakt vern mot direkte diskriminering, indirekte diskriminering så vel som strukturell diskriminering.⁴

At utenlandsk rett kan få diskriminerende virkninger for kvinner som bor i Norge, eller at norsk rett ved bruk av utenlandske rettsnormer kan føre til diskriminering av kvinner med en tilknytning til Norge, er på den annen side et felt som ikke har fått tilsvarende eller tilstrekkelig oppmerksomhet.⁵

2 Endringen skjedde ved grunnlovsvedtak 29. mai 1990 kunngjort ved res. 13. juli 1990 nr. 550.

3 Se Vibeke Blaker Strand, *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse: Hvor langt rekker individvernet?*, Gyldendal Juridisk 2012, s. 32 flg. for en gjennomgang av utviklingen av diskrimineringsvernet blant annet i norsk rett.

4 Se i denne boken særlig innledningskapittelet, samt Kirsten Sandberg og Vibeke Blaker Strand, «Forbud mot usaklig forskjellsbehandling i forvaltningen – et rettslig cluster» (kapittel 4). Se også nærmere i Anne Hellum og Vibeke Blaker Strand, *Likestillings- og diskrimineringsrett*, Gyldendal 2022.

5 Se om dette i Tone Linn Wærstad, *Protecting Muslim Minority Women's Human Rights at Divorce: Application of the Protection against Discrimination Guarantee in Norwegian Domestic Law, Private International Law and Human Rights Law*, Nomos 2017; Tone Linn Wærstad, «Harmonising Human Rights Law and Private International Law through the Ordre Public Reservation: The Example of the Norwegian Regulation of the Recognition of Foreign Divorces», *Oslo Law Review*, 2016 s. 51–71. DOI: <https://doi.org/10.5617/oslaw3947>; Tone Linn Wærstad, «Reguleringen av polygame ekteskap i norsk rett», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevern-rettslige spørsmål*, 2018 s. 194–215. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9553-2018-02-03-07>.

Videre reiser det seg egne spørsmål i en kontekst der man forsøker å løse problemer som typisk retter seg mot minoritetsmiljøer og rettigheter for mennesker med minoritetsbakgrunn. Det kan være utfordrende å forstå hva praksiser som er begrunnet i kultur eller tradisjon egentlig består i, og hvordan man best kan løse disse problemene. Et eksempel på dette, som vi skal se nærmere på nedenfor, er reguleringen av tvangsekteskap i norsk rett.

Andre problemer som typisk oppstår som følge av målrettet lovgivning mot praksiser som assosieres med minoritetsgrupper, er at det har en tendens til å bidra til stigmatisering og rasisme mot disse gruppene generelt og således får negative konsekvenser som også kan være problematiske i et rettighets- og diskrimineringsperspektiv.⁶

FNs kvinnediskrimineringskonvensjon (kvinnekonvensjonen)⁷ artikkel 16 viser seg som relevant og treffsikker for å skape bevissthet rundt og å finne frem til riktige løsninger for en rekke rettighetsbrudd som typisk vil ramme kvinner i familielivet. Samtidig mangler man internrettslig regulering som fyller en tilsvarende rolle. Bestemmelsen lyder slik:

1. Konvensjonspartene skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å avskaffe diskriminering av kvinner i alle saker som gjelder ekteskap og familieforhold og skal, med likestilling mellom menn og kvinner som utgangspunkt, især sikre
 - a) den samme retten til å inngå ekteskap,
 - b) den samme retten til fritt å velge ektefelle og å inngå ekteskap bare når det skjer på fritt grunnlag og med fullt samtykke,

6 Se et slikt eksempel fra Canada om et initiativ fra en muslimsk organisasjon om å få behandle tvister om skilsmisse mellom muslimske ektefeller under den ontariske voldgiftsloven, se Arbitration Act, 1991, S.O. 1991, c. 17. <https://www.ontario.ca/laws/statute/91a17>. Initiativet og prosessen som fulgte førte til store misforståelser om muslimsk rett og grov sjikanering av muslimer som gruppe. Se Tone Linn Wærstad, «Hvordan bør voldgift basert på religiøs rett behandles i norsk rett? Lærdommer fra Canada sett i lys av diskrimineringsvernet», i Anne Hellum og Julia Köhler-Olsen (red.), *Like rettigheter – ulike liv: Rettslig kompleksitet i kvinne- barne- og innvandrerperspektiv*, Gyldendal Juridisk 2014, s. 321–357.

7 FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner, 18. desember 1979. Ratifisert av Norge 21. mai 1981.

- c) de samme rettigheter og det samme ansvar i ekteskapet og ved ekteskapsoppløsning,
 - d) de samme rettigheter og det samme ansvar som foreldre i spørsmål som gjelder barna, uavhengig av sivilstand; hensynet til barna skal i alle tilfeller komme i første rekke,
 - e) de samme rettigheter til på fritt grunnlag å treffe en ansvarlig beslutning om antall barn og avstand mellom barnefødsler, og å ha tilgang til opplysning, opplæring og midler som setter dem i stand til å utøve disse rettighetene,
 - f) de samme rettigheter og det samme ansvar i forbindelse med vergemål, formynderskap, omsorg for og adopsjon av barn, eller liknende institutter når disse begreper finnes i intern lovgivning; hensynet til barna skal i alle tilfeller komme i første rekke,
 - g) de samme personlige rettigheter som ektefeller, herunder retten til å velge familienavn, yrke og stilling,
 - h) de samme rettigheter for begge ektefeller hva angår å inneha, erverve, styre, forvalte, nyte godt av og råde over eiendom, enten det er vederlagsfritt eller mot betaling.
2. Barns forlovelse og ekteskapsinngåelse skal ikke ha noen rettsvirkning, og alle nødvendige tiltak, også i lovs form, skal treffes med sikte på å fastsette en minstealder for inngåelse av ekteskap og for å gjøre registrering av ekteskap i et offisielt register obligatorisk.

Bestemmelsen har betydning for tematikken som tas opp i dette kapitlet, både når det gjelder de spesielle temaene som gjennomgås i punkt 3.2 (Grensekryssende forhold der utenlandsk rett får betydning) og 3.3 (Uformelle normer i møte med formell rett), samt for de mer overordnede poengene som behandles i punkt 3.4.

3.2 Grensekryssende forhold der utenlandsk rett får betydning

3.2.1 Innledning

Med økt migrasjon og spesielt migrasjon knyttet til familierelasjoner kan også familieretten som regulerer disse relasjonene i ett land få

betydning i et annet land. Klassiske eksempler er at foreldreansvar og ekteskap kan danne grunnlag for familieinnvandring der et familie-medlem / en ektefelle har innvandret til et nytt land og det senere søkes om familieinnvandring på bakgrunn av relasjonen mellom denne og de andre familiemedlemmene. Da må myndighetene i innvandringslandet bestemme hvorvidt relasjonen vil danne grunnlag for innvandring.

Regler som knytter seg til ulike lands rettssystemer kalles internasjonal privatrett. En vanlig definisjon av denne retten er at den regulerer rettsforhold med tilknytning til flere lands rettssystemer. Dette inkluderer anerkjennelse av utenlandske rettsakter, typisk av ekteskap og andre familierelasjoner. Hovedregelen er at personlig status, slik som om man er gift eller ikke eller hva man heter og så videre skal anerkjennes ettersom det er så nært knyttet til personen det gjelder at det fortjener rettslig anerkjennelse over grensene. Et viktig begrep i så måte er regelen om «ordre public», som sier at utenlandsk rett likevel ikke gjelder dersom resultatet av å anerkjenne den personlige statusen, vil stride mot grunnleggende rettsprinsipper i norsk rett. Ordre public-regelen er en sikkerhetsventil som gjelder ulovfestet, men som også er lovfestet på noen områder.⁸ Et typisk eksempel er at et ekteskap inngått mellom barn kan anses å stride mot ordre public i Norge, og derfor ikke anerkjennes som et gyldig ekteskap i norsk rett.⁹ Menneskerettighetene vil typisk danne grunnlag for hva som skal anses å være i strid med ordre public i norsk rett, og derfor er menneskerettighetene og internasjonal privatrett tett knyttet sammen. Noen ganger kan det imidlertid være vanskelig å få øye på menneskerettighetsdimensjonen i vurderingen av anerkjennelse av utenlandsk rett, og det er det vi skal se nærmere på i dette avsnittet.

8 Se nærmere om begrepet og reguleringen av det i Helge J. Thue, *Internasjonal privatrett. Personrett, familierett og arverett. Almennlige prinsipper og de enkelte reguleringer*, Gyldendal Akademisk 2002, s. 167 og Jørg Cordes mfl., *Hovedlinjer i internasjonal privatrett*, 2. utgave, Cappelen Akademisk 2010, s. 165.

9 Se nærmere om dette i Tone Linn Wærstad, «Den norske reguleringen av anerkjennelse av barneekteskap inngått i utlandet: Menneskerettslige og retstekniske vurderinger», *Retfærd. Nordisk Juridisk Tidsskrift*, 2018 s. 49–61.

3.2.2 Familieinnvandring og kravet til foreldreansvar i utlendingsloven § 42

Det første eksempelet gjelder en sak om rett til familieinnvandring for et barn med en forelder som har oppholdstillatelse i Norge.¹⁰ Utlendingsloven¹¹ § 42 annet ledd gir en søker som er barn under 18 år i utgangspunktet rett til oppholdstillatelse når en av foreldrene har oppholdstillatelse i Norge. Bestemmelsen lyder:

En søker som er barn under 18 år uten ektefelle eller samboer, har rett til oppholdstillatelse når én av foreldrene har oppholdstillatelse som nevnt i § 40 første ledd, med mindre hensynet til barnets beste taler mot det. Det er et vilkår at referansepersonen har foreldreansvaret, alene eller felles med den andre av foreldrene.

Det er altså et vilkår for å få en slik tillatelse at referansepersonen har foreldreansvaret for søkeren, alene eller felles med den andre av foreldrene.

Det springende punkt i saken var hvorvidt moren, som bodde i Norge, oppfylte kravet om foreldreansvar for datteren som befant seg hos hennes slektninger i Somalia, slik at datteren kunne innvilges familie-gjenforening. Faren til barnet var død. Utlendingsnemda (UNE) avslo tillatelse for datteren etter utlendl. § 42 med det grunnlag at moren ikke hadde foreldreansvar ettersom kvinner per se ikke kunne få formelt foreldreansvar etter somalisk rett. UNE anla altså utenlandsk rett som direkte diskriminerer kvinner på den måten at kvinner ikke kan få formelt foreldreskap til sine barn, som grunnlag for at kravet i utlendl. § 42 om at man må ha foreldreansvar, ikke var oppfylt.

Det er naturlig å tenke kravet som et fornuftig krav der for eksempel en forelder har blitt fratatt foreldreansvaret fordi man ikke er egnet til å være forelder. Denne saken var derimot noe helt annet, nemlig om norske myndigheter skulle anvende utenlandsk rett som var direkte diskriminerende mot kvinner i sin avgjørelse og som ville få betydning for utfallet i den norske saken til kvinnens (og datterens) ulempe. Saken er således et

¹⁰ TOSLO-2015-155331 (Oslo tingrett).

¹¹ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven eller utlendl.).

eksempel på at utenlandsk rett gjennom saksbehandling potensielt kan få betydning for kvinner som har en tilknytning til Norge og mennesker som blir berørt av norske myndigheters vedtak. Videre at det er behov for bevissthet når man tar i bruk utenlandsk rett rundt denne rettens mulige diskriminerende virkninger for dem som er berørt. Spørsmålet var altså hvordan man skulle forholde seg til en slik diskriminerende rett som ville få direkte betydning for utfallet i saken.

Begrunnelsen for dette i vedtaket av 9.7.2014 ble gjengitt i dommen (på side 6):

UNE viser til at det ikke er dokumentert eller sannsynliggjort at herboende forelder har del i foreldreansvaret. Det vises til, som nevnt i UNEs vedtak av 14.6.2012, at referansepersonen ikke opplyste om klageren eller hennes far da hun ble bedt om å opplyse om tidligere ektefelle og øvrige barn da hun i 2008 søkte om familieinnvandring med sin nåværende ektefelle. Det vises videre til at klageren i intervjuet ved ambassaden 30.9.2010 i forbindelse med sak 001, opplyste at hun ikke hadde bodd sammen med referansepersonen før hun reiste til Norge. Videre hadde klageren opplyst at hun bodde sammen med sin far frem til han døde.

Det fremgår av Landinfos temanotat Somalia: Ekteskap og skilsmisse av 23.04.2014 at: «Dersom en av foreldrene dør, overtar den gjenlevende forelderen foreldreansvaret og -myndigheten, men dersom far dør, vil hans familie få foreldreansvar og -myndighet.» Etter somalisk tradisjon er det imidlertid ikke mor som vil ha foreldreansvaret, det vil da normalt være hennes mannlige slektninger ...

Retten kom til at vedtaket var ugyldig og måtte omgjøres. Begrunnelsen var at «når spørsmålet om foreldreansvar skal fastlegges etter utlendl. § 42 annet ledd kan ikke utlendingsmyndighetene ubetinget legge til grunn en somalisk tradisjon hvor mannlige slektninger av far (eventuelt mor) alltid overtar foreldreansvaret ved fars død». Retten fant at en slik forståelse av utlendl. § 42 annet ledd var i strid med kvinnekonvensjonen og «ordre public»-forbeholdet. UNEs vedtak og beslutninger ble på dette grunnlag ansett å bygge på feil rettsanvendelse.

Dommen illustrerer flere av de overordnede poengene jeg ønsker å rette oppmerksomhet mot.

Gjennom en tradisjonell vurdering av nasjonal rett, der dommeren undersøkte forarbeidene til utlendl. § 42 og også trakk inn en tolkningsuttalelse fra Lovavdelingen og juridisk litteratur, kom dommeren frem til at det å anvende hjemlandets rett vil være utgangspunkt for vurderingen, men at dette må modifiseres der resultatet av en slik vurdering vil stride mot norsk rettsfølelse (det som omtales som «ordre public») og utlendl. § 3 som sier at «loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling». Av interesse er hvordan internasjonal rett anses å utgjøre en sentral skranke for hvordan normen om norsk rettsfølelse (ordre public) skal forstås. Retten oppsummerer det rettslige utgangspunktet slik (dommen, s. 8, utheving i original):

Oppsummert legger retten til grunn at ved vurderingen etter utlendingsloven § 42 annet ledd av hvem som har foreldreansvaret skal en ved fastleggelsen av foreldreansvaret som et *utgangspunkt* anvende hjemlandets rett. Dette utgangspunktet må modifiseres for de tilfeller hvor en ved å anvende hjemlandets rett vil få et resultat som er i sterk strid med norsk rettsfølelse (ordre public-forbeholdet), og hvor en slik tolkning vil være i strid med internasjonale regler som Norge er bundet av og som har til formål å styrke individets stilling, jf. utlendingsloven § 3.

Det som er spesielt verdt å merke seg med vurderingen som gjøres etter dette utgangspunktet, er hvordan internasjonal rett trekkes inn i vurderingen av ordre public-forbeholdet, og mer spesifikt at det er kvinnekonsensjonen – som er inkorporert gjennom menneskerettighetsloven – som trekkes frem som relevant å vurdere ordre public-forbeholdet opp imot.¹² Saken er altså et eksempel på at kvinnediskrimineringsforbudet i internasjonal rett som Norge er bundet av, får betydning når innholdet i ordre public-forbeholdet skal fastlegges. Den bestemmelsen i kvinnekonsensjonen som ble drøftet i saken var artikkel 16 om kvinners rett til ikke å bli diskriminert i familielivet. Staten anførte at kvinnekonsensjonen ikke

12 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven eller mrl.).

var klar nok til at domstolen kunne utlede en forpliktelse for staten, men dette var ikke tingretten enig i:

Etter rettens vurdering har domstolen – og utlendingsmyndighetene – både rett og *plikt* til å sørge for at tolkning og anvendelse av Norges lover ikke kommer i strid med kvinnekonvensjonen. Retten viser til at kvinnekonvensjonen er inkorporert via menneskerettsloven i norsk rett, og den gjelder derfor som norsk lov i Norge. Retten, og forvaltningen, må derfor i konkrete tilfeller anvende konvensjonen der hvor det kan være aktuelt. Retten viser her særlig til uttalelsen i forarbeidene om at inkorporasjonen sikrer at likestilling og forbudet mot diskriminering av kvinner vil være et *sentralt hensyn* i lovgivningsarbeid og *forvaltning*, også i fremtiden.

Retten legger til: «Videre mener retten at artikkel 16 ikke er en så ‘vag’ og uklar konvensjonsforpliktelse at den ikke kan anvendes av domstolen. Retten må da på selvstendig grunnlag vurdere om UNE ved sin vurdering av As sak har tolket og anvendt utlendingsloven § 42 på en slik måte at det er i strid med kvinnekonvensjonen artikkel 1. jf. artikkel 16.»

Den del av kvinnekonvensjonen artikkel 16 som ble ansett å være spesielt relevant for saken er første ledd bokstav d og f og lyder:

Konvensjonspartene skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å avskaffe diskriminering av kvinner i alle saker som gjelder ekteskap og familieforhold og skal, med likestilling mellom menn og kvinner som utgangspunkt, især sikre [...]

- d) de samme rettigheter og det samme ansvar som foreldre i spørsmål som gjelder barna, uavhengig av sivilstand; hensynet til barna skal i alle tilfeller komme i første rekke, [...]
- f) de samme rettigheter og det samme ansvar i forbindelse med vergemål, formynderskap, omsorg for og adopsjon av barn, eller liknende institutter når disse begreper finnes i intern lovgivning; hensynet til barna skal i alle tilfeller komme i første rekke

Dommen er på dette punktet interessant fordi den så tydelig viser hvilken relevans kvinnekonvensjonen kan ha i enkeltsaker, som domstolene og alle andre myndighetsaktører i tråd med konvensjonens stilling i norsk rett har forpliktelser til å ta inn i rettsanvendelsen. Mitt inntrykk er at mangelen på bruk av kvinnekonvensjonen som kilde mer skyldes manglende

kunnskap og bevissthet om konvensjonen enn mangler ved selve konvensjonen slik som vaghet og uklar stilling, som var anført av staten i denne saken. Konvensjonen ligger på mange måter fiks ferdig til å brukes, men det fordrer at rettssamfunnet faktisk tar den i bruk. Dette gjør dommen til et friskt pust, og den viser vei for rettslige aktører for hvilken relevans og avgjørende betydning kvinnekonsensjonen kan, bør og skal ha i enkeltsaker. Et av formålene med denne boken er nettopp å vise hvilken betydning diskrimineringsvernet har i norsk rett, og her er dommen en fin illustrasjon.

Videre er det at retten så klart knytter menneskerettsbestemmelser inn i tolkningen av ordre public-reservasjonen et godt eksempel på menneskerettighetenes relevans i internasjonal privatrett, som er en fagdisiplin der det er behov for ytterligere faglig oppmerksomhet om menneskerettighetene.¹³ Høyesterett har riktignok gjort det klart at sentrale menneskerettighetsbestemmelser skal gjelde når spørsmål om anerkjennelse av utenlandsk rett kommer opp.¹⁴ Likevel er det et stykke frem til å faktisk å få øye på menneskerettigheters relevans i den enkelte sak og bruke dem som en målestokk for ordre public-forbeholdet i den enkelte sak. En slik sammenheng fastslås og brukes i denne saken, og det er verdt å legge merke til.

Om kvinnekonsensjonen artikkel 16 anvendt på denne saken uttaler retten:

Etter rettens vurdering er det i strid med kvinnekonsensjonen å ubetinget legge til grunn en somalisk tradisjon hvor fars slektninger (eventuelt mors mannlige slektninger) alltid overtar foreldreansvaret ved fars død når man etter utlendingsloven § 42 annet ledd skal avgjøre hvem som har foreldreansvaret eller del i foreldreansvaret. En slik anvendelse av utlendingsloven § 42 annet ledd innebærer etter rettens syn en klar diskriminering av kvinner i strid med kvinnekonsensjonen artikkel 16, fordi det da blir kjønnen til personen som er død som avgjør hvem som får oppholdstillatelse for familieinnvandring, og det innebærer at kvinner ikke vil ha de samme rettigheter og det samme ansvar som menn i spørsmål som gjelder barn.

13 Se nærmere om slik kritikk i Wærstad 2016 og Tone Linn Wærstad, «Human Rights and Private International Law in the Family Law Area», *Oslo Law Review*, vol. 7, 2020 s. 4–5.

14 Rt. 2009 s. 1537 (Bokhandlerdommen).

Om den konkrete betydningen dette får for ordre public-forbeholdet sies det videre:

Etter rettens syn gir det et resultat som er i sterk strid med norsk rettsfølelse når UNE anvender en somalisk tradisjon hvor mor aldri vil få foreldreansvaret for å fastlegge om mor har *foreldreansvar* etter utlendingsloven § 42 annet ledd. Slik retten ser det er likestilling mellom kjønnene en grunnleggende del av det norske samfunnet, herunder det norske rettssystemet. Retten viser for eksempel til at Norge har hatt en likestillingslov siden 1978, likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet er inntatt i Grunnloven og kvinnekonvensjonen er inntatt i menneskerettsloven og inkorporert som norsk lov. Å anvende en somalisk tradisjon hvor foreldreansvar utelukkende er basert på grunnlag av kjønn, er etter retten syn i sterk strid med denne norske rettsfølelsen. [...] Problemet med UNEs vurdering er at UNE ikke har *vurdert* om barnet (altså A) faktisk har bodd hos fars familie etter farens død, og om B har hatt noen del i omsorgen etter farens død, fordi UNE basert på en formalistisk begrunnelse har lagt til grunn at B uansett ikke har foreldreansvaret etter somalisk «rett». En slik rettsanvendelse er som nevnt etter rettens syn i strid med «ordre-public»-forbeholdet, særlig når en slik rettsanvendelse også er i strid med kvinnekonvensjonen.

Her knyttes altså diskrimineringsforbudet slik det kommer frem i kvinnekonvensjonen på en forbilledlig måte til ordre public-forbeholdet. Er det i strid med diskrimineringsvernet vil det også være i strid med den alminnelige rettsfølelsen i Norge.

Det er også noen andre poeng å trekke ut av dommen. Som jeg viste til tidligere, illustrerer dommen et behov for bevisstgjøring og rettslig analyse av hvordan utenlandsk diskriminerende rett kan få betydning for mennesker som har tilknytning til Norge, og der norske myndigheters behandling av den utenlandske retten får direkte betydning for disse menneskenes rettigheter. Dommen illustrerer godt at norske myndigheter ikke passivt kan anerkjenne og bruke utenlandsk rett slik det ble gjort i saken. Hvorvidt slik anerkjennelse av utenlandsk rett bryter diskrimineringsvernet som gjelder i norsk rett, må det tas aktivt stilling til. Dersom man kommer til at diskrimineringsvernet er brutt, må dette

få betydning for saksbehandlingen videre, slik at norsk myndighetsutøvelse er innenfor diskrimineringsvernet slik det er pålagt blant annet gjennom kvinnekonvensjonen som er inntatt i menneskerettsloven.

Videre kan saken peke mot at det er verdt å legge mer merke til usynlighet for sårbare personer i det norske rettssystemet. Som de neste eksemplene også viser, vil det på grunn av økt migrasjon og spesielt på familieinnvandringsfeltet typisk være personer som er sårbare for utnyttelse og brudd på sentrale rettigheter. Dette kan være i kombinasjon med at disse typisk vil ha store utfordringer med å kreve sin rett i det norske rettssystemet, det være seg på grunn av språkproblemer, at de befinner seg i utlandet, har dårlig økonomi, eller på grunn av vanskelige forhold som at de er på flukt fra krig mv. I denne saken har vi å gjøre med ei jente som bor i Somalia hos mors slektninger langt fra Norge. Moren måtte gjennom en langvarig prosess før saken kom opp i det norske rettssystemet. Menneskene det er snakk om og deres helt sentrale rettigheter kan fort bli usynlige i saksbehandlingen som tilsynelatende bare omhandler et formelt krav om at man må ha foreldreansvar for å kunne få familiegjenforening med barn. I tingrettens behandling ble sentrale menneskerettigheter trukket inn i saken, og dette var avgjørende for å få øye på hva saken egentlig handlet om. At norske myndigheter er blinde for at rettigheter som er helt avgjørende for dem det gjelder kan bli brutt som følge av deres saksbehandling, viser at det er behov for en større bevissthet for menneskerettighetenes formelle status og betydning for rettsanvendelsen av nasjonale lover og regler. Dommen illustrerer dette på en fin måte.

3.3 Uformelle normer i møte med formell rett

3.3.1 Innledning

Det er en sterk tradisjon for å anse samliv mellom mennesker som et samfunnsanliggende og dermed også gjøre det til gjenstand for regulering. Normene som styrer samliv kan være både av formell og uformell karakter. Selv om uformelle normer ikke har status som gjeldende rett gjennom lov eller sedvane kan de ofte være av fast karakter og få stor praktisk betydning for menneskene som blir berørt av

dem.¹⁵ Det kan oppstå samspill og spenninger mellom norsk rett og normer som gjelder uformelt i ulike grupper og miljøer i samfunnet, såkalt rettslig pluralisme.¹⁶

Eksempler på uformelle normer som regulerer samliv kan være regler som gjelder for inngåelse og avslutning av ekteskap som ikke følger det formelle systemet som følger av ekteskapsloven.¹⁷ Det er dette vi skal se nærmere på under dette punktet. Her rettes fokus mot at det ble avdekket en rekke saker der unge mennesker hadde blitt tvunget inn i uformelle samliv som av dem selv og dem rundt dem ble oppfattet som et ekteskap, og en etterfølgende kritikk av at disse sakene ikke ble fanget opp av straffelovens forbud mot tvangsekteskap. Forskning som undersøkte lovgivers intensjoner bak reguleringen av tvangsekteskap, rettens system og det rettslige diskrimineringsvernet viste et behov for særskilt regulering av også uformelle tvangsekteskap i norsk strafferett.¹⁸ Synspunktene ble fanget opp av regjeringen, som gikk i gang med et lovarbeid for å regulere tvang til å inngå uformelle ekteskapslignende forhold og førte til en lovendring i 2020 av straffeloven § 253 første ledd bokstav b som retter seg særskilt mot tvang til å inngå ekteskapslignende forhold. Bestemmelsen lyder:

Med fengsel inntil 6 år straffes den som ved vold, frihetsberøvelse, annen straffbar eller urettmessig atferd eller utilbørlig press tvinger noen [...]

b) inn i en ekteskapslignende forbindelse. I vurderingen av om det foreligger en ekteskapslignende forbindelse skal det legges vekt på om forbindelsen er varig, oppleves som bindende og etablerer rettigheter og plikter mellom partene av rettslig, religiøs, sosial eller kulturell karakter.

15 Se f.eks. flere bidrag i Hellum og Köhler-Olsen (red.) 2014 og flere bidrag i Anne Hellum, *Human rights, plural legalities and gendered realities: Paths are made by walking*, Weaver Press 2007.

16 John Griffiths, «What is Legal Pluralism?», *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 4, 1986 s. 1–55. DOI: <https://doi.org/10.1080/07329113.1986.10756387>.

17 Lov om ekteskap 4. juli 1991 nr. 47 (ekteskapsloven eller el.).

18 Se Anja Bredal og Tone Linn Wærstad. *Gift, men ugift: Om utenomrettslige religiøse vigslar*. Institutt for samfunnsforskning rapport 2014:06. Oslo: 2014. <http://hdl.handle.net/11250/2599700>, og Tone Linn Wærstad, «Mot en mer enhetlig regulering av tvangsekteskap i norsk rett?», i Reidun Førde mfl. (red.), *Cand. mag., cand. med., cand. jur., cand. alt: Festskrift til Aslak Syse 70 år*, Gyldendal Juridisk 2016, s. 523–537.

Det vi skal se nærmere på her er prosessen som ledet frem til lovendringen og nettopp hvordan det i den tidlige reguleringen av tvangsekteskap i liten grad kom til syne at uformelle normer kunne benyttes for å tvinge noen inn i ekteskapslignende forhold. Dette var fordi lovgiver nok hadde sett for seg at tvangsekteskap inngås formelt. Jeg skal kort oppsummere den rettslige argumentasjonen som ble fremført som kritikk av den tidligere reguleringen av tvangsekteskap i norsk rett, med henblikk på dette kapitlets tematikk, nemlig behovet for å anlegge et kvinne- og minoritetsperspektiv i rettsanvendelsen.

3.3.2 Regulering av uformelle tvangsekteskap

Første gang det ble tatt ut tiltale for tvangsekteskap, var i 2005. Ei jente på 16 år ble tvunget til å gifte seg med sin fetter på 20 år. Det var en religiøs seremoni i Irak med en imam til stede, det ble holdt fest og gitt brudegave, alle tegn på at ekteskap var kommet i stand, men ekteskapet var ikke registrert hos offentlige myndigheter i Irak. Både i tingrett og lagmannsrett ble de to tiltalte (far og bror) dømt for overtredelse av tvangsekteskapsforbudet i dagjeldende straffelov.¹⁹ Men i Høyesterett ble ikke ekteskapet, på grunn av dets uformelle karakter, ansett for å være et tvangsekteskap i lovens forstand.²⁰ Her kom altså for første gang problemstillingen med at tvangsekteskapsforbudet – slik det var regulert i straffeloven – kun rettet seg mot formelt inngåtte ekteskap, opp. At tvangsekteskapsbestemmelsen ble ansett som overtrådt i tingrett og lagmannsrett, illustrerte altså at det inntil da hadde manglet fokus på at «tvangsekteskap» rettslig sett var knyttet til en formell ekteskapsstatus. Høyesterett sier i avsnitt 22 at:

Selv om et par i Irak religiøst, kulturelt og sosialt i stor utstrekning blir betraktet som gift uten at det foreligger slik registrering, må det etter dette legges til grunn at det rettslig sett ikke er inngått noe ekteskap mellom fornærmede og E,

19 Almindelig borgerlig straffelov 22. mai 1902 nr. 10 § 222 annet ledd (strl. 1902) som lød: «For tvangsekteskap straffes den som ved vold, frihetsberøvelse, utilbørlig press eller annen rettsstridig atferd eller ved å true med slik atferd tvinger noen til å inngå ekteskap. Straffen for tvangsekteskap er fengsel inntil 6 år. Medvirkning straffes på samme måte.» Innholdet i bestemmelsen ble videreført i gjeldende straffelov, lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven eller strl.) § 253.

20 Rt. 2006 s. 140.

så lenge det ikke er blitt registrert av en domstol. Som følge av dette kan A (far) og B (bror) ikke dømmes for fullbyrdet overtredelse av § 222 andre ledd, men bare for overtredelse av første ledd eller forsøk på overtredelse av andre ledd.

Tvangsekteskapsreguleringen i norsk strafferett rettet seg altså kun mot formelt inngåtte tvangsekteskap.

Det var flere uheldige sider ved denne rettsstilstanden. Det dreide seg i realiteten om tvang til samliv som av partene og deres omgivelser ble oppfattet som et ekteskap. At ektefellene ikke var bundet av og ikke hadde adgang til de sivilrettslige plikter og rettigheter som ekteskapsloven ga, kunne i praksis innebære at særlig kvinnens situasjon ble vanskeligere og ikke lettere enn om ekteskapet var gyldig. Et annet argument var at en manglende regulering av uformelle tvangsekteskap kunne føre til en ikke-tilsiktet uthuling av forbudet mot formelle tvangsekteskap.²¹ En kunne tenke seg at man heller valgte å tvinge partene inn i uformelle ekteskap, ettersom det ikke var regulert på samme måte. I og med at forholdet var strafferettslig regulert i Norge gjennom det alminnelige tvangsforbudet i straffeloven, ville dette riktignok i hovedsak gjelde pedagogiske hensyn og hensyn til effektivitet.²² Samtidig ville en regulering som bedre oppfylte disse hensynene kunne ha faktisk betydning.²³

Det tegnet seg et mønster både hos hjelpeorganisasjoners møte med problemet og i rettspraksis at det typisk var unge kvinner/jenter med minoritetsbakgrunn som ble tvunget inn i slike uformelle allianser som lignet ekteskap. Ektemennene var ofte eldre, og det fremstod som om de i mindre grad var utsatt for tvang enn kvinnene/jentene det gjaldt.²⁴ Sakene hadde en klar kjønnsdimensjon.

Videre ble det anført argumenter knyttet til rettens systematikk, for at uformelle tvangsekteskap burde få en tilsvarende behandling i lovverket som formelt inngåtte tvangsekteskap. Det at sakene var så like, og at det

21 SOU 2012:35, *Stärkt skydd mot tvångsäktenskap och barnäktenskap*, s. 290; Røde Kors, *Røde Kors-telefonen om tvangsekteskap og kjønnslemlestelse 815 55 201, Rapport for 2012*, Røde Kors Oslo, 2013, s. 26; Integrerings- og mangfoldsdirektoratet, *Årsrapport 2012: Kompetanseteamet mot tvangsekteskap og kjønnslemlestelse*, 2012.

22 Strl. §§ 251 og 252.

23 I den tilsvarende svenske utredningen ble det sett på som et tungtveiende argument for å regulere særskilt, SOU 2012:35 s. 290.

24 Bredal og Wærstad 2014, med videre referanser (særlig s. 15–19 og 49–54).

i mange tilfeller hadde ytterligere alvorlige konsekvenser der tvangsekteskapet var uformelt inngått, talte for en mer enhetlig regulering. Det ble påpekt at de tilfellene lovgiver nettopp ønsket å ramme med den særskilte tvangsekteskapsbestemmelsen i straffeloven, gjennom disse sakene viste seg å ikke være omfattet av reguleringen.²⁵

Utenomrettslige tvangsekteskap reiste videre en rekke menneskerettslige problemstillinger knyttet til statsforpliktelser angående blant annet registrering av ekteskap og vern mot diskriminering. Dette knyttet igjen an til andre rettigheter, slik som retten til frihet fra vold og retten til privatliv og personlig integritet.

De konvensjoner som regulerer utenomrettslige tvangsekteskap mest direkte, er FNs ekteskapskonvensjon²⁶ og kvinnekonvensjonen.²⁷ De materielle reglene i ekteskapskonvensjonen; krav til fritt og informert samtykke til ekteskapet foran kompetent myndighet og vitner (artikkel 1), minimumsalder for inngåelse av ekteskap (artikkel 2) og offentlig registrering av ekteskap (artikkel 3), er oppfylt for Norges del ved at de er tatt direkte inn i ekteskapsloven.

Kvinnekonvensjonen er som nevnt inkorporert i menneskerettighetsloven. Artikkel 16 er også når det gjelder denne tematikken en aktuell bestemmelse, hvor det blant annet står at «[k]onvensjonspartene skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å avskaffe diskriminering av kvinner i alle saker som gjelder ekteskap og familieforhold og skal, med likestilling mellom menn og kvinner som utgangspunkt, især sikre [...] b) den samme retten til fritt å velge ektefelle og å inngå ekteskap bare når det skjer på fritt grunnlag og med fullt samtykke». Videre står det: «[...] alle nødvendige tiltak, også i lovs form, skal treffes med sikte på å fastsette en minstealder for inngåelse av ekteskap og for å gjøre registrering av ekteskap i et offisielt register obligatorisk.»²⁸

25 Wærstad 2016, «Mot en mer enhetlig regulering av tvangsekteskap i norsk rett?».

26 FNs konvensjon om samtykke til ekteskap, minstealder for ekteskap og registrering av ekteskap (ekteskapskonvensjonen), 10. desember 1962. Ratifisert av Norge 10. september 1964.

27 Europarådskonvensjonen om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og familievold («Istanbul-konvensjonen»), 11. mai 2011, regulerer også tvangsekteskap, men retter seg riktignok ikke direkte mot uformelle ekteskap. Konvensjonen vil ikke bli behandlet nærmere i kapitlet.

28 Kvinnekonvensjonen artikkel 16 andre ledd.

I sin generelle kommentar om bestemmelsen vektlegger FNs kvinne-diskrimineringskomité at alle ekteskap skal registreres, også om de er inngått i tråd med tradisjon eller religiøs rett. Det spesifiseres videre at statspartene skal introdusere alle virkemidler rettet mot å oppmuntre til fullt samsvar med konvensjonens prinsipper, spesielt der religiøs eller privat rett eller tradisjon kommer i konflikt med disse prinsippene.²⁹

At det ble inngått ekteskap i henhold til religiøs eller annen kulturbestemt rett som ikke ble registrert i tråd med reglene om ekteskap, og at dette fikk faktiske konsekvenser for om kvinners rettigheter ble oppfylt, tilsa tiltak fra norske myndigheter. Et strafferettslig vern som var egnet til å ramme ulovlige utenomrettslige tvangsekteskap på en effektiv måte, fremsto som et egnet tiltak i denne sammenheng. Alt i alt pekte argumentene, også i et menneskerettslig lys, for å lovregulere utenomrettslige tvangsekteskap særskilt. I og med at Norge, som nevnt, allerede hadde et alminnelig tvangsforbud som også omfattet utenomrettslige tvangsekteskap, ville ikke Norge som statspart være i brudd med forpliktelsene etter konvensjonen, men hensynet til et mest mulig effektivt vern talte for en særskilt regulering.

At det kom frem gjennom rettspraksis og forskning at tvang til å inngå uformelle ekteskap utgjorde svært grove overgrep mot dem som blir utsatt for det, ble et viktig argument for å regulere disse på lik linje med de formelt inngåtte tvangsekteskapene. Det tidligere forbudet mot tvangsekteskap var vedtatt nettopp for å effektivisere beskyttelsen mot tvangsekteskap. Det dagjeldende lovverket ble ikke ansett for å ha et tilstrekkelig allmennpreventivt vern.³⁰ Man anså at pedagogiske virkemidler måtte tas i bruk for å forebygge at forbrytelsene ville skje, og videre at det måtte gjøres klart i lovverket at denne typen handlinger var forbudt i Norge og forbundet med straff.³¹ Argumentene som pekte seg ut, var nettopp at utenomrettslige ekteskap kunne være vel så alvorlige og

29 FNs kvinne-diskrimineringskomité (CEDAW-komiteen). *General recommendation No. 29 on article 16 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Economic consequences of marriage, family relations and their dissolution)*. CEDAW/C/GC/29 (30. oktober 2013). https://tbinetnet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/29&Lang=en.

30 Ot.prp. nr. 51 (2002–2003) s. 11.

31 Ot.prp. nr. 51 (2002–2003) s. 11.

straffverdige som formelt inngåtte ekteskap, at omfanget av denne typen tvang var omfattende, og at en lovregulering ville være en mer treffsikker måte å ramme de tilfellene som faktisk forekom. Dette ble også i forarbeidene til den nye bestemmelsen ansett for å være viktige argumenter for en særskilt regulering av tvang til å inngå ekteskapslignende forhold.³²

Hvilke lærdommer kan så trekkes av denne gjennomgangen? For det første er det eksempel på at uformelle normer kan få betydning på måter som reiser nye rettslige problemstillinger. Sakene om tvang til å inngå utenomrettslige ekteskap viste at uformelle normer kan føre til at formelt lovfestede rettigheter brytes. Retten til å bestemme over grunnleggende spørsmål i ens eget liv ble brutt i disse tvangstilfellene. Prosessen som ledet frem til vedtaket av strl. § 253 første ledd bokstav b, viser videre at det er behov for økt bevissthet hos rettsanvendere om hva uformell rett er og hvordan den påvirker menneskers mulighet til å oppnå lovfestede rettigheter.

Tematikken er videre et eksempel på at ulike rettsområder får relevans for løsning av et problem, og at det kan være viktig å anlegge et bredt juridisk perspektiv. Primært berører tematikken strafferett, men også familierett, utlendingsrett, internasjonal privatrett, internasjonal rett og diskrimineringsvernet. Vi ser at sentrale menneskerettighetsgarantier må undersøkes med utgangspunkt i virkeligheten til de som opplever det gjeldende problemet. Ved å undersøke hvordan unge kvinner blir tvunget inn i noe som både de og omgivelsene rundt dem opplevde som ekteskap, ble det avdekket at disse uformelt inngåtte ekteskapene utgjorde like alvorlige brudd på disse menneskenes rettssikkerhet og trygghet som det man ønsket å ramme med tvangsekteskapsforbudet i straffeloven. En dypere forståelse av hvordan denne tvangen arter seg i praksis førte derfor frem til et mer treffsikkert straffebud. Som vi har sett over, styrkes et slikt argument av å se på forpliktelsene Norge har som statspart til blant annet kvinnekonvensjonen og igjen viser gjennomgangen relevansen av å gjøre grundige analyser av internasjonal rett i lovprosesser i nasjonal rett.

32 Prop. 66 L (2019–2020) Endringer i straffeloven mv. (avvergingsplikt, utenomrettslig tvangsekteskap, diskrimineringsvern, skyting mot politiet mv.), s. 42.

Samtidig viser denne gjennomgangen hvordan kunnskap og argumentasjon om et felt kan komme fra ulike hold: utenlandsk rett, hjelpeorganisasjoner, forvaltningens erfaringer og tverrfaglig forskning. Å sammenholde og nyttiggjøre seg disse ulike bidragene vil føre til en mer treffsikker og robust regulering av et slikt felt. Det er nyttige erfaringer å ta med videre til nye spørsmål som reiser seg.

3.4 Oppsummering av hovedpunkter

3.4.1 Innledning

Så langt har jeg forsøkt å vise at det er behov for å tenke bredere både empirisk og rettslig i behandling av spørsmål etter norsk lov og menneskerettighetene som typisk reiser seg for kvinner med tilknytning til ulike lands rettssystemer og rettskulturer. I dette avsnittet skal jeg oppsummere dette gjennom noen hovedpunkter.

3.4.2 Hvordan oppdage rettighetsspørsmål?

Et første poeng som kan trekkes ut fra eksemplene, er at sentrale rettighetsspørsmål for typisk sårbare mennesker som befinner seg i en transnasjonal situasjon, lett kan gå under radaren i det norske rettssystemet. Dette kan gjelde på alle områder i samfunnet, hos lovgiver, forvaltningen, domstolene, i forskning mv. Dette leder til et spørsmål om hvordan man bedre kan avdekke, synliggjøre, regulere og behandle rettighetsspørsmål for sårbare personer med minoritetsbakgrunn og/eller i en transnasjonal familiesituasjon?

For det første er det verdt å ha fokus på sammenhenger mellom uformell og formell rett som er av betydning for oppfyllelse av sentrale rettigheter. Dette stiller krav til å se andre aspekter ved saken enn de rent formelt rettslige. Slik vi så av eksempelet om regulering av tvangsekteskap hadde man ikke vært tilstrekkelig oppmerksomme på at mange av de tvangssituasjonene man ønsket å gi en bedre beskyttelse mot, ikke dreide seg om tvang til å inngå formelle, registrerte ekteskap, men heller uformelle allianser som for alle praktiske formål ble oppfattet som ekteskap av partene selv og de rundt dem. En lærdom for oss rettsanvendere vil være å

ha et åpent og bevisst blikk mot brudd på rettigheter i seg selv. Dette vil bety å starte der rettigheter brytes, og analysere derfra til hvilke rettslige spørsmål som reiser seg. Her vil kunnskap fra andre fagfelt, fra hjelpeorganisasjoner samt det offentlige hjelpeapparatet, kunne bidra til et godt grunnlag for å avdekke relevante rettslige spørsmål og for å gi veiledning om hva som vil være relevante rettskilder og hvordan disse rettskildene bør avveies. Spørsmålet om slike uformelle tvangsekteskap har blitt satt på dagsorden fra både offentlig og privat hjelpeapparat i mange år, uten at det ble fanget opp på lovgiverhold.³³ Her kan nok det å omsette informasjon som kommer i regi av andre samfunnsfag til en rettslig kontekst være et bidrag fra oss jurister. Der det avdekkes problemer hvor mennesker blir utsatt for overgrep, er det vår oppgave å omsette dette til rettslige termer; vi må spørre oss: Betyr dette samfunnsproblemet at rettigheter etter noen av menneskerettskonvensjonene som Norge er forpliktet av, kan være brutt? Det kan synes banalt, men det er et avgjørende ledd i å oppfylle statsforpliktelsene Norge har som statspart til menneskerettslige konvensjoner. I alle sine rapporter har FNs kvinnediskrimineringskomité kritisert Norge for ikke å gjøre nok arbeid for å spre kunnskap og øke bevissthet om kvinnekonsensjonen. I de avsluttende kommentarene til Norges siste rapport fokuserte komiteen spesielt på at kvinner med minoritetsbakgrunn i liten grad har kunnskap om konsensjonen og derfor ikke kan kreve sine rettigheter.³⁴

Slik vi også så i eksempelet om uformelle tvangsekteskap, kan det videre være grunn for å undersøke aktivt hvordan uformelle normer av en viss fasthet virker sammen med og får betydning for oppnåelse av formelle og lovfestede rettigheter. Forskningen som ble gjort på slike uformelle ekteskap viste at det kunne være mer alvorlig for dem det gjaldt enn om ekteskapet var formelt inngått, ettersom det uformelle ekteskapet ikke ga noen av rettsvirkningene – og dermed også den beskyttelsen – som et

33 Se Bredal og Wærstad 2014, s. 55–56 om ulike initiativ som har blitt tatt for å skape oppmerksomhet rundt rettighetsproblematikk for de som ble tvunget inn i slike uformelle tvangsekteskap de siste ti årene.

34 FNs kvinnediskrimineringskomité (CEDAW-komiteen). *Concluding observations on the ninth periodic report of Norway*. CEDAW/C/NOR/CO/9 (22. november 2017), se særlig avsnitt 10–11. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/NOR/CO/9&Lang=En

formelt inngått ekteskap ville gitt, og dessuten at det det var en risiko for at tvangen ikke ble fanget opp når ekteskapet ikke var formelt gyldig.³⁵

I feltet om uformelle tvangsekteskap var våre to naboland, Sverige og Danmark, tidlig ute med særskilt lovregulering. Det kan være nyttig å se til andre lands rett for å få innblikk nettopp i rettighetsproblematikk som har reist seg der, og hvordan det har blitt løst. Ofte vil det være de samme problemene som oppstår i flere land. Den lange tradisjonen vi har i Norden for nært lovsamarbeid og akademiske fellesskap på familierettsområdet er verd å ivareta.

3.4.3 Hvordan behandle ulike regelverk som virker sammen?

Et problemfelt som reiser mange uavklarte spørsmål og som vi har møtt flere ganger i dette kapitlet, er hvordan norske myndigheter, lovgiver og domstoler skal forholde seg til utenlandsk rett når denne kan utgjøre diskriminering som får betydning av norsk myndighetshåndhevelse. Her vil menneskerettslige forpliktelser kunne tilsi at utenlandsk rett ikke kan få effekt for de som myndighetsutøvelsen retter seg mot dersom rettsanvendelsen bryter deres menneskerettigheter eller er diskriminerende. Men det kan være vanskelig å få øye på slike effekter av retten.

I eksempelet med kravet til foreldreansvar for å få tillatelse til familieinnvandring, fremsto saksbehandlingen hos UNE kun som om den undersøkte om vilkåret om foreldreansvar var oppfylt eller ikke. Grunnen til at vilkåret ikke var oppfylt, var at moren som saken gjaldt ikke kunne få foreldreansvar fordi hun var kvinne. I denne saken fant retten at en slik direkte diskriminerende lov ikke kunne få effekt i behandlingen av utlendl. § 42. Når man undersøker kvinnekonvensjonens regler om diskrimineringsvern i familielivet synes det klart at det må være riktig resultat. Saken viser likevel at det er behov for å undersøke nærmere når en indikasjon på at diskriminering (eller andre rettighetsbrudd) foreligger i saken. Man kunne kanskje formulere dette som et skjerpet aktivitetskrav

35 Bredal og Wærstad 2014, s. 100.

for myndighetene når det foreligger et tegn på at det foreligger diskriminering eller brudd på andre menneskerettigheter i saken.³⁶

Det er riktignok også verdt å merke seg at det kan være saker der det er mer uklart hvilke konsekvenser den utenlandske retten vil få i saken, og at undersøkelsesplikten til norske myndigheter må veies mot andre hensyn, slik som muligheten for en effektiv saksbehandling. I mange saker som gjelder anerkjennelse av utenlandske rettsakter kan det være svært vanskelig og ressurskrevende for norske myndigheter å undersøke de underliggende forhold i saken. Dette må også tas med i vurderingen av statsforpliktelse etter menneskerettighetskonvensjonene som Norge er bundet av. Her er det behov for at de internasjonale overvåkningsorganene anerkjenner at transnasjonale situasjoner reiser egne og vanskelige spørsmål når det gjelder hvilke forpliktelser det ligger på stater som må forholde seg til andre lands rett i sin myndighetshåndhevelse og sin tilrettelegging for å best mulig oppfylle menneskerettighetene for mennesker som er innenfor deres jurisdiksjon.

I dette feltet kommer altså behovet for en skjerpet bevissthet om menneskerettighetenes betydning i nasjonal rett tydelig frem. Det hjelper ikke at menneskerettighetenes formelle stilling er styrket både med menneskerettsloven og Grunnloven de siste tiårene, dersom ikke aktørene i rettslivet faktisk ser de rettslige spørsmål de har foran seg i et menneskerettslig lys. Her tjener også eksempelet om foreldreansvar som en god illustrasjon. Vi så at myndighetene i for liten grad undersøkte menneskerettslig lovgivning som var av direkte relevans for arbeidet med behandlingen av en sak om familieinnvandring.

Et poeng i forlengelsen av dette er at det er et generelt problem at retten er så tydelig inndelt i ulike avgrensede rettsområder, og at det er en fare for at menneskerettslig analyse ikke får tilstrekkelig oppmerksomhet innenfor hvert felt. Det er et behov for at fokus i de ulike rettslige disiplinene rettes mot menneskerettighetenes relevans for deres felt. Dette blir

36 Denne type problematikk har også vært oppe i andre typer saker som gjelder anerkjennelse av utenlandske skilsmisser, der kvinner har blitt utsatt for rettighetsbrudd i den utenlandske skilsmissesaken, og ektemannen i etterkant søker om anerkjennelse for skilsmissen i Norge, se om dette i Wærstad 2016, «Harmonising Human Rights Law and Private International Law through the Ordre Public Reservation», og Wærstad 2017.

ytterligere klart når rettslige spørsmål berører ulike rettslige områder slik som familierett, utlendingsrett og strafferett. Ofte kan det reise seg ulike hensyn i de ulike feltene, og det er behov for kompetanse for å få til en best mulig behandling av gjeldende rett. For eksempel vil det i analysen av uformelle tvangsekteskap være viktig å se at en mest mulig målrettet regulering vil føre til best beskyttelse mot denne typen tvang, men samtidig må hensynet til en klar lovregulering som følger av legalitetshensynet være oppfylt.³⁷

I forlengelsen av dette reiser det seg også etiske problemstillinger. Dette vil typisk dreie seg om at det er forskjell på å ha rett og å få rett. Vi jurister har også et etisk ansvar for å undersøke og bryte ny grunn i søken etter at mennesker vi møter i vårt arbeid kan få sine menneskerettigheter oppfylt. En slik grunntanke for vårt virke ligger allerede i kandidatløftet om å fremme rett og hindre urett. I læringskravene til masterstudiet i rettsvitenskap heter det blant annet at: «Kandidaten skal kunne bruke de juridiske kunnskapene og ferdighetene på selvstendig vis til å løse nye problemer og bidra til nytenking i en rettslig sammenheng og identifisere etiske og yrkesetiske problemstillinger relatert til jussen og håndtere disse på en forsvarlig måte.» Det handler også i stor grad om den etiske forpliktelse det ligger i å sikre at man har et best mulig kildegrunnlag før man treffer en beslutning. For de spørsmålene som tas opp i denne artikkelen, tilsier dette en skjerpert undersøkelse av hvorvidt det reiser seg rettighetsproblemer når saken det gjelder involverer personer som er sårbare på ulike måter. Sårbarheter vil typisk gjelde at noen mennesker har utfordringer med å finne frem til og ivareta sine rettigheter på egen hånd, og at vi rettsanvendere i vårt møte med slike saker bør undersøke nærmere om lovfestede rettigheter kan være brutt.

3.5 Avslutning

Samlet for de utfordringene jeg har pekt på her, er at de er knyttet til at ulike normer (regler, rettsområder, ulike lands rett, nasjonal rett og internasjonal rett) får betydning i den enkelte sak. Eksemplene viser at

37 Se nærmere om disse ulike hensynene i Wærstad 2017.

det reiser seg forskjellige behov for ytterligere bevissthet og klargjøring i dette feltet. Kvinnekonvensjonen artikkel 16 om retten til ikke å bli diskriminert i familielivet har vist seg å være et relevant og nyttig verktøy i nettopp dette arbeidet med å avdekke og løse situasjoner der kvinner blir utsatt for rettighetsbrudd i en transnasjonal familiesituasjon.

Dette tilsier at det i rettsanvendelsen i større grad bør gjøres kontekstuelle analyser som innebærer at man i større grad undersøker reelle konsekvenser knyttet til grunnleggende rettigheter, både i enkeltsaker og mer generelt. Ofte ser man at det innføres regler som tilsynelatende skal beskytte personer som typisk vil være sårbare for rettighetsbrudd, men der grunnlaget for bestemmelsen ikke er tilstrekkelig for å forstå hvordan bestemmelsen vil få konsekvenser for dem man tilsynelatende ønsker å hjelpe. Vi bør analysere disse prosessene og lære av dem. Jurister vil typisk arbeide med alle sider av disse problemstillingene, som for eksempel saksbehandlere, dommere, advokater, lovutredere og forskere. Eksempelene jeg har gått gjennom, viser at man trenger et mer bevisst perspektiv på hvordan sårbare personer blir utsatt for rettighetsbrudd. Dette fordrer et bedre empirisk så vel som rettslig grunnlag, både for å utvikle retten og for å ta riktige beslutninger i enkeltsaker.

Litteratur

- Bredal, Anja og Tone Linn Wærstad. *Gift, men ugift: Om utenomrettslige religiøse vigslar. Institutt for samfunnsforskning rapport 2014:06. Oslo: 2014.* <http://hdl.handle.net/11250/2599700>.
- Cordes, Jørg mfl. *Hovedlinjer i internasjonal privatrett. 2. utgave.* Cappelen Akademisk, 2010.
- Griffiths, John. «What is Legal Pluralism?» *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* vol. 4 (1986) s. 1–55. DOI: <https://doi.org/10.1080/07329113.1986.10756387>.
- Hellum, Anne. *Human rights, plural legalities and gendered realities: Paths are made by walking.* Weaver Press, 2007.
- Hellum, Anne og Julia Köhler-Olsen (red.). *Like rettigheter – ulike liv. Rettslig kompleksitet i kvinne- barne- og innvandrerperspektiv.* Gyldendal Juridisk, 2014.
- Hellum, Anne og Vibeke Blaker Strand. *Likestillings- og diskrimineringsrett.* Gyldendal, 2022.
- Røde Kors. *Røde Kors-telefonen om tvangsekteskap og kjønnslemlestelse 815 55 201, Rapport for 2012.* Oslo: 2013.

- SOU 2012: 35. *Stärkt skydd mot tvångsäktenskap och barnäktenskap.*
- Strand, Vibeke Blaker. *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse: Hvor langt rekker individvernet?* Gyldendal Juridisk, 2012.
- Thue, Helge J. *Internasjonal privatrett. Personrett, familierett og arverett. Alminnelige prinsipper og de enkelte reguleringer.* Gyldendal Akademisk, 2002.
- Wærstad, Tone Linn. «Harmonising Human Rights Law and Private International Law through the Ordre Public Reservation: The Example of the Norwegian Regulation of the Recognition of Foreign Divorces». *Oslo Law Review* (2016) s. 51–71. DOI: <https://doi.org/10.5617/oslaw3947>.
- Wærstad, Tone Linn. «Human Rights and Private International Law in the Family Law Area». *Oslo Law Review*, vol. 7 (2020) s. 4–5.
- Wærstad, Tone Linn. «Hvordan bør voldgift basert på religiøs rett behandles i norsk rett? Lærdommer fra Canada sett i lys av diskrimineringsvernet». I *Like rettigheter – ulike liv. Rettslig kompleksitet i kvinne- barne- og innvandrerperspektiv*. Anne Hellum og Julia Köhler-Olsen red., Gyldendal Juridisk, 2014, s. 321–357.
- Wærstad, Tone Linn. «Mot en mer enhetlig regulering av tvangsekteskap i norsk rett?». I *Cand. mag., cand. med., cand. jur., cand. alt: Festskrift til Aslak Syse 70 år*. Reidun Førde mfl. red., Gyldendal Juridisk, 2016, s. 523–537.
- Wærstad, Tone Linn. *Protecting Muslim Minority Women's Human Rights at Divorce: Application of the Protection against Discrimination Guarantee in Norwegian Domestic Law, Private International Law and Human Rights Law*. Nomos, 2017.
- Wærstad, Tone Linn. «Reguleringen av polygame ekteskap i norsk rett». *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* (2018) s. 194–215. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9553-2018-02-03-07>.

KAPITTEL 4

Forbud mot usaklig forskjellsbehandling i forvaltningen – et rettslig cluster

Kirsten Sandberg og Vibeke Blaker Strand

4.1 Innledning

Forvaltningens vedtak har stor betydning for borgerne. For å sikre rettferdige og rettsriktige vedtak er det etablert og utviklet ulike krav som setter grenser for – og bidrar til å korrigere – forvaltningens virksomhet. Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling er ett av dem.

Over tid har det blitt vedtatt og utviklet flere ulike rettsregler, prinsipper, håndhevings- og overprøvingsordninger som har betydning for spørsmål om usaklig forskjellsbehandling. Rettsreglene, prinsippene og ordningene har til dels ulik bakgrunn og retter seg også mot ulike sider ved temaet. De er ofte beskrevet med utgangspunkt i juridiske enkeltfag, særlig forvaltningsretten og diskrimineringsretten, som begge inneholder et forbud mot dette. Dermed har oppmerksomheten blitt rettet først og fremst mot særegenheten ved den enkelte rettsregel, den enkelte prinsipp eller den enkelte håndhevings- eller overprøvingsordning.

Enkeltdelene ligger tett inntil hverandre, og skaper et tett forbundet og sammenfiltret helhetsbilde. Helheten kaller vi et *rettslig cluster*. Innen musikk brukes begrepet *cluster* om «en gruppe av tilstøtende toner, altså

toner som ligger tett inntil hverandre».¹ Clusteret utgjør «en udefinerbar akkord», og kan nærmest være «som en lydmur» der det er vanskelig å «skille ut de enkelte tonehøyder».² Det er mange likhetstrekk mellom et musikalsk cluster og det rettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling.³ Ved å vise frem både delene og helheten i dette forbudet, gir vi i dette kapittelet en bred fremstilling av forbudet mot usaklig forskjellsbehandling etter norsk rett i dag.

Både diskrimineringsrettens og forvaltningsrettens forbud har som formål å motvirke ulikhet. I retten ses likhetshensynet ofte på som en grunnverdi, som har tett sammenheng med hensynet til rettferdighet. Likheter er imidlertid ikke et entydig begrep. Det er blant annet spørsmål om hva som skal være likt for hvem, og om det er formell likhet, mulighetslikhet eller resultatlikhet som er ønskelig.⁴ Selv om hensynet til likhet begrunner forbud mot usaklig forskjellsbehandling etter så vel en forvaltningsrettslig som en diskrimineringsrettslig tilnærming, gjøres det ikke på samme måte. Den forvaltningsrettslige læren om usaklig forskjellsbehandling skal ivareta hensynet til likhet mellom de som får sine saker behandlet av forvaltningen, og den henger nært sammen med kravet om at forvaltningen skal opptre saklig og objektivt. Forbudet mot diskriminering vokste frem som en respons på manglende likestilling mellom kvinner og menn, særlig som følge av kvinnediskriminerende regler, praksiser og strukturer innen arbeidsliv, utdanning og organisasjonsliv. Kjønn har vært en spydspiss i utviklingen av regler om diskrimineringsvern.⁵ I dag er diskrimineringsvernet utvidet slik at det også omfatter andre grupper. Vernet bygger på en erkjennelse av

1 Store norske leksikon (snl.no) ved Stig Wernø Holter. «Cluster (musikk)» (2020). https://snl.no/cluster_-_musikk.

2 Musikkordboken.no. «Cluster» (u.å.). <https://musikkordboken.no/ord-c.html>.

3 Tilnærmingen er inspirert av Synnøve Ugelvik, «Mot et harmonisk Europa? Om utviklingen av den strafferettslige kontrollen i EU, og hvordan denne kan føre til et mindre likeverdig fellesskap», *Retfærd. Nordisk Juridisk Tidsskrift*, vol. 136, nr. 1, 2012, s. 36–54 der hun bruker harmonilære for å kaste lys over konkrete problemområder innen EU.

4 Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Universitetsforlaget 2018, s. 66. Se også Anne Hellum og Vibeke Blaker Strand, *Likestillings- og diskrimineringsrett*, Gyldendal 2022, kap. 1, pkt. 1.2 og 1.3.

5 Anne Hellum, «Rettslig spydspiss. Diskriminerings- og likestillingsrettens kvinne- og kjønnsperspektiv», i Helga Aune mfl. (red.), *Ketsch me if you can. Sociale rettigheter og likestilling. Hyldest til Kirsten Ketscher*, Karnov Group 2017, s. 123–139.

at forskjellsbehandling mange ganger kan ha sammenheng med gruppebaserte forhold som kjønn, nedsatt funksjonsevne, religion, etnisitet, seksuell orientering eller alder. Diskrimineringsforbudet spiller inn i en samfunnskontekst der både historiske forhold og nåværende strukturer gjør at noen grupper kommer dårligere ut enn andre, og er et regelsett som søker å forhindre og bøte på dette. Når vi i dette kapittelet skal belyse diskrimineringsvernets betydning i forvaltningen, er ikke oppmerksomheten kun rettet mot kjønnsdiskriminering, men mot den bredden diskrimineringsvernet har i dag.

Selv om det forvaltningsrettslige forbudet ikke har den samme bakgrunnen, er det ingenting i veien for at også det kan anvendes mot kjønnsdiskriminering. Hvis to søknader, for eksempel om byggetillatelse, behandles ulikt på grunn av partenes kjønn, vil det være i strid med dette forbudet.

I dag er det rettslige landskapet for forvaltningens virksomhet blitt vesentlig endret som følge av rettens internasjonalisering, herunder Norges EØS-rettslige forpliktelser og forpliktelser etter internasjonale menneskerettskonvensjoner.⁶ De internasjonale kildene møter, legger seg inntil og krysser forvaltningsrettens begreper og rettslige kategorier. Det diskrimineringsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling, som følger av nasjonal rett, men som også er en del av EU/EØS-retten og av internasjonale menneskerettskonvensjoner, er et eksempel på nettopp dette.⁷

Likestillings- og diskrimineringsloven (ldl.) § 2 første ledd lyder: «Loven gjelder på alle samfunnsområder.» Loven kommer til anvendelse for både offentlige og private aktører. Mens det forvaltningsrettslige

6 Dette slår også Forvaltningslovutvalget fast, som i sin utredning av ny forvaltningslov påpeker at staten i dag «er underlagt en rekke internasjonale forpliktelser som direkte eller indirekte kan ha betydning for forvaltningens virksomhet.» Se NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov* pkt. 7.5.

7 Anne Hellum og Vibeke Blaker Strand, *Likestillings- og diskrimineringsrett*. Gyldendal 2022, kap. 2. I EU/EØS-retten har forbudet mot diskriminering utviklet seg gjennom forbud mot nasjonalitetsdiskriminering og forbud mot kjønnsdiskriminering. Begge forbudene ble opprinnelig innført for å understøtte EUs målsetting om fri flyt av arbeidskraft over landegrensene, men begrunnelsen for vernet mot kjønnsdiskriminering har over tid utviklet seg og endret kurs. I dag skal kjønnsdiskrimineringsvernet først og fremst bidra til å ivareta individers rettighetsvern. Likestilling mellom kvinner og menn utgjør et grunnleggende EU-rettslig prinsipp som henter sin legitimitet og begrunnelse i det menneskerettslige utgangspunktet om likhet og ikke-diskriminering. Nasjonalitetsdiskriminering er ikke tema videre i dette kapittelet.

forbudet mot usaklig forskjellsbehandling først og fremst har betydning for forvaltningens enkeltvedtak, inneholder diskrimineringsforbudet også krav til innholdet i lover, forskrifter og rundskriv, samt krav til saksbehandlingen. Videre i kapittelet begrenses fremstillingen til forvaltningens enkeltvedtak, fordi det er dette som representerer krysningsfeltet mellom de to lærene. Det er her clusteret særlig spiller seg ut.

Fremstillingen videre er bygget opp skrittvis, eller tone for tone. Først presenteres i punkt 4.2 utgangspunktene for hvert av de to forbudene. Deretter ser vi i punkt 4.3 isolert på innholdet i det forvaltningsrettslige forbudet. I punkt 4.4 beskriver vi det diskrimineringsrettslige forbudets materielle innhold – og hvordan det er å forstå opp mot det forvaltningsrettslige forbudet. Overprøving, håndheving, rettsvirkninger og sanksjonering av de to forbudene bidrar til å gjøre tonebildet enda tettere, se punkt 4.5. Til slutt, i punkt 4.6, rettes oppmerksomheten mot ytterligere to toner, som igjen utvider klangbildet – og som viser nyere utviklingstrekk. Dette er spørsmålene om Grunnloven § 98 inneholder et generelt forbud mot diskriminering, og om forholdsmessighet kan sies å være et generelt krav til forvaltningens virksomhet. I punkt 4.7 gir vi en kortfattet beskrivelse av clusteret som helhet og noen avsluttende refleksjoner.

4.2 Utgangspunkter

4.2.1 Det forvaltningsrettslige forbudet

Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling i forvaltningsretten er utviklet på nasjonalt plan, gjennom Høyesteretts praksis.⁸ Det utgjør en del av myndighetsmisbrukslæren, som kan omtales som «et sett med ulovfestede skranker for forvaltningens skjønnsutøving».⁹ Denne læren innebærer at forvaltningen ved sin utøving av skjønn er avskåret fra å legge vekt på utenforliggende hensyn, og å treffe avgjørelser som er vilkårlige, grovt urimelige eller som innebærer usaklig forskjellsbehandling.¹⁰

8 Marius Stub, «Det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling – noen hovedtrekk», i Hans Christian Bugge mfl. (red.), *Lov, liv og lære. Inge Lorange Backer 70 år*, Universitetsforlaget 2016, s. 491–512, på s. 492.

9 NOU 2019: 5 pkt. 34.2.2.

10 NOU 2019: 5 pkt. 34.2.2.

Å unngå usaklig forskjellsbehandling er en forpliktelse for alle offentlige myndigheter når de i sine enkeltvedtak utøver skjønn. Forbudet utgjør en begrensning i forvaltningens frihet til å bestemme hva som skal bli utfallet i enkeltsaker, også når den opererer innenfor lovens ytre rammer. Betydningen av læren blir synlig når noen hevder at forvaltningen gjennom innholdet i enkeltvedtak har forskjellsbehandlet individer eller virksomheter.

Læren om usaklig forskjellsbehandling går ut på at forvaltningen ikke har adgang til å treffe vedtak som innebærer at like tilfeller behandles ulikt, uten at det er en saklig grunn til det. Dette betyr for eksempel at en kommune som vanligvis tildeler stønad til spedbarnsutstyr i tillegg til satsene for livsopphold etter sosialtjenesteloven § 18,¹¹ ikke i en konkret sak kan avslå dette uten at det begrunnes i saklige forskjeller mellom denne familien og andre. Den kan heller ikke gi slik stønad til en far, men ikke til en mor, hvis sakene ellers er like. Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling bidrar ved dette til å fremme likhet mellom borgerne.

Det forvaltningsrettslige forbudet er bare aktuelt der loven overlater et skjønn til forvaltningen. Bare da kan det oppstå situasjoner der to like tilfeller behandles ulikt, samtidig som begge løsninger befinner seg innenfor rammene som trekkes opp av hjemmelsloven.¹²

Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling har særlig betydning for forvaltningens utøvelse av hensiktsmessighetsskjønnet, også kalt forvaltningens egentlig frie skjønn eller kan-skjønnet. Dette skjønnet angis gjerne i loven med at forvaltningen «kan» vedta noe hvis vilkårene er oppfylt. Læren har også betydning der den lovbestemmelsen forvaltningen anvender, inneholder skjønnsmessige eller vurderingspregede ord og

11 Se Arbeids- og sosialdepartementet. *Rundskriv A-1/2021 Statlige veiledende retningslinjer for økonomisk stønad for 2021*, 25. august 2021. Dokumentnr. A-1/2021 [Lest i Lovdata Pro].

12 I Rt. 2007 s. 302 (Kværner Oil & Gas) uttaler Høyesterett riktignok at forbudet mot usaklig forskjellsbehandling også gjelder for rettsanvendelsesskjønn. Utsagnet modereres i HR-2019-273-A (Travkusk) der Høyesterett sier at myndighetsmisbruk «i egentlig forstand» kan det ikke bli tale om når det gjelder et rent rettsanvendelsesskjønn, men at likebehandlingsprinsippet kan tenkes å slå inn også der. For en grundig drøftelse av dette, se Marius Stub, «Gjelder det et forbud mot usaklig forskjellsbehandling også ved lovtolkning?», i Iris Nguyen Duy mfl. (red.), *Uten sammenligning. Festskrift til Eivind Smith 70 år*, Fagbokforlaget 2020, s. 563–598. Se også Marius Emberland, «Om kravet til likebehandling når forvaltningen treffer enkeltvedtak som beror på rettsanvendelsesskjønn», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, vol. 133, nr. 4, 2020, s. 349–392. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3096-2020-04-01>.

uttrykk som domstolene ikke prøver fullt ut. Det kan være fordi loven selv sier det, for eksempel når folketrygdloven § 15-6 første ledd bokstav c lar det være opp til Nav å vurdere hva som utgjør «nødvendig og hensiktsmessig» utdanning eller opplæring som gir rett til overgangsstønad. Eller det kan følge av forarbeidene, for eksempel når det gjelder hva som utgjør «nødvendige» helse- eller omsorgstjenester etter pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl.) § 2-1 a.¹³ Men selv om domstolene ellers i prinsippet kan prøve subsumsjonen, kan de være tilbakeholdne med å prøve det faglige skjønnet som subsumsjonen innebærer, jf. naturfredningsdommen i Rt. 1995 s. 1427, på s. 1433.¹⁴ En slik tilbakeholdenhet er begrunnet i at det forvaltningsorganet som har truffet vedtaket, har bedre faglige forutsetninger for å foreta de aktuelle vurderingene. Når domstolen ikke prøver den konkrete rettsanvendelsen fullt ut, er det behov for at myndighetsmisbrukslæren kommer inn.

Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling er imidlertid en snever sikkerhetsventil som kun kommer til anvendelse når nærmere definerte materielle vilkår er oppfylt. Dette ser vi nærmere på nedenfor i punkt 3.

Forvaltningslovutvalget har i NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov* foreslått å lovfeste myndighetsmisbrukslæren, herunder forbudet mot usaklig forskjellsbehandling.¹⁵

4.2.2 Det diskrimineringsrettslige forbudet

Diskrimineringsrettens forbud mot usaklig forskjellsbehandling er resultatet av en lang nasjonal og internasjonal rettsutviklingsprosess. På nasjonalt plan ble et forbud mot diskriminering første gang formalisert

13 Ifølge Prop. 91 L (2010–2011) spesialmerknadene til pbrl. § 2-1 a må den enkeltes behov for slike tjenester veies opp mot fellesskapets behov, og det kan legges vekt på kommunens økonomiske ressurser, likevel slik at kommunen ikke kan gå under en minstestandard.

14 Se Eckhoff og Smith 2018, s. 381–382. I denne saken gjaldt skjønnet et fredningsvedtak basert på uttrykket «spesiell naturtype». Flertallet (dissens 4–1) prøvde dette og fulgte forvaltningens syn, mens mindretallet mente at retten ikke skulle prøve forvaltningens vurderinger, som var av «utpreget naturfaglig karakter» knyttet til «svært skjønsmessige vurderingstemaer».

15 Se utvalgets forslag til ny lov § 40: «Forvaltningsorganet skal ikke legge vekt på utenforliggende hensyn. Forvaltningsskjønnet skal ikke være vilkårlig eller innebære usaklig forskjellsbehandling.» Se nærmere om dette forslaget NOU 2019: 5 pkt. 34.2.2.

gjennom likestillingsloven 1978.¹⁶ Loven omhandlet kun diskriminering på grunn av kjønn. I dag omfatter vernet en rekke ulike grupper. Vernet reguleres gjennom likestillings- og diskrimineringsloven 2017 (ldl.), som forbyr diskriminering på grunnlag av «kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder eller kombinasjoner av disse grunnlagene».¹⁷ De opplistede gruppeforankrede kategoriene kalles *diskrimineringsgrunnlag*. Som vi ser, inkluderer loven blant annet en rekke grunnlag som har sammenheng med både biologisk og sosialt kjønn.

Den nasjonale lovgivningen om likestilling og diskriminering preges i stor grad av rettens internasjonalisering. EU/EØS-retten inneholder direktiver som gir vern mot diskriminering på grunn av kjønn, rase, etnisk opprinnelse, religion, livssyn, funksjonshemming, alder og seksuell orientering.¹⁸ Disse har påvirket utformingen av den nasjonale lovgivningen, og norsk rett skal tolkes i overensstemmelse med EU/EØS-retten.¹⁹

Diskrimineringsvern står også sentralt i internasjonale menneskerettskonvensjoner som Norge er part i, og som norsk rett skal tolkes i overensstemmelse med, se Grunnloven § 92 om myndighetenes plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene. For de konvensjonene som er inkorporert gjennom menneskerettsloven § 2, følger det av § 3 at de har forrang fremfor andre lover, som derfor må tolkes i samsvar med

16 Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene.

17 Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven). I tillegg gir arbeidsmiljøloven kap. 13 og skipsarbeidsloven kap. 10 vern på arbeidslivets område for grunnlagene politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon og alder.

18 Se kjønnslikestillingsdirektivet (2006/54/EF), kjønnslikestillingsdirektivet om varer og tjenester (2004/113/EF), etnisitetsdirektivet (2000/43/EF) og likebehandlingsdirektivet (2000/78/EF). Diskrimineringsvernet innen EU har dessuten utviklet seg gjennom regulering og praksis om nasjonalitetsdiskriminering, det vil si diskriminering som følge av personers tilknytning til et annet medlemsland innad i EU/EØS. Se Christa Tobler, «Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law», *Intersentia* 2005, s. 101 flg.

19 Plikten til at norsk rett skal være i tråd med Norges EØS-rettslige forpliktelser, følger av EØS-loven. På diskrimineringsfeltet er det i tillegg lagt til grunn at norsk rett skal være i tråd med EU-rettens ikke-diskrimineringsdirektiver, som ikke er en del av EØS-avtalen. For en beskrivelse av dette, se f.eks. Prop. 81 L (2016–2017) pkt. 6.2.2.

konvensjonene. I FN er det vedtatt tre konvensjoner med diskrimineringsvern som tema: FNs kvinnediskrimineringskonvensjon (som er tatt inn i menneskerettsloven), FNs rasediskrimineringskonvensjon og FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne. I tillegg er bestemmelser om forbud mot diskriminering inntatt i de andre konvensjonene som er inkorporert gjennom menneskerettsloven, EMK artikkel 14, SP artikkel 2 og artikkel 26, ØSK artikkel 2 og FNs barnekonvensjon artikkel 2. Diskrimineringsforbudene i EMK, SP, ØSK og Barnekonvensjonen har ingen uttømmende opplisting av diskrimineringsgrunnlag, men inneholder gjennom formuleringene «annen status / annen stilling / status for øvrig» isteden for en åpen sekkekategori. Dette har gitt fleksibilitet for konvensjonenes håndhevingsorganer til å innforholke nye grunnlag i diskrimineringsvernet etter hvert som det har vist seg å være behov for dette.

I 2014 ble likhetsprinsippet, at alle er like for loven, og forbud mot diskriminering innført på grunnlovs nivå gjennom Grunnloven § 98. Diskrimineringsforbudet har en bred ordlyd, noe som reiser spørsmål om hvilke grupper som omfattes, se punkt 4.6 nedenfor.

4.3 Det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling

4.3.1 Innledning

Vilkårene for at det skal foreligge usaklig forskjellsbehandling i forvaltningsretten, er at det har skjedd en forskjellsbehandling, og at denne ikke har saklig grunn. Er derimot to ulike tilfeller behandlet likt, kan det eventuelt bli spørsmål om indirekte diskriminering, se punkt 4.4.

For å konstatere forskjellsbehandling må saken ha fått et annet utfall enn en annen sak som ser ganske lik ut. Man må altså først sammenligne med resultatet i andre saker. Deretter må man ta stilling til om denne forskjellsbehandlingen har hatt saklig grunn. Følgelig må man se nærmere på hvordan vedtaket er begrunnet.

Innholdet i de to vilkårene er i all hovedsak utviklet gjennom praksis fra Høyesterett. Ifølge denne inneholder kriteriet om forskjellsbehandling flere elementer som må være oppfylt. I vurderingen av om

forskjellsbehandlingen er saklig, kan det skilles mellom de tilfellene hvor forvaltningen ikke har gitt noen begrunnelse for den ulike behandlingen, og der hvor den er begrunnet.

4.3.2 Hva utgjør forskjellsbehandling?

4.3.2.1 Innledning

For at det skal bli tale om usaklig forskjellsbehandling, må det være gjort forskjell mellom denne saken og andre saker. Dette forutsetter at sakene er sammenlignbare, for forskjellsbehandling av ulike saker er vanligvis ikke noe problem. Læren kan være praktisk ved avgjørelse av søknader og dessuten der forvaltningen av eget tiltak gir et pålegg, for eksempel om å betale avgift eller stanse utslipp.

For å kunne si at sakene er like nok til å være sammenlignbare, må de normalt være avgjort ut fra samme rettsgrunnlag. Av dette følger også et krav om at forvaltningen har det samme rommet for å bruke skjønn i de sakene som sammenlignes. Videre må faktum være nokså likt, iallfall de sidene av faktum som er vesentlige for vedtakets innhold. At sakene er sammenlignbare, betyr ikke at de trenger å være helt like.

Høyesterett har videre lagt til grunn at sakene som sammenlignes skal være behandlet av samme organ, og at forskjellsbehandling forutsetter avvik fra fast praksis.

4.3.2.2 Begrensning til samme organ?

Hittil har domstolene bare slått ned på forskjellsbehandling mellom avgjørelser truffet av samme organ.²⁰ Dette er ikke nødvendigvis et formelt krav, men i praksis er det lettere å sammenligne med saker fra samme organ. Dessuten kan det være relevante forskjeller mellom ulike organers kompetanse.

Hver kommune er ett organ, og ulikhet mellom kommuner regnes ikke som forskjellsbehandling. Dette er en følge av det kommunale selvstyre, som nå er lovfestet i Grunnloven § 49 andre ledd og kommuneloven

20 Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Universitetsforlaget 2019, s. 121; Eckhoff og Smith 2018, s. 406.

§ 2-1, men som også gjaldt tidligere. Det omfatter også fylkeskommuner. Rt. 2011 s. 111 gjaldt en fylkeskommunes kompetanse til å tilbakekalle drosjeløyver og ilegge karantene. Der aksepterte Høyesterett at praksis kunne variere rundt om i landet, avhengig av de særlige problemene i den enkelte fylkeskommune og hvilke prioriteringer disse har i samferdselspolitikken (avsnitt 67).

En kommune som er oppdelt i kommunedeler (bydeler) med ansvar for en geografisk del av kommunen, jf. kommuneloven § 5-7, er like fullt ett organ. Det lokale selvstyret etter Grunnloven § 49 er å forstå som kommunalt selvstyre og omfatter ikke en tilsvarende rett til selvstyre for kommunedeler. Dette innebærer at de må finne seg i å bli sammenlignet når de utøver sitt skjønn, og dermed kan ulike nivåer på tjenestene i ulike bydeler, for eksempel i Oslo, utgjøre forskjellsbehandling. Riktignok vil en sakstype som er delegert til bydelen gjerne ha et lokalt tilsnitt, men om dette fører til at saker kan behandles forskjellig, avhenger blant annet av hva slags tjeneste det er tale om.

Hvis lokale kontorer innenfor en statlig etat behandler like tilfeller ulikt, kan det være forskjellsbehandling. Det kan for eksempel gjelde trygdesaker som avgjøres av de lokale Nav-kontorene. Folketrygdloven anses riktignok som en rettighetslov med liten grad av skjønn for myndighetene når først vilkårene for en ytelse er oppfylt. Men en del av bestemmelsene åpner likevel for skjønn, for eksempel § 1-5 siste ledd andre punktum om unntak fra hvem som regnes som samboere. Her må det være riktig å anta at Nav som helhet skal ivareta hensynet til likhet og sørge for at disse bestemmelsene ikke praktiseres ulikt fra sted til sted. Dette er det mulig å oppnå gjennom riktig opplæring, gode rundskriv og ved at Nav sentralt er klageorgan med Trygderetten som overprøvingsinstans. En annen sak er at også for statlige organer kan geografiske ulikheter være relevante, for eksempel når saker behandles av ulike politidistrikter.

4.3.2.3 Krav om fast eller entydig praksis

Ifølge rettspraksis er det ikke nok for å konstatere forskjellsbehandling at det foreligger enkelte sammenlignbare saker som har fått gunstigere resultat enn den aktuelle saken. Det må foreligge en fast eller entydig

praksis som det skjer et avvik fra.²¹ I Rt. 1983 s. 1290, som gjaldt søknad om tillatelse til avkjørsel fra riksvei, fant Høyesterett at det i fire lignende saker var gitt slik tillatelse. Men at disse hadde fått tillatelse, kanskje på sviktende grunnlag, var ikke nok til å fastslå at det i forhold til denne søkeren var skjedd en usaklig forskjellsbehandling, så lenge flertallet av søknader var blitt avslått. I utvisningssaken i Rt. 1998 s. 1795 var det påberopt at en annen utlending i en lignende sak ikke var blitt utvist. Dette var imidlertid ikke tilstrekkelig til å underkjenne vedtaket om utvisning av saksøkeren, for den saken han viste til, fremsto som et mulig unntak fra en ellers konsekvent og streng praksis (s. 1808).

En entydig praksis ble i drosjeløyvedommen satt som forutsetning for å konstatere usaklig forskjellsbehandling. De enkeltsakene saksøkeren hadde vist til, var ikke «bevis for at det er en entydig praksis som tilsier at det har skjedd et brudd på prinsippet om likebehandling i dette tilfellet» (68).²² I Rt. 2012 s. 1547 om merverdiavgift ble kravet opprettholdt, riktignok med en kommentar om at det ble sett på som uheldig at praksis ikke var konsistent (49).

De refererte sakene kan tyde på at det skal mye til for å konstatere avvik fra en fast praksis. Dommen i Rt. 1994 s. 60 (New York) viser likevel at i noen tilfeller kan så lite som to saker være tilstrekkelig som sammenligningsgrunnlag. Diskoteket New York i Stavanger var nektet en prøveperiode som nattklubb med utvidet skjenke- og åpningstid på halvannen time, til forskjell fra Cobra Bar Dance og Taket. Det var i orden at kommunestyret ville begrense antall skjenkebevillinger, men alle de interesserte måtte få mulighet til å bli vurdert på lik linje. De tre utestedene fremsto som svært like, både i art og beliggenhet, og sakene falt sammen i tid. Like tilfeller ble da behandlet ulikt, og Høyesterett krevde at det skulle foreligge en saklig grunn for dette. I denne saken fantes det ikke noen fast praksis om å nekte utvidet skjenketid som sakene om Cobra Bar Dance og Taket representerte unntak fra. Disse to utgjorde derfor

21 Stub 2016 behandler dette etter spørsmålet om forskjellsbehandlingen kan rettfærdiggjøres, mens det etter vårt syn dreier seg om hvorvidt det i det hele tatt har skjedd en relevant forskjellsbehandling. Høyesterett skiller ikke tydelig mellom de ulike leddene i vurderingen.

22 Rt. 2011 s. 111.

det relevante sammenligningsgrunnlaget, til forskjell fra sakene nevnt ovenfor.

Selv om et vedtak utgjør et brudd med en fast eller entydig praksis, kan det likevel være tillatt dersom det er ledd i en omlegging av praksis, for eksempel ut fra endrede politiske forhold eller ny kunnskap på området. Det kan for eksempel være at flere bedrifter gjennom årene har fått tillatelse til utslipp av en bestemt type gass. Hvis det så kommer forskning som viser at denne gassen er mer helseskadelig enn antatt, kan forurensningsmyndighetene heretter nekte å gi tillatelse til utslipp av den. Eller en kommune som har vært slepphendt med å gi dispensasjon fra byggeforbudet i strandsonen, kan bli nødt til å legge om praksis etter påtrykk fra de sentrale myndigheter. Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling er ikke til hinder for slike praksisendringer.

4.3.3 Når har forskjellsbehandlingen saklig grunn?

Et klart tilfelle av usaklig forskjellsbehandling er der det ikke vises til noen grunn. Den nevnte New York-saken er et eksempel på dette. En enstemmig Høyesterett uttalte at kommunen ikke hadde påberopt noen grunn til å vurdere utestedet New York annerledes enn Cobra Bar Dance og Taket, og kom til at det var foretatt usaklig forskjellsbehandling. Heller ikke i Rt. 2012 s. 1444 var det gitt noen forklaring på forskjellsbehandlingen. Den gjaldt forsinkelsesrente ved krav om tilbakebetaling av for mye utbetalt trygd. Staten hadde i og for seg adgang til å kreve slik rente, men når den ikke hadde gjort det overfor andre i samme situasjon, kunne den heller ikke gjøre det her.

Når det ikke er vist til noen grunn, kan forskjellene være helt tilfeldige, for eksempel fordi en sak er avgjort av en saksbehandler som ikke har sjekket hvordan andre tilsvarende saker er behandlet. Det kan også være at organet ikke vil vedkjenne seg grunnen til den ulike behandlingen, for eksempel «trynefaktoren» eller at parten oppleves som «vanskelig». I disse tilfellene vil det naturligvis ikke foreligge noen saklig grunn til forskjellsbehandlingen, og den vil være ulovlig.

I de tilfellene hvor forvaltningen begrunner forskjellsbehandlingen, er det spørsmål om grunnen er saklig. Rt. 1996 s. 78 gjaldt skjenkebevilling. I

valget mellom søkere som det ut fra en alkoholpolitisk vurdering ikke var noe å innvende mot, hadde kommunen lagt vekt på hvor i Nordfjordeid sentrum skjenkestedene ville ligge. Høyesterett uttalte at når kommunen med en lovlig begrunnelse hadde fastsatt et «tak» på antallet skjenkebevillinger, måtte det være adgang til å legge vekt på hvilken lokalisering av skjenkestedet som ut fra en bredere vurdering av miljø- og byutviklingshensyn ville være den heldigste. Dette hadde kommunestyret gjort.

I Rt. 1974 s. 149 (Sauda) omhandlet utgiftene til renovasjon for boliger som i 1916 var oppført av bedriftene og som fortsatt var eid av dem. Det dreide seg om en anleggsby, Åbøbyen, hvor bedriftene selv i stor grad hadde sørget for infrastrukturen, herunder renovasjon. Da kommunen i 1958 overtok ansvaret for å utføre renovasjonen, ble den enig med bedriftene om at disse fortsatt skulle dekke utgiftene. I 1967 sa bedriftene opp denne avtalen og krevde å betale samme renovasjonsavgift som andre huseiere, en avgift som dekket rundt halvparten av de reelle kostnadene. Kommunen mente at bedriftenes spesielle stilling innen kommunen utgjorde saklig grunn til å forskjellsbehandle dem. Den anførte at bedriftene fortsatt hadde ansvaret for en rekke funksjoner i Åbøbyen som normalt tillå de kommunale myndigheter, herunder elektrisitets- og vannforsyningen samt vedlikehold av veier, kloakk mv. Høyesteretts flertall viste til at dette opprinnelig skyldtes at en tynt befolket og fattig kommune ikke kunne løse alle de oppgavene anlegget førte med seg på kort tid. De historiske forholdene kunne imidlertid ikke gi tilstrekkelig saklig juridisk grunnlag for å videreføre forskjellsbehandlingen med hensyn til renovasjon. Heller ikke at bedriftene eide mange hus, eller at det for dem var nokså uvesentlige utgifter, kunne være avgjørende. Dette kan ses som eksempel på at endrede samfunnsforhold kan føre til at forskjellsbehandling ikke lenger har noen saklig grunn.

Også læren om at forvaltningen ikke kan ta utenforliggende hensyn, er en del av myndighetsmisbrukslæren og et utslag av at forvaltningen må opptre saklig.²³ De to lærene har dermed likhetstrekk. Forskjellen er at den som mener at et hensyn som er tatt i en sak er utenforliggende i seg selv, ikke trenger å gå veien om en sammenligning med andre saker.

23 Graver 2019, pkt. 8.3; Eckhoff og Smith 2018, s. 388–389.

Omvendt kan en forskjellsbehandling anses som usaklig uten at det er tatt utenforliggende hensyn. Det kan hende at et i og for seg saklig hensyn ikke kan begrunne den forskjellen som er gjort, eller at forskjellsbehandlingen ikke har noen grunn i det hele tatt. Hvorvidt læren om utenforliggende hensyn likevel kan være del av det rettslige clusteret som er tema i dette kapitlet, kommer vi tilbake til i punkt 4.4.

4.4 Forbudet mot diskriminering

4.4.1 Innledning

Diskriminering kan defineres som ulovlig forskjellsbehandling. Nærmere bestemt dreier det seg om tilfeller der personer, på grunn av faktorer som kjønn, etnisitet eller alder, utsettes for forskjellsbehandling, og forskjellsbehandlingen ikke har en tilstrekkelig begrunnelse. Etter lovgivningen må tre vilkår må være oppfylt for at diskriminering skal kunne konstateres.²⁴ For det første må det foreligge forskjellsbehandling. Dette vil si at en person behandles dårligere enn andre. For det andre må denne forskjellsbehandlingen ha sammenheng med et vernet diskrimineringsgrunnlag. Dersom det foreligger forskjellsbehandling som er knyttet til et vernet grunnlag, er det – for det tredje – et vilkår at forskjellsbehandlingen ikke kan begrunnes på en måte som likevel gjør den lovlig.

I det følgende skal vi se nærmere på vilkårene for diskriminering og sammenholde disse med det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling. Noen likheter og forskjeller kan slås fast allerede her.

En forskjell er at det etter den diskrimineringsrettslige læren er et vilkår at det må foreligge sammenheng mellom forskjellsbehandlingen og et vernet diskrimineringsgrunnlag. Dette har nær sammenheng med diskrimineringsvernets begrunnelse, som går ut på å korrigere gruppebasert ulikhet. Dette vilkåret innebærer samtidig en terskel for at

²⁴ Det foreligger også en egen diskrimineringsrettslig bevisbyrde-regel. Denne belyses ikke nærmere her.

diskrimineringsforbudet kan komme til anvendelse. En slik begrensning følger ikke av den forvaltningsrettslige læren.

Det er imidlertid også likhetstrekk i vilkårene for usaklig forskjellsbehandling etter forvaltningsretten og diskrimineringsretten. Begge regelsett stiller krav om at det må foreligge forskjellsbehandling, og begge inneholder en åpning for at denne kan begrunnes på en måte som gjør den lovlig. Selv om det er ytre likhetstrekk, er det imidlertid store innholdsmessige forskjeller på begge disse punktene. Fremstillingen nedenfor viser at innholdet i begge disse vilkårene er gunstigere for individet etter den diskrimineringsrettslige læren enn etter den forvaltningsrettslige.

4.4.2 Hva utgjør forskjellsbehandling?

Vilkåret om forskjellsbehandling forutsetter at noen stilles dårligere enn andre. Forskjellsbehandling kan finne sted enten direkte eller indirekte. Begge deler er omfattet av den diskrimineringsrettslige læren.²⁵

Direkte forskjellsbehandling omfatter situasjoner der en person direkte på grunn av sitt kjønn, sin alder, sin religion, sin nedsatte funksjonsevne mv. behandles dårligere enn andre. Dette vil si at like tilfeller behandles ulikt. Direkte forskjellsbehandling er ofte forankret i stereotype oppfatninger av egenskaper ved blant annet kvinner, eldre, homofile og lesbiske, ikke-vestlige innvandrere, kristne eller muslimer, som ikke har sammenheng med det enkelte individs egenskaper og kvalifikasjoner.

Odelslovens utforming frem til 1974 er et eksempel på direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn, fordi den uttrykkelig fastsatte at menn gikk foran kvinner med hensyn til odelsretten. At det er ulike vilkår i folketrygdloven for mødres og fedres uttak av foreldrepermisjon, er et annet eksempel.²⁶ Et tredje eksempel på direkte forskjellsbehandling er arbeidsmiljøloven § 15-13 a første ledd, som fastsetter den generelle aldersgrensen for opphør av arbeidsforhold til 72 år. Den utgjør forskjellsbehandling på grunn av alder.

²⁵ Se også Hellum og Strand 2022, kap. 5 og 6.

²⁶ Folketrygdloven § 14-13.

Indirekte forskjellsbehandling foreligger der bestemmelser, betingelser, praksiser, handlinger og unnlatelser er nøytralt utformet eller bygger på nøytrale kriterier (og dermed ikke utgjør direkte forskjellsbehandling), men likevel fører til at personer havner i en dårligere posisjon enn andre på grunn av kjønn, etnisitet, religion, nedsatt funksjonsevne m.m. En annen måte å beskrive indirekte forskjellsbehandling på, er at ulike tilfeller blir behandlet likt.

EU-domstolen spilte en vesentlig rolle i utviklingen av vernet mot indirekte diskriminering. Her var *Bilka*-dommen avsagt i 1986 sentral.²⁷ Saken oppstod fordi personer som arbeidet deltid i varehuskjeden *Bilka* ikke fikk samme pensjonsrettigheter som personer som arbeidet heltid. EU-domstolen fastslo at pensjonsordningen, som var gitt en nøytral utforming, utgjorde indirekte forskjellsbehandling fordi den rammet kjønnsskjevt. Grunnen til dette var at flertallet av de heltidsarbeidende var menn, og flertallet av de deltidsarbeidende var kvinner.

Ldl. §§ 7 og 8 definerer direkte og indirekte forskjellsbehandling. Det fremkommer at forskjellsbehandling forutsetter at noen behandles eller stilles «dårligere» enn andre.²⁸ For å kunne slå fast om det foreligger forskjellsbehandling, må situasjonen til personen som mener seg diskriminert sammenlignes med situasjonen til andre personer. Det er imidlertid ikke noe krav om at det identifiseres en eller flere sammenlignbare saker, slik som etter den forvaltningsrettslige læren. Det sentrale etter den diskrimineringsrettslige læren er om en person er behandlet eller kommer dårligere ut enn andre personer som får eller kan få sine saker behandlet av forvaltningen.

I saker om direkte forskjellsbehandling skal sammenligningen etter forarbeidene foretas «med utgangspunkt i relativt likeartede situasjoner»,²⁹ jf. uttrykket «tilsvarende situasjon» i ldl. § 7. Indirekte forskjellsbehandling forutsetter at et nøytralt regelverk har virkninger som gjør at

27 EU-domstolen, *Bilka*-dommen, Sak C-170/84, EU:C:1986:204.

28 Dette fremkommer ikke direkte av ordlyden i aml. § 13-1, men må innfortolkes.

29 Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) pkt. 8.3.5.3 s. 35.

personer som tilhører en diskrimineringsvernet gruppe stilles dårligere enn andre.³⁰

Forskjellsbehandling kan for eksempel knytte seg til nivået på en ytelse eller til hvilke betingelser som stilles, men rekker videre enn dette. Det er ikke et krav om at forskjellsbehandling av enkeltpersoner skal ha funnet sted i praksis, verken direkte eller indirekte. Det er tilstrekkelig at et forhold er *egnet til* å diskriminere enkeltpersoner. Dette vil si at forskjellsbeholdende kriterier inntatt i lover, forskrifter, rundskriv eller vedtak kan aktualisere spørsmål om brudd på vernet mot diskriminering til tross for at det ikke har inntruffet en konkret negativ virkning, fordi dette er «bindende betingelser som etter sin art forutsettes å bli fulgt».³¹ Dersom et rundskriv slår fast at personer med en bestemt religion ikke skal tildeles de samme goder som andre, vil det derfor i seg selv reise spørsmål om direkte diskriminering. Lover, forskrifter, rundskriv og vedtak kan også ha et innhold som ikke direkte forskjellsbehandler ulike grupper, men som likevel indirekte kan ha virkninger som gjør at personer fra noen grupper stilles dårligere enn andre. For eksempel vil generelle krav til språkferdigheter som vilkår for å motta et gode, indirekte kunne føre til at noen personer stilles dårligere enn andre på grunn av etnisitet eller nedsatt funksjonsevne. Og om det innføres generelle krav knyttet til kroppsvekt og høyde for at en person skal kunne få et tilbud eller et gode, vil det utløse spørsmål om indirekte kjønnsdiskriminering.³²

En person som mener seg diskriminert, har ulike måter å underbygge en påstand om diskriminering på. Direkte forskjellsbehandling kan underbygges gjennom en sammenligning med både faktiske og hypotetiske personer som befinner seg i en lik eller tilsvarende situasjon som den som mener seg diskriminert.³³ Indirekte forskjellsbehandling kan underbygges ved hjelp av statistikk eller på andre måter. Et eksempel er forskning som viser at kommuner systematisk innvilger et mindre antall timer i hjemmehjelp til eldre kvinner med døtre enn til eldre kvinner

30 EU-domstolen, CHEZ, Sak C-83/14, EU:C:2015:480, avsnitt 101. Dette er nærmere utredet i Hellum og Strand 2022, pkt. 6.2.3.

31 Prop. 81 L (2016–2017) pkt. 12.9.2.2 s. 111.

32 I et slikt tilfelle vil det også kunne oppstå spørsmål om «skjult» eller tildekket direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn, se Hellum og Strand 2022, pkt. 6.2.1.

33 Prop. 81 L (2016–2017) pkt. 12.2.5.1 s. 103. Se Hellum og Strand 2022, kapittel 9.

med sønner: Hjelpetrengende eldre kvinner som har en datter mottar 25 prosent mindre offentlig omsorg enn om hun hadde hatt en sønn. Og hjelpetrengende eldre menn med datter mottar gjennomsnittlig 19 prosent mer offentlig omsorg enn eldre kvinner med datter.³⁴ Selv om tildelingen av hjemmehjelp skjer på grunnlag av et nøytralt regelverk, viser tallene at det foreligger kjønnsrelaterte forskjeller i hvordan regelverket praktiseres. Tallene kan tyde på at det finner sted indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn.³⁵

Når vi sammenholder det forvaltningsrettslige og det diskrimineringsrettslige vilkåret om forskjellsbehandling, ser vi at den forvaltningsrettslige læren har en innretning som er strammere enn den diskrimineringsrettslige. Den inneholder krav om at det må foreligge sammenlignbare saker, den gjelder først og fremst avgjørelser truffet av samme organ, og det må konstateres en entydig praksis som det aktuelle vedtaket avviker fra. Etter den diskrimineringsrettslige læren er det tilstrekkelig at en person har kommet, eller vil kunne komme, dårligere ut enn andre, så lenge dette henger sammen med et diskrimineringsgrunnlag. Læren er ikke begrenset til sammenlignbare saker (selv om det kan være relevant), og det er ikke noe krav om fast praksis. Spørsmålet om samme organ er i liten grad satt på spissen, men det kan ikke utelukkes at det vil kunne oppstå spørsmål der forskjeller mellom ulike forvaltningsorganers vedtak anses å utgjøre diskriminering.

Diskrimineringsrettens forbud har derfor i en del tilfeller en sterkere forbindelseslinje til det forvaltningsrettslige forbudet mot utenforliggende hensyn enn til forbudet mot usaklig forskjellsbehandling. Dette vil være tilfelle dersom det i et vedtak er lagt vekt på diskriminerende

34 Se Thea Berge mfl. *Formell og uformell omsorg. Samspillet mellom familien og velferdsstaten*. NOVA Notat 3/14. Oslo: 2014. <https://oda.oslomet.no/oda-xmlui/bitstream/handle/20.500.12199/5197/NOVA-Not-3-14-Formell-og-uformell-omsorg.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, s. 19 som viser en slik kjønnsforskjell i tildeling av hjemmetjenester. For enkelhets skyld omhandler vårt eksempel hjemmehjelp, som dekkes av uttrykket «praktisk bistand» i helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 nr. 6 b. Brukeren har rett til dette etter pbrl. § 2-1 a andre ledd hvis det er nødvendig, men omfang og nivå må vurderes konkret ut fra den enkeltes behov. Kommunens ressurser kan tas i betraktning, se Prop. 91 L (2010–2011) spesialmerknaene til pbrl. § 2-1 a andre ledd. Utmålingen er dermed i noen grad overlatt til forvaltningens frie skjønn.

35 Om forskjellsbehandlingen har en begrunnelse som gjør den tillatt, kommenteres ikke nærmere her.

faktorer, for eksempel etnisitet, religion, kjønn eller seksuell orientering, til tross for at disse faktorene ikke er relevante. Slike kriterier vil kunne klassifiseres som utenforliggende hensyn. I så fall vil det aktuelle vedtaket både kunne stride mot forbudet mot diskriminering og mot forbudet mot utenforliggende hensyn på samme tid. Ved overprøving og håndheving vil en person i et slikt tilfelle kunne påberope seg begge deler. Dette åpner opp for mange veier og valg, se nærmere i punkt 4.5.

4.4.3 Krav om sammenheng med ett eller flere diskrimineringsgrunnlag

Det andre vilkåret er at det må være en sammenheng mellom forskjellsbehandlingen og ett eller flere vernede diskrimineringsgrunnlag. Dette reflekteres i ordlyden i ldl. § 6 første ledd, der det slås fast at «[d]iskriminering på grunn av» de opplistede gruppekjennetegnene, er forbudt. Også forskjellsbehandling på grunn av «kombinasjoner» av grunnlagene, såkalt *sammensatt diskriminering*, er forbudt.

Krav om sammenheng med ett eller flere diskrimineringsgrunnlag utgjør en begrensning i diskrimineringsforbudets rekkevidde. Dette er en begrensning som ikke er del av det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling. Dersom forskjellsbehandlingen ikke kan knyttes til noe vernet gruppekjennetegn, men ser ut til å være tilfeldig, skyldes dårlig kjemi mellom tjenestemannen og personen eller har andre grunner som ikke er akseptable, vil det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling dermed ha mest å tilby.³⁶

Som nevnt inneholder flere menneskerettskonvensjoner en åpen sekkekategori som har ført til at nye grunnlag over tid har blitt inkludert i diskrimineringsvernet. EMD og FNs menneskerettskomité har for eksempel innfortolket ekteskapeleg status, helse, nasjonalitet og yrkestilhørighet i diskrimineringsforbudene i EMK og SP.³⁷ Ved spørsmål om diskriminerende forvaltningsvedtak, vil enkeltpersoner kunne påberope seg brudd på EMK og SP direkte, dersom en sak omhandler grunnlag som ikke er

³⁶ Se imidlertid punkt 4.6.

³⁷ NOU 2009: 14 pkt. 13.4.2 s. 157. Se bl.a. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, N.P. Engel Kehl 2005, s. 626.

listet opp i den ordinære likestillings- og diskrimineringslovgivningen. Menneskerettskonvensjonenes forbud mot diskriminering, og praksis på den internasjonale arena, skaper en fleksibilitet som gjør at forbudet mot diskriminering over tid utvikles videre og kommer til anvendelse for nye grupper og problemstillinger. Dette betyr at begrensningen til de opp-listede grunnlagene svekkes. Grunnlovens diskrimineringsforbud er en del av dette bildet, se punkt 4.6.

4.4.4 Lovlig forskjellsbehandling

Ikke all forskjellsbehandling utgjør diskriminering. Det tredje og siste vilkåret for diskriminering er at det ikke dreier seg om lovlig forskjellsbehandling. For å avgjøre dette, må det etter ldl. § 9 foretas en bred forholdsmessighetsvurdering. Det skal tas stilling til om forskjellsbehandlingen «har et saklig formål» og om den er «nødvendig for å oppnå formålet». I tillegg må den ikke være «uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles». Alle de tre undervilkårene må være oppfylt, noe som blant annet vil si at forskjellsbehandling som er begrunnet i et saklig formål, fortsatt vil være ulovlig dersom den er uforholdsmessig inngripende.

Med saklig formål menes at forskjellsbehandlingen må være begrunnet i ett eller flere beskyttelsesverdige formål.³⁸ Hva som er beskyttelsesverdige formål, vurderes konkret ut ifra den enkelte situasjon. I arbeidslivet vil det for eksempel kunne dreie seg om hensyn knyttet til arbeidsgivers økonomi, eller ulike administrative eller markedsmessige hensyn. Forskjellsbehandling i forvaltningen vil kunne være begrunnet i fordelingshensyn, hensyn knyttet til borgernes helse og sikkerhet eller lignende. Under nødvendighetskriteriet skal det vurderes om samme formål kan oppnås med mindre inngripende tiltak. Om det finnes slike alternativer, taler det for at forskjellsbehandlingen ikke er nødvendig. Til sist skal det vurderes om forskjellsbehandlingen er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles. Dette omtales ofte som forholdsmessighet i snever forstand. Her trekkes individuelle

38 NOU 2005: 8 s. 173.

forhold ved den enkelte sak inn, og inngrepets alvorlighetsgrad for individet ses opp mot det som søkes oppnådd. Jo mer inngripende tiltaket er for den som rammes, jo viktigere må formålet som søkes oppnådd være. I proposisjonen til likestillings- og diskrimineringsloven er det presisert at «[k]ravet til forholdsmessighet innebærer at løsningen samlet sett må fremstå som rimelig».³⁹ Det er også fremhevet at «hensynet til likestilling og ikke-diskriminering generelt [vil] veie tungt» i interesseavveiningen.⁴⁰

Den diskrimineringsrettslige unntaksadgangen og den forvaltningsrettslige har ulik innretning. Mens forvaltningsretten nøyer seg med å kreve at forvaltningen kan begrunne på saklig vis hvorfor like tilfeller er behandlet ulikt, inneholder den diskrimineringsrettslige unntaksadgangen i tillegg et nødvendighetskrav og et forholdsmessighetskrav. Dette hever terskelen for hva som skal til for at forskjellsbehandlingen er lovlig. Ved at den inneholder et krav om forholdsmessighet, blir konsekvensene for individene som rammes trukket inn i vurderingen. Et forbud mot uforholdsmessige inngrep følger ikke av den forvaltningsrettslige læren om usaklig forskjellsbehandling. Myndighetsmisbrukslæren inneholder riktignok også et forbud mot grovt urimelige avgjørelser, se punkt 4.6 nedenfor. Men det skal mye til å nå frem med dette, og så sant det foreligger et diskrimineringsgrunnlag, vil den private part lettere vinne frem på grunnlag av diskrimineringsreglene enn etter læren om usaklig forskjellsbehandling i forvaltningsretten. Vi skal se på to eksempler.

Diskrimineringsnemndas behandling av en sak om avslag på søknad om opptak til fengselsbetjentutdannelsen reiste spørsmål om direkte diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne.⁴¹ A hadde søkt om opptak til fengselsbetjentutdanningen hos Kriminalomsorgens høyskole og utdannessenter. Avslaget på opptak var begrunnet i at A manglet syn på et øye. Det ble slått fast både at det forelå direkte forskjellsbehandling og at den hadde sammenheng med diskrimineringsgrunnlaget nedsatt funksjonsevne. I vurderingen av om det dreide seg om lovlig

39 Prop. 81 L (2016–2017) pkt. 14.2.1 s. 119.

40 Prop. 81 L (2016–2017) pkt. 14.2.1 s. 119. Avveiningen påvirkes også av hvilket diskrimineringsgrunnlag en sak gjelder, av hvilket samfunnsområde saken omhandler, og av om saken omhandler direkte eller indirekte forskjellsbehandling. Dette faller det utenfor formålet med dette kapittelet å gå nærmere inn i.

41 DIN-2018-55.

forskjellsbehandling, viste nemnda til at avslaget blant annet var begrunnet i hensynet til egen og andres sikkerhet, noe som ble ansett å være et saklig hensyn. Nemnda mente imidlertid at nødvendighetskriteriet ikke var oppfylt, fordi det i vurderingen av avslaget ikke i tilstrekkelig grad var foretatt en individuell vurdering av As faktiske kompetanse. Det ble dermed konkludert med at A var blitt utsatt for direkte diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne.

Dersom et enkeltvedtak er utformet på bakgrunn av et bakenforliggende reglement, kan spørsmål om brudd på diskrimineringsvernet tas opp enten med utgangspunkt i reglementet eller med utgangspunkt i det aktuelle enkeltvedtaket. Nemndas behandling av en sak om eksamensavvikling på en lørdag illustrerer dette.⁴² Konkret omhandlet saken spørsmålet om jødiske studenter var diskriminert på grunn av sin religion fordi universitetet hadde planlagt eksamen for dem på en lørdag.⁴³ Studentene praktiserte i tråd med jødisk tro at lørdag er helligdag. Saken var foranlediget av de konkrete avslagene på søknader om endring av eksamensdag, men for nemnda var saken sentrert rundt universitetets reglement. Reglementet for eksamensavvikling var nøytralt utformet, men hadde virkninger som satte enkelte studenter i en dårligere stilling enn andre. Nemnda slo fast at det forelå indirekte forskjellsbehandling som hadde sammenheng med religion. Det ble imidlertid konkludert med at forskjellsbehandlingen hadde en begrunnelse som likevel gjorde den lovlig, og at det dermed ikke forelå diskriminering. Blant annet ble universitetets behov for praktiserbare eksamensordninger ansett å utgjøre et saklig formål. I den konkrete forholdsmessighetsvurderingen ble det tillagt vekt at de aktuelle studentene hadde mulighet til å få tilpassning i form av gyldig fravær og at de kunne gå opp til utsatt eksamen, der lørdagen ble unngått som eksamensdag.

Den første saken er et eksempel på at diskrimineringsforbudet kan gi sterkere rettigheter enn forbudet mot usaklig forskjellsbehandling i forvaltningsretten. A ville – hvis saken var blitt ført for en domstol – neppe nådd frem med det forvaltningsrettslige forbudet, ettersom det ble ansett

42 LDN-2012-36.

43 LDN-2012-36.

som saklig å avslå fordi han manglet syn på et øye. Forbudet mot grovt urimelige avgjørelser ville heller ikke vært til hjelp her, fordi terskelen ligger så høyt. I den andre saken ville det neppe vært aktuelt å påberope det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling i det hele tatt, siden forskjellsbehandlingen var indirekte. Det fantes ingen sammenlignbare tilfeller hvor studentene slapp å ha eksamen på lørdag, slik det kreves hvis det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling skal være aktuelt. Hadde saken likevel vært prøvd av domstolene etter denne læren, ville vurderingen stoppet etter at det var fastslått at grunnen var saklig; forholdsmessigheten ville ikke blitt vurdert (annet enn eventuelt gjennom et krav til begrunnelsen, se nedenfor i punkt 4.6). Etter den forvaltningsrettslige læren ville man heller ikke prøvd reglementet og dets virkninger på generelt plan, men holdt seg til enkeltsakene. Også denne saken illustrerer derfor at man kan komme lenger med diskrimineringsforbudet, selv om studentene ikke nådde frem i dette tilfellet.

4.5 Overprøving, håndheving, rettsvirkninger og sanksjoner

4.5.1 Innledning

Gjennom overprøving eller håndheving av et forvaltningsvedtak foretas en etterfølgende kontroll med forvaltningens virksomhet. Dersom det i den forbindelse konstateres at et vedtak bryter med enten diskrimineringsforbudet eller det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling, setter det skranker for myndighetsutøvelsen. Overprøvings- og håndhevingsmulighetene har på denne måten direkte betydning for realiseringen av de materielle reglene.

Overprøving og håndheving skjer vanligvis i enten et forvaltningsrettslig eller et diskrimineringsrettslig spor. Koblinger mellom de to sporene er i liten grad synlige utad, men finnes likevel.

Den som mener seg utsatt for forvaltningsrettslig usaklig forskjellsbehandling, kan ta det opp gjennom forvaltningsklage og domstolsbehandling. Men også diskrimineringsforbudet kan i enkeltsaker prøves i dette sporet. Der kan det utgjøre et selvstendig grunnlag for

ugyldighet. For begge gjelder at Sivilombudet har kompetanse til å uttale seg om innholdet i et forvaltningsvedtak, herunder myndighetsmisbruk og diskriminering.

På likestillings- og diskrimineringsfeltet er det etablert et eget apparat bestående av Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) og Diskrimineringsnemnda, som begge er uavhengige forvaltningsorganer. Nemnda har kompetanse til å håndheve diskrimineringslovgivningen.⁴⁴ Den skal bidra til gratis, enklere og raskere håndheving av saker om diskriminering enn det som er mulig gjennom ordinær domstolsbehandling. Om et diskriminerende forvaltningsvedtak skal bringes inn for nemnda, et overordnet forvaltningsorgan, Sivilombudet eller ordinære domstoler, må avgjøres av den som angriper vedtakets innhold.⁴⁵

4.5.2 Klage til overordnet forvaltningsorgan

Den som mener at et forvaltningsvedtak innebærer usaklig forskjellsbehandling eller diskriminering, kan klage til overordnet organ (eller annen klageinstans) etter forvaltningsloven (fvl.) § 28. Klageinstansen kan i utgangspunktet prøve alle sider av saken. Den har etter loven bare plikt til å vurdere de synspunktene klageren kommer med, jf. § 34 andre ledd, men det er alminnelig antatt at den uansett må prøve om vedtaket har hjemmel. Ut fra utredningsplikten etter fvl. § 33 femte ledd kan klageinstansen etter omstendighetene også få plikt til å prøve om grensene for skjønnsutøvelsen er overtrådt, iallfall hvis det er noe i saken som tyder på dette.⁴⁶ For å sikre prøving er det likevel viktig at en klager som mener at det har skjedd usaklig forskjellsbehandling eller diskriminering, påberoper seg det i klagen.

Regelen i fvl. § 34 andre ledd tredje punktum om at et statlig klageorgan som prøver et vedtak fra et kommunalt organ skal legge «stor vekt

44 Kompetansen er nærmere regulert i diskrimineringsombudsloven 2017. På diskrimineringsfeltet har det helt siden vedtakelsen av likestillingsloven i 1978 eksistert et eget lavterskel håndhevingsapparat.

45 I tillegg vil forbudet mot diskriminering i mange tilfeller også kunne håndheves av internasjonale håndhevingsorganer, etter at nasjonale rettsmidler er uttømt, men her konsentrerer vi oss om nasjonal overprøving, håndheving, rettsvirkninger og sanksjoner.

46 Eckhoff og Smith 2018, s. 305.

på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn», spiller ingen rolle her. Grunnen er at myndighetsmisbrukslæren og diskrimineringsforbudet danner rettslige grenser for det frie skjønn, og disse grensene kan klageinstansen uansett prøve. Hvis forbudet mot usaklig forskjellsbehandling eller diskriminering er overtrådt, er det en rettslig feil som kan føre til endring av vedtaket. Det innebærer at klageinstansen kan endre vedtaket, oppheve det eller treffe nytt vedtak.

4.5.3 Sivilombudet

Et forvaltningsvedtak kan bringes inn for Sivilombudet. Ombudet kan prøve alle sider av saken, blant annet om det har skjedd myndighetsmisbruk som følge av usaklig forskjellsbehandling eller diskriminering. Kommer hun til at det er begått feil, kan hun likevel ikke endre vedtaket eller instruere forvaltningen om å gjøre det, men må nøye seg med «å uttale sin mening», jf. sivilombudsloven § 12 første ledd.⁴⁷ Normalt vil forvaltningen rette seg etter Sivilombudets syn.⁴⁸

Sivilombudet kan også ta opp saker av eget tiltak.

4.5.4 Klage til Diskrimineringsnemnda om at vedtak utgjør diskriminering

Diskrimineringsnemnda håndhever den nasjonale likestillings- og diskrimineringslovgivningen.⁴⁹ Nemnda har vanligvis kompetanse til å treffe bindende vedtak om brudd på forbudet mot diskriminering, men nemnda kan «ikke treffe vedtak om at andre forvaltningsorganers vedtak innebærer brudd på» forbudet mot diskriminering, jf. diskrimineringsombudsloven (diskrol.) § 14 første ledd.⁵⁰ I saker om diskriminerende vedtak kan nemnda bare avgi en ikke-bindende uttalelse om hvorvidt det

47 Lov 18. juni 2021 nr. 121 om Stortingets ombud for kontroll med forvaltningen (sivilombudsloven).

48 NOU 2019; 5 pkt. 24.1.

49 Se diskrol. § 1 annet ledd som lister opp hvilke lover det gjelder.

50 Et unntak fra dette foreligger ved at nemnda likevel kan fatte vedtak i saker der et forvaltningsorgan har truffet vedtak i kraft av å være arbeidsgiver, se diskrol. § 14 første ledd annet punktum. I slike tilfeller er nemnda også gitt kompetanse til å tilkjenne oppreisning og erstatning etter diskrol. § 12.

foreligger lovbrudd. Begrunnelsen for dette er at nemnda ikke skal være en forvaltningsdomstol.⁵¹ Følgelig har den ikke kompetanse til å omgjøre et vedtak som følge av ugyldighet, og den kan heller ikke pålegge stansing, retting eller andre tiltak som er nødvendige for å sikre at diskriminering opphører, jf. diskrol. § 11 annet ledd. Det er likevel en forventning om at offentlige myndigheter respekterer nemndas tolkninger, og det finnes flere eksempler på at ikke-bindende uttalelser har ført til endring av praksis.⁵²

En annen mulighet er at LDO bringer en sak inn for nemnda der det ikke er en konkret klager, men der det foreligger dokumentasjon som tyder på at diskriminering finner sted, for eksempel i en offentlig institusjon eller i forvaltningens praksis.⁵³ Vi behandler ikke dette nærmere.

4.5.5 Domstolsbehandling

I en sak for domstolene kan saksøkeren påberope seg at et forvaltningsvedtak er ugyldig som følge av usaklig forskjellsbehandling etter den forvaltningsrettslige læren, og eventuelt kreve erstatning. En saksøker kan også påberope seg ugyldighet og eventuelt kreve oppreisning og/eller erstatning som følge av brudd på forbudet mot diskriminering etter likestillings- og diskrimineringsloven. Hvilket grunnlag saksøkeren velger å påberope seg, avhenger av den konkrete saken og om man mener at vilkårene for det ene eller andre er oppfylt, eventuelt begge.

Domstolsprøvingen med forvaltningsvedtak begrenser seg som utgangspunkt til å utgjøre en etterfølgende lovlighetskontroll. Forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn prøves ikke, men grensene for skjønnnet prøves gjennom myndighetsmisbrukslæren, herunder forbudet mot usaklig forskjellsbehandling. Rettsanvendelsen har domstolene som hovedregel kompetanse til å prøve fullt ut, også lovens anvendelse på

⁵¹ Prop. 80 L (2016–2017) pkt. 8.3.1 s. 67.

⁵² Vibeke Blaker Strand, «Håndheving av diskrimineringsvernet i møte med andre lover i velferdsstaten», i Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.), *Rettinger i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*, Gyldendal juridisk 2016, s. 135–166.

⁵³ Se diskrol. § 8 første ledd annet punktum. Et eksempel er nemndas behandling av en sak som ble brakt inn for den av LDO, som omhandlet kjønnsdiskriminerende soningsforhold i Tromsø fengsel, se DIN-2019-114.

faktum i det konkrete tilfellet, subsumsjonen. Det hender likevel at loven overlater subsumsjonen til forvaltningen, eller at domstolene er tilbakeholdne med å overprøve subsumsjonen der den bygger på forvaltningens faglige vurderinger.⁵⁴ Også i disse tilfellene prøver domstolene om forvaltningen har holdt seg innenfor de grensene som myndighetsmisbrukslæren setter.

Når domstolen har konstatert at det har skjedd usaklig forskjellsbehandling, andre former for myndighetsmisbruk eller diskriminering, må den vurdere om feilen skal føre til ugyldighet.

Usaklig forskjellsbehandling etter myndighetsmisbrukslæren er en feil som har virket inn på vedtakets innhold ved at resultatet i saken er blitt et annet enn det skulle vært. Siden vedtaket ligger innenfor hjemmelslovens rammer, mens mangelen gjelder skjønnsutøvelsen, blir det ikke uten videre ugyldig. Det må foretas en helhetsvurdering – en interesseavveining – av om mangelen skal føre til ugyldighet, slik det følger av ulovfestet rett.⁵⁵ Ugyldighet vil i disse tilfellene være til gunst for parten, noe som taler sterkt for å kjenne vedtaket ugyldig, hvis det ikke er til skade for andre interesser. Gjelder saken derimot for eksempel ansettelse i det offentlige, som er et enkeltvedtak etter fvl. § 2 annet ledd, vil det gjerne være en annen som har fått stillingen og har innrettet seg på dette. Da vil interesseavveiningen normalt føre til at denne personen får beholde stillingen, mens det isteden kan bli aktuelt å gi erstatning til den som forskjellsbehandlingen har gått ut over.

Dersom den usaklige forskjellsbehandlingen har ført til økonomisk tap for parten, kan hun søke erstatning etter alminnelige erstatningsrettslige regler.⁵⁶ Et typisk eksempel er at hun i perioden frem til feilen blir rettet opp har gått glipp av en inntekt hun ellers ville fått. Hvis vedtaket ikke lar seg endre på grunn av sterke interesser i å la det bli stående, kan det bli aktuelt med erstatning til parten for tapet det medfører.

Hvis det konkluderes med at et vedtak strider mot forbudet mot direkte eller indirekte diskriminering, vil det også ofte ha fått et annet resultat enn det skulle ha fått. I så fall har feilen hatt innvirkning, noe som taler

54 Se bl.a. Rt. 1995 s. 1427 (Naturfredning).

55 Om interesseavveiningen, se Eckhoff og Smith 2018, s. 474–478.

56 Se f.eks. Eckhoff og Smith 2018, kap. 30 V.

med tyngde for å kjenne vedtaket ugyldig. Noe annet vil være problematisk sett opp mot diskrimineringsrettslige krav til effektiv håndheving. Men også her kan en interesseavveining føre til at vedtaket blir stående, slik som ved ansettelse i det offentlige som nevnt ovenfor. Den diskriminertes interesser må da isteden ivaretas gjennom en kombinasjon av at det slås fast at diskriminering har funnet sted, og at dette utløser krav på erstatning og/eller oppreisning etter ldl. § 38.⁵⁷ Det følger av bestemmelsens tredje ledd at erstatningen skal dekke økonomisk tap som følge av den ulovlige behandlingen, og at oppreisning for ikke-økonomisk skade «fastsettes til det som er rimelig ut fra skadens art og omfang, partenes forhold og omstendighetene for øvrig».⁵⁸ Beregningen vil blant annet avhenge av om vedtaket blir opprettholdt eller ikke.

I sak som reises for domstolene, skal domstolene etter Grunnloven § 89 også prøve om forvaltningens praksis strider mot diskrimineringsforbudet i Grunnloven § 98 annet ledd, se punkt 4.6.

4.6 Nye utviklingstrekk

4.6.1 Innledning

Etter å ha gjennomgått de materielle reglene om usaklig forskjellsbehandling i forvaltningsretten og diskrimineringsretten, og overprøvingen og håndhevingen av dem, vil vi nå rette blikket fremover. Det er særlig to utviklingstrekk vi ser grunn til å fremheve: grunnlovfestingen i 2014 av retten til likhet og forbudet mot diskriminering, og forholdsmessighetsprinsippets betydning for forvaltningens virksomhet.

4.6.2 På vei mot et generelt diskrimineringsforbud?

Grunnloven § 98 lyder:

Alle er like for loven.

Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.

⁵⁷ Diskrimineringsnemnda har som hovedregel kompetanse til å treffe bindende vedtak i saker der forvaltningsorganer utøver arbeidsgiverfunksjoner, se ldl. § 14 første ledd.

⁵⁸ Se Hellum og Strand 2022, kap. 20.

Den brede utformingen av diskrimineringsforbudet i § 98 annet ledd aktualiserer vurderinger av bestemmelsens anvendelsesområde. Særlig sentralt er spørsmålet om hvilke grupper som kan påberope seg dette forbudet mot diskriminering. Ordlyden viser ikke til noen bestemte grupper. Jo flere grupper bestemmelsen kommer til anvendelse for, desto større betydning kan bestemmelsen få i møte med spørsmål om usaklig forskjellsbehandling.

Stortingets menneskerettighetsutvalg diskuterte om diskrimineringsgrunnlagene burde listes opp i § 98, men svarte nei på dette.⁵⁹ Det skyldtes at personer med kjennetegn som ikke ble tatt inn i listen, ville kunne oppleve at deres problemer ikke ble tatt alvorlig, og at det var for stor usikkerhet knyttet til hvilke grunnlag som burde tas med og hvor langt de ulike grunnlagene rakk. Flertallet i Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité mente at «en opplisting i Grunnloven av diskrimineringsgrunnlag ikke vil tjene formålet, all den tid det gjør bestemmelsen mer rigid, og dermed øker faren for å utelate fremtidige grunnlag for diskriminering som nå er vanskelige å forutse».⁶⁰

Det ble påpekt at domstolene i første rekke må forholde seg til ordinær lovgivning for å tolke forbudet mot diskriminering.⁶¹ Grunnlovsbestemmelsen ble imidlertid utformet som en individuell rettighet som kan bringes inn for domstolene i enkeltsaker.⁶² Hensikten var at bestemmelsen skal kunne fungere som en sikkerhetsventil dersom øvrig regelverk «mot formodning skulle mangle».⁶³ Dette kan for eksempel være tilfelle ved forskjellsbehandling som åpenbart er usaklig «og har sammenheng med vesentlige forhold ved en person».⁶⁴

EMK, SP og ØSK gir diskrimineringsvern for flere grupper enn det som følger av den nasjonale likestillings- og diskrimineringslovgivningen. Grunnlovsbestemmelsen kommer i tillegg til konvensjonsbestemmelsene, og det er spørsmål om den skal tolkes slik at den gir diskrimineringsvern for alle grupper som er vernet gjennom menneskerettighetene. Dette er

59 Menneskerettsutvalget i Dokument 16 (2011–2012) s. 149–150.

60 Innst. 186 S (2013–2014) s. 25.

61 Dokument 16 (2011–2012) pkt. 26.6.2.3 s. 147.

62 Dokument 16 (2011–2012) s. 149–150, Innst. 186 S (2013–2014) s. 25.

63 Dokument 16 (2011–2012) pkt. 26.6.2.3 s. 147.

64 Innst. 186 S (2013–2014) s. 25.

ikke endelig rettslig avklart, men kan sies å være i tråd med praksis fra Høyesterett der Grunnlovens menneskerettsbestemmelser er tolket i lys av lignende bestemmelser i internasjonale menneskerettskonvensjoner.⁶⁵ En utvikling i denne retning vil bidra til å forsterke diskrimineringsforbudets betydning i møte med forvaltningens vedtak, fordi stadig flere grupper vil bli inkludert. En slik utvikling vil samtidig nødvendiggjøre nye vurderinger av hvilke grupper som uttrykkelig skal vernes mot diskriminering gjennom ordinær lovgivning. Denne utviklingen vil også «spise seg» ytterligere inn på området som dekkes av myndighetsmisbrukslæren, særlig forbudet mot utenforliggende hensyn.

4.6.3 Forholdsmessighet som krav til forvaltningens vedtak

Innen menneskerettighetene og EU/EØS-retten brukes forholdsmessighet ofte i vid forstand og inkluderer da krav om egnethet, nødvendighet og saklighet. I dette punktet diskuterer vi kravet om forholdsmessighet i snever forstand, som innebærer at det som taler for et vedtak, holdes opp mot de konsekvensene det får for parten. Det har i lengre tid pågått en diskusjon om det kan sies å eksistere et generelt forholdsmessighetsprinsipp i norsk forvaltningsrett, ut over det som følger av menneskerettighetene, EU/EØS-retten og enkelte nasjonale lover, noe blant annet Graver har tatt til orde for.⁶⁶ Her er det viktig å skille mellom forvaltningen selv på den ene siden og domstolene som overprøvingsorgan på den andre. At forvaltningen selv har plikt til å vurdere om vedtak de treffer er forholdsmessige, også i snever forstand, kan etter vårt syn ikke være tvilsomt. Det følger allerede av Isene-dommen i Rt. 1981 s. 745, som krever at begrunnelsen for et forvaltningsvedtak må vise at forvaltningen har vurdert forholdsmessigheten på en forsvarlig måte, iallfall ved inngripende vedtak.⁶⁷ Dette innebærer at det må fremgå av vedtaket at konsekvensene

65 Se f.eks. Rt. 2015 s. 93 (Maria) avsnitt 57 og HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 81.

66 Graver 2019, s. 139.

67 Graver 2019, s. 139 nevner også en eldre avgjørelse, Rt. 1961 s. 910, som antyder at forholdsmessigheten av et vedtak skulle vært vurdert.

for parten er vurdert og avveid mot formålet med vedtaket.⁶⁸ Når det skal fremgå, forutsetter det at forvaltningen har foretatt denne vurderingen og avveiningen.

En annen sak er hvor langt domstolene går i å prøve om et forvaltningsvedtak er forholdsmessig.⁶⁹ Høyesterett har i flere senere dommer gitt uttrykk for at det ikke er grunnlag for å oppstille et generelt krav om forholdsmessighet som domstolene prøver.⁷⁰ En prøving av om vedtaket er forholdsmessig, er tilnærmet det samme som å prøve om det er rimelig. Av hensyn til maktfordelingen mellom forvaltningen og domstolene har domstolene vært meget tilbakeholdne med å prøve rimeligheten av forvaltningsvedtak. Bare der et vedtak er grovt urimelig, er det blitt satt til side av Høyesterett.⁷¹ Det skal svært mye til, og dette er dermed ingen vanlig forholdsmessighetsvurdering.⁷² En full prøving av forholdsmessigheten ville innebære at retten selv foretok den skjønnsmessige avveiningen, også der loven overlater et hensiktsmessighetskjønn til forvaltningen. Isteden nøyer domstolene seg med å kontrollere – ved å se på forvaltningens begrunnelse – at forvaltningen har vurdert rimeligheten eller forholdsmessigheten på en forsvarlig måte. Det betyr ikke at forvaltningen kan la være å vurdere rimeligheten eller forholdsmessigheten av et vedtak, eller bevisst kan treffe urimelige vedtak så lenge de ikke er grovt urimelige. Den er som nevnt nødt til å begrunne sine vedtak på en måte som viser at forholdsmessigheten er forsvarlig vurdert.

Det kan for øvrig følge av nasjonal lovgivning eller internasjonal rett at domstolene skal prøve om et vedtak er forholdsmessig, også i snever forstand, slik som etter den nasjonale likestillings- og diskrimineringslovgivningen og Grunnloven § 98. Dette gjelder når domstolene prøver forvaltningens inndragning av tillatelser eller konsesjoner som en sanksjon, se fvl. § 50 jf. § 45. I noen tilfeller følger det dessuten av

68 Kravet til begrunnelsen er fulgt opp i en lignende sak i Rt. 2000 s. 1066.

69 Også Graver 2019 skiller domstolsprøving av forholdsmessigheten ut til egen behandling se kap. 9.3 s. 140–146.

70 Se Rt. 2008 s. 560 (avsnitt 48) og Rt. 2011 s. 304 (avsnitt 56).

71 Se Rt. 1997 s. 1784 (på s. 1795). Saken gjaldt avslag på fornyet bosettingstillatelse i Norge etter at den forrige var bortfalt. Se også Rt. 2014 s. 310 om tilbakekall av drosjeløyver som følge av straffbare forhold, avsnitt 63–79. Mortvedt-dommen, Rt. 1951 s. 19, er den som vanligvis nevnes som eksempel på at et vedtak er satt til side som grovt urimelig.

72 Se Rt. 2008 s. 560 (avsnitt 48).

rettspraksis, iallfall ved prøvingen av vilkår som forvaltningen har stilt til et begunstigende vedtak.⁷³ Videre gjelder det på områder omfattet av menneskerettighetene og i EØS-retten. Ved at kravet til forholdsmessighet prøves på disse områdene, har det fått et ganske bredt nedslagsfelt i norsk rett.

Det kan spørres om domstolene i en sak om usaklig forskjellsbehandling innen forvaltningsretten likevel burde prøve om den er forholdsmessig. Argumentet for en prøving i denne sammenheng ville nettopp være at saken er behandlet forskjellig fra andre saker. Da kunne man forvente at domstolene ikke bare prøver om forskjellsbehandlingen har saklig grunn, men også om den rammer parten på en uforholdsmessig måte. Selv om domstolene finner at grunnen er saklig, kan det være at den ikke er tungtveiende nok til å begrunne at parten stilles dårligere enn i sammenlignbare saker, med de konsekvenser dette har for parten. At man da nærmer seg en prøving av rimeligheten, er ikke så problematisk når det først er konstatert at det har skjedd en forskjellsbehandling.

4.7 Clusteret

Det helhetlige tonebildet spenner vidt. Vi har sett at det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling særlig har betydning der en sak er behandlet forskjellig fra andre på mer tilfeldig grunnlag. Det er også relevant der forskjellen har en grunn som er uakseptabel, så sant denne ikke dekkes av et diskrimineringsgrunnlag. Gjør den det, er det lettere å nå frem ved å bruke diskrimineringsreglene. Vilkårene som må være oppfylt for at det skal foreligge usaklig forskjellsbehandling etter læren om myndighetsmisbruk, innebærer at dette er aktuelt i relativt få tilfeller.

Diskrimineringsforbudets nedslagsfelt er på sin side begrenset til situasjoner der forskjellsbehandling kan knyttes til et diskrimineringsgrunnlag. Forutsatt at det foreligger sammenheng med et grunnlag, er imidlertid vilkårene for direkte eller indirekte diskriminering enklere å oppfylle enn vilkårene som følger av den forvaltningsrettslige læren.

⁷³ Se Rt. 2003 s. 764.

Gjennomgangen viser dermed at det forvaltningsrettslige og det diskrimineringsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling i praksis anvendes i ulike tilfeller. Begge utgjør i og for seg overordnede alminnelige krav til myndighetsutøvelse, men de har ulike og bare delvis overlappende nedslagsfelt.

Begrensningen i diskrimineringsvernet til opplistede diskrimineringsgrunnlag blir tonet ned av at menneskerettighetene har en ganske åpen tilnærming til hvilke grupper som er vernet av forbudet mot diskriminering. Dette kan også komme til å få betydning for tolkningen av Grunnlovens diskrimineringsforbud. I tillegg berer generelle krav til forholdsmessighet om seg, både til forvaltningens praksis og til domstolsprøvingen. Disse nyere utviklingstrekkene spiser seg inn på området som er dekket av myndighetsmisbrukslæren.

Overprøving og håndheving av spørsmål om usaklig forskjellsbehandling kan finne sted gjennom å bringe en sak inn for et overordnet forvaltningsorgan, Diskrimineringsnemnda, Sivilombudet eller ordinære domstoler. Det varierer hva som kan oppnås av rettsvirkninger og sanksjoner.

Clusteret kan på én måte fremstå overveldende og lite oversiktlig. Samtidig ser vi, når vi bryter det ned, at det ikke finnes én enkelt regel eller ett enkelt prinsipp som egner seg til å favne alle dimensjonene vi har vært inne på. Selv om det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling i praksis anvendes i færre tilfeller enn diskrimineringsforbudet, bidrar det til å forhindre at forvaltningen behandler like saker ulikt, uten at det har en god grunn. Hvis noen mener at dette likevel skjer, er det nødvendig å ha muligheten for domstolsprøving som en sikkerhetsventil.

Helhetsbildet synliggjør imidlertid rettens kompleksitet og utvikling. Det viser at spørsmål om grenser for forvaltningsvedtak ikke kun kan løses med utgangspunkt i eldre rettslige strukturer, men må inkludere helheten i dagens rettslige landskap.

Dagens rettsanvendere må dermed ha et våkent forhold til alle de ulike regelsettene som etablerer rammer for forvaltningens praksis. Et cluster, når det spilles ut med full kraft, har gjerne en oppvekkende effekt på dem som hører etter.

Litteratur

- Berge, Thea mfl. *Formell og uformell omsorg. Samspillet mellom familien og velferdsstaten*. NOVA Notat 3/14. Oslo: 2014. <https://oda.oslomet.no/oda-xmlui/bitstream/handle/20.500.12199/5197/NOVA-Not-3-14-Formell-og-uformell-omsorg.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Dokument 16 (2011–2012) *Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011*.
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*. 11. utgave. Universitetsforlaget, 2018.
- Emberland, Marius. «Om kravet til likebehandling når forvaltningen treffer enkeltvedtak som beror på rettsanvendelsesskjønn». *Tidsskrift for rettsvitenskap* vol. 133, nr. 4 (2020) s. 349–392. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3096-2020-04-01>.
- Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. Universitetsforlaget, 2019.
- Hellum, Anne. «Rettslig spydspiss. Diskriminerings- og likestillingsrettens kvinne- og kjønnsperspektiv». I *Ketsch me if you can. Sociale rettigheter og ligestilling. Hyldest til Kirsten Ketscher*, Helga Aune mfl. red., Karnov Group, 2017, s. 123–139.
- Hellum, Anne og Vibeke Blaker Strand. *Likestillings- og diskrimineringsrett*. Gyldendal 2022.
- Musikkordboken.no. «Cluster» (u.å.). <https://musikkordboken.no/ord-c.html>.
- NOU 2005: 8 *Likeverd og tilgjengelighet*.
- NOU 2009: 14 *Et helhetlig diskrimineringsvern*.
- NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov*.
- Nowak, Manfred. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. N.P. Engel Kehl, 2005.
- Store norske leksikon (snl.no) ved Stig Wernø Holter. «Cluster (musikk)» (2020). https://snl.no/cluster_-_musikk.
- Strand, Vibeke Blaker. «Håndheving av diskrimineringsvernet i møte med andre lover i velferdsstaten». I *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*. Ingunn Ikdaahl og Vibeke Blaker Strand red., Gyldendal Juridisk, 2016, s. 135–166.
- Stub, Marius. «Det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling – noen hovedtrekk». I *Lov, liv og lære. Inge Lorange Backer 70 år*. Hans Christian Bugge mfl. red., Universitetsforlaget, 2016, s. 491–512.
- Stub, Marius. «Gjelder det et forbud mot usaklig forskjellsbehandling også ved lovtolking?» I *Uten sammenligning. Festskrift til Eivind Smith 70 år*. Iris Nguyen Duy mfl. red., Fagbokforlaget, 2020, s. 563–598.
- Tobler, Christa. «Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law». *Intersentia* (2005).
- Ugelvik, Synnøve. «Mot et harmonisk Europa? Om utviklingen av den strafferettslige kontrollen i EU, og hvordan denne kan føre til et mindre likeverdig fellesskap». *Retfærd. Nordisk Juridisk Tidsskrift* vol. 136, nr. 1 (2012) s. 36–54.

Livsløp, normer og kropper: kjønnsperspektiv på velferdsretten

Ingunn Ikdahl

5.1 Kjønn og velferdsrett

Likhet står sentralt i tankegangen når velferdsstaten søker å sikre at *alle* skal kunne få goder som helsetjenester, utdanning og økonomisk trygghet. Likhetsidealene betyr likevel ikke at velferdsstaten er *kjønnsnøytral*. Velferdsretten generelt og folketrygden spesielt er rettslige felt der kjønn får betydning på en rekke måter, både empirisk, politisk og rettsdogmatisk.

Empirisk ser man at ytelser og tjenester ofte er tett knyttet til sider av livet som typisk er «kjønnet», ved at det er tydelige statistiske forskjeller mellom menn og kvinner som gruppe. Yrkesaktivitet, omsorgsarbeid og forsørgerroller er ujevnt fordelt mellom menn og kvinner. Dette påvirker hvem som mottar hvilke ytelser, og det livsløpet som ligger bak behov for og krav på ytelser.¹

¹ Det er selvsagt også store forskjeller innad i gruppene. Ett eksempel er at kvinner med innvandringsbakgrunn fra ikke-vestlige land er yrkesaktive i lavere grad enn gjennomsnittet for kvinner, se f.eks. Julia Orupabo og Ida Drange, *Kvinner med innvandringsbakgrunn i arbeidsmarkedet. Effekten av tiltak og stønader for arbeidsmarkedstilknytning*, Norges forskningsråd 2015. Å se på kjønn alene, er altså ikke tilstrekkelig til å få et fullstendig bilde av likhet og fordeling i velferdsstaten.

Politisk er velferdsretten ikke bare et svar på folks liv og behov, men også et redskap for å påvirke og styre samfunnsutviklingen. Kvinners deltakelse i yrkeslivet i dag er et resultat av villet politikk ført over flere tiår, blant annet gjennom utbygging av rett til foreldrepenger og omsorgspenger ved barns sykdom, og gode, offentlig subsidierte barnehagetilbud.

Rettsdogmatisk ser man at folketrygdloven² både har regler som direkte lar personens kjønn være avgjørende for hens rettslige stilling, og regler som indirekte primært tilgodeser personer av det ene kjønn. I møte med rettslige diskrimineringsforbud reiser dette spørsmål om slik direkte eller indirekte forskjellsbehandling er lovlig – eller må endres.

Som beskrevet i innledningen til denne boken, finnes det mange måter å studere retten med kjønnsperspektiv.³ I dette kapittelet skal vi se på tre overordnede spørsmål, som på hvert sitt vis belyser forholdet mellom velferdsretten og kjønn. Eksempelene er særlig hentet fra økonomiske ytelser etter folketrygdloven, som er detaljert beskrevet i annen litteratur.⁴ De tre spørsmålene er disse:

- Hvilke forståelser av «kjønn» kommer til syne i folketrygden?
- Hvilken rolle kan diskrimineringsvernet spille som tolkningsfaktor eller skranke i folketrygden, og hvordan har dette spilt seg ut i praksis?
- Hvilke modeller for livsløp er folketrygden bygget på?

Kapittelet trekker veksler på diskusjonene fra flere kapitler i boka,⁵ men knytter dem til ett spesielt rettsområde. Målet er at kapittelet skal bidra til praktiske ferdigheter, som økt forståelse av hva diskrimineringsvernet kan bety når man skal fastlegge innholdet i velferdsretten, men også at det skal vise hvordan man som jurist kan reflektere kritisk på velferdsrettens

2 Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven, ftrl.).

3 Se også Ingunn Ikdahl, «Om kvinnerett og kjønnsperspektiv», i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019, s. 659–682.

4 Se særlig Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I. Grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang*, 7. utgave, Gyldendal 2022.

5 Se særlig kapitlene av Kirsten Sandberg og Vibeke Blaker Strand (kapittel 4), Eva-Maria Svensson (kapittel 12) og Anne Hellum, Kristin Bergtora Sandvik og May-Len Skilbrei (kapittel 13) i denne boken.

område. I hvilken grad, og på hvilke måter, fremmer folketrygden likhet, og hva slags likhet er det man søker? Slik kan kapittelet også være med på å øke forståelsen av mulige sammenhenger mellom kjønn og rett generelt.

5.2 Forståelser av kjønn

5.2.1 Rettens skiftende møter med kroppslige og sosiale sider av kjønn

Hva er «kjønn»? Kan en persons kjønn avgjøres ved å studere kromosomer eller reproduktive organer, er det personens egen opplevelse som er avgjørende – eller kanskje det som er registrert i folkeregisteret? I ulike sammenhenger forstås kjønn på ulike måter, med varierende vekt på kroppslige, sosiale og juridiske sider. Også *innenfor* retten finnes det ulike forståelser av «kjønn», varierende både mellom regelsett og over tid: I diskrimineringsretten har forbudet mot diskriminering «på grunn av kjønn» blitt utvidet fra å fokusere på mann/kvinne som klare biologiske kategorier, til også å kunne gi vern mot diskriminering av homofile og transpersoner.⁶ En mer entydig definisjon finnes i lov om endring av juridisk kjønn (2016): «juridisk kjønn» er det kjønn man er registrert med i folkeregisteret, og personer som opplever at det som er registrert er feil, har rett til å få det endret.⁷

I tillegg til variasjonen i hvordan ulike deler av retten *definerer* kjønn, kan rettsregler som berører kjønn kan også ha ulike formål – og dermed si noe om hvordan retten ser på forskjeller *mellom* kjønn. Dels kan det være et mål å erkjenne og tilpasse retten til kjønnsforskjeller, dels kan målet være å endre kjønnsforskjeller som finnes i samfunnet.

6 Se Anne Hellum, «Hvem er likestillings- og diskrimineringsrettens subjekt? Om kjønn som diskrimineringsgrunnlag», i John Asland, Aslak Syse, Katrine Kjærheim Fredwall og Tone L. Wærstad (red.), *Livsfellesskap – Rettsfellesskap. Festskrift til Tone Sverdrup 70 år*, Gyldendal 2021, s. 250–263.

7 For en nærmere diskusjon av uttrykk som «juridisk kjønn» og «fødselskjønn», se Anniken Sørli og Anne Hellum, «Frihet, likhet og mangfold: Fra ideal til realitet», i Anne Hellum og Anniken Sørli (red.), *Frihet, likhet og mangfold. Kjønnsidentitet og seksuell orientering i rettslig, medisinsk og samfunnsvitenskapelig kontekst*, Gyldendal 2021, s. 17–40, på s. 21–24.

Hvordan kommer disse ulike posisjonene til syne i folketrygden? Vi skal nærme oss disse forskjellene ved å se nærmere på foreldrepenger etter folketrygdlovens kapittel 14.

Foreldrepenger er en trygdeytelse som svært mange er i kontakt med i løpet av livet. Ytelser knyttet til det å få barn bringer opp spørsmål knyttet til kjønn på flere måter. Graviditet, barsel og amming er situasjoner som krever visse spesifikke *kroppslige* funksjoner.⁸ Man må ha livmor for å føde, så dette gjøres stort sett av juridiske kvinner – selv om også juridiske menn kan føde barn.⁹ Samtidig er familierelasjoner og foreldreskap et samfunnsområde der forventninger og kjønnsroller også er tydelig til stede som *sosiale* faktorer. Disse kan endres uavhengig av retten – men også påvirkes gjennom rettslige virkemidler.

5.2.2 Å ta høyde for kroppslige forskjeller

Reglene om foreldrepenger i ftrl. kapittel 14 gir juridiske foreldre rettigheter til økonomiske ytelser når de tar ut foreldrepermisjon. Samtidig er den kroppslige situasjonen faktisk ulik for den som bærer frem barnet og den som ikke gjør det. Å være gravid og føde barn er hardt arbeid for kroppen, med en rekke helsemessige konsekvenser. En fullstendig, formell likebehandling av den som føder og den andre forelderen ville dermed «behandle ulike tilfeller likt».

Lovverket tar høyde for dette ved å ha enkelte særregler for den som føder. I lovteksten brukes ordet «mor», og hun skal starte uttaket av foreldrepenger senest tre uker før termin. Også de seks første ukene etter fødsel er foreldrepengerrettighetene forbeholdt den fødende (ftrl. § 14-9 sjette ledd).¹⁰ I denne «barselperioden» er det unntak fra kravet om at man faktisk må ha omsorgen for barnet for å motta foreldrepenger (ftrl. § 14-10 fjerde ledd). Hensynet til mors helse i forbindelse med fødsel

8 Uttrykket «biologisk kjønn» brukes ofte i slike sammenhenger, men dette blir også kritisert for å utelate det mangfoldet som finnes i biologien. Jeg bruker uttrykket «kroppslig» for å få frem at det nettopp er konkrete kroppslige funksjoner som står i sentrum her. Se også Hellum og Sørli (red.) 2021.

9 Mer om dette i punkt 5.2.2.

10 Tidligere kalt barselperioden.

utgjør en selvstendig begrunnelse for permisjon fra arbeid og tilhørende foreldrepenger.

Den kroppslige muligheten til å bli gravid er altså den sentrale bakgrunnen for særreglene som gjelder «mor». Samtidig har lov om endring av juridisk kjønn (2016)¹¹ løst opp båndene mellom den kroppslige muligheten til å føde barn, og den juridiske statusen som «mann» eller «kvinne». Enhver kan søke om å få endret sitt juridiske kjønn, altså det kjønn man er registrert med i folkeregisteret, uavhengig av kromosomer og kjønnsorganer og uten krav om sterilisering. Også juridiske menn kan da føde barn. Hvordan har lovgiver løst dette? Lov om endring av juridisk kjønn behandler dette i § 6: Hovedregelen er at det er det juridiske kjønn som legges til grunn ved anvendelsen av andre lover. Fødselskjønnet skal likevel legges til grunn, hvis det er nødvendig for å etablere foreldreskap og foreldreansvar etter barneloven. Annet ledd angir spesifikt at «Regler som gjelder om eller for en kvinne som føder barn, gjelder på samme måte for en person som føder barn etter å ha endret juridisk kjønn». Også menn som føder barn, kan kreve rettigheter etter de særreglene som gjelder for «mor». Her ser man altså bort fra den formelle registreringen av kjønn, for å sikre at de regler som er begrunnet i kroppslige funksjoner og behov i forbindelse med gjelder alle som føder.¹² Juridisk kjønn er statistisk sett en god indikator for kroppens reproduktive funksjoner – men ikke alltid!

Høsten 2020 ble muligheten for en mer kjønnsnøytral terminologi rundt foreldreskap så vidt berørt i Barnelovutvalget.¹³ At utvalget nevnte ordet «fødeforelder» førte til noen dagers heftig debatt i massemedia, og illustrerer godt at rettens språk ikke bare handler om lovgivningsteknikk – men også har stor symbolsk betydning.¹⁴

11 Lov 17. juni 2016 nr. 46 om endring av juridisk kjønn.

12 Heller ikke denne løsningen er uproblematisk. Se Anniken Sørлие, «Rettighetssubjekter i endring. Den fødende mannen», i Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.), *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*, Gyldendal Juridisk 2016, s. 227–248.

13 NOU 2020: 14 *Ny barnelov – til barnets beste*, i punkt 9.1.4.

14 Se f.eks. Nettavisen ved Espen Teigen. «Kraftige reaksjoner etter fjerning av 'mor' i lovverket: – En mann med penis kan ikke føde barn» (09.02.2021). <https://www.nettavisen.no/nyheter/kraftige-reaksjoner-etter-fjerning-av-mor-i-lovverket-en-mann-med-penis-kan-ikke-fode-barn/s/12-95-3424084713>; Blikk.no ved Caroline Uglestad Elnæs. «'Fødeforelder' på ville veier.» (01.03.2021) <https://blikk.no/barnelov-fodeforelder-hoyre/fodeforelder-pa-ville-veier/199197>.

Folketrygdløven ser ikke «kjønnsnøytral» ut når den bruker ordet «mor» i reglene om rettigheter til den som er gravid eller har født. Likevel kan altså både juridiske menn og juridiske kvinner ha disse rettighetene. Disse reglene viser dermed at når retten er spesifikt begrunnet i det å ta vare på kropp og helse for den som føder, kan den vende blikket bort fra det juridiske kjønn som ellers legges til grunn – og over mot nettopp kroppen.

5.2.3 Å endre sosiale roller og forventninger

Som sett i forrige punkt, er et av formålene bak reglene om foreldrepenge dermed det å ta høyde for kroppens behov og situasjon knyttet til graviditet, fødsel og barsel. Reglene er imidlertid ikke bare utformet for å ta høyde for forskjeller – de er også ment å endre eksisterende forskjeller i sosiale roller og forventninger knyttet til kjønn og foreldreskap.

Dette er særlig tydelig i forbindelse med «fedrekvoten». Den ble først foreslått av *Mannsrolleutvalget*, på et tidspunkt da bare rundt 1 prosent av fedrene tok ut en del av permisjonstiden.¹⁵ Ønsket om at far skulle ta større del i omsorgsarbeidet falt sammen med hensynet til at barn skal få et sterkt bånd til far. I stortingsmeldingen *Likestillingspolitikk for 1990-åra* fremhevet man at dette også var fordelaktig for kvinner: «Lettelser i omsorgsforpliktelsene for kvinnene vil gi dem bedre muligheter til å konkurrere med menn på arbeidsmarkedet. Alt i alt vil sterkere deltakelse av fedre i omsorgsarbeidet bidra til mer reell likestilling mellom kjønnene både i arbeidslivet og hjemme.»¹⁶ I 1993 ble en fedrekvote på fire uker innført,¹⁷ og har blitt gradvis utvidet til dagens ordning der den samlede foreldrepengeperioden er delt i tre omtrent like store deler: hver forelder har én del forbeholdt seg, og den tredje delen kan de fordele mellom slik de ønsker.¹⁸

Vi vet ikke så mye om i hvor stor grad kvotene virkelig har bidratt til mer likestilling i arbeidslivet og i hjemmet også etter at permisjonen er

¹⁵ NOU 1991: 3 *Mannsrolleutvalgets sluttrapport*, pkt. 5.4.

¹⁶ St.meld. nr. 70 (1991–1992), pkt. 3.2.

¹⁷ Ot.prp. nr. 13 (1992–1993).

¹⁸ Ftrl. § 14-12.

over.¹⁹ Statistikken viser imidlertid at kvotene i hvert fall endrer praksis i permisjonsperioden: Omtrent 3 av 4 fedre tar ut nettopp kvoten, og når kvotene har blitt endret i lovverket, har uttaket i praksis fulgt etter.²⁰ De gangene fedrekvoten har blitt forlenget, har fedrene nesten umiddelbart etterpå tatt mer permisjon – og da kvoten ble redusert fra 14 til 10 uker i 2014, sank fedrenes uttak straks.²¹ Reglene om fedrekvoten viser tydelig hvordan ytelser og rettigheter kan brukes som politiske virkemidler for å endre adferd – også knyttet til etablerte kjønnsroller.²²

5.2.4 Foreldrepenger og rettens forståelser av kjønn

Foreldrepengereglene illustrerer hvordan rettens forhold til kjønn inneholder både kontinuitet og endring.

Når en persons rettsstilling er knyttet til vedkommendes kjønn, er den rettslige hovedregelen at det avgjørende er personens *juridiske* kjønn, som registrert i folkeregisteret. I reglene knyttet til fødsel og barsel viser det seg likevel at rettens forståelse av kjønn er både flertydig og fleksibel. Juridisk kjønn eksisterer ved siden av andre forståelser – og når reglene for barselperioden er begrunnet i det kroppslige, er det nettopp kroppen som avgjør om man er «mor» i rettens øyne. Slik er regelens *ordlyd* et uttrykk for kontinuitet, mens regelens *innhold* er tilpasset et samfunn der kjønn, foreldreskap og familiesammensetninger er i endring.²³

19 Ragni Hege Kitterød og Sigtona Halrynjo, «Mer likestilling med fedrekvote? Naturlige eksperimenter i norsk kontekst», *Tidsskrift for kjønnsforskning*, årgang 43, nr. 2, 2019.

20 Nav ved Line Schou. *Fornuft og følelser – En studie av mors og fars uttak av foreldrepenger*. Nav-rapport 2019:2, Oslo 2019. <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/kunnskap/analyser-fra-nav/relatert-informasjon/fornuft-og-folelser-en-studie-av-mors-og-fars-uttak-av-foreldrepenger>, pkt. 3.

21 Se f.eks. Nav. «Fedre tar ut mer foreldrepermisjon etter økt fedrekvote» (2019) <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/statistikk/familie-statistikk/nyheter/fedre-tar-ut-mer-foreldrepermisjon-etter-okt-fedrekvote> hentet 03.05.2021).

22 Dette betyr dog ikke at endringene er jevnt fordelt mellom ulike grupper, eller at de er varige. For nærmere diskusjoner, se Schou 2019, samt Kitterød og Halrynjo 2019.

23 Også andre lover enn folketryktdloven må forholde seg til disse spørsmålene. For en beskrivelse av løsningene i barneloven og bioteknologiloven, se Anniken Sørli, «Lov om endring av juridisk kjønn, bioteknologiloven og barnelova – reproduksjon og foreldreskap i kontinuitet og endring», i Hellum og Sørli (red.) 2021, s. 121–142.

Fedrekvoteordningen er et enda tydeligere uttrykk for lovgivers ønske om å ikke bare tilpasse seg endring – men å selv *skape* endring. Gjennom fedrekvoten brukes økonomiske virkemidler til å påvirke den konkrete arbeidsdelingen mellom foreldrene, i håp om å også påvirke det større bildet av sosiale forventninger og normer knyttet til kjønn, omsorg, foreldreskap og arbeidsliv.

5.3 Hva betyr kjønnsdiskrimineringsforbudet for velferdsretten?

5.3.1 Tverrgående regler etablerer rammer for den spesialiserte velferdsretten

Velferdsretten er i stor grad detaljert regulert i spesialiserte lover. Samtidig etablerer både Grunnloven, EØS-retten og menneskerettighetene rammer som velferdsretten må holde seg innenfor. Folketrygdloven kan ikke tolkes og anvendes isolert fra andre regler. Et klassisk eksempel er Borthen- og Tunheim-dommene, om at lovendringer knyttet til alderspensjon måtte holde seg innenfor tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97.²⁴ Høsten 2019 ga «trygdeskandalen» en påminnelse om at også EØS-retten kan bety at tilsynelatende klare bestemmelser i folketrygdloven likevel ikke kan tas på ordet.²⁵

Når velferdsretten sees med kjønnsperspektiv, blir det synlig at *diskrimineringsforbud* og regler om *likhet for loven* også kan etablere rettslige rammer som velferdsretten må holde seg innenfor. Slike regler finnes blant annet i Grunnloven § 98, i menneskerettighetskonvensjoner som er inkorporert i norsk rett,²⁶ og i EØS-retten.²⁷ Likestillings- og diskrimi-

²⁴ Rt. 1996 s. 1415 og Rt. 1996 s. 1440.

²⁵ Saken gjaldt folketrygdlovens krav om at mottakere av sykepenger og arbeidsavklaringspenger må oppholde seg i Norge. I lang tid, og svært et stort antall saker, hadde disse kravene blitt anvendt uten tilpasninger for å sikre borgernes rettigheter til å bevege seg, arbeide, motta tjenester osv. innenfor EØS-området.

²⁶ Se lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling norsk rett (menneskerettsloven, mrl.) § 2 og lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven, ldl.) § 5.

²⁷ En rekke av EUs direktiver som gir vern mot diskriminering er gjort til del av EØS-samarbeidet. Særlig viktig i norsk sammenheng har likebehandlingsdirektivet (2006/54/EF) vært. For

neringsloven (2017) konkretiserer vernet på en rekke punkter, både med hensyn til hvilke karakteristikker som ikke skal føre til diskriminering (§ 6),²⁸ hva som regnes som direkte og indirekte forskjellsbehandling (§§ 7 og 8), og hva som kan gjøre at forskjellsbehandling likevel kan være lovlig (§§ 9–11). Forbudet mot diskriminering gjelder også for offentlige regler, praksiser og vedtak, inklusive virksomheten i velferdsforvaltningen.²⁹

Mens norsk lovverk generelt har blitt stadig mer kjønnsnøytralt utformet, finner man i folketrygdloven fremdeles regler som eksplisitt behandler menn og kvinner ulikt. Siden kroppens reproduktive funksjon er så sentral i forbindelse med graviditet og fødsel, er det ikke uventet at det finnes direkte forskjellsbehandling i forbindelse med foreldrepenger. Ett slikt eksempel er de ovennevnte reglene som forbeholder permisjonstiden tre uker før og seks uker etter fødsel til den som føder. Selv om dette er direkte forskjellsbehandling, er det ikke ulovlig diskriminering: Reglene kan lett rettferdiggjøres gjennom å være begrunnet i konkrete kroppslige særtrekk og helsehensyn i forbindelse med fødsel.

Vi skal se på to *andre* – og mer utfordrende – eksempler på regler som eksplisitt stiller menn og kvinner ulikt, og dermed utgjør direkte forskjellsbehandling.

5.3.2 Fars foreldrepengerettigheter og aktivitetskravet i ftrl. § 14-13

Den trygderettslige bestemmelsen det har stått mest strid om fra diskrimineringsrettslig ståsted, er ftrl. § 14-13. Her stilles det ekstra vilkår for at far skal kunne motta foreldrepenger ut over fedrekvoteperioden: Han mister sin rett dersom mor ikke er i nærmere bestemte typer aktivitet,

nærmere diskusjon og referanser, se Anne Hellum og Vibeke Blaker Strand, *Likestillings- og diskrimineringsrett*, Gyldendal 2022.

28 Blant de såkalte «diskrimineringsgrunnlagene» i ldl. § 6 nevnes «kjønn», men også andre grunnlag som er relevante i kjønnspektiv: graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. I tillegg kan de ulike diskrimineringsgrunnlagene virke sammen.

29 Dette kapitlet har ikke rom for en nærmere beskrivelse av diskrimineringsvernet. For en omfattende fremstilling, se Hellum og Strand 2022. Om betydningen av diskrimineringsforbudet for forvaltningens virksomhet, se særlig Sandberg og Strand, «Forbud mot usaklig forskjellsbehandling i forvaltningen – et rettslig cluster», kapittel 4 i denne boken.

enten arbeid eller utdanning. Tilsvarende vilkår gjelder ikke dersom det er mor som skal motta foreldrepenger i denne perioden. Regelen har vært omstridt lenge, og flere ulike rettslige grunnlag har blitt påberopt.

Allerede våren 2013 tok Likestillingsombudet regelen opp til vurdering.³⁰ Ombudets uttalelse fremhevet at regelen utgjorde direkte forskjellsbehandling, og vurderte så om den likevel kunne tillates etter enten «ulovfestede saklighetsprinsipper» eller unntaksadgangen knyttet til særbehandling av det ene kjønn for å fremme likestilling generelt.³¹ Barne- og likestillingsdepartementet anførte at regelen ville bidra til å få kvinner ut i arbeid eller annen yrkesrettet aktivitet, og dermed var god likestillingspolitikk. Ombudet så annerledes på dette: Aktivitetskravet kunne medføre at kvinner tok ut mer av foreldrepermisjonen og menn mindre – og var et hinder for at far tok ut foreldrepenger selv om han har opptjent slik rett. Kravet bidro ikke til å fremme likestilling, mente ombudet, men var snarere med på å opprettholde den tradisjonelle arbeidsdelingen mellom kjønnene. Vilklårene for unntaket for særbehandling som fremmet likestilling var dermed ikke oppfylt, og kravet til mors aktivitet i ftrl. § 14-13 var i strid med likestillingslovens hovedregel. Ombudets begrensede mandat og rolle førte til denne litt vage konklusjonen: «Det vil imidlertid være opp til politiske myndigheter hvorvidt det skal foretas en lovendring eller om kravet til mors aktivitet i ftrl. § 14-13 skal opprettholdes.»³² Ombudets uttalelse om at bestemmelsen var i strid med likestillingsloven førte ikke til endring av lov eller praksis.

Sommeren 2015 ble oppmerksomheten flyttet over mot EØS-retten diskrimineringsforbud. EU-domstolen avsa da dom i saken *Maïstrellis v. Hellas*, der en lignende bestemmelse i gresk rett ble funnet å være i strid med direktiv 2006/54/EF (*Likestillingsdirektivet*) og direktiv 96/34/

30 Saksnummer 12/340. Dokumentet som inneholder uttalelsen er datert 18. mars 2015, men angir at uttalelsen ble gitt 26. mars 2013.

31 I 2015 fantes denne regelen i daværende likestillingslov (1978) § 3a, i dag finnes en tilsvarende regel i ldl. 2017 § 11.

32 For mer om Likestillingsombudets og (særlig) Diskrimineringsnemndas kompetanse og rolle dersom andre regler strider mot diskrimineringslovgivningen, se Sandberg og Strand, kapittel 4 i denne boken, og Vibeke Blaker Strand, «Håndheving av diskrimineringsvernet i møte med andre lover i velferdsstaten», i Ikdahl og Strand (red.) 2016, s. 135–166.

EF (*Fødselspermisjondirektivet*).³³ Den videre diskusjonen om det norske aktivitetskravet ble gjenopplivet, med vekt på forholdet til EØS-retten. Høsten 2015 åpnet ESA på eget initiativ sak om hvorvidt den norske regelen var forenlig med direktivene. I juni 2016 mottok ESA også klage fra en enkeltperson om samme spørsmål.

I kjølvannet av Maïstrellis-saken fikk også Trygderetten flere saker til behandling.³⁴ Den mest omfattende avgjørelsen ble avsagt i januar 2016, og der ble ikke bare EØS-retten og likestillingsloven påberopt, men også den nokså ferske bestemmelsen i Grunnloven § 98: «Alle er like for loven. Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.» Trygderetten fant at aktivitetskravet fremsto som «uheldig likestillingsmessig sett», og at det var tvilsomt om det var forenlig med likestillingsloven og likestillingsdirektivet. Avgjørelsen fremhevet imidlertid at det ikke hadde blitt tatt endelig stilling til dette i andre instanser, og systembetraktninger førte til at Trygderetten mente at den var feil instans til å konstatere brudd på disse reglene «i første omgang». Trygderetten var også tilbakeholden med å prøve folketrygdloven opp mot Grl. § 98 og likestillingsloven.³⁵ Det ble understreket at det var et bevisst valg fra lovgiver å etablere og opprettholde aktivitetskravet, til tross for at dette fremsto som likestillingsmessig uheldig.³⁶

33 Sak C-222/14, dom 16. juli 2015, EU:C:2015:473. Begge direktivene var inntatt i EØS-avtalen. Fødselspermisjonsdirektivet fra 1996 ble senere erstattet med foreldrepermisjonsdirektiv 2010/18/EU, som også er inntatt i EØS-avtalen.

34 Trygderettens avgjørelser kan ha rettskildemessig vekt, men kun dersom de er uttrykk for en «fast og konsistent praksis», se f.eks. HR-2020-1193-A avsnitt 54. Få trygderettslige saker blir imidlertid brakt inn for domstolene, så Trygderettens avgjørelser kan ha stor betydning for utviklingen av forvaltningens praksis. For en kritisk diskusjon av dette, se Ingunn Ikdahl, «Hvilken vekt skal man legge på Trygderettens praksis? Argumenter fra en empirisk studie av rettsutvikling i trygderettsforvaltningen», i Reidun Førde mfl. (red.), *Cand.mag., cand.med., cand.jur., cand.alt.: Festskrift til Aslak Syse 70 år*, Gyldendal juridisk 2016, s. 309–320.

35 I Trygderettens avgjørelse står det: «Under rettens vurdering av likestillingsloven under forholdet til EØS-retten, har retten under henvisning til trygderettsloven § 1, og etter en systembetraktning, lagt til grunn at Trygderetten ikke bør konstatere brudd på generalklausulen i likestillingsloven § 5 i første omgang. Også når det gjelder Grunnloven § 98 stiller retten seg tvilende til om det bør være opp til Trygderetten å vurdere om det foreligger brudd på likestillingslovgivningen. Retten til å ikke bli diskriminert i Grunnloven § 98, som i all vesentlighet forutsettes å sammenfalle med diskrimineringslovgivningen for øvrig, skiller seg fra for eksempel forbudet mot tilbakevirkende lover i Grunnloven § 97, som står på egne ben, og hvor det er klart at Trygderetten har både rett og plikt til å prøve spørsmålet om grunnlovstrid.»

36 TRR-2015-1542. Avgjørelsen dannet grunnlag for videre praksis: TRR-2015-2010, TRR-2015-3349, TRR-2015-3925, TRR-2016-809, TRR-2016-1405, TRR-2016-1688, TRR-2016-3421.

Etter brevveksling mellom ESA og norske myndigheter konkluderte ESA i november 2017 med at den direkte forskjellsbehandlingen av fedre og mødre som regelen etablerte var i strid med forbudet mot diskriminering.³⁷ Norske myndigheter var fortsatt uenige i dette, og EFTA-domstolen fikk saken til behandling som traktatbruddssøksmål. Da dommen falt i desember 2019, ble den en skuffelse for de som håpet på en avklaring av grensen for når direkte forskjellsbehandling er lovlig: EFTA-domstolen kom til at direktivet ikke gjelder for foreldrepengeordningen overhodet, fordi den ikke utgjorde «employment and working conditions» – et grunnleggende vilkår i direktivets art. 14 første ledd bokstav c.³⁸ For å forstå denne konklusjonen må man se nærmere på kjennetegnene for foreldrepenger: Kravet følger direkte av folketrygdløven, ikke arbeidsavtalen. Ytelsens formål er ikke knyttet til utøvelsen av arbeidet, men til omsorgen for barnet. Man kan opparbeide rettigheter også utenfor yrkesaktivitet, og man trenger ikke fortsatt være i stillingen for å ha krav på ytelsen fra staten. Fordi EFTA-domstolen konkluderte med at direktivet ikke kom til anvendelse, trengte den ikke vurdere om forskjellsbehandlingen oppfylte de krav til saklighet, nødvendighet og proporsjonalitet som ligger i dette direktivets regler.

Etter EFTA-domstolens avgjørelse har Trygderetten igjen behandlet saker om forholdet mellom det kjønnsesifikke aktivitetskravet i ftrl. § 14-13 og forbud mot diskriminering. Det er lite overraskende at det nå slås klart fast at EØS-retten ikke er til hinder for denne regelen. I en prinsippavgjørelse sommeren 2020 tok Trygderetten imidlertid et skritt bort fra sin tidligere tilbakeholdenhet i å vurdere folketrygdlovens regler opp mot likestillingslovgivningen.³⁹

Det har også vært uttalt at det ikke bør være opp til Trygderetten å konstatere brudd på likestillingsloven i første omgang. Denne rett ser det ikke slik.

37 EFTA Surveillance Authority (ESA). *Reasoned Opinion*. No. 193/17/COL. (15.11.2017). <https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/gopro/4027-RDO.pdf>.

38 Sak E-1/18, avsagt 13. desember 2019. Se også Kirsten Ketscher, «Diskriminering? Nej tak», i Cathrine Holst, Hege Skjeie og Mari Teigen (red.), *Europeisering av norsk likestillingspolitikk*, Gyldendal 2019, s. 78–103.

39 TRR-2017-2799 er ikke publisert, men sitert (med tilslutning) i flere senere saker, bl.a. TRR-2017-2195.

Trygderetten skal behandle og avgjøre tvister som gjelder vedtak om individuelle rettigheter og plikter på et nærmere definert område innen trygde- og pensjonsområdet. Som selvstendig og uavhengig rettsanvender skal Trygderetten bruke vanlig juridisk metode, og forholde seg til det samlede rettskildet bildet som er av betydning for avgjørelsen. Dette innebærer at retten, når forholdene gjør det påkrevet, prejudisielt må ta stilling til rettslige problemstillinger utenfor sitt eget definerte saksområde.

Ved tolkningen av likestillingsloven (som var gjeldende rett da saksforholdet fant sted), la Trygderetten imidlertid stor vekt på lovgivers handlingsrom til å gjøre «bevisste sosialpolitiske og likestillingsmessige avveininger» og «politiske vurderinger av hva som må sies best å fremme likestilling mellom kjønnene». Ftrl. § 14-13 ble lagt til grunn slik den står, og menn stilles fortsatt dårligere enn kvinner når det er snakk om retten til fellesdelen av foreldrepengene.

5.3.3 Mors opptjening av foreldrepengerettigheter ved adopsjon, ftrl. §14-6

Ytterligere en bestemmelse kan illustrere skjæringsfeltet mellom diskrimineringsvern og folketrygdlovens regler om foreldrepenger. Ved adopsjon finnes nok en regel som behandler mor og far forskjellig: Ftrl. § 14-6 første ledd siste punktum angir at «Ved adopsjon må moren ha opptjent rett til foreldrepenger ved omsorgsovertakelsen». Hun må altså ha hatt pensjonsgivende inntekt i minst seks av de ti siste månedene før paret overtar omsorgen for barnet. Fars stilling er mer fleksibel: Han kan fortsette å opparbeide seg rettigheter helt frem til hans uttak av foreldrepenger starter. Dette kan være avgjørende for rett til foreldrepenger overhodet, for eksempel hvis man nettopp har begynt som yrkesaktiv etter å ha avsluttet studier.

Dersom far for eksempel kun har vært yrkesaktiv i fem måneder når paret overtar omsorgen for barnet, kan han vente en måned med å starte sin del av permisjonen. Da kan han opparbeide tilstrekkelig tid som yrkesaktiv til å ha krav på foreldrepenger. En mor i samme stilling har ikke denne muligheten.

Dette kom på spissen i en sak for Agder lagmannsrett i 2009. Her brukte morens advokat likestillingsloven og FNs Kvinnediskrimineringskonvensjon som argumenter for at forskjellsbehandlingen var ulovlig. Lovteksten var på dette tidspunktet mindre klar enn i dag, og lagmannsretten var enig i at prinsippet om likestilling mellom kjønnene, slik det følger av likestillingsloven og kvinnekonvensjonen, måtte være en relevant tolkingsfaktor. De kroppslige hensynene som begrunner at moren tar ut foreldrepenger først ved fødsel, gjør seg ikke gjeldende på samme måte ved adopsjon. Foreldrene måtte derfor likebehandles, ved at også moren måtte kunne opparbeide rettigheter helt frem til hun startet sitt uttak av foreldrepenger.⁴⁰

Samtidig som diskrimineringsforbudet ble vurdert og vant frem i denne konkrete saken, foregikk imidlertid en parallell avklaringsprosess på lovgivningsnivå. Her ble resultatet et annet: Det ble fremmet forslag om å presisere forskjellsbehandlingen i lovteksten, så diskrimineringsvernet ikke lenger kunne slå gjennom slik det gjorde i lagmannsrettens tolkning. Proposisjonen fremhevet at hensynet til likebehandling av fødselsmor og adoptivmor skulle være avgjørende, til tross for at de kroppslige hensynene er ulike.⁴¹ Forslaget ble vedtatt, og den direkte forskjellsbehandlingen av adoptivmor og adoptivfar følger i dag av en utvetydig formulering i lovteksten. Tolkingsrommet som lagmannsretten hadde benyttet for å gi mor og far like rettigheter, ble dermed snevret inn.

5.3.4 Diskrimineringsforbudets gjennomslagskraft

Begge disse to eksemplene gir innsikt i hvilken gjennomslagskraft diskrimineringsforbudet kan ha i møte med lovregler som stiller menn og kvinner ulikt. Her er det nyttig å skille mellom funksjonene som *tolkningsfaktor* og som *skranke*: Diskrimineringsforbudet fungerer som tolkningsfaktor dersom en annen lovbestemmelse tolkes innskrenkende eller utvidende for å unngå diskriminerende resultater, og som skranke

⁴⁰ LA-2008-70679, avsagt 12. februar 2009.

⁴¹ Ot.prp. nr. 51 (2008–2009) kapittel 4. Vedtatt 11. juni 2008.

dersom bestemmelsen blir satt til side i en konkret sak fordi den anses å være i strid med diskrimineringsforbudet.⁴²

Dommen om adoptivmødre/-fedre illustrerer potensialet som tolkningsfaktor dersom lovteksten er uklar, og lovgiver heller ikke har uttrykt noen klar likestillingspolitisk intensjon med forskjellsbehandlingen.

Kravet til mors aktivitet for fars rettigheter etter § 14-13 er imidlertid så entydig at diskrimineringsforbudet her eventuelt må fungere som *skranke*. Det vil sjeldnere være tilfellet. I Trygderettens nyeste saker på dette feltet oppfattes likestillingslovgivningens grenser for hva som er *lovlig* forskjellsbehandling som et primært politisk, ikke rettslig, vurderingstema. Dette demper åpenbart gjennomslagskraften til diskrimineringsforbudet. Diskrimineringsnemndas begrensede kompetanse til å vurdere lovregler trekker i samme retning.⁴³

EØS-retten kan utvilsomt fungere som skranke der den kommer til anvendelse. Her er imidlertid forbudet mot kjønnsdiskriminering mindre helhetlig: Det er fragmentert mellom ulike direktiver som gjelder eksempelvis arbeidsvilkår, trygdeytelser, varer og tjenester.⁴⁴

Hvilken selvstendig rolle diskrimineringsforbudet i Gr. l. § 98 skal spille, er uklart, tross Grunnlovens trinnhøyde. Uttalelsene i forarbeidene til grunnlovsbestemmelsen er ikke entydige. Dels understreker de at bestemmelsen skal sette skranke for lovgiver, «ved at lovgiver ikke kan vedta regler i strid med diskrimineringsforbudet». Imidlertid står det også at grensegangen for *hva* som utgjør diskriminering «først og fremst [må] trekkes av de politiske myndigheter» gjennom etablering av diskrimineringsvern i alminnelig lov.⁴⁵ Det finnes foreløpig lite rettspraksis om bestemmelsen.

42 Se Strand 2016, s. 144.

43 Se Sandberg og Strand, kapittel 4 i denne boken.

44 I saken E-1/18 fant man altså at foreldrepengene ikke var omfattet av direktiv 2006/54/EF om likebehandling i arbeidslivet. Rådsdirektiv 79/7/EØF, *Trygdedirektivet om lik behandling av menn og kvinner*, etablerer diskrimineringsvern for trygdeytelser, men her er det gjort unntak for foreldrepenger. Denne ytelsen faller dermed mellom to EØS-rettslige stoler. Også forsikring kan ha lignende funksjoner som trygdeytelser: for en presentasjon av rådsdirektiv 2004/113/EF, som forbyr forskjellsbehandling av kvinner og menn ifm. tilgang til varer og tjenester (inkl. forsikring), se Hans Jacob Bull og Trine-Lise Wilhelmsen, «Forsikring og kjønn», kapittel 6 i denne boken.

45 Se Dok.nr. 16 (2011–12) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, pkt. 26.6.2.3.

At det finnes en rekke ulike rettsgrunnlag som klart forbyr diskriminering på grunnlag av kjønn, betyr at det finnes mange muligheter for rettslig argumentasjon dersom velferdsrettslige regler forskjellsbehandler. Foreløpig tyder imidlertid praksis på at gjennomslagskraften som *skranke* er begrenset i møte med klar lovt tekst. Muligheten for å nå frem er større i funksjonen som *tolkningsfaktor* i tilfeller der loven kan sies å være uklar, eller lovgiver ikke har gitt uttrykk for noen vurdering av forholdet til likestilling og diskrimineringsvern.

5.4 Hvilke livsløp danner normen for folketrygden?

Selv om samfunnet er i endring, viser statistikk at det fortsatt er forskjeller på gruppenivå mellom menn og kvinner. Menn er oftere yrkesaktive, har høyere lønn og jobber oftere fulltid. Kvinner tar oftere høy utdanning, jobber oftere deltid, tar oftere permisjon eller andre avbrekk fra yrkeslivet, og gjør mer ulønnet omsorgs- og husarbeid.⁴⁶ Ser man disse i sammenheng, kan man snakke om et typisk mannlige og et typisk kvinnelige livsløp.

Dette kan så brukes sammen med analytiske begrep som «den mannlige normen».⁴⁷ Her er det ikke bare snakk om hvordan den enkelte regel slår ut, men om summen av de vilkår og konsekvenser som finnes på et rettsområde. Er det slik at velferdsstatens regler prioriterer de behov og interesser som finnes i et typisk mannlige livsløp? Dette skal vi se på i tre trinn, ved først å se på hovedtrekk knyttet til de kjennetegnene som statistikken viser at er typiske for henholdsvis menn og kvinner som gruppe. Så skal bildet gjøres ytterligere nyansert, ved å peke på hvordan også en «heteronorm» blir synlig dersom man ser på hvordan regelverket

46 For en rekke nøkkeltall, se Statistisk sentralbyrå (SSB), «Fakta om likestilling» (u.å.), <https://www.ssb.no/befolkning/faktaside/likestilling>. Se også Katrine Kjærheim Fredwall, «Familieformueretten i et kjønnsperspektiv», kapittel 2 i denne boken for en studie av hvordan denne typen livsløpsforskjeller kan gjøre at kjønnsnøytralt regelverk om ektefellers og samboeres eiendeler slår skjevt ut i praksis.

47 Se Eva-Maria Svensson, «Feministisk rettsfilosofi», kapittel 12 i denne boken, og Tove Stang Dahl, «Innledning til kvinneretten», i Tove Stang Dahl (red.), *Kvinnerett I*, Universitetsforlaget 1985, s. 13–109 på s. 16.

fungerer for heterofile og homofile par. Til sammen gir dette et bilde av hvor sterkt grupper med ulike livsløp står i møte med folketrygdlovens regler.

5.4.1 En mannlig norm? Kontinuerlig fulltidsarbeid som utgangspunkt for regelverk

Mye av folketrygdloven bygger på det man kan kalle en *arbeidstakermodell*. Det gjelder særlig for trygdeytelsene knyttet til sykdom og arbeidsledighet. Tidligere yrkesaktivitet og inntekt utgjør både inngangsporten til ytelsene, og grunnlaget for beregning av utbetalingene. Her er folketrygden tilbakeskuende, og det du har gjort og tjent tidligere får representere hva du ville gjort/tjent også fremover.

Ett eksempel på arbeidstakermodellen er at for å ha krav på sykepenger, må du ha vært i arbeid i minst fire uker umiddelbart før sykdommen, jf. ftrl. § 8-2. Perioder med foreldrepenge kan regnes med her, men har du hatt ulønnet omsorgspermisjon i etterkant av foreldrepengene må du altså vente fire uker før du igjen har det sikkerhetsnettet sykepengene utgjør.

Arbeidstakermodellen er også synlig når uføretrygden skal beregnes. Da ser man på den gjennomsnittlige inntekten i de tre beste av de fem siste kalenderårene før man blir ufør, jf. ftrl. § 11-12. Dersom du har vært hjemmeværende, hjelper det ikke om du før uføretidspunktet skrev en arbeidskontrakt som ville gitt deg høy lønn i årene fremover: Det er inntekten tilbake i tid, ikke fremover, som er avgjørende.⁴⁸

Å bruke fortidens inntekter som indikasjon på hva som vil skje i fremtiden, slik mange trygderegler gjør, gir imidlertid bare et riktig bilde dersom personen det gjelder har kontinuitet i arbeids- og inntektsforhold. Personer med stabil tilknytning til yrkeslivet og jevn inntekt er best stilt.

48 Men merk at hjemmeværende med omsorgsoppgaver her vil kunne ha glede av særregelen i ftrl. § 12-11 fjerde ledd: Det kan sees bort fra år der man har omsorg for barn under 6 år eller omfattende omsorgsarbeid for syke, funksjonshemmede eller eldre (jf. §§ 3-16 og 20-8). Dersom det er til fordel for den enkelte, kan man i disse tilfellene også ta med i beregningen år før man fikk slike omsorgsoppgaver. Blikket er likevel fortsatt rettet bakover i tid.

Dersom to personer i samme stilling og med samme lønn begge blir syke eller uføre, vil inntektstapet fremover være det samme. Den av de to som har arbeidet fulltid i årene forut for sykdommen, vil få større deler av tapet kompensert – mens den som har hatt perioder utenfor arbeidslivet vil komme dårligere ut.

Dette tilbakeskuende bidrar til å sikre en persons «vante levestandard» – og illustrerer dermed spenningen mellom dette målet for folketrygden, og målet om at den skal utgjøre et universelt sikkerhetsnett. Juridisk teori som har sett på trygderetten i kjønnsperspektiv har påpekt hvordan dette særlig rammer kvinner: både de som veksler mellom perioder med lønnsarbeid og perioder med omsorgsarbeid, og de som veksler mellom heltids- og deltidsarbeid. Allerede på midten av 1980-tallet pekte Tone Sverdrup på at dette kunne forstås som at disse delene av lovverket tok utgangspunkt i en «mannsmodell». For at reglene skulle virke rettferdig eller etter sitt formål, var det en forutsetning at «arbeidstagerne har kontinuerlig, heldags lønnsarbeid gjennom hele sin yrkesaktive periode».⁴⁹ Statistisk sett er denne typen arbeidstaker oftere en mann enn en kvinne. Virkningene blir kjønnskjeve, selv om regelverket formelt stiller menn og kvinner likt.

5.4.2 En kvinnenorm? Om ytelser knyttet til omsorgsarbeid og forsørgertap

Ikke alle trygdeordninger er bygget rundt lønnsarbeideren. Det finnes også trygdeordninger som er knyttet direkte til omsorgsarbeid og forsørgelse, og her har menn historisk sett blitt dårligere stilt enn kvinner.

49 Tone Sverdrup, «Det to-sporede lovsystemet – belyst med eksempler fra skatteretten», i Tove Stang Dahl (red.), *Kvinnerett II*, Universitetsforlaget 1985, s. 31–53 på s. 32. Se også Tone Sverdrup, «Folketrygden i kvinneperspektiv», i Asbjørn Kjøenstad mfl. (red.), *Folketrygden i støpeskjeen*, Universitetsforlaget 1984, s. 84–119. For eksempler på slike rettslige mekanismer på flere felt, se f.eks. Ninja Tollefsen, «Aldersdiskriminering av kvinner i forhold til pensjonsrettigheter», *Kvinnerettslig skriftserie nr. 89*, UiO 2013; Ann-Helén Bay, Axel West Pedersen og Mari Teigen, «En kvinnevennlig pensjonsreform? Likestillingsperspektiver i den norske pensjonsreformdebatten», *Tidsskrift for velferdsforskning*, vol. 18, nr. 3, 2015, s. 164–178; Tove Stang Dahl, «Diskriminering mellom arbeidsløse», i Dahl (red.), *Kvinnerett II*, 1985, s. 219–246; Kirsti Strøm Bull, «Husmorens erstatningsrettslige stilling», i Dahl (red.), *Kvinnerett II*, 1985, s. 158–172.

Tidligere inneholdt flere regler direkte forskjellsbehandling ved at ytelsene var forbeholdt kvinner. Da lov om enke- og morstrygd ble vedtatt i 1964, bygget den på enkepensjonsordninger i en rekke spesielle ordninger for alderstrygd, yrkesskade, pensjonstrygden for sjømenn og så videre. Som lovens navn viser, ga den kun rettigheter til kvinner. Først da de ulike trygdeytelsene ble samlet i folketrygdloven av 1966⁵⁰ ble retten til etterlatteytelser gjort kjønnsnøytral, så også enkemenn som oppfylte vilkårene kunne kreve ytelsen. Enda lenger varte forskjellsbehandlingen for stønad til ugifte enslig forsørger: Frem til 1981 var det kun ugifte *mødre* som kunne få slik stønad, ikke ugifte *fedre* i samme situasjon.⁵¹

Også for foreldrepenger kom menn lenge klart dårligere ut. I 1977 ble det mulig for far å ta deler av fødselspermisjonen, men også etter dette var hans rettigheter på ulike måter «avledet» av barnemorens. «Mannens rett er subsidiær», ble det understreket.⁵² Dette var synlig både ved at far kun fikk fødselspenger dersom også mor oppfylte kravet til yrkesaktivitet i forkant av fødselen, og ved at hans fødselspenger ble avkortet dersom hun arbeidet deltid. Disse reglene er justert over tid, men det eksisterende aktivitetskravet i § 14-13 kan sees som et fortsatt utslag av tankegangen om selvstendige rettigheter for mor, avledede for far.⁵³

Ikke alle ytelser knyttet til omsorg er preget av direkte forskjellsbehandling. Både menn og kvinner kan få pensjonspoeng for omsorgsarbeid.⁵⁴ Fra 1981 har alle enslige foreldre kunnet få overgangsstønad (ftrl. kapittel 15), og både menn og kvinner kan få ytelser som gjenlevende ektefelle (kapittel 17) eller tidligere familiepleier (kapittel 16). Statistisk sett er imidlertid bildet klart for disse ytelsene, som skal kompensere for ekstra omsorgsarbeid eller tap av økonomisk forsørgelse: Selv om de nå er kjønnsnøytralt utformet, mottas ytelsene i hovedsak av kvinner.⁵⁵

50 Lov 17. juni 1966 nr. 12 om folketrygd (opphevet).

51 Se Ot.prp. nr. 4 (1979–1980).

52 Ot.prp. nr. 15 (1976–1977) pkt. III nr. 1. Se også NOU 1995: 27 *Pappa kom hjem* og NOU 1996: 13 *Offentlige overføringer til barnefamilier*, pkt. 8.1.

53 Denne regelen ble diskutert i pkt. 2.3 ovenfor. Se også Nora Marie Haune Bornø, «Likestillingsrelaterte utviklingstrekk i foreldrepengerordningen – en rettighetsanalyse», *Kvinnerettslig skriftserie nr. 103*, UiO 2018.

54 Ftrl. §§ 3-16 og 20-8.

55 I september 2021 var fordelingen kvinner/menn som mottok ytelsene slik: Ytelser til enslig forsørger etter kapittel 15: 11 514 kvinner, 591 menn. Kilde: Nav, «Stønad til enslig mor eller far»

5.4.3 Trygderettigheter for et mangfold av livsløp?

Å analysere retten med blikk for hvilke livsløpsmodeller regelverket er tilpasset, er én måte å synliggjøre hvilke forutsetninger retten hviler på – enten disse er resultat av bevisste valg og prioriteringer, eller mer tilfeldige. At det både finnes ytelser rettet mot typiske «mannlige» og «kvinnelige» livsløp, viser at folketrygden etablerer regler som tar høyde nettopp for ulike livsløp – enten det er yrkesaktivitet eller omsorgsarbeid som er dominerende for den enkelte. At reglene nå i all hovedsak er utformet så menn og kvinner stiller formelt likt, betyr at begge typene livsløp er formelt tilgjengelig for alle.

Dette betyr ikke at alle kommer like godt ut. Med unntak av foreldrepengene, beregnes ytelser knyttet til omsorg og forsørgertap typisk lavere enn de som følger av egen yrkesaktivitet.

En tospors-tenkning kan også gjøre at personer som kombinerer og veksler mellom yrkesaktivitet og omsorgsarbeid kommer dårlig ut, fordi de ikke fullt ut passer kriteriene for noen av ordningene.⁵⁶

Den økende vektleggingen av «arbeidslinja» i trygdepolitikken påvirker også balansen mellom de typiske mannlige og kvinnelige livsløpene. Med arbeidslinja menes «at virkemidler og velferdsordninger – enkeltvis eller samlet – utformes, dimensjoneres og tilrettelegges slik at de støtter opp under målet om arbeid til alle».⁵⁷ Dette har blant annet ført til stadig strengere aktivitetskrav for å motta ytelser etter kapittel 15 om enslige forsørgere, slik at mottakerne nå skal være i minst halvtids yrkesaktivitet

(u.å.), <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/statistikk/familie-statistikk/enslig-mor-eller-far> (lest 15.12.2021). Ytelser til gjenlevende ektefelle («enkepensjon/enkemannpensjon») etter kapittel 17: 12 292 kvinner, 1 377 menn. Kun 14 personer mottok pensjon som tidligere familiepleier, og det er ikke oppgitt hvilket kjønn disse hadde. Kilde: Nav «Ytelser til gjenlevende» (u.å.), <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/statistikk/pensjon-statistikk/ytelser-til-gjenlevende> (lest 15.12.2021). Også foreldrepenger mottas i størst omfang av kvinner, se nærmere statistikk her: Nav, «Foreldrepenger, engangsstønad og svangerskapsenger» (u.å.), <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/statistikk/familie-statistikk/foreldrepenger-engangsstonad-og-svangerskapsenger> (lest 15.12.2021).

56 Dette var et sentralt poeng da Tone Sverdrup brukte uttrykket «det tosporede lovsystemet» på 1980-tallet: Der loven hadde en «mannsmodell» for yrkesaktive, og en «kvinnemodell» med regler om omsorgsarbeid og forsørgelse, kunne personer som vekslet mellom omsorgsarbeid og deltids lønnsarbeid risikere å falle mellom to stoler. Sverdrup 1984, Sverdrup 1985.

57 St.meld. nr. 35 (1994–1995) *Velferdsmeldingen*.

eller studier fra det yngste barnet fyller ett år.⁵⁸ Ordningene til gjenlevende ektefelle og tidligere familiepleier er i ferd med å bli lagt om fra varig stønad til midlertidig omstillingsytelser.⁵⁹

«Den mannlige normen» i folketrygdloven kan sies å bli stadig styrket – men er også i stadig mindre grad forbeholdt menn. Toinntektsfamilien er det politiske idealet, og i økende grad også praksis. Trygdeordningene knyttet til omsorgsarbeid, forsørgelse og tap av forsørger fremstår mindre viktige for mange (med unntak av den omsorgen som gis i det friske barnets første livsår, altså foreldrepengene). Men omsorgsbehov i nære relasjoner blir ikke borte selv om både menn og kvinner er i arbeid, og statistikk tyder på at ulønnet omsorgsarbeid av nærstående vil bli viktigere i tiden fremover.⁶⁰ Å stramme inn på disse ordningene bidrar utvilsomt også til en vanskeligere situasjon for personer med livsløp som ikke er i samsvar med idealer om likestilling og yrkesaktivitet.⁶¹

5.4.4 Også en heteronormativ modell?

En ytterligere omdreining av spørsmålet om hva slags normer og livsløpsmodeller folketrygdens regler hviler på, er å ikke bare se på den enkelte persons (mannlige eller kvinnelige) livsløp, men også på hvordan lovgivningen forholder seg til *relasjoner* mellom enkeltpersoner.⁶² I hvor stor grad har velferdsstaten tatt inn over seg at den heterofile kjernefamilien

58 Ftrl. § 15-6.

59 Se NOU 2017: 3 *Folketrygdens ytelser til etterlatte – Forslag til reform* og Prop. 13 L (2020–2021) *Endringer i folketrygdloven (nye etterlatteytelser)*. Lovendringer ble vedtatt i desember 2020, men er ikke trådt i kraft per mars 2022.

60 Se NOU 2011: 17 *Når sant skal sies om pårørendeomsorg. Fra usynlig til verdsatt og inkludert*.

61 Skjerpingen av aktivitetskravene til enslige forsørgere i 2012 førte til en nedgang i antallet som mottok overgangsstønad, men også en økning i enslige mødre som mottok andre trygdeytelser (ofte kalt «trygdesubstitusjon») eller sosialhjelp, altså stønad til livsopphold etter lov 18. desember 2009 nr. 131 om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen (sosialtjenesteloven) § 18. Therese Dokken, «Småbarnsmødre over på andre trygdeytelser etter innstramminger i overgangsstønaden», *Arbeid og velferd* nr. 3 2018, s. 39–55.

62 Se Ingunn Ikdahl, «'Før ble de absorbert av storfamilien ...' Individuer og relasjoner i folketrygdlovens etterlatteytelser», i Trude Haugli mfl. (red.), *Dette brenner jeg for! Festskrift til Hege Brækhus 70 år*, Fagbokforlaget 2019, s. 161–182. Om relasjonsrett, kvinneperspektiv og feminisme, se Kirsten Ketscher, «Relationsret – en ny rettsvidenskabelig optik? Fra ægteskabs- og familieret mod en inkluderende relationsret», *Retfærd. Nordisk Juridisk Tidsskrift*, 2012 s. 81–98, og Anu Pylkkänen, «Reglering av nära relationer – en fråga om sexualitet eller omsorg?», i Eva-Maria Svensson mfl. (red.), *På vei. Kjønn og rett i Norden*, Makadam 2011, s. 230–245.

bare er én av flere typer familier? Hvilke forventninger til og prioriteringer av ulike typer relasjoner ligger i trygderettens regler?

Uttrykket «heteronormativitet» brukes om det at lovgiver tar utgangspunkt i samfunnsnormen om tokjønnsmodellen og en heterofil familiesammensetning ved utformingen av lovverket. Dette fordi heteroseksualiteten fremstår som selvsagt og naturlig gjennom normer, institusjoner og praksiser.⁶³ Faktiske situasjoner og rettslige spørsmål som kan oppstå for familier som ikke passer inn i denne normen kan dermed forbli usynlige, uløst, eller løst på uhensiktsmessige måter. Ett eksempel fra foreldrepengereglene kan illustrere dette.⁶⁴

Også par av samme kjønn får barn, og de rettslige rammene rundt samkjønnet foreldreskap har blitt klargjort over tid. Registrerte partnere, ektepar og samboere kan adoptere hverandres barn gjennom ordningen for stebarnsadopsjon.⁶⁵ I tillegg har kvinner i lesbiske par siden 2009 kunnet få assistert befruktning i det offentlige helsevesenet,⁶⁶ og partneren til den som føder barnet trenger da ikke gå veien om stebarnsadopsjon for å bli anerkjent som forelder. I stedet kan det etableres «medmorskap». Lovregler som gjelder for «far», gjelder på samme måte om/for den nye rettslige kategorien «medmor».⁶⁷ Lovgivningens modell her er altså en ren parallellordning: Når foreldreskapet er etablert, er medmors rettigheter helt parallelle med fars.

På noen punkter gjenspeiler denne parallelliteten seg i praksis. Statistikk tyder på at medmødres bruk av foreldrepengerettigheter stort sett samsvarer med fars: «Det er kvinnen som føder som oftest benytter

63 Anne Hellum, «Vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk – noen utviklingslinjer i internasjonal og norsk rett», i Førde mfl. (red.) 2016, s. 191–213. Se også Lauren Berlant og Michael Warner, «Sex in Public», *Critical Inquiry*, vol. 24, nr. 2, 1998, s. 547–566.

64 Eksempelet bygger på Thea Austgulen, Maria de Michelis Sperre og Ingunn Ikdahl, «Overlappende graviditeter og foreldrepenger. Om lesbiske mødres møte med en heteronormativ ordning», i Hellum og Sørli (red.) 2021, s. 344–374.

65 Lov 16. juni 2017 nr. 48 om adopsjon (adopsjonsloven) § 13.

66 Lov 12. mai 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven) § 2-2, med virkning fra 1. januar 2009.

67 Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova) § 4a tredje ledd. Om vilkårene og prosessen for medmorskap, se barnelova §§ 3, 4 og 4a.

hele fellesperioden av permisjonen, uavhengig av om partneren er en mann eller en kvinne.»⁶⁸

Samtidig er ikke de kroppslige forutsetningene til far og medmor de samme.⁶⁹ Medmor kan selv bli gravid, slik at et lesbisk par kan ha graviditeter som overlapper i tid. Da kan begge kvinnene føde barn med kort mellomrom – og være medmor til hverandres barn. Dette har skapt kontroverser om anvendelsen av bortfallsregelen i ftrl. § 14-10 tredje ledd, som angir at stønadsdager som ikke er tatt ut, faller bort når stønadsperiode for et nytt barn starter. Forarbeidene viser at lovgiver her har sett for seg et heterofilt par – der den samme kvinnen føder på nytt, etter en ny graviditet. Dette vil nødvendigvis ta tid: De færreste kan bli gravide rett etter en fødsel, og en vanlig graviditet varer ni måneder. Først etter dette risikerer de at foreldrepengerrettigheter faller bort. For par med to kvinner kan imidlertid situasjonen bli annerledes.

Dersom ekteparet Ada og Eva ønsker seg barn, er det fullt mulig at begge prøver å bli gravide med assistert befruktning, slik at hver av dem da kan bli medmor for den andres barn. Hva skjer dersom de blir gravide begge to, slik at Ada føder i begynnelsen av januar, og Eva i begynnelsen av februar? Dersom bestemmelsen tas strengt på ordet, vil Adas foreldrepengerrettigheter falle bort kun kort tid etter at hun har født – fordi Eva må starte uttaket av foreldrepenger tre uker før termin for *sin* kommende fødsel.

Et slikt tilfelle kom opp i 2017, da to kvinner opplevde at Nav stoppet foreldrepengerrettighetene til den som hadde født først fordi den andre kvinnen også fødte. Saken ble behandlet av Trygderetten våren 2018, og Navs stansing av ytelsen ble opprettholdt.⁷⁰ Avgjørelsen har blitt kritisert, blant annet på diskrimineringsrettslig grunnlag. Bortfallet av foreldrepenger kan bety at kvinner som nylig har født går tilbake til lønnsarbeid langt tidligere enn det man ellers mener er gunstig for deres helse og for barnet. En ubetinget anvendelse av regelen på tilfeller av overlappende

68 Loyd Rudlende og Ivar Lima, «Medmødre tilpasser seg også fedrekvoten», *Arbeid og velferd*, nr. 3, 2018, s. 25–38.

69 Dersom far eller medmor tidligere har skiftet juridisk kjønn, vil dette stille seg annerledes. For å gjøre fremstillingen enklere å lese, er dette ikke kommentert eksplisitt i den videre teksten – selv om dette innebærer en usynliggjøring som er problematisk.

70 TRR-2018-2821.

graviditeter innebærer at lesbiske (med)mødre kan rammes langt hardere enn hva mødre i heterofile parforhold vil kunne oppleve.

Lovgiver hadde oversett problemstillingen som kan oppstå for lesbiske par, og dermed heller ikke tatt høyde hverken for helsehensyn eller diskrimineringsvern. Sammenligningen mellom medmor og far leder ikke tanken i retning av at medmor selv kan være gravid. Med «heteronormen» om det tokjønnede paret som det eneste eksempelet i lovarbeidet, ble de ulike kroppslige forutsetningene til far og medmor usynlige. Tross endringene som ble gjort for å legge til rette for samkjønnet foreldreskap, ble et prinsipielt viktig spørsmål for lesbiske par værende i lovgivers blindsoner.

5.5 Konklusjon

Når man ser på velferdsretten i kjønnspektiv, blir det tydelig hvor sentralt kjønn er i folketrygden. Dels er forskjeller mellom menn og kvinner knyttet til det kroppslige – som i evnen til å føde barn, med tilhørende rettigheter. Dels er forståelser av kjønn i endring, både hos den enkelte, i samfunnet og i retten. Det formes av sosiale forhold, og påvirkes både av retten selv og av samfunnsendringer utenfor retten. Toinntektsfamilien, der to foreldre bidrar både til omsorgsarbeid og forsørgelse, er i stor grad normalen i dag – og rettslige ordninger som fedrekvoten kan ha bidratt til det. Samtidig har mange levd store deler av sitt liv i mer tradisjonelle kjønnsroller, og det kontinuerlige fulltidsarbeidet er fortsatt vanligere for menn enn kvinner. Hvordan påvirker det lovverkets fordelingseffekt, og hva er da rettferdig?

I tillegg viser muligheten til å endre juridisk kjønn at selve ideen om en persons kjønn er sammensatt: Det kan ikke settes enkle likhetstegn mellom reproduktive organer og en persons rettslige status som mann eller kvinne. Antagelser om biologi og relasjoner må tenkes gjennom hvis man skal kunne sikre likestilling i praksis.

Diskrimineringsretten peker mot spørsmål som bør stilles når retten etablerer kategorier og bestemmer hvem som skal sammenlignes. En adoptivmor er ikke i samme helsemessige situasjon som en kvinne som nettopp har født, og en medmor har oftest andre kroppslige forutsetninger

enn en far. Diskrimineringsvernet bør påvirke tolkningen av folketrygdlovens regler der disse innebærer direkte eller indirekte forskjellsbehandling. Diskrimineringsforbudets gjennomslagskraft har imidlertid i praksis vært begrenset når det møter klare regler i folketrygdloven, enten det er EØS-retten, likestillingslovgivningen eller Grunnloven som påberopes.

For masseforvaltningen er det en fordel med klare kategorier og store hovedgrupper uten for mange unntak og særregler. Dette kan bidra til oversikt, forutberegnelighet og enhetlig praksis i et Nav-system som fatter rundt fire millioner vedtak hvert år. Mens kravet til mors aktivitet for at far skal få foreldrepenger gjelder mange, er den fødende mannen og medmødrene med overlappende graviditeter statistisk sett små minoriteter. For den enkelte person er det imidlertid liten trøst å finne i at utilsiktede virkninger av regelverk og praksis rammer få.

Sett samlet peker eksemplene på utfordringer når retten skal anvendes på personer med ulike kjønn, ulike kjønnsidentiteter og ulik seksuell orientering – som manifesterer seg i ulike livsløp, livssituasjoner, relasjoner og behov. En mangfoldig verden, der liv leves og relasjoner etableres på ulike måter, gjør at reglenes utslag kan være sprikende, og at enkle modeller må tenkes gjennom på nytt. Dette krever bevissthet hos både rettsanvender og lovgiver om de mange måtene kjønn har betydning for den enkelte rettighetshaver.

Litteratur

- Austgulen, Thea, Maria de Michelis Sperre og Ingunn Ikdahl. «Overlappende graviditeter og foreldrepenger. Om lesbiske mødres møte med en heteronormativ ordning». I *Frihet, likhet og mangfold*. Anne Hellum og Anniken Sørli red., Gyldendal Akademisk, 2021, s. 344–374.
- Bay, Ann-Helén, Axel West Pedersen og Mari Teigen. «En kvinnevennlig pensjonsreform? Likestillingsperspektiver i den norske pensjonsreformdebatten». *Tidsskrift for velferdsforskning* vol. 18, nr. 3 (2015) s. 164–178.
- Berlant, Lauren og Michael Warner. «Sex in Public». *Critical Inquiry* vol. 24, nr. 2 (1998) s. 547–566.
- Blikk.no ved Caroline Uglestad Elnæs. «'Fødeforelder' på ville veier» (01.03.2021). <https://blikk.no/barnelov-fodeforelder-hoyre/fodeforelder-pa-ville-veier/199197>.

- Bornø, Nora Marie Haune. «Likestillingsrelaterte utviklingstrekk i foreldrepenggeordningen – en rettighetsanalyse». *Kvinnerettslig skriftserie nr. 103*, Universitetet i Oslo, 2018.
- Bull, Kirsti Strøm. «Husmorens erstatningsrettslige stilling». I *Kvinnerett II*. Tove Stang Dahl red., Universitetsforlaget, 1985, s. 158–172.
- Dahl, Tove Stang. «Diskriminering mellom arbeidsløse». I *Kvinnerett II*. Tove Stang Dahl red., Universitetsforlaget, 1985, s. 219–246.
- Dahl, Tove Stang. «Innledning til kvinneretten». I *Kvinnerett I*. Tove Stang Dahl red., Universitetsforlaget 1985, s. 13–109.
- Dokken, Therese. «Småbarnsmødre over på andre trygdeytelser etter innstramminger i overgangsstonaden». *Arbeid og velferd* nr. 3 (2018), s. 39–55.
- Dok.nr. 16 (2011–12). *Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011*.
- Hellum, Anne. «Hvem er likestillings- og diskrimineringsrettens subjekt? Om kjønn som diskrimineringsgrunnlag». I *Livsfellesskap – Rettsfellesskap. Festskrift til Tone Sverdrup 70 år*. John Asland, Aslak Syse, Katrine Kjørheim Fredwall og Tone L. Wærstad red., Gyldendal 2021, s. 250–263.
- Hellum, Anne. «Vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk – noen utviklingslinjer i internasjonal og norsk rett». I *Cand.mag., cand.med., cand.jur., cand.alt. Festskrift til Aslak Syse*. Reidun Førde mfl. red., Gyldendal Juridisk, 2016, s. 191–213.
- Hellum, Anne og Vibeke Blaker Strand. *Likestillings- og diskrimineringsrett*. Gyldendal, 2022.
- Ikdahl, Ingunn. «Hvilken vekt skal man legge på Trygderettens praksis? Argumenter fra en empirisk studie av rettsutvikling i trygderettsforvaltningen». I *Cand.mag., cand.med., cand.jur., cand.alt.: Festskrift til Aslak Syse 70 år*. Reidun Førde mfl. red., Gyldendal Juridisk 2016, s. 309–320.
- Ikdahl, Ingunn. «'Før ble de absorbert av storfamilien ...' Individuer og relasjoner i folketrygdlovens etterlatteytelser». I *Dette brenner jeg for! Festskrift til Hege Brækhus 70 år*. Trude Haugli mfl. red., Fagbokforlaget, 2019, s. 161–182.
- Ikdahl, Ingunn. «Om kvinnerett og kjønnsperspektiv». I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Universitetsforlaget, 2019, s. 659–682.
- Ketscher, Kirsten. «Diskriminering? Nej tak». I *Europeisering av norsk likestillingspolitikk*. Cathrine Holst, Hege Skjeie og Mari Teigen red., Gyldendal, 2019, s. 78–103.
- Ketscher, Kirsten. «Relationsret – en ny rettsvidenskabelig optik? Fra ægteskabs- og familieret mod en inkluderende relationsret». *Retfærd. Nordisk Juridisk Tidsskrift* (2012) s. 81–98.

- Kitterød, Ragni Hege og Sigtona Halrynjo, «Mer likestilling med fedrekvote? Naturlige eksperimenter i norsk kontekst». *Tidsskrift for kjønnsforskning* årgang 43, nr. 2 (2019).
- Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland. *Velferdsrett I. Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*. 7. utgave. Gyldendal, 2022.
- Nav. «Fedre tar ut mer foreldrepermisjon etter økt fedrekvote» (2019). <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/statistikk/familie-statistikk/nyheter/fedre-tar-ut-mer-foreldrepermisjon-etter-okt-fedrekvote> hentet 03.05.2021.
- Nav. «Foreldrepenger, engangsstønad og svangerskapspenger» (u.å.). <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/statistikk/familie-statistikk/foreldrepenger-engangsstonad-og-svangerskapspenger> hentet 15.12.2021.
- Nav. «Stønad til enslig mor eller far» (u.å.). <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/statistikk/familie-statistikk/enslig-mor-eller-far> hentet 15.12.2021.
- Nav. «Ytelser til gjenlevende» (u.å.). <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/statistikk/pensjon-statistikk/ytelser-til-gjenlevende> hentet 15.12.2021.
- Nav ved Line Schou. *Fornuft og følelser – En studie av mors og fars uttak av foreldrepenger*. Nav-rapport 2019:2. Oslo: 2019. <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/kunnskap/analyser-fra-nav/relatert-informasjon/fornuft-og-folelser-en-studie-av-mors-og-fars-uttak-av-foreldrepenger>.
- Nettavisen ved Espen Teigen. «Kraftige reaksjoner etter fjerning av 'mor' i lovverket: – En mann med penis kan ikke føde barn» (09.02.2021). <https://www.nettavisen.no/nyheter/kraftige-reaksjoner-etter-fjerning-av-mor-i-lovverket-en-mann-med-penis-kan-ikke-fode-barn/s/12-95-3424084713>.
- NOU 1991: 3 *Mannsrolleutvalgets sluttrapport*.
- NOU 1995: 27 *Pappa kom hjem*.
- NOU 1996: 13 *Offentlige overføringer til barnefamilier*.
- NOU 2011: 17 *Når sant skal sies om pårørendeomsorg. Fra usynlig til verdsatt og inkludert*.
- NOU 2017: 3 *Folketrygdens ytelser til etterlatte – Forslag til reform*.
- NOU 2020: 14 *Ny barnelov – til barnets beste*.
- Orupabo, Julia og Ida Drange. *Kvinner med innvandringsbakgrunn i arbeidsmarkedet. Effekten av tiltak og stønader for arbeidsmarkedstilknytning*. Norges forskningsråd, 2015
- Pylkkänen, Anu. «Reglering av nära relationer – en fråga om sexualitet eller omsorg?». I *På vei. Kjønn og rett i Norden*. Eva-Maria Svensson mfl. red., Makadam 2011, s. 230–245.
- Rudlende, Loyd og Ivar Lima. «Medmødre tilpasser seg også fedrekvoten». *Arbeid og velferd* nr. 3 (2018) s. 25–38.
- Statistisk sentralbyrå (SSB). «Fakta om likestilling» (u.å.). <https://www.ssb.no/befolkning/faktaside/likestilling>

- St.meld. nr. 70 (1991–1992). *Likestillingspolitikk for 1990-åra*.
- St.meld. nr. 35 (1994–1995). *Velferdsmeldingen*.
- Strand, Vibeke Blaker. «Håndheving av diskrimineringsvernet i møte med andre lover i velferdsstaten». I *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*. Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand red., Gyldendal Juridisk, 2016, s. 135–166.
- Sverdrup, Tone. «Det to-sporede lovsystemet – belyst med eksempler fra skatteretten». I *Kvinnerett II*. Tove Stang Dahl red., Universitetsforlaget, 1985, s. 31–53.
- Sverdrup, Tone. «Folketrygdloven i kvinneperspektiv». I *Folketrygden i støpeskjeen*. Asbjørn Kjønstad mfl. red., Universitetsforlaget, 1984, s. 84–119.
- Sørli, Anniken. «Lov om endring av juridisk kjønn, bioteknologiloven og barnelova – reproduksjon og foreldreskap i kontinuitet og endring». I *Frihet, likhet og mangfold*. Anne Hellum og Anniken Sørli red., Gyldendal Akademisk, 2021, s. 121–142
- Sørli, Anniken. «Rettighetssubjekter i endring. Den fødende mannen». I *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*. Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand red., Gyldendal Juridisk, 2016, s. 227–248.
- Sørli, Anniken og Anne Hellum. «Frihet, likhet og mangfold: Fra ideal til realitet». I *Frihet, likhet og mangfold*. Anne Hellum og Anniken Sørli red., Gyldendal Akademisk, 2021, s. 17–40.
- Tollefsen, Ninja. «Aldersdiskriminering av kvinner i forhold til pensjonsrettigheter». *Kvinnerettslig skriftserie nr. 89*. Universitetet i Oslo, 2013.

Forsikring og kjønn

Hans Jacob Bull og Trine-Lise Wilhelmsen

6.1 Innledning

Det er et viktig prinsipp i norsk rett at diskriminering på grunn av kjønn er forbudt, se Grunnloven § 98 og likestillings- og diskrimineringsloven § 1 første ledd. Diskriminering vil si direkte eller indirekte forskjellsbehandling etter lovens §§ 7 og 8, med mindre forskjellsbehandlingen er lovlig etter lovens §§ 9, 10 og 11.

Kapitlet ser på utfordringer knyttet til dette prinsippet i forhold til forsikring. Forsikring er hos oss først og fremst et forhold mellom private parter, forsikringselskapet og forsikringskunden. Det er som utgangspunkt underlagt avtalefrihet, både med hensyn til om det skal inngås en forsikringsavtale og når det gjelder avtalens nærmere vilkår. Enkelt sagt innebærer forsikring en overføring av risiko fra kunden til selskapet, der kunden sikrer seg mot de økonomiske konsekvensene av at risikoen materialiserer seg. For å overta denne risikoen krever selskapet et vederlag – en premie. Ved hjelp av statistiske metoder kan selskapet beregne en gjennomsnittlig størrelse på premien, samtidig som beregningene gir mulighet for å differensiere premien i forhold til enkeltkunder eller en gruppe av kunder med utgangspunkt i faktorer som påvirker risikoen for denne kunden eller gruppen av kunder. Kjønn er en faktor som på gruppebasis kan påvirke risikoen i flere typer av forsikring. Særlig klare

Sitering: Bull, H. J. & Wilhelmsen, T.-L. (2022). Forsikring og kjønn. I I. Ikdahl, A. Hellum, J. Asland, H. Bruserud, M. A. Hjort, B. G. Jonassen og M.-L. Skilbrei (red.), *Kjønn og rett: Kvinne-, kjønns- og likestillingsperspektiver i jusstudiet* (Kap. 6, s. 153–173). Cappelen Damm Akademisk. <https://doi.org/10.23865/noasp.164.ch6>

Lisens: CC BY-NC-ND 4.0

eksempler er bilforsikring og ulike forsikringer knyttet til sykdom og død.

Kapitlet undersøker først (nedenfor 6.2) spørsmålet om et selskap kan bruke kjønn som begrunnelse for å avslå en anmodning om forsikring. Denne drøftelsen tar utgangspunkt i reglene om forsikringssselskapenes kontraheringsplikt etter forsikringsavtaleloven (fal.) §§ 3-10 og 12-12. Deretter (nedenfor 6.3) ser kapitlet nærmere på den diskusjonen som har vært rundt selskapets mulighet for å ta hensyn til kjønn ved beregning av forsikringspremie på utvalgte forsikringsområder. Kapitlet avsluttes med en kort oppsummering/konklusjon (nedenfor 6.4).

6.2 Kjønn og kontraheringsplikt¹

6.2.1 Siden forsikringsmarkedet hos oss er privat, står partene i utgangspunktet fritt til å bestemme om en forsikring skal tegnes. Samtidig har vi lovgivning som setter viktige rammer knyttet til inngåelse av og innholdet i en forsikringsavtale. Problemstillingen her er om et forsikringssselskap kan bruke kjønn som begrunnelse for å avslå å inngå en forsikringsavtale, det vil si hvorvidt selskapet har en kontraheringsplikt. Selskapets synspunkt måtte i så fall være at det knyttet seg særlige risikofaktorer til vedkommende kjønn på det relevante forsikringsområdet, og at selskapet derfor ikke ønsket å overta risikoen.

Frem til 2008 inneholdt ikke forsikringsavtaleloven av 1989 bestemmelser om kontraheringsplikt. Spørsmålet om lovfesting av en rett til forsikring var diskutert under lovarbeidet før loven ble vedtatt, men ble forkastet, siden usaklig nektelse av forsikring ikke hadde vært et reelt problem.² I tiden etter vedtagelsen la teori og nemndspraksis til grunn at det gjaldt et ulovfestet krav om at nektelse av forsikring måtte ha saklig

1 Dette kapitlet bygger på Trine-Lise Wilhelmsen, «Forsikringssselskapenes kontraheringsplikt – nye regler eller keiserens nye klær», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2018 s. 7–36. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.2464-3378-2018-01-02>.

2 Se NOU 1983: 56 *Lov om avtaler om personforsikring* s. 33; NOU 1987: 24 *Lov om avtaler om skadeforsikring (skadeforsikringsloven)* s. 27.

grunn.³ Fra 2004 var det en sterk økning i antallet avslag på anmodninger om forsikring. Fordi Justisdepartementet var skeptisk til om det kunne oppstilles et krav om saklig grunn uten hjemmel i lov, kom departementet i 2008 til at det var behov for lovregulering.⁴

Ved endring av loven 27. juni 2008 nr. 65⁵ ble det tilføyd likelydende bestemmelser om kontraheringsplikt i § 3-10 (skadeforsikring) og § 12-12 (personforsikring):⁶

§ 3-10. (avslag på forsikring)

Selskapet kan ikke uten saklig grunn nekte noen på vanlige vilkår en forsikring som selskapet ellers tilbyr allmennheten.

Forhold som medfører en særlig risiko, skal regnes som saklig grunn, forutsatt at det er en rimelig sammenheng mellom den særlige risikoen og avslaget. Andre særlige forhold utgjør saklig grunn når de medfører at avslaget ikke kan regnes som urimelig overfor den enkelte.

Forhold som det etter bestemmelse i eller i medhold av lov er forbudt å legge vekt på ved risikovurderinger i forsikring, kan ikke utgjøre saklig grunn. Det samme gjelder opplysninger som selskapet etter bestemmelse i eller i medhold av lov er avskåret fra å kreve fra forsikringstakeren eller den sikrede.

Forsikringssøkeren skal uten ugrunnet opphold underrettes skriftlig om avslaget og om begrunnelsen for det. Dette gjelder også ved muntlige henvendelser til selskapet. Begrunnelsen skal angi hvilke forhold som ligger til grunn for avslaget, herunder de individuelle risikovurderingene som eventuelt er foretatt. Det skal også redegjøres for eventuell praksis i selskapet, bransjenormer, lov eller forskrift, som innebærer at forsikringssøkeren etter en viss tid eller etter endrede forhold vil kunne søke den aktuelle forsikringen uten å få et tilsvarende avslag.

-
- 3 Se Trine-Lise Wilhelmsen, «Forsikringsselskaperens kontraheringsplikt», NFJP nr. 59 (1995) s. 57 og Hans Jacob Bull, *Forsikringsrett*, Universitetsforlaget 2008, s. 124 flg.
 - 4 Se Ot.prp. nr. 41 (2007–2008) s. 24, med henvisninger til en rekke avgjørelser fra Forsikringssskadenemnda.
 - 5 Det skjedde en mindre endring i bestemmelsene ved lovendring 17. juni 2016 nr. 29 (tilføydelse av nytt femte ledd).
 - 6 Bestemmelsene er nærmere drøftet i Wilhelmsen 2018, s. 7–36 med omfattende henvisninger til nemndspraksis.

Underretningen om avslag skal inneholde opplysninger om reglene for å bringe tvister om forsikringsavtalen inn for utenrettslige tvisteløsningsordninger, samt opplysning om tidsfristen i sjettede ledd.

En forsikrings søker som vil påberope seg at det foreligger en ulovlig forsikringsnektelse, må gi selskapet skriftlig melding om dette eller bringe saken inn for en klagenemnd som nevnt i femte ledd innen seks måneder etter at forsikrings søkeren mottok skriftlig underretning om avslaget.

6.2.2 Lovbestemmelsene tar i første ledd som utgangspunkt at et selskap ikke uten «saklig grunn» kan nekte noen forsikring «på vanlige vilkår», når selskapet ellers «tilbyr allmennheten» slik forsikring. Det er altså snakk om en partiell kontraheringsplikt. Siden bestemmelsene finnes både i lovens skadeforsikringsdel og personforsikringsdel, er alle typer av forsikringer i prinsippet omfattet.⁷

Første ledd avgrenser i realiteten virkeområdet for den partielle kontraheringsplikten. Siden plikten bare gjelder for forsikring som selskapet «ellers tilbyr allmennheten», kan ikke et selskap pålegges å tilby et forsikringsprodukt som selskapet ikke tilbyr generelt. Selskapet kan derfor fritt begrense hvilket markedssegment det vil operere i, ved for eksempel bare å tilby personforsikring eller bare forsikring til næringslivskunder.⁸ Forarbeidene går også et skritt videre, og forutsetter at «[d]ersom selskapet tilbyr forsikringer av en bestemt type bare til en bestemt krets, for eksempel til medlemmene av enkelte organisasjoner e.l., vil selskapet kunne fortsette med dette.»⁹ Selskapene ser dermed ut til å ha rett til å begrense sin kundegruppe,¹⁰ uten å komme i strid med loven. Dette reiser et vanskelig spørsmål i forhold til kjønn. Som vi skal se nedenfor, følger det av bestemmelsenes tredje ledd første punktum at kjønn som risikofaktor

7 Kollektive forsikringer, se fal. kap. 9 og 19, faller likevel utenfor bestemmelsenes virkefelt siden de bare tilbys til en bestemt krets, som for eksempel medlemmer av visse organisasjoner e.l., se Ot.prp. nr. 41 (2007–2008) s. 99. Det nærmere innhold av denne avgrensningen har imidlertid vært diskutert i praksis, se Wilhelmssen 2018, s. 15–16 med videre henvisninger.

8 Se Ot.prp. nr. 41 (2007–2008) s. 99.

9 Se Ot.prp. nr. 41 (2007–2008) s. 99.

10 Se Finansklagenemnda Person. Uttalelse, 6. mars 2013. FinKN-2013-109 [Lest i Lovdata Pro], der Finansklagenemnda la til grunn at et selskap hadde adgang til å begrense retten til å tegne reise-forsikring til personer under 75 år, med mindre vedkommende hadde sine øvrige forsikringer i selskapet.

ikke kan utgjøre en saklig grunn til å nekte forsikring. Problemet er imidlertid at den saklighetsvurderingen som tredje ledd – og for så vidt også annet ledd – gir anvisning på, først blir aktuell hvis loven i det hele tatt får anvendelse på vedkommende forsikring. Man må altså først avklare bestemmelsenes virkeområde, slik dette er angitt i første ledd, før man går videre til saklighetsvurderingen i annet og tredje ledd. Dermed skulle det tilsynelatende ikke være noe i veien for at en kvinnegruppe, der bare kvinner kan være medlemmer, tegner en kollektiv bilforsikring for på den måten å sikre seg lavere premie.¹¹

Uttrykket «vanlige vilkår» refererer først og fremst til de forsikringsvilkårene som selskapet normalt benytter for vedkommende produkt. Premieberegningen – og dermed også selskapenes alminnelige premiedifferensiering – er derimot som utgangspunkt ikke omfattet av bestemmelsene.¹² En kvinnelig forsikringstaker kan følgelig ikke med hjemmel i forsikringsavtalelovens bestemmelser kreve at premien på hennes sykeforsikring skal fastsettes etter de samme prinsipper som gjelder for sykeforsikring for menn i sammenlignbar alder og yrke. Selskapenes premieberegning er regulert i forsikringsvirksomhetsloven (forsvl.), i dag § 3-3 femte ledd og § 7-5 fjerde ledd,¹³ med den følge at den «i utgangspunktet faller utenfor anvendelsesområdet for de reglene som foreslås i § 3-10».¹⁴

6.2.3 Fal. § 3-10 og § 12-12 annet og tredje ledd er bygget opp slik at annet ledd angir hvilke forhold som skal anses å utgjøre saklig grunn for forsikringsnektelse, mens tredje ledd fastslår hvilke forhold som ikke kan utgjøre saklig grunn. For vårt formål er det først og fremst tredje ledd som er av interesse. Her fremgår det av første punktum at forhold som det etter annen lovgivning vil være forbudt å legge vekt på ved

11 Så vidt vi forstår er det statistisk grunnlag for at menn – iallfall yngre menn – utgjør en større risiko enn kvinner som bilførere, noe som kunne tilsi at de skal betale en høyere premie for sin motorvognforsikring.

12 Se Ot.prp. nr. 41 (2007–2008) s. 98.

13 Se om disse bestemmelsene nedenfor i avsnitt 6.3.2.

14 Men se Ot.prp. nr. 41 (2007–2008) s. 35, der departementet fremhever at såfremt selskapet setter «umulige vilkår, for eksempel en urimelig høy premie» for å omgå reglene om krav til saklig grunn, er det «hensiktsmessig at forsikringsavtalelovens regler om forsikringsnektelse gjelder i tillegg til» forsikringsvirksomhetslovens regler «for å unngå omgåelser av reglene om forsikringsnektelse».

risikovurderingen, ikke kan utgjøre saklig grunn. Forarbeidene viser at dette først og fremst er ment som en henvisning til personvern- og diskrimineringslovgivningen.¹⁵ Rent praktisk betyr dette i vår sammenheng at et forsikringselskap ikke kan nekte en person forsikring basert på kjønn som risikofaktor.

6.2.4 Konklusjonen er dermed at nektelse av forsikring basert på kjønn ikke er tillatt, samtidig som dette i praksis neppe har vært et stort problem. Slik reglene i fal. § 3-10 og § 12-12, begges første ledd, er forklart i forarbeidene, ser det imidlertid ut til at det vil være mulig for et forsikringselskap å utvikle forsikringsprodukter som omgår reglene og sikrer personer av det ene eller annet kjønn eksklusiv tilgang til produktet. Selv om problemstillingen trolig er hypotetisk, iallfall for selskaper baserte i Norge, er det litt overraskende at det tilsynelatende er så enkelt å omgå en ny lovbestemmelse.

6.3 Kjønn og fastsettelse av premietariffer, premier og ytelser

6.3.1 Som vi så under punkt 6.2, sikrer reglene i fal. § 3-10 og § 12-12 om kontraheringsplikt mot at selskapene avslår å tegne forsikring på et ikke-saklig grunnlag. Selskapenes premiefastsettelse og den ytelsen selskapene eventuelt blir ansvarlig for, er derimot ikke omfattet av disse bestemmelsene. Dette fastlegges gjennom statistiske beregninger innenfor de rammer som er fastsatt i bestemmelser i forsikringsvirksomhetsloven. For å unngå såkalt antiseleksjon vil selskapene dessuten normalt differensiere premien i forhold til faktorer som påvirker risikoen. Det innebærer at en forsikringskunde kan risikere å bli møtt med en premie som overstiger det andre skal betale.¹⁶

15 Se Ot.prp. nr. 41 (2007–2008) s. 100, jf. s. 49–50, der departementet peker på at det ikke er kjent med at forsikringsnektelser som innebærer ulovlig diskriminering har forekommet i praksis.

16 Selskapet kan imidlertid ikke omgå bestemmelsene i fal. § 3-10 og § 12-12 ved å tilby en forsikring med en vesentlig høyere premie enn det som står i et rimelig forhold til den risiko selskapet overtar, se for så vidt forsvl. § 3-3 femte ledd og § 7-5 fjerde ledd.

Problemstillingen her er om og eventuelt i hvilken utstrekning et forsikringselskap kan bruke kjønn som en faktor ved beregning av forsikringspremie. I en del forsikringsbransjer har statistisk erfaring vist at det er klare forskjeller mellom kjønnene når det gjelder risikoen for om eller når et forsikringstilfelle vil inntreffe. Slik statistikk foreligger for forskjellige livsforsikringsprodukter, herunder pensjonsforsikring, men også for skadeforsikringer som sykeforsikring og bilforsikring.¹⁷ For slike produkter kan metoden for å beregne premie komme i konflikt med hensynet til likebehandling mellom kjønnene.

6.3.2 Innledningsvis er det nødvendig å gi en kortfattet fremstilling av de alminnelige prinsippene som gjelder for premieberegning. Siden forsikring er overføring av risiko mot et vederlag, blir et sentralt spørsmål hva risiko egentlig innebærer. Et vanlig mål på risiko er varians, eller spredning mellom mulige utfall i en sannsynlighetsfordeling. Er for eksempel sannsynligheten for brann 0,01 prosent per hus per år, og hver brann gjennomsnittlig forårsaker skade for kr. 500 000, får man en sannsynlighetsfordeling med 0,01 prosent sannsynlighet for et tap på kr. 500 000 per hus per år, og 99,99 prosent sannsynlighet for et tap på 0. Den enkelte huseier står altså overfor en sannsynlighet på 99,99 prosent for intet tap overhodet og 0,01 prosent for et tap på kr. 500 000, som igjen betyr et gjennomsnittlig eller forventet tap på kr. 50. For en gruppe som består av en million huseiere vil antall branner per år utgjøre omkring 100, med et samlet tap på kr. 50 millioner. Betaler hver av disse huseierne en premie til forsikringselskapet på kr. 50, betyr det at de «bytter» en liten sannsynlighet for å lide et stort tap med et lite, men sikkert tap, nemlig den årlige forsikringspremien.

Kjernen i forsikring som ytelse ligger følgelig i selskapets mulighet for risikoutjevning og risikospredning over et større kollektiv. Det neste spørsmålet er hvordan man skal avgrense de gruppene premien skal beregnes i forhold til. Prinsippene om risikospredning og risikoutjevning

17 Se definisjonene av livsforsikring og skadeforsikring i henholdsvis forsvl. § 3-1 og § 7-1. Disse definisjonene er andre enn de vi finner i forsikringsavtaleloven, som snakker om henholdsvis personforsikring og skadeforsikring, og der personforsikring i tillegg til livsforsikring omfatter bransjer som ulykkesforsikring og sykeforsikring.

sier nemlig bare at det er nødvendig med en gruppe av en viss størrelse, og ikke hvordan gruppen skal avgrenses. Tar vi bilforsikring som eksempel, viser statistisk erfaring at gjennomsnittlig risiko for bilskader blant mannlige bileiere er betydelig høyere enn for kvinnelige. Tenker vi oss at denne risikoen utgjør 40 for menn, 10 for kvinner og 25 for hele gruppen, vil en mann «tjene» 15 på å tegne forsikring, mens en kvinne vil tape 10. Kvinner kan i så fall finne at dette ikke «lønner seg» – de betaler en for høy premie i forhold til den risikoen deres bilkjøring innebærer – og enten unnlate å tegne forsikring, eller forsikre i et annet selskap som tar høyde for kjønnsforskjellene. Ved frafall av lavrisikokunder vil selskapet måtte øke premien for de kundene som blir igjen, som igjen vil kunne medføre at ytterligere kunder faller fra. Selskapet kommer altså inn i en spiral med stadig lekkasje av kunder med lav risiko, premieøkning og ytterligere frafall av kunder. Problemet kalles antiseleksjon eller skjevt utvalg, og kan i verste fall føre til at hele forsikringsproduktet må avvikles.

I et privat forsikringsmarked som vårt, bygget på avtalefrihet, kan antiseleksjonsproblemet reduseres dersom alle selskapene underlegges et felles regelverk, knyttet til for eksempel bruk av kjønn som premiefaktor. Tilsvarende vil gjelde dersom det er mulig å etablere alternative faktorer som fanger opp (mye av) den forskjellen i risiko som kjønn representerer.

6.3.3 Utgangspunktet i lov 10. juni 2005 nr. 44 om forsikringsvirksomhet¹⁸ er at

[f]oretaket skal ved utformingen av premietariffene og ved fastsettelse av premien sørge for at

- a) foretakets premier vil stå i rimelig forhold til den risiko som overtas og de tjenester som ytes,
- b) foretakets premier vil være tilstrekkelige til å gi sikkerhet for at forpliktelsene etter inngåtte forsikringer blir oppfylt, og vil være betryggende ut fra foretakets økonomi,

¹⁸ Loven het frem til lovendring 4. oktober 2015 nr. 17 lov om forsikringselskaper, pensjonsforetak og deres virksomhet mv. (forsikringsvirksomhetsloven).

- c) det ikke vil skje urimelig forskjellsbehandling mellom produkter, produktkombinasjoner eller kundegrupper.¹⁹

Siden statistisk erfaring viser at kjønn kan være en viktig risikofaktor i enkelte bransjer, og selskapets premie etter bestemmelsens bokstav a skal «stå i rimelig forhold til den risiko som overtas», tilsier det at kjønn kan og skal tas hensyn til ved premieberegningen. Likestillings- og diskrimineringsloven²⁰ § 6 inneholder imidlertid et forbud mot direkte og indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn. Bestemmelsen er helt generell og kommer til anvendelse for salg og tilbud av enhver vare eller tjeneste. Spørsmålet er dermed om og i tilfelle hvordan disse prinsippene skal anvendes ved premieberegning i forsikring.

6.3.4 Likestillingsombudet behandlet i henholdsvis 2000 og 2004 to saker om disse spørsmålene. I den første, som gjaldt pensjonsforsikring i arbeidsforhold, kom ombudet til at selskapene i livsforsikring hadde anledning til å legge vekt på påviselige forskjeller mellom kjønnene, selv om det medførte ulike premier for kvinner og menn.²¹ I den andre, som gjaldt bilforsikring og sykeforsikring, kom ombudet til at bruk av kjønn som faktor ved beregning av forsikringspremie var i strid med likestillingsloven.²² Denne avgjørelsen ble brakt inn for Klagenemnda for likestilling, som under dissens (4–3) kom til samme resultat,²³ og påla selskapene å bringe den diskriminerende praksis til opphør i løpet av en to års periode.²⁴ Det fremgår av begrunnelsen i begge saker at ombudet/Klagenemnda ikke betvilte det statistiske grunnlaget for

19 Sitatet her er fra fjerde ledd i § 7-5 Premietariffer, som står i Kapittel 7. Skadeforsikring. En tilnærmet tilsvarende formulering finner vi i femte ledd i § 3-3 Pristariffer, som står i Kapittel 3. Kollektiv og individuell livsforsikring. Prinsippene gjelder dermed i alle typer av forsikring.

20 Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven), jf. tidligere lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) § 3.

21 Likestillingsombudet. *Avgjørelse i sak 1999/091*. [Lest i arkiv klagesaker 1996–2015 på www.ldo.no]. Forutsetningen var at det er statistisk grunnlag for differensieringen og at det tas hensyn til kjønnsforskjeller konsekvent.

22 Likestillingsombudet. *Avgjørelse i sak 2002/089*. [Lest i arkiv klagesaker 1996–2015 på www.ldo.no].

23 Klagenemnda for likestilling. *Vedtak i sak nr. 1/2004*. [Lest på www.klagenemndssekretariatet.no]. Klagenemnda understreket at den ikke tok stilling til hva situasjonen var i pensjonsforsikring.

24 Avgjørelsen ble kritisert av Trine-Lise Wilhelmsen, se hennes artikkel «Kjønn som faktor ved beregning av forsikringspremie – forholdet mellom forsikringsvirksomhetsloven og likestillingsloven», *Tidsskrift for Erstatningsrett*, 2005 s. 123–156. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN0809-9545-2005-02-03>.

premierforskjellen. I 2004-saken pekte imidlertid ombudet/Klagenemnda på at statistikken ikke ga et tilstrekkelig saklig og relevant argument for forskjellsbehandlingen, uten å gå nærmere inn på forskjellen mellom de to sakene.

6.3.5 13. desember 2004 vedtok EU Rådsdirektiv 2004/113/EF, som forbyr forskjellsbehandling av kvinner og menn ved «access to and supply of goods and services».²⁵ Art. 3 nr. 4 inneholder et generelt unntak «for matters of employment and occupation».²⁶ Direktivet omfatter forsikring og lignende ytelser, men inneholder i art. 5 «Actuarial factors» visse presiseringer og klargjøringer av det generelle prinsippet for så vidt angår forsikring. Første ledd fastslår at «the use of sex as a factor in the calculation of premiums and benefits for the purposes of insurance and related financial services shall not result in differences in individuals' premiums and benefits». Fra dette var det et unntak i annet ledd, som tillot medlemsstatene å bestemme at kjønn skulle kunne benyttes som beregningsfaktor, såfremt det kunne dokumenteres ved relevante og nøyaktige aktuarmessige (forsikringsmatematiske) og statistiske data at kjønn er en bestemmende faktor ved vurderingen av forsikringsrisikoen.

6.3.6 Rådsdirektiv 2004/113/EF ble etter en viss tvil ansett som EØS-relevant av EØS-statene. Hos oss la Finansdepartementet, med utgangspunkt i Likestillingsombudets avgjørelse i 2000, til grunn at «[n]orsk rett antas å være i samsvar med kravene i unntaksbestemmelsen» i art. 5 annet ledd for så vidt angikk livsforsikring.²⁷ For å sikre at det ikke var tvil om at bruk av kjønn som beregningsfaktor i livsforsikring fortsatt skulle være tillatt, foreslo departementet en eksplisitt bestemmelse i forsikringsvirksomhetsloven om dette. Bestemmelsen ble ved lovendring

25 Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services (likestillingsdirektivet). Et utkast til direktivet var kjent for Klagenemnda for likestilling da den fattet sitt vedtak i sak nr. 1/2004, se Klagenemnda for likestilling (21. januar 2004).

26 For slike forhold gjelder et eget direktiv, Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast). Se om dette direktivet nedenfor under avsnitt 6.3.9.

27 Prop. 84 L (2009–2010) om endringer i lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner (finansieringsvirksomhetsloven) mv. og enkelte andre lover (samleproposisjon) s. 90.

4. juni 2010 nr. 20 plassert i kapittel 9. Kollektiv og individuell livsforsikring som § 9-3 a,²⁸ og hadde følgende ordlyd:

Selskapet kan anvende kjønn som faktor ved beregning av pris for dekning av risiko knyttet til person og ved beregning av premier og ytelser dersom kjønn er en bestemmende faktor ved beregningen av risiko, og dette er basert på relevante og nøyaktige aktuarmessige og statistiske data.

Departementet presiserte samtidig at «[d]agens forbud mot å bruke kjønn som faktor ved beregning av premie i skade- og sykeforsikring, berøres ikke av endringsforslaget».²⁹ For disse forsikringstypene gjaldt altså fortsatt Klagenemndas vedtak fra 2004, med den følge at kjønn ikke kunne brukes som faktor ved beregning av premie i disse forsikringstypene.

6.3.7 Problemene var imidlertid ikke løst med dette. I en avgjørelse fra 1. mars 2011 konkluderte nemlig EU-domstolen med at unntaksbestemmelsen i direktivets art. 5 annet ledd var ugyldig med virkning fra 21. desember 2012.³⁰ En bestemmelse som ga medlemstatene mulighet til å opprettholde et varig unntak fra regelen om ikke-kjønnsrelaterte premier og ytelser, var i strid med formålet i direktiv 2004/113/EF om likebehandling av kvinner og menn, og uforenlig med Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter artikkel 21 og 23. Bestemmelsen var derfor ugyldig etter utløpet av en passende overgangsperiode, som ble fastsatt å vare frem til 21. desember 2012.

6.3.8 EU-domstolens avgjørelser er formelt ikke bindende for Norge. Den norske lovgiveren var derfor ikke forpliktet til å innrette seg etter dommen. Samtidig var direktivet tatt inn i EØS-avtalen. Det var klart

28 Det var en naturlig plassering, siden lovens Kapittel 9. Kollektiv og individuell livsforsikring den gang hadde en bestemmelse i § 9-3 som tilsvarte § 3-3 i den någjeldende forsikringsvirksomhetsloven, se om denne teksten ovenfor i avsnitt 6.3.3. Som nevnt i note 33 nedenfor, ble § 9-3 a i 2015 flyttet til ny § 3-4.

29 Forbudet kom ikke til uttrykk i lovteksten. Dette gjaldt tilsvarende da forsikringsvirksomhetslovens regler om skadeforsikring ble endret senere i 2010, se lovendring 17. desember 2010 nr. 84. Forarbeidene (Prop. 134 L (2009–2010) s. 63) peker på at loven gir mulighet for forskjellig premie overfor bl.a. ulike kundegrupper, basert på aktuarberegninger eller risikostatistikk, men forutsetter samtidig at annen lovgivning kan inneholde diskrimineringsforbud som er til hinder for ulik premie mellom kundegrupper, selv om aktuarberegninger og statistikk viser at de representerer forskjellig risiko.

30 Sak C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL m.fl. mot Conseil des Ministres*, EU:C:2011:100.

at EU-domstolens tolkning av et slikt direktiv, som forutsetningsvis skal tolkes likt i EU og i EØS-området, ville være retningsgivende også for vår tolkning av direktivet. Finansdepartementet la derfor «etter en helhetsvurdering» til grunn at norsk rett burde endres som følge av EU-domstolens avgjørelse.³¹ Departementet ba Finanstilsynet om å utarbeide forslag til nødvendige lovendringer, slik at livsforsikringsselskapene ble pålagt å benytte kjønnsnøytrale premier og ytelser for individuelle, private livsforsikringskontrakter utenfor arbeidsforhold, i tråd med EU-domstolens avgjørelse. Finanstilsynets høringsnotat, med forslag til lovendring, fikk i det vesentlige støtte av høringsinstansene, herunder Likestillings- og diskrimineringsombudet.³² Departementet fremmet forslag i tråd med Finanstilsynets forslag. Ved lovendring 20. juni 2014 nr. 29 ble et nytt annet punktum føyet til daværende § 9-3 a:³³

Ved avtaler om private og frivillige forsikringer utenfor arbeidsforhold skal anvendelse av kjønn som faktor ved beregningen ikke føre til forskjeller i forsikringstakeres premier og ytelser.

Sett i sammenheng med bestemmelsens første punktum var dermed plikten til kjønnsnøytrale premier i livsforsikring begrenset til «private og frivillige forsikringer utenfor arbeidsforhold». Dette uttrykket omfattet i henhold til proposisjonen³⁴ individuelle livsforsikringskontrakter innen hovedgruppene kapitalforsikringer og rente- og pensjonsforsikringer. Kapitalforsikringene gir en engangsutbetaling ved død eller uførhet. For dødsrisikoforsikringer betalte menn tidligere en høyere premie enn kvinner (høyere dødshyppighet i relevant tidsperiode), mens situasjonen var motsatt for uførhetsforsikringer (flere kvinner blir uføre).³⁵

31 Prop. 87 L (2013–2014) Endringer i børsloven og verdipapirhandeloven mv. og lov om kredittvurderingsbyråer s. 58.

32 Se Prop. 87 L (2013–2014) Endringer i børsloven og verdipapirhandeloven mv. og lov om kredittvurderingsbyråer s. 60–61. Ombudet tok imidlertid opp igjen spørsmålet om å få utredet «kjønnsnøytrale premietariffer, premier og ytelser også for forsikringer som springer ut av arbeidsforhold», se om dette avsnitt 6.3.13 nedenfor.

33 Bestemmelsen i § 9-3 a ble ved lovendring i 2015 flyttet til ny § 3-4, med samme innhold og formuleringer som tidligere, se lov 10. april 2015 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern § 23-3.

34 Se Prop. 87 L (2013–2014) Endringer i børsloven og verdipapirhandeloven mv. og lov om kredittvurderingsbyråer s. 61.

35 Se Finanstilsynets beregninger inntatt i Prop. 87 L (2013–2014) Endringer i børsloven og verdipapirhandeloven mv. og lov om kredittvurderingsbyråer s. 100.

Kjønnsnøytrale premier vil dermed kunne bety at dødsrisikoforsikringer blir dyrere for kvinner, mens uførhetsforsikringer blir rimeligere. Rente- og pensjonsforsikringer karakteriseres ved at ytelser under forsikringene betales ut så lenge forsikringstaker lever eller til et avtalt tidspunkt. For rente- og pensjonsforsikringer betalte kvinner en høyere premie enn menn (lenger levealder og dermed lenger utbetalingsperiode).³⁶ Kjønnsnøytrale premier vil dermed kunne bety at rente- og pensjonsforsikringer blir billigere for kvinner.

Gruppen kapitalforsikringer omfattet også kollektive gruppelivsforsikringer, herunder foreningsgruppeliv utenfor arbeidsforhold. Slike forsikringer tegnes gjerne av en forening eller en yrkesorganisasjon og karakteriseres ved at medlemmet selv både bestemmer om han eller hun vil slutte seg til avtalen og betaler premien.

6.3.9 For kollektive forsikringer i arbeidsforhold gjaldt fortsatt regelen i daværende § 9-3 a første punktum, med rett for selskapet til å bruke kjønn som faktor ved beregning av premier, såfremt vilkårene om relevante og nøyaktige aktuarmessige og statistiske data var oppfylt. Dette var i god overensstemmelse med den relevante EU-lovgivningen på området, se direktivet nevnt i note 26,³⁷ som i art. 9 første ledd bokstav h fastslår at det ikke vil være i strid med direktivet å fastsette ulikt nivå på forsikringsytelser til kvinner og menn i arbeidslivsrelaterte forsikringer, såfremt dette kan rettfærdiggjøres gjennom aktuarmessige beregninger.³⁸

36 Se henvisning i note 35.

37 Bakgrunnen for direktivet var et behov for å endre en rekke tidligere direktiver på området og innarbeide dommer fra EU-domstolen. Klarhetshensyn tilsa da at de viktigste reglene på området ble samlet i én tekst, se direktivets fortale punkt 1 for begrunnelsen og for en oversikt over de tidligere direktivene.

38 Se EU-kommisjonens retningslinjer 13. januar 2012 (ref. 2012/C 11/01) om anvendelsen av direktiv 2004/113/EF i lys av Test Achats-dommen (sak C-236/09, EU:C:2011:100), der punkt 2.4 Insurance and occupational pensions avsnitt 23 fastslår: «... The Commission considers that the Test-Achats ruling has no legal implications for this provision [Art. 9 første ledd bokstav h i direktiv 2006/54/EF, vår tilføyelse], which applies in the different and clearly separable context of occupational pensions ... Indeed, under Article 9(1) (h) of Directive 2006/54/EC, the setting of different benefits for men and women is not considered discriminatory when justified by actuarial data.»

Diskusjonen knyttet til de nye pensjonslovene og forsvl. § 9-3a

6.3.10 I sin avgjørelse fra 2000,³⁹ der Likestillingsombudet godtok bruk av kjønn som beregningsfaktor ved premiefastsettelsen i pensjonsforsikring, kom ombudet samtidig med kritikk av forsikringsbransjens praksis, særlig når det gjaldt kollektive pensjonsordninger i arbeidsforhold. Det ble påpekt at «hvis man presenteres for ulike premier, kan dette lettere gi arbeidsgiver et økonomisk motiv for å ansette menn fremfor kvinner». Avgjørelsen gikk inn i en løpende diskusjon om kjønn som beregningsfaktor ved premiefastsettelse i pensjonsforsikring, knyttet til den større omleggingen av alderspensjonssystemene, herunder de private pensjonsordningene, som ble diskutert og gjennomført på 1990-/2000-tallet.

6.3.11 Etter vedtagelsen av lov 24. mars 2000 nr. 16 om foretakspensjon (foretakspensjonsloven) og lov 24. november 2000 nr. 81 om innskuddspensjon i arbeidsforhold (innskuddspensjonsloven),⁴⁰ ble det i desember 2000 nedsatt et eget utvalg, det såkalte Kvidal-utvalget. Utvalget skulle gjennomgå metodene for fastsettelse av forsikringspremie i livsforsikring i privat sektor og belyse hvordan medlemmenes kjønn vil eller kan påvirke innbetalingene til og/eller ytelsene fra ordningene. Utfordringen var at statistikk viste at kvinner både hadde høyere forventet levealder enn menn, men også større sannsynlighet for uførhet. I sin utredning la utvalget til grunn:⁴¹

- (a) at en pensjonsmessig likebehandling av de to kjønn innebærer ordninger hvor de årlige innbetalinger og de årlige utbetalinger er like for de to kjønn, og
- (b) at ordninger hvor ulike årlige innbetalinger gir like årlige utbetalinger er mer akseptabelt ut fra likestillingshensyn enn

³⁹ Se note 21.

⁴⁰ Denne lovgivningen hadde sin bakgrunn i NOU 1994: 6 *Private pensjonsordninger*, der det såkalte Hylland-utvalget foreslo en ordning som ga adgang til innskuddsbasert tjenstepensjon med skattefordel, og der arbeidsgivers pensjonsforpliktelse overfor sine arbeidstakere ble oppfylt ved innskudd av definerte beløp på det enkelte medlems pensjonskonto. Med bakgrunn i innstillingen drøftet regjeringen og Stortinget i de påfølgende år diverse innspill til hensiktsmessigheten av en slik ordning og hvilke hovedelementer den i så fall skulle omfatte.

⁴¹ NOU 2001: 27 *Om kjønnsnøytralitet i pensjonsordninger i privat sektor*.

- (c) ordninger med like årlige innbetalinger og ulike årlige utbetalinger for de to kjønn.

Utvalget konkluderte med at full likebehandling bare kunne sikres ved en felles premietariff for kvinner og menn. Dette ville forutsette en premieutjevningsordning eller en risikopool på enten foretaksnivå (den enkelte arbeidsgiver), selskapsnivå (det enkelte forsikringsselskap) eller bransjenivå (alle forsikringsselskaper innenfor vedkommende bransje). Utvalget pekte på at kompleksiteten, de økonomiske kostnadene og de administrative ulempene som ville være følgen av en kjønnsnøytral premietariff måtte ansees som betydelige. Utvalget gikk derfor inn for en ordning der arbeidsgiver i innskuddsbaserte pensjonsordninger heller skulle pålegges en plikt til å foreta høyere innskudd for kvinnelige enn for mannlige arbeidstakere for å sikre at årlig pensjon ble uavhengig av kjønn.⁴²

Både Finansdepartementet⁴³ og finanskomiteen⁴⁴ i Stortinget sluttet seg til de synspunkter og forslag som flertallet i utvalget hadde kommet med.⁴⁵ Samtidig ba komiteens flertall⁴⁶ regjeringen om å komme tilbake med forslag om nye regler for forsikringsvirksomhet, som «opner for ein generell rett til å tilby tenestepensjonsordningar med kjønns- og aldersnøytrale premiar, både i privat og offentlig sektor».

6.3.12 I 2013 fremmet Finansdepartementet proposisjon om tjenestepensjonslov.⁴⁷ Loven inneholder et rammeverk for avtaler om pensjons-

42 Medlemmet fra LO i utvalget dissenterte på dette punktet, men sluttet seg til flertallet subsidiært. Det er grunn til å merke seg at likestillingsombudet som medlem av utvalget ikke dissenterte eller kom med noen særuttalelse.

43 Ot.prp. nr. 100 (2001–2002). Departementet uttalte at det delte utvalgets syn på «at de generelle ulempene vedrørende kjønnsnøytrale premietariffer tilsier at slike tariffer ikke legges til grunn i de innskuddsbaserte eller ytelsesbaserte ordningene» (s. 37).

44 Innst. O. nr. 9 (2002–2003). Senterpartiets medlem i komiteen dissenterte imidlertid, og pekte på at det etter hans mening var en betydelig fare for utstøting av kvinnelige arbeidstakere ved høyere pensjonspremier for kvinner enn for menn. Han fremmet forslag om å be regjeringen om snarest å legge frem en ny utredning som ville gi grunnlag for å lovfeste kjønnsnøytrale pensjonspremier og pålegge livsforsikringsselskap å tilby en forsikringsordning som sikrer dette.

45 Se lovendring 13. desember 2002 nr. 75 til innskuddspensjonsloven.

46 Flertallet besto av medlemmene fra Arbeiderpartiet, Fremskrittspartiet og Sosialistisk Venstreparti, med subsidiær tilslutning fra medlemmet fra Senterpartiet.

47 Se Prop. 199 L (2012–2013) om lov om tjenestepensjon (tjenestepensjonsloven). Loven ble vedtatt senere samme år, som lov 13. desember 2013 nr. 106 om tjenestepensjon (tjenestepensjonsloven).

ordning mellom foretak mv. med arbeidstakere i sin tjeneste på den ene side og et forsikringsselskap eller en pensjonskasse på den annen, med det formål å sikre arbeidstakere og deres nærmeste alderspensjon i tillegg til ytelser fra folketrygden. Et viktig spørsmål ved utformingen av reglene var om og i tilfelle hvordan det skulle tas hensyn til den vesentlige forskjell i levealder mellom menn og kvinner. Her hadde Banklovkommisjonen og Finanstilsynet kommet med hvert sitt forslag. Blant høringsinstansene var det betydelig uenighet. Likestillingsombudet mente at det måtte vurderes om «det er saklig å anvende kjønn som avgjørende faktor ved premieberegning og utbetaling, når andre faktorer også spiller en viktig rolle for levealdersrisiko». Målet måtte være å utrede en modell for håndtering av levealdersrisiko som tok høyde for slike faktorer, «slik at man ikke innfører en ordning for kollektive tjenstepensjoner som har en kjønnskjev effekt».⁴⁸

I sin vurdering la Finansdepartementet til grunn at «[k]vinner mellom 60 og 70 år har 15–20 prosent lengre forventet gjestående levealder enn menn på samme alder». Skulle det utbetales like årlige pensjonsytelser til både kvinner og menn, ville dette måtte tilsi høyere pensjonsinnskudd for kvinner enn for menn. Dette ville i så fall være en videreføring av gjeldende system,⁴⁹ og dessuten være i tråd med Kvidal-utvalgets tilrådninger, som departementet og et flertall i Stortinget tidligere hadde sluttet seg til.⁵⁰ En mulig motforestilling kunne være at arbeidsgivere heller ville ansette menn enn kvinner, fordi – alt annet likt – pensjonskostnaden ville være høyere for kvinner.⁵¹ Erfaring fra eksisterende ordninger talte imidlertid ikke for at dette utgjorde et problem.⁵² Når det gjaldt Likestillingsombudets ønske om å få utredet om andre faktorer enn

48 Prop. 199 L (2012–2013) om lov om tjenstepensjon (tjenstepensjonsloven) s. 44 for begge sitater.

49 Departementet viste her til gjeldende rett og praksis for ytelsesordninger og for innskuddsordninger som skulle konverteres til pensjonsforsikring, og til prinsippet i gjeldende rett om at forsikringsselskapene skal kreve inn premier som er rimelige og betryggende ut fra den risikoen de tar på seg.

50 Se NOU 2001: 27 *Om kjønnsnøytralitet i pensjonsordninger i privat sektor*, Ot.prp. nr. 100 (2001–2002) og Innst. O. nr. 9 (2002–2003).

51 Forskjellen var anslått til 90 kroner i måneden for relativt lavtlønnede i minimumsordninger og i overkant av 2000 kroner i måneden for høytlønnede i maksimumsordninger.

52 Prop. 199 L (2012–2013) om lov om tjenstepensjon (tjenstepensjonsloven) s. 46–47.

kjønn kunne brukes til premietarifiering som et alternativ til å ha ulik premie for kvinner og menn, var Finansdepartementet negativt, under henvisning til en uttalelse innhentet fra Finanstilsynet.⁵³ Slike andre faktorer, som bosted, utdanning, yrkesbakgrunn og inntekt, kunne ikke erstatte kjønn som «risikodifferensierende» faktor. I tillegg kom at slike faktorer ville kunne endre seg over tid for det enkelte individ, og skape store utfordringer i tariffingen.⁵⁴ Stortingets finanskomité sluttet seg til Finansdepartementets vurderinger og forslag, uten spesielt å gå inn på likestillingsaspektet.⁵⁵

6.3.13 Likestillings- og diskrimineringsombudet gjorde et nytt fremstøt for kjønnsnøytrale premietariffer, premier og ytelser for forsikringer som springer ut av arbeidsforhold i høringsrunden knyttet til forslaget om nytt annet punktum i daværende forsvl. § 9-3 a.⁵⁶ Ombudet pekte på at Norge ikke var forpliktet til å benytte adgangen i EU-direktivene til å tillate kjønnsdifferensierte premier mv. i slike forsikringer, og at EU-kommisjonen hadde basert løsningen i Rådskommisjonsdirektiv 2004/113/EF på «flere undersøkelser som viste at andre forhold enn kjønn hadde større betydning for forsikringsrisiko».⁵⁷

Finansdepartementet valgte å gi Ombudets forslag en relativt omfattende behandling i proposisjonen.⁵⁸ Departementet minnet først om at spørsmålet om kjønnsnøytrale premier i private kollektive tjenestepensjonsordninger ble drøftet ved vedtagelsen av den nye tjenestepensjonsloven. Departementet og Stortinget var den gang enige om å videreføre løsningen med kjønnsdifferensierte premier i slike forsikringer for å ta hensyn til ulik forventet levealder for kvinner og menn. Samtidig pekte departementet på at det var varslet i proposisjonen til tjenestepensjonsloven at «[k]onsekvensene av reglene om at det betales inn høyere pensjonsinnskudd og bygges opp en større pensjonsbeholdning for kvinner

53 Se nærmere om denne i note 61.

54 Prop. 199 L (2012–2013) om lov om tjenestepensjon (tjenestepensjonsloven) s. 48.

55 Innst. 35 L (2013–2014).

56 Se fremstillingen foran ved note 34, knyttet til Prop. 87 L (2013–2014) Endringer i børsloven og verdipapirhandeloven mv. og lov om kredittvurderingsbyråer.

57 Prop. 87 L (2013–2014) Endringer i børsloven og verdipapirhandeloven mv. og lov om kredittvurderingsbyråer s. 60–61.

58 Prop. 87 L (2013–2014) Endringer i børsloven og verdipapirhandeloven mv. og lov om kredittvurderingsbyråer s. 62–63.

enn for menn skal utredes som del av en videre vurdering av de økonomiske og administrative virkningene av å tilpasse de private tjenestepensjonsordningene til pensjonsreformen». «De likestillingsmessige aspektene ved regelverket skal vurderes opp mot våre internasjonale forpliktelser på dette området.»⁵⁹ Departementet tok dessuten et nokså kraftig oppgjør med synet om at andre faktorer enn kjønn kunne være relevante som risikofaktorer. Det «er viktige forskjeller mellom kollektive tjenestepensjonsordninger og individuelle forsikringer». I motsetning til i de individuelle forsikringene skjer det ingen individuell helsevurdering av de ansatte før avtale inngås. Faktorer som bosted, utdanning, yrkesbakgrunn og inntekter kan endre seg over tid. Dette er forhold som det kan tas hensyn til i individuelle forsikringer, men som det vil være svært vanskelig å nyttiggjøre seg i premietarifferingen i kollektiv tjenestepensjonsforsikring. Departementet viste her til det som var uttalt i proposisjonen til ny tjenestepensjonslov,⁶⁰ der departementet støttet seg tungt på en uttalelse fra Finanstilsynet om at andre faktorer ikke kunne erstatte kjønn.⁶¹

Oppsummering

6.3.14 Vi kan etter dette oppsummere dagens stilling til kjønnsnøytrale premietariffer, premier og ytelser i forsikring slik:

- a. I skadeforsikring⁶² er det ikke tillatt å bruke kjønn som faktor ved fastsettelse av premietariffer, premier eller ytelser. Forbudet er ikke kommet til uttrykk i lovteksten i forsvl. § 7-5, men er fastslått i

59 Det ser ikke ut til at noe av dette er gjennomført. Finanstilsynet, som ville ha vært det naturlige organ for å utføre slike utredninger, er ikke blitt bedt om å gjøre det. Meddelelse fra Trond Brun-Gulbrandsen, Finanstilsynet 6. april 2020/30. september 2021.

60 Prop. 199 L (2012–2013) Lov om tjenestepensjon s. 48.

61 Finanstilsynets brev 23. mai 2013 er delvis referert i proposisjonen. Å bruke andre faktorer enn kjønn i premietarifferingen «ville skape store utfordringer». Det ville «for alle praktiske formål [være] umulig å nyttiggjøre seg i tarifferingen informasjon om at en forsikret har flyttet fra én tarifferingskategori til en annen, tatt høyere utdanning i moden alder eller skiftet yrke fra arbeidsmiljøutsatt tungarbeider til funksjonær.»

62 «Som skadeforsikring regnes forsikring mot skade eller tap av ting, rettigheter eller andre fordele eller forsikring mot erstatningsansvar eller kostnader, samt ulykkesforsikring, sykeforsikring og annen personforsikring som ikke er livsforsikring», se forsvl. § 7-1 første ledd annet punktum.

vedtak 1/2004 fra Klagenemnda for likestilling og bekreftet i diverse proposisjoner fra Finansdepartementet senere. Forbudet stemmer med EUs direktiv 2004/113/EF.

Det er uheldig at forbudet ikke fremkommer uttrykkelig av forsikringsvirksomhetsloven, ikke minst siden teksten i § 7-5 kan gi et annet inntrykk av hva som gjelder.

Såfremt samtlige norske forsikringsselskaper overholder forbudet, hvilket det er grunn til å tro at skjer, reduseres problemet med antiseleksjon,⁶³ siden man ikke kan oppnå lavere premie på grunn av kjønn i et annet selskap. Problemet reduseres ytterligere der bruk av andre faktorer påvirker risikovurderingen i samme retning som kjønn ville ha gjort. I bilforsikring er kjørelengde, biltype og motorstørrelse gode eksempler på slike faktorer. Fordi de legger vekt på individuelle kjennetegn ved en person og ikke kjønn, er bruk av slike faktorer mindre problematiske fra et likestillingsperspektiv.

- b. I livsforsikring er det ikke tillatt å bruke kjønn som faktor i private og frivillige forsikringer utenfor arbeidsforhold. Forbudet gjelder først og fremst for individuelle forsikringer, men vil også få anvendelse på kollektive forsikringer der medlemmene selv melder seg inn i ordningen og betaler premien. Forbudet er kommet til uttrykk i lovteksten i forsvl. § 3-4 annet punktum. Forbudet stemmer med EUs direktiv 2004/113/EF.

Det er uheldig at formuleringen av forsikringsvirksomhetsloven § 3-4 medfører at forbudsbestemmelsen i annet punktum fremstår som et unntak, når hovedregelen også i livsforsikring er at kjønn ikke kan anvendes som faktor ved fastsettelse av premier mv.

Det er grunn til å tro at forbudet i praksis overholdes av forsikringsselskapene. Selskapenes behov for å unngå antiseleksjon må her løses gjennom helseundersøkelser og eventuell kartlegging av andre risikofaktorer ved avtaleinngåelsen.

- c. I livsforsikring er det fortsatt tillatt å bruke kjønn som faktor i kollektive forsikringer i arbeidsforhold. Dette følger av forsvl. § 3-4 første punktum. I praksis omfatter dette forsikringer i henhold til

63 Om antiseleksjon som problem i forsikring, se foran avsnitt 6.3.2.

foretakspensjonsloven, innskuddspensjonsloven og tjenestepensjonsloven. Slike forsikringer vil oppfylle lovens vilkår om at «kjønn er en bestemmende faktor ved beregningen av risiko, og dette er basert på relevante og nøyaktige aktuarmessige og statistiske data».

Det er uheldig at det ikke er gjennomført slike utredninger som Finansdepartementet varslet i 2013.⁶⁴ Samtidig viser det arbeid som er utført i forbindelse med diverse lovproposisjoner de siste 20–25 år at kjønnsnøytrale premier og ytelser vil kreve en fullstendig omlegging av det regelverket vi har i dag, med betydelige økonomiske og administrative konsekvenser. En slik omlegging har det hittil ikke vært politisk støtte for å gjennomføre.

6.4 Avslutning

Fremstillingen foran i punkt 6.2 viser at vi har lovgivning som skal sikre mot kjønnsdiskriminering i de forsikringsproduktene som forsikringsnæringen tilbyr. Samtidig er lovgivningen formulert slik at det tilsynelatende er mulig å omgå disse reglene på en relativt enkel måte, selv om dette neppe er en aktuell problemstilling.

Også når det gjelder premieberegningen for forsikringsprodukter viser fremstillingen i punkt 6.3 at vi er kommet langt med hensyn til å sikre at den ikke baserer seg på kjønn og slik sett virker kjønnsdiskriminerende. Prinsippet om ikke-kjønnsbaserte premier hos oss hviler tungt på EU-retten og utviklingen der. Samtidig er det interessant å merke seg hvor tilfeldig prinsippet om ikke-kjønnsbaserte premier er kommet til uttrykk i lovgivningen vår. Og fortsatt er det på et viktig område – de arbeidslivsrelaterte forsikringene – slik at prinsippet om kjønnsnøytrale premier ikke gjelder. Lovgiver har her prioritert beregningstekniske og næringsmessige hensyn.

Lik premie for kvinner og menn for samme forsikringsprodukt er en god regel. Samtidig kan likhetstanken komme i konflikt med tradisjonelle beregninger av forholdet mellom risiko og premie og føre til anti-seleksjon og et forsikringsmarked som ikke fungerer. I noen grad er det

64 Se ovenfor avsnitt 6.3.13 ved notene 59 og 60.

mulig å unngå dette ved å legge vekt på andre faktorer enn kjønn ved premieberegningen. Fremstillingen viser at dette nok lar seg gjøre ved individuelle forsikringer, der det nettopp er mulig å ta større hensyn til individuelle forhold som er relevante for vedkommende forsikringstaker. I kollektive forsikringer, som er det vi ofte møter i arbeidslivsrelaterte pensjonsforsikringer, er problemene betydelig større. Her har lovgiveren kapitulert for de forsikringsøkonomiske realiteter, og godtatt at kvinner – i realiteten arbeidsgiveren – må betale høyere premier enn menn for å oppnå samme utbetalinger som menn i sin levealder. Alternativet er en fullstendig omlegging av hvordan slike forsikringer organiseres, med de betydelige administrative kostnader dette ville medføre. På dette området har derfor økonomiske hensyn fremdeles sterkere gjennomslag enn likestillingshensyn.

Litteratur

- Bull, Hans Jacob. *Forsikringsrett*. Universitetsforlaget, 2008.
- NOU 1983: 56 *Lov om avtaler om personforsikring*.
- NOU 1987: 24 *Lov om avtaler om skadeforsikring (skadeforsikringsloven)*.
- NOU 1994: 6 *Private pensjonsordninger*.
- NOU 2001: 27 *Om kjønnsnøytralitet i pensjonsordninger i privat sektor*.
- Wilhelmsen, Trine-Lise. «Forsikringsselskapenes kontraheringsplikt». *NFJP* nr. 59 (1995).
- Wilhelmsen, Trine-Lise. «Forsikringsselskapenes kontraheringsplikt – nye regler eller keiserens nye klær». *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett* (2018) s. 7–36. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.2464-3378-2018-01-02>.
- Wilhelmsen, Trine-Lise. «Kjønn som faktor ved beregning av forsikringspremie – forholdet mellom forsikringsvirksomhetsloven og likestillingsloven». *Tidsskrift for Erstatningsrett* (2005) s. 123–156. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN0809-9545-2005-02-03>.

KAPITTEL 7

Selskapsrett og et feministisk bærekraftsperspektiv

Beate Sjøfjell

7.1 Introduksjon

7.1.1 Selskapsrettens betydning for omstilling til bærekraft

Aksjeselskapet, som en dominerende form for organisering av næringslivsvirksomhet, er en del av ryggraden i norsk økonomi, som i mange andre land. Aksjeselskapet har derfor også en sentral rolle i omstillingen til bærekraft. Selskapsretten utgjør den rettslige infrastrukturen for stiftelse og drift av aksjeselskaper. Den setter de grunnleggende regler for beslutningsprosessene i selskaper, inkludert hvem som skal involveres i beslutningen, hvilke interesser som skal ivaretas og hva som er selskapers samfunnsmessige formål. Mens kjønnslikestilling i selskapsstyrer har fått mye oppmerksomhet de siste tjue årene, har selskapsretten inntil helt nylig vært skjermet fra debatten om hvordan selskaper skal bidra til bærekraft. Årsaken er en fortsatt rådende tilnærming til selskapers og selskapsrettens rolle.

Denne rådende tilnærmingen bygger på visse rettsøkonomiske ideer: at aksjonærene eier selskapene, at selskapene har som formål å maksimere profitt for aksjonærene, at styrets og ledelsens plikt er å følge opp

Sitering: Sjøfjell, B. (2022). Selskapsrett og et feministisk bærekraftsperspektiv. I I. Ik Dahl, A. Hellum, J. Asland, H. Bruserud, M. A. Hjort, B. G. Jonassen og M.-L. Skilbrei (red.), *Kjønn og rett: Kvinne-, kjønns- og likestillingsperspektiver i jusstudiet* (Kap. 7, s. 175–204). Cappelen Damm Akademisk. <https://doi.org/10.23865/noasp.164.ch7>
Lisens: CC BY-NC-ND 4.0

dette formålet, og at selskapsrettens formål er å sørge for at alt dette skjer på mest mulig effektiv måte.¹ Nyere forskning om bærekraftige selskaper viser hvordan fokuset på aksjonærene og maksimering av deres avkastning bygger på en sosial norm som på engelsk kalles *shareholder primacy*, altså en sterk prioritering av aksjonærene og deres antatte interesse i maksimering av avkastning. Denne sosiale normen underbygges av økonomiske incentiver og finansmarkedsrettslig regulering, og har gitt den en styrke som gjør at den er en avgjørende viktig barriere mot selskapers omstilling til bærekraft.²

Vår tids overordnede selskapsrettslige spørsmål handler om hvordan selskaper kan bidra til en fundamental omstilling til bærekraft. Bærekraft oppfattes i dag ofte som en henvisning til FNs bærekraftsmål.³ Og FNs bærekraftsmål, vedtatt i 2015, har gitt et nytt driv til debatten om hvordan vi kan oppnå en bærekraftig utvikling. Målene er betegnet som «verdens felles arbeidsplan for å utrydde fattigdom, bekjempe ulikhet og stoppe klimaendringene innen 2030».⁴ De inkluderer fred og rettferdighet, fattigdoms- og sultbekjempelse, mindre ulikhet, god helse og god utdanning, likestilling mellom kjønnene, rent vann og gode sanitærforhold, ren energi, anstendig arbeid og økonomisk vekst, innovasjon og infrastruktur, bærekraftige byer og samfunn, ansvarlig forbruk og produksjon, bekjempelse av klimaendringene, vern av liv på land og under vann, og samarbeid for å nå målene.

FNs bærekraftsmål mangler imidlertid en prioritering og klar analytisk tilnærming. Det er nødvendig for å kunne ha håp om å oppnå målene. Utgangspunktet bør være en erkjennelse av at oppnåelsen av målene om

1 Dette er en del av den samme tilnærmingen som har gitt oss *homo oeconomicus* i rettsøkonomien generelt, se Jukka Mähönen, «Kjønnsperspektiv i rettsøkonomi», kapittel 14 i denne boken.

2 Beate Sjäffell mfl., «Shareholder Primacy: The Main Barrier to Sustainable Companies», i Beate Sjäffell og Benjamin J. Richardson (red.), *Company Law and Sustainability: Legal Barriers and Opportunities*, Cambridge University Press 2015, s. 79–147. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781107337978>; Cristopher M. Bruner, *Corporate Governance in the Common-Law World: The Political Foundations of Shareholder Power*, Cambridge University Press 2013; Cristopher M. Bruner og Beate Sjäffell, «Corporate Law, Corporate Governance and the Pursuit of Sustainability», i Beate Sjäffell og Cristopher M. Bruner (red.), *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance, and Sustainability*, Cambridge University Press 2019, kap. 50. DOI: <https://doi.org/10.1017/9781108658386>.

3 FN. «FNs bærekraftsmål». <https://www.fn.no/view/content/33936/full/1/22014> (hentet 21.10.2021).

4 FN (2021).

å sikre menneskerettigheter og andre grunnleggende sosiale kriterier for gode liv for enkeltmennesker, og det økonomiske grunnlaget som det krever, er avhengig av at vi sikrer forutsetningene for stabile livsforhold for mennesker på planeten. Med utgangspunkt i bærekraftsforskningen, forstår jeg derfor bærekraft som det å sikre det sosiale grunnlaget for menneskeheten nå og for fremtiden, innenfor planetens tålegrenser.⁵ Med dette tar jeg også et systemperspektiv, som erkjenner kompleksiteten og usikkerheten i forståelsen av hvordan samfunn, inkludert mennesker og selskaper, og miljø påvirker hverandre. Likestilling og fordeling av makt mellom kjønnene er en av faktorene som spiller inn i dette.

7.1.2 Kjønnsperspektiv, likestilling og feministiske tilnærminger

Hvilken betydning har så kjønnsperspektivet i selskapsretten? I norsk sammenheng ledes tankene gjerne til det som betegnes som en regel om kvinner i styrene i allmennaksjeselskaper, som Norge vedtok i 2003 som et foregangsland.⁶ Det andre som ofte nevnes er rapporteringsreglene i regnskapsloven og likestillings- og diskrimineringsloven.⁷ Flere typer argumenter ligger bak disse reglene: De er delvis begrunnet i rettferdig fordeling av makt, muligheter og ressurser mellom kjønnene, delvis i ønsker om at et bredere sett livserfaringer skal være representert der beslutninger tas, og delvis også i antagelser om at kvinner i større grad bærer verdier som gjerne betegnes «feminine», som omsorg for menneskelige relasjoner og hensyn til miljøet. Hvilken rolle kvinner spiller i styret og i ledelsen, er et viktig spørsmål, men et relativt begrenset

5 For en enkel forklaring på norsk, se Beate Sjøfjell og Hanna Ahlström. «FNs bærekraftsmål, planetens tålegrenser og det sosiale fundamentet» (18.04.2018). <https://www.jus.uio.no/forskning/omrader/selskaper/aktuelle-saker/fns-berekraftsmal-april-2018.html>.

6 Allmennaksjeloven § 6-11 a, tilføyd ved lov 19. desember 2003 nr. 120.

7 Regnskapsloven § 3-3 c og likestillings- og diskrimineringsloven §§ 26 a og 26 c. Reglene som gjelder kjønnsbalanse i offentlige komiteer og selskaper står sentralt i likestillings- og diskrimineringsretten. For en samlet behandling av disse reglene se Anne Hellum og Vibeke Blaker Strand, *Likestillings- og diskrimineringsrett*, Gyldendal 2022, kap. 13.

ett.⁸ Det samme gjelder spørsmålet hva selskapene rapporterer om det de gjør for å fremme likestilling.

Likestilling er en del av bærekraft, men som de ulike begrunnelsene for reglene viser, er forholdet mellom de ulike målene komplekst og til dels uavklart. Likestilling i form av en likere fordeling av viktige stillinger i selskaper mellom kvinner og menn kan bidra til kjønnsbalanse i makt og muligheter, men er utilstrekkelig for å oppnå bærekraftige selskaper. Det kan også argumenteres for at likestillingstiltak av lovgiver og av selskaper heller ikke er tilstrekkelige for å oppnå reell likestilling. Tvert imot risikerer slike tiltak å bli fanget i et system som ikke ønsker endringer, preget av den dominerende tilnærmingen som jeg introduserte over.

Dette henger sammen med at mye av diskusjonen om kvinner og likestilling i næringslivet er basert på et premiss om det som på engelsk kalles *business case*, altså at likestillingsargumenter måles opp mot om det vil gi økt profitt (på kort eller lang sikt) for selskapene og økt avkastning for aksjonærene, og effektiviteten av igangsatte tiltak vurderes på samme måte. Jeg har selv til dels gjort meg skyldig i å bruke slike argumenter⁹ – det er mye lettere å argumentere for at endring er bra for næringslivet enn å forsøke å trekke opp store systemiske debatter.

Hva kan så en feministisk tilnærming bidra med? Det finnes en rekke forskjellige feministiske perspektiver eller tilnærminger.¹⁰ Mange av disse handler om kvinners rolle på arbeidsplassen eller i samfunnet generelt.¹¹ Det feministiske perspektivet som jeg anvender i dette kapitlet, handler ikke om kvinners stilling og heller ikke om kvinner i selskapsstyrer. Det handler om en analytisk tilnærming med et spesifikt mål: omstillingen

8 Betydningen av at kvinner kvoterer inn i selskapsstyrer er omstridt. Se Sabina Nielsen og Morten Huse, «How do women directors make a difference to the work of corporate boards?», i Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø (red.), *Scandinavian Women's Law in the 21st century*, DJØF Publishing 2012.

9 Beate Sjøfjell, «Gender Diversity in the Boardroom and Its Impacts: Is the Example of Norway a Way Forward?», *Deakin Law Review*, vol. 20, nr. 1, 2015, s. 25–52. DOI: <https://doi.org/10.21153/dlr2015vol20no1art501>.

10 Se i denne boken særlig innledningskapitlet, samt Eva-Maria Svensson «Feministisk rettsfilosofi» (kapittel 12) og Anne Hellum, Kristin Bergtora Sandvik og May-Len Skilbrei «Kjønn, makt og rett: samfunnsfaglige perspektiver på og i kvinneretten» (kapittel 13).

11 Et slikt perspektiv utgjør en integrert del av likestillings- og diskrimineringsretten, se Hellum og Blaker Strand 2022, kap. 13.

til bærekraft.¹² Det står i motsetning til og utfordrer de rådende tilnærminger til selskaper, selskapers rolle i samfunnet og selskapsrettens formål, gjennom et system-tenkende analytisk perspektiv. Jeg kaller det for et feministisk bærekraftsperspektiv.¹³

Et feministisk bærekraftsperspektiv, slik jeg anvender det i dette kapitlet, utfordrer hvordan vi tenker om tilsynelatende verdinøytral juss som den rettslige infrastrukturen for selskaper. Med «tilsynelatende verdinøytral» mener jeg at det er en tendens, som jeg selv har opplevd gjentatte ganger i samfunnsdebatten, til å se rettssystemet slik det er akkurat i øyeblikket som verdinøytralt og dermed uangripelig, mens forslag til endringer av elementer av rettssystemet sees på som partipolitisk eller aktivistisk. Det finnes imidlertid ikke noen verdinøytral juss. All juss er et utslag av bevisste eller ubevisste verdivalg som er gjort underveis i prosessene frem mot det systemet vi har i dag. Det handler også om å utfordre den besnærende ideen om at det finnes enkle svar på hvordan selskaper bør reguleres i en verden som er preget av kompleksitet og usikkerhet.

7.1.3 Oversikt over kapitlet videre

I punkt 7.2 utforsker jeg videre hva et feministisk bærekraftsperspektiv er og viser kort hvordan det kan anvendes i en analyse av selskapsrettens formål, rolle og innhold. Med det utgangspunktet diskuterer jeg i punkt 7.3 forskjellige tilnærminger til endring av selskaper, ved å trekke på forskning innenfor det som på engelsk kalles *gender organisational studies*.¹⁴ Denne forskningen hjelper oss til å forstå hvordan organisasjoner, som selskaper i vårt tilfelle, er kjønnete og hva det betyr. Videre, ved

12 Se også Beate Sjøfjell og Hanna Ahlström, «Complexifying Finance for Sustainability. A Sustainability-Science & Feminist Approach», 2020, University of Oslo Faculty of Law Research Paper nr. 2020-03. www.ssrn.com/abstract=3529259.

13 For en tidlig bruk av det tilsvarende begrepet på engelsk, «feminist sustainability», se Nancy D. Perkins, «The Fracturing of Place: The Regulation of Marcellus Shale Development and the Subordination of Local Experience», *Fordham Environmental Law Review*, vol. 23, nr. 2, 2012, s. 44–79 på s. 76. Se også Rosi Braidotti mfl., *Women, the Environment and Sustainable Development*, Zen Books 1994; Sheryllyn MacGregor, «Feminist Perspectives on Sustainability» i David V.J. Bell og Annie Cheung (red.), *UNESCO Encyclopedia of Life Support Systems: Introduction to Sustainable Development*, Eolss Publishers 2003, s. 467–792.

14 «Kjønnsorganisasjonsstudier» kan det kanskje kalles på norsk.

å trekke på forskning om feministiske strategier for endring av organisasjoner, drøfter jeg hvordan et feministisk bærekraftsperspektiv kan bidra i retning av den nødvendige fundamentale endringen av selskaper.¹⁵

Selskapsrettens bidrag til omstilling til bærekraft er ikke lenger kun en teoretisk diskusjon. Det pågår en prosess i mange land og i EU, for å bidra til bærekraftige selskaper. Jeg avslutter kapittelet med noen refleksjoner basert på dette i punkt 7.4.

7.2 Et feministisk bærekraftsperspektiv

7.2.1 Fra en *de facto* mannlig dominans til et feministisk bærekraftsperspektiv

Den rådende tilnærmingen til selskaper og selskapsrettens rolle er en del av et større bilde hvor begrensede og fragmenterte økonomiske teorier har fått lov til å dominere vår forståelse av selskaper (og videre av økonomien, av samfunnet og til og med av enkeltindividet¹⁶). Dette er også et uttrykk for en *de facto* mannlig dominans over den offentlige debatten.¹⁷ Som den kanadiske forskeren Carol Liao påpeker, på samme måten som kjønnsubalansen (mangelen på kvinner) i ledende stillinger og i selskapsstyrene er en direkte konsekvens av vår mannsdominerte historie, så er også lovene og normene som styrer disse næringslivsinstitusjonene det.¹⁸

Den irske forskeren Catherine O’Sullivan viser at det er verdier og trender i næringslivet og finansmiljøer som hun definerer som maskuliniserte. Hun skiller mellom det (kulturelle) maskuline og det (biologiske)

15 Jeg trekker her blant annet på boken Beate Sjøfjell og Irene Lynch Fannon (red.), *Creating Corporate Sustainability. Gender as an Agent for Change*, Cambridge University Press 2018. DOI: <https://doi.org/10.1017/9781316998472>.

16 Kate Raworth, *Doughnut Economics: Seven Ways to Think Like a 21st-Century Economist*, Random House Business Books 2017.

17 Se f.eks. Elisabeth Prügl, «‘If Lehman Brothers Had Been Lehman Sisters ...’: Gender and Myth in the Aftermath of the Financial Crisis», *International Political Sociology*, vol. 6, nr. 1, 2012, s. 21–35. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1749-5687.2011.00149.x>, som viser til en studie som indikerer at «[...] virtual male monopoly on financial policymaking produces gender-biased policies, including the groupthink that facilitated the financial crisis of 2008/09».

18 Carol Liao, «Power and the Gender Imperative in Corporate Law», i Beate Sjøfjell og Irene Lynch Fannon (red.), *Creating Corporate Sustainability. Gender as an Agent for Change*, Cambridge University Press 2018, kap. 13. Se videre Jukka Mähönens analyse i kapittel 14 i denne boken.

mannlige, og påpeker at også menn i slike miljøer føler seg tvunget inn i verdisyn og trender som de ikke trives med.¹⁹ Slik jeg ser det, er de maskuliniserte trendene typisk karakterisert av en forenklet, silo-tenknings-preget og økonomisk-fokusert argumentasjon, i motsetning til en systemisk, bærekraftsorientert tilnærming som anerkjenner kompleksitet og usikkerhet.

O’Sullivan har forsket på finansmiljøer i USA, med ganske outrerte og ekstremt kvinnefiendtlige eksempler som kan virke fremmede i et norsk perspektiv. Men selve grunntanken er nok overførbart til en norsk virkelighet, selv om det i Norge foregår i mer dempede former.²⁰ Disse maskuliniserte trendene O’Sullivan fremhever er grunnleggende knyttet til en ikke-bærekraftig oppførsel og drift, med vekt på økonomisk profitt og maksimering av det kvantitativt målbare.²¹ Slike negative aspekter har dermed bredere implikasjoner, fra et makro-økonomisk og -politisk plan, via næringsliv og finans, og til et mikronivå av våre individuelle liv. O’Sullivan bruker begrepet *hegemonisk maskulinitet* for å utfordre de populære analysene etter finanskrisen av 2007–2008, hvor det ble foreslått å få kvinner inn i selskapsledelsen for å hindre fremtidige skandaler.²²

Med et feministisk bærekraftsperspektiv er det mulig å identifisere og utfordre slike hegemoniske maskuline egenskaper i en debatt. Både selskapsretten og næringslivet har vært – og er i stor grad fortsatt – mannsdominerte (selv om det har begynt å endre seg),²³ og maskuliniserte verdier og prioriteringer er fremtredende. Et feministisk bærekraftsperspektiv, slik jeg anvender det, er dermed et alternativt og utenfra-perspektiv, som

19 Mens O’Sullivan bruker begreper som på norsk ville ha blitt oversatt med «maskulinisert» og «maskulin», har jeg har brukt terminologi i samsvar med det som er gjort i boken for øvrig, se bokens innledningskapittel.

20 De mange avsløringene som kom spesielt under #metoo-bølgen, viser at det er langt fra likestilling også i norske miljøer.

21 Se videre Jukka Mähönens analyse i kapittel 14 i denne boken.

22 Catherine O’Sullivan, «The Gendered Corporation: The Role of Masculinities in Shaping Corporate Culture», i Beate Sjøfjell og Irene Lynch Fannon (red.), *Creating Corporate Sustainability. Gender as an Agent for Change*, Cambridge University Press 2018, kap. 12.

23 Se UiO. «Surprisingly few female scholars in company law» (08.03.2012) <https://www.jus.uio.no/english/research/areas/companies/news/company-law-and-women.html>, som var den forsiktige starten til det som i 2015 ble etablert som Daughters of Themis: International Network of Female Business Scholars, se UiO. «Daughters of Themis: International Network of Female Business Scholars» (26.06.2018). <https://www.jus.uio.no/english/research/areas/companies/networks/daughters-of-themis-network/>.

bringer inn nye tilnærminger og andre verdier.²⁴ Det gir et grunnlag for å utfordre underliggende forutsetninger i den rådende tilnærmingen.²⁵

7.2.2 Sviktende premisser i den rådende tilnærmingen

Forutsetningen som den rådende tilnærmingen bygger på, er at maksimering av aksjonærenes avkastning også vil maksimere samfunnsmessig velferd. Dette er basert på tre sviktende premisser. For det første at finansmarkedene allokere kapital effektivt basert på reelle vurderinger av selskapenes drift i realøkonomien. For det andre at aksjonærene kun får avkastning hvis selskapet drives godt og alle andre aktører, slik som ansatte, har fått det de skal ha. For det tredje at samfunnet ivaretar *eksternaliteter* gjennom annen lovgivning enn selskapsretten og for eksempel gjennom arbeidskontrakter.²⁶

Eksternaliteter er negative virkninger på miljø og samfunn, som selskapet ikke må gjøre noe med dersom det ikke er effektivt håndhevet gjennom jussen. Disse premissene og forbeholdet om at forutsetningen kun gjelder hvis eksternaliter ikke finnes eller blir håndtert på en eller annen måte, glemmes ofte. I stedet har ideene basert på rettsøkonomiske teorier tatt form av postulater, med slik kraft at de har utviklet seg til sterkt rotfestede sosiale normer.²⁷ Resultatet er et snevert og kortsiktig fokus på maksimering av aksjonærenes avkastning. På engelsk kaller vi

24 Se også f.eks. Martha C. Nussbaum, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Belknap Press of Harvard University Press 2006.

25 Irene Lynch Fannon og Beate Sjøfjell, «Corporations, Sustainability and Women», i Beate Sjøfjell og Irene Lynch Fannon (red.), *Creating Corporate Sustainability. Gender as an Agent for Change*, Cambridge University Press 2018, kap. 1. Problemstillinger vedrørende forholdet mellom kjønn og miljø løftes også frem i norske fremstillinger, se f.eks. dette intervjuet med Helga Eggebø: Tyra Kristiansen Stave «Norsk klimapolitikk mangler kjønnsperspektiver», *Kilden*, 25.08.2021 <https://kjonnsforskning.no/nb/2021/08/norsk-klimapolitikk-mangler-kjonnsperspektiver>.

26 Se kapittel 14 ved Jukka Mähönen i denne boken.

27 Våren 2013 pågikk den intense «eierskapsmytedebatten» i Norge etter at jeg hadde skrevet et lite innlegg i Dagens Næringsliv som svar til en skatteprofessor, hvor jeg påpekte det selskapsrettslige egentlig ganske opplagte faktum: at aksjonærer ikke eier selskaper. Aksjonærer eier aksjer, som gir kontrollmuligheter som kan være sammenlignbart med det en selskapseier har. Aksjonærer velger normalt aksjeselskapsformen nettopp fordi de ikke ønsker det juridiske ansvaret en eier har. Høyesterettsavgjørelser, hvor aksjonærer som har oppført seg som selskapseiere har blitt dømt til straff, viser at distinksjonen mellom aksjeeier og selskapseier ikke kun er av teoretisk

dette for *shareholder primacy*, en sosial norm som har blitt så kraftig at den har blitt en rettslig myte.²⁸

7.2.3 Selskapsretten og den rådende tilnærmingen

I den komparative selskapsrettsforskning som jeg har utført sammen med internasjonale forskerteam, skiller vi mellom den sosiale normen *shareholder primacy* og den juridiske normen *shareholder value*, som finnes for eksempel i Storbritannia. Selskapsretten i de mange land vi har undersøkt i vår komparative forskning, ligger på en glideskala fra *shareholder value*, hvor aksjonærene er prioritert blant interessentene i selskapet, og til en mer pluralistisk tilnærming til selskapsinteressen som det selskapsstyret skal fremme, slik vi har i Norge.²⁹ Det er ingen land som oppstiller maksimering av avkastning for aksjonærene som en selskapsrettslig plikt – tvert imot gir selskapsretten styrene et stort handlingsrom til å vurdere hvordan de best kan fremme selskapets interesse. Dette handlingsrommet er imidlertid i praksis begrenset av denne rettslige myten at styret er aksjonærenes tillitspersoner og skal maksimere deres avkastning.³⁰

Den rådende tilnærmingen har påvirket og påvirker fortsatt mye av hvordan offentlige beslutningstakere og lovgivere tenker om selskapers rolle. Det preger den offentlige debatten om selskaper og hvordan personer i ledende stillinger i selskaper ser på sin egen rolle. Dette har begrenset

interesse. Se om debatten her: UiO. «Debatten om 'Eierskapsmyten'» (30.10.2015) <https://www.jus.uio.no/forskning/omrader/selskaper/aktuelle-saker/eierskapsmyten.html>.

28 Beate Sjøfjell, «Dismantling the Legal Myth of Shareholder Primacy: The Corporation as a Sustainable Market Actor», i Nina Boeger og Charlotte Villiers (red.), *Shaping the Corporate Landscape Towards Corporate Reform and Enterprise Diversity*, Hart Publishing 2018, s. 77–94. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2912141>.

29 For en kortfattet introduksjon, se Beate Sjøfjell, «Kan aksjeselskaper sette miljøet foran gevinstkravet?», *Jussens Venner*, vol. 46, nr. 6, 2011, s. 309–324. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3126-2011-06-01>.

30 Sjøfjell, «Shareholder Primacy: The Main Barrier to Sustainable Companies», s. 79–147; Bruner, *Corporate Governance in the Common-Law World: The Political Foundations of Shareholder Power*; Bruner og Sjøfjell, «Corporate Law, Corporate Governance and the Pursuit of Sustainability», kap. 50.

lovgivers vilje til effektivt å regulere selskapers atferd, for å fremme positive virkninger og begrense negative.³¹

Lovgiver har videre i stor grad fortsatt å fokusere på enkeltsekskapet. Mens sekskapet som juridisk institusjon er basert på nasjonal rett, er næringslivet globalisert. Sekskaper har benyttet mulighetene som ligger i at sekskaper kan eie aksjer i andre sekskaper til å utvikle omfattende konsernstrukturer, og har gjennom kontraktsrettens muligheter bygget opp globale verdikjeder. Resultatet er et næringsliv som er basert på ødeleggelse av miljøet, utnyttelse av mennesker og undergraving av det økonomiske grunnlaget for nasjonalstatenes velferdssystem,³² som inntil helt nylig har virket tilnærmet umulig å regulere.

7.2.4 Bærekraftsforskningen som grunnlag for en systemisk tilnærming

FNs klimapanels 2021-rapport, som ble lagt frem i en sommer preget av enorme branner og flommer flere steder i verden, er en ytterligere understrekning av budskapet om at vi er på gal kurs.³³ Samtidig er klimakrisen kun ett utslag av hvordan menneskelig aktivitet truer planetens tålegrenser og dermed jordsystemets stabilitet og resiliens.³⁴

Planetens tålegrenser som ramme for bærekraftsforskning betyr ikke at det settes opp statiske eller eksakte og faste grenser for hva som kan utnyttes av hver naturressurs. Derimot uttrykker de sikkerhetsmarginer basert på komplekse grenseverdier som er integrert i prosesser på både regionalt og globalt nivå, og understreker viktigheten av det miljørettslige føre-var-prinsippet. Det i sin tur gir oss grunnlag for en bedre forståelse av forholdet mellom planeten, våre samfunn og

31 John Kay, «Theories of the Firm», *International Journal of the Economics of Business*, vol. 28, nr. 1, 2018, s. 11–17. DOI: <https://doi.org/10.1080/13571516.2017.1402468>.

32 Beate Sjøfjell mfl., «Obstacles to Sustainable Global Business. Towards EU Policy Coherence for Sustainable Development», *University of Oslo Faculty of Law Research Paper*, nr. 2, 2019. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3354401>.

33 Miljødirektoratet. «FNs klimapanel: Alvorlige klimaendringer er i full gang» (09.08.2021). <https://www.miljodirektoratet.no/aktuelt/nyheter/2021/august-2021/fns-klimapanel-alvorlige-klimaendringer-er-i-full-gang/>.

34 Resiliens handler kort forklart om evnen til å tåle endringer og sjokk og samtidig opprettholde nåværende funksjoner.

økonomien, med betydning for forvaltning og styring på en rekke nivåer, inkludert i selskaper.

Vår tids store utfordring er hvordan vi kan sikre det sosiale livsgrunnlaget for mennesker overalt nå og for fremtiden, samtidig som vi holder oss innenfor planetens tålegrenser. Dette dreier seg om å sikre menneskerettigheter og andre grunnleggende sosiale kriterier for det gode liv innenfor planetens tålegrenser.³⁵

Med et feministisk bærekraftsperspektiv, bygger jeg på en slik tverrvitenskapelig forståelse av hva målet om bærekraft betyr.³⁶ Som en motsetning til det maskuliniserte bildet, som bygger en lineær kausalitet og kvantifiserbare mål, innebærer dette en systemisk, tverrvitenskapelig tilnærming som anerkjenner kompleksitet og usikkerhet. Det finnes svært få enkle svar.

7.2.5 Selskapsrettens konstituerende, konseptualiserende og regulerende rolle

Det er med dette perspektivet jeg forsker på selskapsrettens konstituerende, konseptualiserende og regulerende rolle. Dette inkluderer spørsmål om hva som anerkjennes som selskaper, hvilke interesser som er relevante, og hvem som skal bestemme selskapets retning. Det handler også om å utforske hvordan jussen har latt noen sosiale normer, som bygger på rettsøkonomisk-inspirerte postulat, definere noen av disse spørsmålene.³⁷

Selskapsretten *konstituerer* det enkelte aksjeselskapet som selvstendig juridisk institusjon. Med det rettshistoriske forståelige fokuset på

35 Denne definisjonen av bærekraft bygger på Johan Rockström mfl., «Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity», *Ecology and Society*, vol. 14, nr. 2, 2009, s. 32. DOI: <https://doi.org/10.5751/ES-03180-140232>; Will Steffen mfl., «Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet», *Science (American Association for the Advancement of Science)*, vol. 347, nr. 6223, 2015, s. 736. DOI: <https://doi.org/10.1126/science.1259855>; Melissa Leach, Kate Raworth og Johan Rockström, «Between social and planetary boundaries: Navigating pathways in the safe and just pathway for humanity», *World Social Science Report*, 2013, s. 84–90. DOI: <https://doi.org/10.1787/9789264203419-en>.

36 Beate Sjøfjell, Tiina Häyhä og Sarah Cornell, «A Research-Based Approach to the UN Sustainable Development Goals. A Prerequisite to Sustainable Business», *University of Oslo Faculty of Law Research Paper*, nr. 2, 2020. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3526744>.

37 Se videre Jukka Mähönen i denne boken (kapittel 14).

forholdet til aksjonærene,³⁸ *konseptualiserer* også selskapsretten det enkelte selskapet og dets aksjonærer som det sentrale i debatten. Det overser at det enkelte selskapet er en del av et komplekst system. Selskaper er en del av næringslivsstrukturer som består av grenseoverskridende konsern, kontraktsbaserte globale verdikjeder og, i økende grad, teknologi-baserte former for styring. Dette utfordrer selskapsrettens fokus på det enkelte selskapet og stiller jussen overfor nye utfordringer.

Som nevnt over, er det ingen selskapsrettslige regler som pålegger styret og ledelsen i selskapet å maksimere aksjonærenes avkastning, og heller ikke kun å fokusere på aksjonærenes interesse.³⁹ Likevel har postulatene om at maksimering av avkastning for aksjonærer gir størst mulig samfunnsøkonomisk velferd, påvirket selskapsrettens vilje og evne til effektivt å *regulere* selskapene slik at de bidrar til bærekraft.

Det store selskapsrettslige spørsmålet blir dermed hvordan selskaper kan reguleres slik at de realiserer sitt potensial for bærekraftig verdiskapning innenfor planetens tålegrenser. I punkt 7.3 nedenfor diskuterer jeg forskjellige tilnærminger til endring av selskaper, ved å trekke på forskning innenfor *gender organisational studies*. Å drøfte hvordan vi kan oppnå systemendring er et skritt videre innenfor feministisk teori, som sammen med kritisk teori (*critical theory*), som det har mye til felles med, ofte har stoppet ved kritikken av det bestående, heller enn å diskutere hvordan det bestående kan endres.⁴⁰

7.3 Kjønn og strategier for omstilling til bærekraftige selskaper

7.3.1 Innledning

Finanskrisen 2007–2008 utløste mye diskusjon om næringsliv og finans. Det da dominerende standpunkt om at det rådende synet på hvordan

38 Av historisk forståelige grunner har aksjonærene stor plass i lovgivningen som definerer rettigheter og plikter i aksjeselskapet, som i sin tid var en ny rettslig oppfinnelse.

39 Tvert imot, se f.eks. for norsk rett: Sjøfjell, «Kan aksjeselskaper sette miljøet foran gevinstkravet?», s. 309–324, og komparativt, se kildene i note 2 over.

40 Joanne Martin, «Feminist Theory and Critical Theory: Unexplored Synergies», i Mats Alvesson og Hugh Willmott (red.), *Studying Management Critically*, Sage Publications 2003, kap. 4, s. 67.

selskaper bør reguleres og styres var nær sagt perfekt,⁴¹ ble utfordret. Likevel har mye av diskusjonen fortsatt innenfor den samme teoretiske og analytiske rammen som har gitt oss problemene. For eksempel har EU, inntil helt nylig, lagt aller mest vekt på regulatoriske initiativ som er ment å oppmuntre aksjonærer til å være mer aktive på en langsiktig og bærekraftig måte, og på rapporteringskrav. Kjernespørsmål i selskapsretten, om hva som er selskapers formål og hva som er styrets plikter i et bredere perspektiv enn aksjonærinteressen, har i liten grad vært oppe til debatt. Dette er nå i ferd med å endre seg.

Et feministisk perspektiv kan hjelpe oss til å forstå hvordan selskaper som på papiret fremstår som kjønns- og verdinøytrale kan være kjønnet, og hvordan typiske maskuliniserte verdier dominerer.⁴² I denne delen drøfter jeg forskjellige tilnærminger til endring av selskaper. Dette bygger på arbeid jeg tidligere har gjort sammen med den irske forskeren Irene Lynch Fannon.⁴³ Drøftelsen er inspirert av den australske forskeren Kate Grossers gjennomgang av strategier for endring i et feministisk-teoretisk perspektiv,⁴⁴ som igjen er basert på en gjennomgang av litteratur som fokuserer på handlingsbaserte strategier for endring (i motsetning til for eksempel epistemologiske analyser). Mens Grosser fokuserte mest på likestilling som et mål i seg selv (i et «selskapers samfunnsansvar»-perspektiv), har drøftelsen her som mål å finne ut hvordan slike

41 Illustrert av den fantastiske arrogansen i artikkel-tittelen til Henry Hansmann og Reinier H. Kraakman, «The End of History for Corporate Law», *The Georgetown Law Journal*, 2001.

42 Yue S. Ang, «Exploring Spatial Justice and the Ethic of Care in Corporations and Group Governance»; Catherine O'Sullivan, «The Gender Corporation: The Role of Masculinities in Shaping Corporate Culture»; Carol Liao, «Power and the Gender Imperative in Corporate Law», alle i Beate Sjøfjell og Irene Lynch Fannon (red.), *Creating Corporate Sustainability. Gender as an Agent for Change*, Cambridge University Press 2018, henholdsvis kap. 10, 12 og 13.

43 For en fullstendig drøftelse av det jeg her gjengir i kortversjon, se Beate Sjøfjell og Irene Lynch Fannon, «Corporate Sustainability: Gender as an Agent for Change?», i Beate Sjøfjell og Irene Lynch Fannon (red.), *Creating Corporate Sustainability. Gender as an Agent for Change*, Cambridge University Press 2018, kap. 14.

44 Dette inkluderer veletablerte feministiske forskningsgrener som tar en handlingsorientert tilnærming til systemendring, så vel som to andre strategier som Grosser identifiserte basert på hennes litteraturgjennomgåelse, se Kate Grosser, *Corporate social responsibility, gender equality and organizational change: a feminist perspective*, PhD thesis, University of Nottingham, 2011 (tilgjengelig på http://eprints.nottingham.ac.uk/12138/2/KateGrosserPhDThesis2011_Corporate_Social_Responsibility%2C_Gender_Equality_and_Organizational_Change.pdf).

endringstilt næringer kan bidra til at næringslivet blir mer bærekraftig, altså hvordan næringslivet bedre kan bidra til at vi oppnår bærekraft.

7.3.2 Liberal individualisme: om å oppmuntre kvinner til å ta plass

En strategi for å endre næringslivet i en mer bærekraftig retning med fokus på likestillingsaspektet av bærekraft, er den som handler om endring gjennom å endre den individuelle kvinnen eller, «liberal individualisme». Internasjonalt kan dette illustreres gjennom Sheryl Sandbergs «Lean In»-kampanje⁴⁵ – hvis kvinner bare blir mer foroverlent, så vil ting endre seg. Det er selvfølgelig fint å oppmuntre kvinner til å gå inn i mannsdominerte områder, men som en strategi for å oppnå endring av næringslivet i en bærekraftig retning, fremstår det som utilstrekkelig. Det vil kun lykkes om det førte til en kritisk masse av kvinner i forskjellige posisjoner i næringslivet – og dersom det i seg selv var nok til å oppnå bærekraftige selskaper. Den norske regelen om kjønnsbalanse i styrene i allmennaksjeselskapene kan sees i dette lys. Jeg har imidlertid kategorisert den under «liberal strukturalisme», som jeg diskuterer i punkt 7.3.3 nedenfor.

Hvis forutsetningen for å nå opp er å være mer som mannlige næringslivstopper, for eksempel basert på forutsetningen om at det å være foroverlent og ta plass er en mannlige heller enn en kvinnelig egenskap, hva slags utfordring til det rådende system vil da flere kvinner utgjøre? Ved å fremheve det å være foroverlent som et individuelt ansvar, risikerer vi at budskapet til kvinner i mannsdominerte områder er å «bli en av gutta» eller å finne seg noe annet å gjøre. Hvis vi heller kan forstå den mannsdominerte tenkningen som har gitt oss det ikke bærekraftige nåværende systemet og mangel på likestilling i samfunnet som systemiske problemer, kan det bedre legge til rette for at kvinner – og progressive menn – som ikke er preget av maskuliniserte verdier og tankesett kan endre de ikke-bærekraftige aspektene av de rådende systemene.

45 Se intervju med Sheryl Sandberg i Aftenpostens A-Magasinet fra 2014 her: Helle Aarnes. «Sheryl Sandbergs suksess.» *Aftenposten* (23.01.2014). <https://www.aftenposten.no/amagasinet/i/p6mQw/sheryl-sandbergs-suksess>.

Fokus på individet har altså en begrenset effekt på kjønnede organisasjoner.⁴⁶ Kjønnede organisasjoner en del av problemet.⁴⁷ Også menn begrenses av dominerende aksepterte maskuliniserte normer. Som Roseanne Russell fremhever, har både menn og kvinner et behov for å frigjøre seg fra slike normer – med Russells ord: å bli «liberated from a rapacious economic system that both degrades the environment and does not value the necessary work that goes into maintaining social life».⁴⁸

7.3.3 Liberal strukturalisme: om forsiktig å oppmuntre selskaper til endring

En annen og beslektet endringsstrategi handler om å kun gjøre minimale *strukturelle* endringer. Dette kalles i forskningen for «liberal strukturalisme». Liberal strukturalisme lar dypere systemiske spørsmål ligge gjennom en dobbelt begrensende instrumentalitet: Kjønnsløststilling i næringslivet er relevant kun om det er bra for selskapene, og selskapers bærekraft er et mål kun i det omfang det også er bra for næringslivet og dets investorer på lang sikt.

7.3.3.1 Kvinner i styret som minimal strukturell endring

Vi kan se forskjellige tiltak for å få flere kvinner i styret i dette perspektivet. En enda mildere variant er rapporteringsregler, hvor lovgiver forsiktig henleder styrets og aksjonærenes oppmerksomhet til visse områder som lovgiver gjerne vil se annerledes. Norske regler er illustrerende for begge disse variantene.

46 «Hvordan lykkes»-perspektivet kan ha en tendens til å være ukritisk til (eller uvitende om) kjønnede organisasjoner, jf. Kate Grosser og Jeremy Moon, «CSR and Feminist Organization Studies: Towards an Integrated Theorization for the Analysis of Gender Issues», *Journal of Business Ethics*, vol. 155, nr. 2, 2017, s. 321–342. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10551-017-3510-x>.

47 Catherine O'Sullivan, «The Gendered Corporation: The Role of Masculinities in Shaping Corporate Culture»; Carol Liao, «Power and the Gender Imperative in Corporate Law»; Roseanne Russell, «The uneasy relationship between Corporations and Gender Equality: A critique of the 'transnational business feminism' project», alle i Beate Sjøfjell og Irene Lynch Fannon (red.), *Creating Corporate Sustainability. Gender as an Agent for Change*, Cambridge University Press 2018, henholdsvis kap. 12, 13 og 11.

48 Russell, «The uneasy relationship between Corporations and Gender Equality: A critique of the 'transnational business feminism' project», kap. 10.

Arbeid for å få flere kvinner inn i selskapsstyret kan sies å være basert på tre legislative mål: kjønnslikestilling, forbedret selskapsstyring og -ledelse, og selskapers bærekraft. Uansett hva som er utgangspunktet, ser vi at argumentet om at dette er bra for næringslivet brukes flittig, som reflekterer strategien med verdsetting av det antatt feminine.⁴⁹ Om kjønnsbalanserte selskapsstyret vil fremme selskapers bærekraft er et bredt og omstridt tema,⁵⁰ og det begrenses i seg selv av *business case*-argumentet.

Den norske lovendringen som i praksis var et krav om å få flere kvinner inn i styrene til allmennaksjeselskaper,⁵¹ utløste en internasjonal debatt og har inspirerte tallrike legislative initiativ.⁵² Det forblir et av de få, om ikke det eneste eksemplet på bindende lovgivning, med oppløsning av selskapet som den ultimate konsekvens om regelen brytes.⁵³ I mange andre tilfeller ser vi at de legislative initiativene forblir forsiktige og noe tannløse. Dette har de til felles med legislative reformer som gjelder rapportering.⁵⁴ I EU, slik Irene Lynch Fannon har fremhevet, har til og med et direktivforslag med en så forsiktig tilnærming vist seg å være

49 Irene Lynch Fannon, «A Toad We Have to Swallow: Perceptions and Participation of Women in Business and the Implications for Sustainability», i Beate Sjøfjell og Irene Lynch Fannon (red.), *Creating Corporate Sustainability. Gender as an Agent for Change*, Cambridge University Press 2018, kap. 6. Mye forskning om selskapers samfunnsansvar og kjønnsstudier har også tatt dette *business case*-perspektivet, se Grosser og Moon 2017, s. 321–342.

50 Diskutert i Sjøfjell, «Gender Diversity in the Boardroom and Its Impacts: Is the Example of Norway a Way Forward?», s. 25–52. Se også Idoya Ferrero-Ferrero, Maria Ángeles Fernández-Izquierdo og Maria Jesus Muñoz-Torres, «Gender Diversity on Corporate Boards: An Empirical Analysis in the EU Context», i Beate Sjøfjell og Irene Lynch Fannon (red.), *Creating Corporate Sustainability. Gender as an Agent for Change*, Cambridge University Press 2018, kap. 7.

51 Allmennaksjeloven § 6-11 a, innført ved lovendring 19. desember 2003 nr. 120. Se også regnskapsloven § 3-3 b nr. 9. Se nærmere f.eks. Hilde Bjørkhaug, «Flere kvinner i styrerom – katalysator for profesjonalisering av styrearbeid?», *Tidsskrift for kjønnsforskning*, 2011, s. 199–217, <https://doi-org.ezproxy.uio.no/10.18261/ISSN1891-1781-2011-03-03>, med videre referanser.

52 Se f.eks. dette intervjuet med Vibeke Heidenreich om et forskningsprosjekt om temaet: Rannveig Svendby, «Kvinnene inntar næringslivet», *Kilden*, 02.05.2012, <https://kjønnsforskning.no/nb/2012/05/kvinnene-inntar-naeringslivet>.

53 Også i et av de mest likestilte landene i verden, var tanken om kjønnslikestilling i selskapsstyret så kontroversiell at det måtte en blanding av et *business case*-argument og et kupp gjennom tabloider for å få regelen vedtatt, se Sjøfjell, «Gender Diversity in the Boardroom and Its Impacts: Is the Example of Norway a Way Forward?», s. 25–52.

54 Gill North, «Company Reporting of Environmental, Social and Gender Matters: Limitations, Barriers, and Changing Paradigms», i Beate Sjøfjell og Irene Lynch Fannon (red.), *Creating Corporate Sustainability. Gender as an Agent for Change*, Cambridge University Press 2018, kap. 5.

overraskende kontroversielt.⁵⁵ Dette står i skarp motsetning til EUs tidligere betydelige suksesser på kjønnslikestillingsområdet.⁵⁶ Det er nå igjen på agendaen for 2020–2025 å forsøke å få vedtatt direktivet med mål om 40 prosent av hvert kjønn i selskapsstyrene, som ble foreslått i 2012.⁵⁷

Når det ikke engang er mulig å få gjennomslag for lovregler basert på liberal strukturalisme, har svaret vært å oppmuntre til frivillig endring i stedet.⁵⁸ Dette var også et argument i den norske debatten, og et viktig punkt på veien til lovgivning. Ikrafttreddelsen av loven ble også utsatt med to år, slik at næringslivet hadde mulighet til å vise at de kunne få til endringen på frivillig basis. I så fall hadde ikke lovendring trådt i kraft. I stedet ble det ikrafttredelse i 2006.⁵⁹

På det europeiske plan, utfordrer Idoya Ferrero-Ferrero med flere tilnærmingen med frivillig endring i deres empiriske studie av et utvalg av europeiske børsnoterte selskaper.⁶⁰ Studien viser at selskaper har en tendens til å vedta likestillingstiltak på en symbolsk måte, som reflekterer den liberale strukturalismen som vi ser på lovgivernivå. Forfatterne påpeker at det kan forklare de blandede funn i tidligere forskning om forholdet mellom kjønns mangfold og selskaper bærekraft, da mange av analysene har brukt prosentantall av kvinner i styret som en indikasjon på effektivt kjønns mangfold i selskapet. Dette er også interessant i lys av den norske debatten, hvor kritikk mot selskapsrettslig reform har flyttet seg fra kritikk av regelen som sådan til kritikk av at regelen om

55 Medlemmer av EU-parlamentet oppfordrer Rådet og EUs medlemsland til å gå videre med direktivet, «which has been on hold in the Council since 2013», se European Parliament (News). «EU is stuck half way to achieving gender equality, MEPs say» (14.03.2017). www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170308IPR65678/eu-is-stuck-half-way-to-achieving-gender-equality-meps-say.

56 Fannon, «A Toad we Have to Swallow»: Perceptions and Participation of Women in Business and the Implications for Sustainability». Se også Cathrine Holst, Hege Skjeie og Mari Teigen, *Europeisering av nordisk likestillingspolitikk*, Gyldendal 2019.

57 European Commission. «Questions and Answers: Gender Equality Strategy 2020–2025» (05.03.2020). https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_357.

58 Selskapers samfunnsansvar (CSR) har også ofte vært kuppet på denne måten, se Irene Lynch Fannon, «The Corporate Social Responsibility Movement and Law's Empire: Is there a Conflict?», *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 58, nr. 1, 2007, s. 1–21.

59 Ifølge resolusjon av 9. desember 2005 nr. 1429.

60 Ferrero-Ferrero, Maria Ángeles Fernández-Izquierdo og Maria Jesus Muñoz-Torres m.fl., «Gender Diversity on Corporate Boards: An Empirical Analysis in the EU Context», kap. 7.

sammensetning av styrene ikke har medført at selskapene har fått flere kvinner på øverste ledelsesnivå.⁶¹

Dette kan illustrere at når mannlige dominans er sterk, vil lovgivningsreform på ett spesifikt område – også på et så viktig område som sammensetning av styrene – ikke gi seg utslag i andre deler av selskapene og i andre selskaper.⁶² Det gir også en støtte til argumentet om at økt kjønns mangfold i styrene neppe er tilstrekkelig for å oppnå bærekraftige selskaper, også om man forutsetter at det å motvirke gruppetenkning i selskapsstyrer kan være et lite bidrag i en riktig retning.⁶³

En annen grunnleggende svakhet ved å begrunne strategier som tar sikte på å øke kvinneandel i styrer, ledelse og blant ansatte med at det fremmer typiske feminiserte verdier som omsorg for mennesker og natur, er at begrunnelsen hviler på og kan forsterke eksisterende kjønnsstereotyper. Det legger også et stort ansvar over på den enkelte kvinne for å få til endring i organisasjonen, og kan sees i sammenheng med liberal individualisme i 7.3.2 over.

7.3.3.2 Rapporteringskrav som minimal strukturell endring

Rapporteringskrav er et forsøk på å dytte (eller mer forsiktig på engelsk: *nudge*) selskaper i en ønsket retning, uten å gå inn i de systemiske spørsmålene som har gjort at så mye av næringslivet bidrar til at vi holder på oss på et ikke-bærekraftig spor. Tanken er at dersom selskapets organer, og primært styret, må rapportere årlig om temaer slik som miljø, menneskerettigheter, likestilling og arbeidsforhold, vil det føre til økt oppmerksomhet om temaene og dermed til økt bærekraft. Dette har imidlertid ikke fungert slik i praksis, fordi de i utgangspunktet ofte ganske milde reglene ikke har vært håndhevet, og fordi selskapers rapporter ikke har

61 Sjøfjell, «Gender Diversity in the Boardroom and Its Impacts: Is the Example of Norway a Way Forward?», s. 25–52.

62 Se Hilde C. Bjørnland. «Smarte menn, hjelpsomme kvinner» (08.01.2018). <https://www.bi.no/forskning/business-review/articles/2018/01/smarte-menn-hjelpsomme-kvinner/m>, og Holst, Skjeie og Teigen 2019.

63 Sjøfjell, «Gender Diversity in the Boardroom and Its Impacts: Is the Example of Norway a Way Forward?», s. 25–52.

blitt verifisert (i motsetning til det som gjennomgående gjøres for tradisjonelle finansielle forhold).⁶⁴

Utviklingen i de norske rapporteringsregler om forskjellige aspekter av bærekraft er illustrerende. Vi har hatt rapporteringsregler om visse aspekter av bærekraft i Norge siden 1980-tallet. Både små og store foretak var pliktige til å rapportere om arbeidsmiljø, likestilling og diskriminering og det ytre miljø.⁶⁵ Formålet var å integrere disse hensyn i styrets arbeid, og dermed utløse en prosess som fører til bedre arbeidsmiljø, mer likestilling og mindre diskriminering, samt bedre beskyttelse av et ytre miljø.

På papiret har det vært noen av de beste reglene i vår komparative analyse, både ved at de har vært gjeldende for alle regnskapspliktige selskaper og på grunn av klarheten i miljørapporteringskravet.⁶⁶ Problemet var at de ikke ble håndhevet, og det utviklet seg sosiale normer om hva som var nødvendig og ikke nødvendig å rapportere om.⁶⁷ I 2013 ble det vedtatt endringer i regnskapsloven, som en oppfølging av stortingsmelding om selskapers samfunnsansvar⁶⁸ og basert på det man trodde skulle komme av endringer fra EU. Store foretak fikk her en plikt til å rapportere «hva foretaket gjør for å integrere hensynet til menneskerettigheter, arbeidstakerrettigheter og sosiale forhold, det ytre miljø og bekjempelse av korrupsjon». Det ble ikke gjort noe forsøk på å integrere disse regelsettene, som forsterker inntrykket av lovgivning som var mer for syns skyld enn tenkt virkelig å håndheves.

I 2014 vedtok EU et endringsdirektiv til regnskapsdirektivet, som gav nye regler om bærekraftsrapportering. EU gav selv 2014-direktivet navnet «ikke-finansiell» rapportering, som er illustrerende for den forsiktede tilnærmingen det bruker, nettopp ved at det betegner miljø, menneskerettigheter, arbeidsforhold og så videre som «ikke-finansielle» forhold.

64 Charlotte Villiers og Jukka Mähönen, «Accounting, Auditing, and Reporting: Supporting or Obstructing the Sustainable Companies Objective?», i Beate Sjøfjell og Benjamin J. Richardson (red.), 2015.

65 Regnskapslovens daværende §§ 3-3 fjerde til syvende ledd og 3-3 a niende til tolvte ledd.

66 Villiers og Mähönen, 2015.

67 Beate Sjøfjell, «Sustainable Companies: Possibilities and Barriers in Norwegian Company Law», *International and Comparative Corporate Law Journal*, 2015, årgang 11, nr. 1, s. 1–58.

68 St.meld. nr. 10 (2008–2009) *Næringslivets samfunnsansvar i en global økonomi*.

Dermed signaliseres det, sannsynligvis uten at det er intensjonen, at slike forhold er underordnet til og mindre viktige enn hard-core finansielle forhold. I Norge tok man avstand fra terminologien «ikke-finansiell», som er bra. Samtidig brukte Norge anledningen til å begrense omfanget til egne rapporteringskrav, paradoksalt nok under henvisning til at eksisterende regler ikke ble fulgt opp av selskaper – som jo ikke var overraskende, når reglene ikke ble håndhevet. Resultatet er at Norge fra 2019 gikk bort fra at alle regnskapspliktige selskaper skulle rapportere om aspekter av bærekraft, ved at det kun ble begrenset til store foretak.⁶⁹

Likestilling er imidlertid noe norsk lovgiver har lagt større vekt på enn bærekraft generelt. Det ble en oppvask i Stortinget etter at kravet om rapportering for alle foretak som ikke er store ble fjernet i 2019 – samme dag som Stortinget også diskuterte forsterkede krav til likestillingsrapportering. Dette ble ryddet opp i ved at likestillings- og diskrimineringsloven fikk en ny bestemmelse med forsterket aktivitets- og redegjøringsplikt.⁷⁰ Selv om dette heller ikke er tilstrekkelig til å oppnå reell likestilling i næringslivet, er likevel kontrasten til behandlingen av bærekraft mer generelt slående.

I EU er det i 2021 fremlagt et forslag til nytt rapporteringsdirektiv, betegnet *Corporate Sustainability Reporting Directive*, altså direktivet om rapportering om selskapers bærekraft. Det er også foreslått en utvidelse av hvilke selskaper som skal pålegges rapporteringsplikt.⁷¹ Det er imidlertid neppe tilstrekkelig alene, da det ikke lukker gapet mellom hva selskapets styrer oppfatter som deres hovedplikt under innflytelse av den dominerende tilnærmingen og det styret blir bedt om å rapportere på.⁷²

69 Se nåværende regnskapslov § 3-3 c. Kjønnsligestillingsrapporteringen ble imidlertid innskjerpet, se regnskapsloven § 3-3 b nr. 9.

70 Likestillings- og diskrimineringsloven § 26 c: «Styret i aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper skal sørge for at plikten til aktivt likestillingsarbeid og plikten til å redegjøre for dette oppfylles i samsvar med likestillings- og diskrimineringsloven §§ 26 og 26 a og regnskapsloven § 3-3 c.»

71 Se mer her: David Monciardini og Jukka Mähönen. «Goodbye, non-financial reporting! A first look at the EU proposal for corporate sustainability reporting» (27.04.2021). <https://www.jus.uio.no/english/research/areas/companies/blog/companies-markets-and-sustainability/2021/goodbye-non-financial-reporting--monciardini-mahonen.html>.

72 Ibid.

7.3.4 Et feministisk bærekraftsperspektiv krever endring av det kjønnete samfunnet

Etter å ha sett at verken liberal individualisme eller liberal strukturalisme er tilstrekkelig, kan vi diskutere hvordan vi kan endre det kjønnete samfunn, inkludert kjønnete selskaper. Den grunnleggende mangelen på bærekraft i næringslivet i dag er så fastgrodd at fundamental endring er nødvendig.

Dette understreker behovet for en systemisk tilnærming. I en systemisk tilnærming forstås selskaper som en del av samfunnet, og det bygger bro over institusjonelle barrierer mellom stat, selskaper, akademia og sivilsamfunn. Det handler om å tørre å ta overordnede samfunns mål om bærekraft og forskningen som forteller oss at det haster med omlegging på alvor. Det handler også om ta innover seg at det finnes få enkle svar, og at vi derimot må være forberedt på å omfavne kompleksitet og usikkerhet og finne gode veier fremover, vel vitende om at det neppe finnes endelige konklusjoner.

Å transformere kjønnete – og ikke-bærekraftige – samfunn til rettfærdige og bærekraftige samfunn krever et helt puslespill av bærekraftstiltak. Bidrag fra det som i forskningen kalles for «eksterne agenter for organisasjonsmessig endring», ser ut til å være nødvendig for selskapers bærekraft, og er dermed en avgjørende endringsstrategi. Med «eksterne agenter» menes blant annet lovgiver, og ut fra diskusjonen over forstår vi at det krever en lovgiver som kommer mye mer tydelig på banen enn det som har skjedd hittil. Det krever en bredere regulatorisk forståelse og en helhetlig tilnærming.

Den systemendringen som trengs for å endre kjønnete selskaper i et system giret mot maksimering av avkastning for aksjonærer, krever en helhetlig lovgivningsreform. En nøkkel i dette er en eksplisitt reform av selskapers formål, slik at det fremgår av selskapslovgivningen at selskapers formål er bærekraftig verdiskapning innenfor planetens tålegrenser. Videre må dette forankres gjennom en reform av styrets rolle, slik at styrets rolle og styrets plikt er å arbeide for at selskapets formål oppfylles, gjennom integrering i strategier og implementering i hele selskapets virksomhet, eventuelle globale verdikjeder.⁷³ Dette må inkludere krav til aktsomhetsanalyser (*due diligence*). Dette siste er også i tråd med en

73 Se f.eks. Beate Sjøfjell, «Reforming EU Company Law to Secure the Future of European Business», *European Company and Financial Law Review*, vol. 18, nr. 2, 2021, s. 190–217. DOI: <https://doi.org/10.1515/ecfr-2021-0009>.

lovgiverutvikling hvor stadig flere land pålegger selskaper et aktsomhetsansvar for det de er involvert i gjennom globale verdikjeder, med den norske åpenhetsloven som det foreløpig siste skuddet på stammen.⁷⁴

EU-kommisjonen har satt lovgivningsforslag for å integrere bærekraft i styrets rolle på agendaen for 2021, og gjennom det konfrontert presset for kortsiktig profittmaksimering. For første gang diskuteres det nå altså i EU å gå inn i kjernen av selskapsretten og integrere bærekraft i styrets plikter, inkludert krav om bærekraftsaktsomhetsanalyser (*due diligence*).⁷⁵ Dersom EU-kommisjonen greier å gjennomføre denne agendaen, vil det være en viktig brikke som kommer på plass – hvor bærekraftsrapportering da vil kunne bli en dokumentasjon av en prosess i selskapet og gjennom selskapets virksomhet. Det ville kunne lukke gapet som i dag eksisterer mellom det selskapets styrer tror er deres plikt og hva de blir bedt om å rapportere om. Imidlertid har selve ideen om en slik kobling utløst veldig sterke negative reaksjoner i den første innledende fasen.⁷⁶ Det er en fare for at dette kan overdøve alle oppfordringer om at EU må få på plass pliktig bærekraftsregulering av europeiske selskaper fra akademia,⁷⁷ sivilsamfunn,⁷⁸ næringslivet selv⁷⁹ og fra europeiske politikere.⁸⁰

74 Lov 18. juni 2021 nr. 99 om virksomhetens åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven).

75 European Commission. «Sustainable corporate governance» (u.å.). https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance_en.

76 Se f.eks. Jan-Olof Jacke mfl., Chief Executives, Nordic Confederations of Industries of Sweden, Denmark, Finland, Norway, Estonia and Iceland, «Letter: Brussels' Sustainable Corporate Governance Plan is Flawed», 23.04.2021, *Financial Times*. www.ft.com/content/a2ab26b3-c9fc-4f33-a4bf-96a6e136f890.

77 Se f.eks. Andrew Johnston mfl., *Corporate Governance for Sustainability*, 11.12.2019. SSRN: www.ssrn.com/abstract=3502101.

78 Feks. European Coalition for Corporate Justice, «Overwhelming Public Support for EU Law to Hold Companies Liable for Human Rights Violations and Environmental Harms», 13.10.2021. <https://www.corporatejustice.org/news/poll-shows-overwhelming-public-support-for-eu-law-to-hold-companies-liable/>.

79 Feks. European Commission, *Study on Due Diligence Requirements through the Supply Chain: Final Report* (2020). <https://op.europa.eu/sv/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>, 21.2.2021, som viser 70 prosent støtte fra næringslivsrespondenter for bindende lovgivning, og fra sivilsamfunn og næringsliv sammen. Accountancy Europe, «Joint Statement on Sustainable Corporate Governance», 08.06.2021, <https://www.accountancyeurope.eu/good-governance-sustainability/joint-statement-on-sustainable-corporate-governance/>.

80 European Parliament, «MEPs: Hold Companies Accountable for Harm Caused to People and Planet», 27.01.2021. www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210122IPR96215/meps-hold-companies-accountable-for-harm-caused-to-people-and-planet.

Med tanke på at EU-kommisjonen fortsatt ikke har lagt frem sitt forslag for et direktiv om bærekraftig selskapsstyring (som i skrivende stund igjen er utsatt),⁸¹ virker det som om mye av motstanden handler mer om ideen om forandring og mindre om innholdet i det som kan bli foreslått, med primært mannlige forskere og mannlige ledere av næringslivsorganisasjoner som har uttalt seg veldig sterkt imot endring.⁸² Kommisjonen har utført en offentlig konsultasjon som har gitt en veldig mye mer nyanisert og positiv respons enn i den første fasen, med sterk støtte for endring.⁸³ Dette er det imidlertid lite om i den offentlige debatten. Til og med mer nyanserte kommentatorer oppfordrer til at rapporteringskrav og frivillige aktsomhetsanalyser bør forsøkes først,⁸⁴ til tross for at vi har bak oss tiår med slike forsøk uten suksess. Viljen til å erkjenne at det nåværende systemet ikke fungerer og at grunnleggende endring er nødvendig, ser ut til å være fraværende hos mange.

7.4 Avsluttende refleksjoner

I denne artikkelen har jeg søkt å vise hva et feministisk bærekraftsperspektiv kan bety for selskapsretten. Vårt kjønnete samfunn har hatt stor påvirkning på diskusjonen om hvordan vi kan oppnå bærekraft. Som Catherine O'Sullivan understreker, når bærekraftstemaer, slik som sosial rettferdighet og miljøbeskyttelse, «kodes» som feminine, nedrangeres de for dem som ønsker å følge – bevisst eller ubevisst – den maskuliniserte hegemoniske normen. Dette illustrerer en hierarkisk dikotomitenkning, som også henger sammen med det jeg har beskrevet over: Det bestående

81 F.eks. Sarah Anne Aarup og Barbara Moens, «EU's Business Ethics Rules Risk Falling Apart», *Politico*, 14.12.2021. www.politico.eu/article/eus-new-business-ethics-rules-face-battle-for-survival/.

82 F.eks. Mark J. Roe mfl., «The European Commission's Sustainable Corporate Governance Report: A Critique», 14.10.2020. 553/2020 European Corporate Governance Institute – Law Working Paper, 20-30 Harvard Public Law Working Paper, Yale Journal on Regulation Bulletin. www.ssrn.com/abstract=3711652 eller www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.3711652; Jan-Olof Jacke mfl.

83 Se f.eks. oversikt over resultatene her: Kasia Klaczynska Lewis, «Conclusions from public consultations on the EU sustainable corporate governance initiative», *EY*, 27.5.2021. www.ey.com/en_pl/law/insights-from-public-consultations-on-the-eu-sustainable-corporate-governance-initiative.

84 Se Florian Möslin og Karsten Engsig Sørensen, «Sustainable Corporate Governance: A Way Forward» (2021) 21-03 *Nordic & European Company Law Working Paper*. www.ssrn.com/abstract=3761711.

regnes som verdinøytralt, mens forslag til endring er verdibasert og dermed radikalt.

Det kan forklare den dominerende dikotomien mellom økonomi på den ene siden og alt annet, på den andre siden som «etikk». ⁸⁵ Det kan også forklare motstanden mot EUs forslag om bærekraftig selskapsrett, som preges av det beståendes reaksjon mot det som oppfattes som radikalt.

På den annen side er det sterke strømninger i samfunnet, ikke minst i den yngre generasjonen – inkludert våre studenter – som krever endring i bærekraftig retning. ⁸⁶ Vi ser at det er vilje til endring, reflektert på EU-nivå og også – endelig – i de enkelte nasjonalstatene. Norge har sommeren 2021 vedtatt åpenhetsloven 2021. Den stiller krav til at selskaper over en viss størrelse skal utføre aktsomhetsanalyser vedrørende grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold i selskapets globale verdikjeder. ⁸⁷ Norge har dermed meldt seg inn i den europeiske debatten om hvordan selskaper kan reguleres for å fremme bærekraft. Det gir grunn til et forsiktig håp. Det er imidlertid en fare for at krav om aktsomhetsanalyser blir de nye rapporteringskravene – altså at det er det som er vår tids strukturelle minimalisme. De nærmeste årene vil vise om Europa er klar til å ta et oppgjør med de rådende tilnærminger om selskapsrettens rolle og vedta nødvendige grunnleggende reformer.

85 Økonomiske hensyn forstås som grunnlaget for vårt velferdssamfunn, som noe som alt annet må underordnes. Etikk, som vi her kan bruke som en samlebetegnelse på andre hensyn, slik som miljø og menneskerettigheter, er noe vi som samfunn gjerne vil ta hensyn til, men ikke på bekostning av økonomien. Se kronikken Beate Sjøfjell. «Gjesteskribent Beate Sjøfjell: Oljefondet driver økonomisk risikosport.» *Uniforum* (10.01.2017). <https://www.uniforum.uio.no/leserbrev/2017/oljefondet-driver-okonomisk-risikosport.html>.

86 UiO, «Dagens studenter vil forandre verden», 21.03.2019. <https://www.sum.uio.no/forskning/aktuelt/aktuelle-saker/2019/dagens-studenter-vil-forandre-verden.html>; Jørgen Hammer Skogan, «En etterlengt klimastrategi», 21.10.2021, *Dagens Næringsliv*. <https://www.dn.no/innlegg/klima-og-miljo/universitetet-i-oslo/studenter/innlegg-en-etterlengt-klimastrategi/2-1-1079029>.

87 Mark Taylor, «Mandatory Human Rights Due Diligence in Norway – A Right to Know» (12.04.2021). <https://www.jus.uio.no/english/research/areas/companies/blog/companies-markets-and-sustainability/2021/mandatory-human-rights--taylor.html>.

Litteratur

- Accountancy Europe. «Joint Statement on Sustainable Corporate Governance» (08.06.2021). <https://www.accountancyeurope.eu/good-governance-sustainability/joint-statement-on-sustainable-corporate-governance/>.
- Ang, Yue S. «Exploring Spatial Justice and the Ethic of Care in Corporations and Group Governance». I *Creating Corporate Sustainability. Gender as an Agent for Change*. Beate Sjøfjell og Irene Lynch Fannon red., Cambridge University Press 2018, kap. 10.
- Bjørkhaug, Hilde. «Flere kvinner i styrerom – katalysator for profesjonalisering av styrearbeid?». *Tidsskrift for kjønnsforskning* (2011) s. 199–217. <https://doi-org.ezproxy.uio.no/10.18261/ISSN1891-1781-2011-03-03>
- Bjørnland, Hilde C. «Smarte menn, hjelpsomme kvinner» (08.01.2018). <https://www.bi.no/forskning/business-review/articles/2018/01/smarte-menn-hjelpsomme-kvinner/m>
- Braidotti, Rosi mfl. *Women, the Environment and Sustainable Development*. Zen Books, 1994.
- Bruner, Cristopher M. *Corporate Governance in the Common-Law World: The Political Foundations of Shareholder Power*. Cambridge University Press, 2013.
- Bruner, Cristopher M. og Beate Sjøfjell. «Corporate Law, Corporate Governance and the Pursuit of Sustainability». I *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance, and Sustainability*. Beate Sjøfjell og Cristopher M. Bruner red., Cambridge University Press, 2019, kap. 50. DOI: <https://doi-org/10.1017/9781108658386>.
- European Commission. *Study on Due Diligence Requirements through the Supply Chain: Final Report* (2020). <https://op.europa.eu/sv/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en> hentet 21.2.2021.
- European Commission. «Sustainable corporate governance» (u.å.). https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance_en.
- European Coalition for Corporate Justice. «Overwhelming Public Support for EU Law to Hold Companies Liable for Human Rights Violations and Environmental Harms» (13.10.2021). <https://www.corporatejustice.org/news/poll-shows-overwhelming-public-support-for-eu-law-to-hold-companies-liable/>.
- European Parliament (News). «EU is stuck half way to achieving gender equality, MEPs say» (14.03.2017). www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170308IPR65678/eu-is-stuck-half-way-to-achieving-gender-equality-meps-say.
- European Parliament. «MEPs: Hold Companies Accountable for Harm Caused to People and Planet» (27.01.2021). www.europarl.europa.eu/news/en/press-

- room/20210122IPR96215/meps-hold-companies-accountable-for-harm-caused-to-people-and-planet.
- Fannon, Irene Lynch. «'A Toad We Have to Swallow': Perceptions and Participation of Women in Business and the Implications for Sustainability». I *Creating Corporate Sustainability. Gender as an Agent for Change*. Beate Sjøfjell og Irene Lynch Fannon red., Cambridge University Press, 2018, kap. 6.
- Fannon, Irene Lynch og Beate Sjøfjell. «Corporations, Sustainability and Women». I *Creating Corporate Sustainability. Gender as an Agent for Change*. Beate Sjøfjell og Irene Lynch Fannon red., Cambridge University Press, 2018, kap. 1.
- Ferrero-Ferrero, Idoia, Maria Ángeles Fernández-Izquierdo og Maria Jesus Muñoz-Torres. «Gender Diversity on Corporate Boards: An Empirical Analysis in the EU Context». I *Creating Corporate Sustainability. Gender as an Agent for Change*. Beate Sjøfjell og Irene Lynch Fannon red., Cambridge University Press, 2018, kap. 7.
- FN. «FNs bærekraftsmål». <https://www.fn.no/view/content/33936/full/1/22014> hentet 21.10.2021.
- Grosser, Kate. *Corporate social responsibility, gender equality and organizational change: a feminist perspective*. PhD thesis, University of Nottingham, 2011. http://eprints.nottingham.ac.uk/12138/2/KateGrosserPhDThesis2011_Corporate_Social_Responsibility%2C_Gender_Equality_and_Organizational_Change.pdf.
- Grosser, Kate og Jeremy Moon. «CSR and Feminist Organization Studies: Towards an Integrated Theorization for the Analysis of Gender Issues». *Journal of Business Ethics* vol. 155, nr. 2 (2017) s. 321–342. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10551-017-3510-x>.
- Hellum, Anne og Vibeke Blaker Strand. *Likestillings- og diskrimineringsrett*. Gyldendal Akademisk, 2022, kap. 13.
- Holst, Cathrine, Hege Skjeie og Mari Teigen. *Europeisering av nordisk likestillingspolitikk*. Gyldendal, 2019.
- Jacke, Jan-Olof mfl. «Letter: Brussels' Sustainable Corporate Governance Plan is Flawed» (23.04.2021). *Financial Times*. www.ft.com/content/a2ab26b3-c9fc-4f33-a4bf-96a6e136f890.
- Johnston, Andrew mfl. *Corporate Governance for Sustainability* (11.12.2019). SSRN: www.ssrn.com/abstract=3502101.
- Kay, John. «Theories of the Firm». *International Journal of the Economics of Business* vol. 28, nr. 1 (2018) s. 11–17. DOI: <https://doi.org/10.1080/13571516.2017.1402468>.
- Leach, Melissa, Kate Raworth og Johan Rockström. «Between social and planetary boundaries: Navigating pathways in the safe and just pathway for humanity». *World Social Science Report* (2013) s. 84–90. DOI: <https://doi.org/10.1787/9789264203419-en>.

- Lewis, Kasia Klaczynska. «Conclusions from public consultations on the EU sustainable corporate governance initiative» (27.5.2021). www.ey.com/en_pl/law/insights-from-public-consultations-on-the-eu-sustainable-corporate-governance-initiative.
- Liao, Carol. «Power and the Gender Imperative in Corporate Law». I *Creating Corporate Sustainability. Gender as an Agent for Change*. Beate Sjøfjell og Irene Lynch Fannon red., Cambridge University Press, 2018, kap. 13.
- MacGregor, Sherilyn. «Feminist Perspectives on Sustainability». I *UNESCO Encyclopedia of Life Support Systems: Introduction to Sustainable Development*. David V.J. Bell og Annie Cheung red., Eolss Publishers, 2003, s. 467–792.
- Martin, Joanne. «Feminist Theory and Critical Theory: Unexplored Synergies». I *Studying Management Critically*. Mats Alvesson og Hugh Willmott red., Sage Publications, 2003, kap. 4.
- Miljødirektoratet. «FNs klimapanel: Alvorlige klimaendringer er i full gang» (09.08.2021). <https://www.miljodirektoratet.no/aktuelt/nyheter/2021/august-2021/fns-klimapanel-alvorlige-klimaendringer-er-i-full-gang/>.
- Monciardini, David og Jukka Mähönen. «Goodbye, non-financial reporting! A first look at the EU proposal for corporate sustainability reporting» (27.04.2021). <https://www.jus.uio.no/english/research/areas/companies/blog/companies-markets-and-sustainability/2021/goodbye-non-financial-reporting--monciardini-mahonen.html>.
- Möslein, Florian og Karsten Engsig Sørensen. «Sustainable Corporate Governance: A Way Forward» (21.03.2021). *Nordic & European Company Law Working Paper*. SSRN: www.ssrn.com/abstract=3761711.
- Nielsen, Sabina og Morten Huse. «How do women directors make a difference to the work of corporate boards?». I *Scandinavian Women's Law in the 21st century*. Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø red., DJØF Publishing, 2012.
- North, Gill. «Company Reporting of Environmental, Social and Gender Matters: Limitations, Barriers, and Changing Paradigms». I *Creating Corporate Sustainability. Gender as an Agent for Change*. Beate Sjøfjell og Irene Lynch Fannon red., Cambridge University Press, 2018, kap. 5.
- Nussbaum, Martha C. *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*. Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- O'Sullivan, Catherine. «The Gendered Corporation: The Role of Masculinities in Shaping Corporate Culture». I *Creating Corporate Sustainability. Gender as an Agent for Change*. Beate Sjøfjell og Irene Lynch Fannon red., Cambridge University Press, 2018, kap. 12.
- Perkins, Nancy D. «The Fracturing of Place: The Regulation of Marcellus Shale Development and the Subordination of Local Experience». *Fordham Environmental Law Review* vol. 23, nr. 2 (2012) s. 44–79

- Prügl, Elisabeth. «If Lehman Brothers Had Been Lehman Sisters ...': Gender and Myth in the Aftermath of the Financial Crisis». *International Political Sociology* vol. 6, nr. 1 (2012) s. 21–35. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1749-5687.2011.00149.x>
- Raworth, Kate. *Doughnut Economics: Seven Ways to Think Like a 21st-Century Economist*. Random House Business Books, 2017.
- Rockström, Johan mfl. «Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity». *Ecology and Society* vol. 14, nr. 2 (2009) s. 32. DOI: <https://doi.org/10.5751/ES-03180-140232>.
- Roe, Mark J. mfl. «The European Commission's Sustainable Corporate Governance Report: A Critique» (14.10.2020). 553/2020 European Corporate Governance Institute – Law Working Paper, 20-30 Harvard Public Law Working Paper, Yale Journal on Regulation Bulletin. www.ssrn.com/abstract=3711652 eller www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.3711652
- Russell, Roseanne. «The uneasy relationship between Corporations and Gender Equality: A critique of the 'transnational business feminism' project». I *Creating Corporate Sustainability. Gender as an Agent for Change*. Beate Sjøfjell og Irene Lynch Fannon red., Cambridge University Press, 2018, kap. 10.
- Sjøfjell, Beate. «Dismantling the Legal Myth of Shareholder Primacy: The Corporation as a Sustainable Market Actor». I *Shaping the Corporate Landscape Towards Corporate Reform and Enterprise Diversity*. Nina Boeger og Charlotte Villiers red., Hart Publishing, 2018, s. 77–94. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2912141>.
- Sjøfjell, Beate. «Gender Diversity in the Boardroom and Its Impacts: Is the Example of Norway a Way Forward?». *Deakin Law Review* vol. 20, nr. 1 (2015) s. 25–52. DOI: <https://doi.org/10.21153/dlr2015vol20no1art501>.
- Sjøfjell, Beate. «Gjesteskribent Beate Sjøfjell: Oljefondet driver økonomisk risikosport». *Uniforum* (10.01.2017). <https://www.uniforum.uio.no/leserbrev/2017/oljefondet-driver-okonomisk-risikosport.html>.
- Sjøfjell, Beate. «Kan aksjeselskaper sette miljøet foran gevinstkravet?». *Jussens Venner* vol. 46, nr. 6 (2011) s. 309–324. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3126-2011-06-01>.
- Sjøfjell, Beate. «Reforming EU Company Law to Secure the Future of European Business». *European Company and Financial Law Review* vol. 18, nr. 2 (2021), s. 190–217. DOI: <https://doi.org/10.1515/ecfr-2021-0009>.
- Sjøfjell, Beate. «Sustainable Companies: Possibilities and Barriers in Norwegian Company Law». *International and Comparative Corporate Law Journal* årgang 11, nr. 1 (2015) s. 1–58.
- Sjøfjell, Beate og Hanna Ahlström. «Complexifying Finance for Sustainability. A Sustainability-Science & Feminist Approach» (2020). *University of Oslo Faculty of Law Research Paper* nr. 3 (2020). www.ssrn.com/abstract=3529259.

- Sjåfjell, Beate og Hanna Ahlström. «FNs bærekraftsmål, planetens tålegrenser og det sosiale fundamentet» (18.04.2018). <https://www.jus.uio.no/forskning/omrader/selskaper/aktuelle-saker/fns-berekraftsmal-april-2018.html>.
- Sjåfjell, Beate og Irene Lynch Fannon (red.). *Creating Corporate Sustainability. Gender as an Agent for Change*. Cambridge University Press, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1017/9781316998472>.
- Sjåfjell, Beate mfl. «Obstacles to Sustainable Global Business. Towards EU Policy Coherence for Sustainable Development». *University of Oslo Faculty of Law Research Paper nr. 2* (2019). DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3354401>.
- Sjåfjell, Beate mfl. «Shareholder Primacy: The Main Barrier to Sustainable Companies». I *Company Law and Sustainability: Legal Barriers and Opportunities*. Beate Sjåfjell og Benjamin J. Richardson red., Cambridge University Press, 2015, s. 79–147. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781107337978>.
- Sjåfjell, Beate, Tiina Häyhä og Sarah Cornell. «A Research-Based Approach to the UN Sustainable Development Goals. A Prerequisite to Sustainable Business». *University of Oslo Faculty of Law Research Paper nr. 2* (2020). DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3526744>.
- Skogan, Jørgen Hammer. «En etterlengtet klimastrategi» (21.10.2021). *Dagens Næringsliv*. <https://www.dn.no/innlegg/klima-og-miljo/universitetet-i-oslo/studenter/innlegg-en-etterlengtet-klimastrategi/2-1-1079029>.
- Stave, Tyra Kristiansen. «Norsk klimapolitikk mangler kjønnsperspektiver». *Kilden* (25.08.2021). <https://kjonnsforskning.no/nb/2021/08/norsk-klimapolitikk-mangler-kjonnspektiver>.
- St.meld. nr. 10 (2008–2009) *Næringslivets samfunnsansvar i en global økonomi*.
- Steffen, Will mfl. «Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet». *Science (American Association for the Advancement of Science)* vol. 347, nr. 6223 (2015) s. 736. DOI: <https://doi.org/10.1126/science.1259855>
- Svendby, Rannveig. «Kvinnene inntar næringslivet». *Kilden* (02.05.2012). <https://kjonnsforskning.no/nb/2012/05/kvinnene-inntar-naeringslivet>.
- Taylor, Mark. «Mandatory Human Rights Due Diligence in Norway – A Right to Know» (12.04.2021). <https://www.jus.uio.no/english/research/areas/companies/blog/companies-markets-and-sustainability/2021/mandatory-human-rights--taylor.html>.
- UiO. «Dagens studenter vil forandre verden» (21.03.2019). <https://www.sum.uio.no/forskning/aktuelt/aktuelle-saker/2019/dagens-studenter-vil-forandre-verden.html>
- UiO. «Daughters of Themis: International Network of Female Business Scholars» (26.06.2018). <https://www.jus.uio.no/english/research/areas/companies/networks/daughters-of-themis-network/>.
- UiO. «Debatten om 'Eierskapsmyten'» (30.10.2015). <https://www.jus.uio.no/forskning/omrader/selskaper/aktuelle-saker/eierskapsmyten.html>.

- UiO. «Surprisingly few female scholars in company law» (08.03.2012). <https://www.jus.uio.no/english/research/areas/companies/news/company-law-and-women.html>.
- Villiers, Charlotte og Jukka Mähönen. «Accounting, Auditing, and Reporting: Supporting or Obstructing the Sustainable Companies Objective?» I *Corporate Law and Sustainability. Legal Barriers and Opportunities*. Beate Sjøfjell og Benjamin J. Richardson red., Cambridge University Press, 2015, s. 175–225. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781107337978.007>
- Aarnes, Helle. «Sheryl Sandbergs suksess». *Aftenposten* (23.01.2014). <https://www.aftenposten.no/amagasinet/i/p6mQw/sheryl-sandbergs-suksess>.
- Aarup, Sarah Anne og Barbara Moens. «EU's Business Ethics Rules Risk Falling Apart». *Politico* (14.12.2021). www.politico.eu/article/eus-new-business-ethics-rules-face-battle-for-survival/.

Kjønnsperspektiv på yrkesetikken

Marit Halvorsen

8.1 Innledning

Formålet med denne artikkelen er å anlegge et kjønnsperspektiv på yrkesetikken. Etter Språkrådets definisjon innebærer kjønnsperspektivet en «kritisk analyse som avdekker korleis kjønn har ei konstituerande rolle på sentrale område i livet».¹ Når man skal underkaste yrkesetikken en slik analyse, må man altså først finne ut hva slags metoder som kan anvendes for å undersøke hvordan kjønn kan ha vesentlig betydning for dette livsområdet.

For det første kan man *analysere tekster*. Både tekster som uttrykker de yrkesetiske normene og tekster som er en del av fagområdet, kan avsløre bestemte holdninger til eller oppfatninger om kjønn, eller de kan springe ut av kjønnete erfaringer eller verdioppfatninger. Slike antagelser er i pakt med synet på tradisjonell moralfilosofi som et kjønned prosjekt, slik det er beskrevet av den feministiske filosofen Tove Pettersen. Med dette menes at moralfilosofiske tekster ble formulert av menn og derfor beskrev verden fra deres synsvinkel, og med deres mer eller mindre bevisste verdioppfatninger som målestokk. Kritikk av tradisjonell moralfilosofi

1 Språkrådet ved prosjektgruppe for fagtermer i kjønnsforskning (Språkrådets termwiki). «Kjønnsperspektiv» (28.10.2017). <http://www.termwiki.sprakradet.no/wiki/Kjønnsperspektiv> hentet 18.10.2020. Man kan føye til «eller om» mellom korleis og kjønn, skjønt det er en gangbar hypotese at kjønn har betydning i nær sagt alle sammenhenger.

fra feministisk hold skapte en feministisk etikk, jf. punkt 8.3 nedenfor, og viste den tradisjonelle moralfilosofiens kjønnsfordommer. Feministisk kritikk av de yrkesetiske normene kan avsløre samme slags fordommer. Dette fordrer en analyse av de aktuelle tekstene, se punkt 8.4 nedenfor.

For det annet kan man gjøre *relevante empiriske undersøkelser*. Mange forhold kan undersøkes. Har mannlige og kvinnelige jurister ulike preferanser med hensyn til valg og utøvelse av juristyrket? Skyldes det forskjellige etiske overveielser, eller skyldes det andre forhold? Har rettsanvenderens kjønn betydning for selve rettsanvendelsen eller rettsproduksjonen? Virker kjønnsstereotype oppfatninger inn i rettslivet i vid forstand? Her finnes noe empiri, som skal refereres i punkt 8.5, 8.6 og 8.7.

8.2 Om yrkesetiske normer for jurister

Det er formulert en rekke yrkesetiske normsett som forplikter jurister i varierende grad.

Først og fremst gjelder kandidatløftet, som er en del av studieordningen og hjemles i universitetsloven.² Kandidatløftet anses avgitt av alle som mottar vitnemål for bestått mastergrad i rettsvitenskap i Norge. Løftet stammer tilbake fra 1700-tallet, og foregriper derfor andre yrkesetiske retningslinjer med flere hundre år. Kandidatløftet blir behandlet grundigere nedenfor i punkt 8.5.

Videre finnes det særlige etiske regler og retningslinjer som er rettet mot utøvere av forskjellige juristprofesjoner. Vi kan nevne Regler for god advokatskikk (forskr. 1996-12-20-1161), etiske retningslinjer for forsvarere (først vedtatt i 1999), bistandsadvokater (2008) og advokater med styreverv (2004), vedtatt av advokatenes profesjons- og interesseorganisasjon, Norsk Advokatforening. Medarbeidere i påtalemyndigheten har sine egne etiske retningslinjer (2017). Det finnes også etiske prinsipper for dommeratferd (2010). Etiske retningslinjer for statstjenesten (2005 med revisjoner) gjelder for alle som er ansatt i staten, dermed også for statsansatte jurister, eventuelt sammen med de profesjonsspesifikke reglene.

2 Lov 1. april 2005 nr. 15 om universiteter og høyskoler. Hjemmelsspørsmålet er drøftet i dom fra Hålogaland lagmannsrett av 6. april 2001, LH-2010-182525.

KS har laget en samling med gode eksempler på etiske retningslinjer for kommunene. Jurister i universitets- og høyskolesektoren er bundet av eventuelle etiske normer som er antatt av deres arbeidsgiver, og hvis disse juristene forsker, gir forskningsetikkloven (lov nr. 23 2017) anvisning på hvilke forskningsetiske standarder de må rette seg etter. Da er det i første rekke de forskningsetiske retningslinjene fra Den nasjonale forskningsetiske komité for samfunnsfag, humaniora, juss og teologi (NESH) som er relevante. Alle normsettene kan enkelt søkes opp på internett.

Disse – og andre – etiske normer skal altså regulere hvordan jurister arbeider. De gjelder forholdet til klienter og rådsøkende generelt, til kolleger, til over- og underordnede, til myndigheter og til publikum. De har betydning for hvordan arbeidsoppgavene forberedes, løses og kommuniseres. De kan være avgjørende for hvilke saker advokater påtar seg og hvilke forskningsspørsmål som stilles av rettsvitere.

Med unntak for eksamensløftet og reglene for god advokatskikk, er de yrkesetiske normene blitt til som følge av den etter hvert økende interesse for anvendt etikk, herunder profesjonsetikk, som bredte seg i mange land fra slutten av 1960-tallet. Årsaken til en fornyet interesse for anvendt etikk finnes i oppgjøret etter andre verdenskrig, og særlig i Nürnbergprinsippene artikkel VI b og c, som blant annet angår medisinske eksperimenter og annen inhuman behandling av mennesker i krig.³ Nürnbergprinsippene inspirerte Verdens legeforening til å formulere de første chartere om etikk og medisinsk forskning på mennesker. I 1975 anbefalte den samme foreningen at det skulle opprettes uavhengige forskningsetiske komiteer som skulle vurdere alle biomedisinske forskningsprosjekter.⁴ I Norge fikk vi et slikt komitésystem på plass i 1985, og i 1990 ble de nasjonale forskningsetiske komiteene opprettet. Den offentlige diskurs om profesjonsetikk for forskere har nok påvirket den profesjonsetiske debatt i det hele tatt. Det var ikke vanlig med særlig utviklede profesjonsetiske regler for forskjellige fag og bransjer før på 1990-tallet og senere. Et viktig

3 Folkerettskommisjonen (International Law Commission). *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*. (1950). https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_1_1950.pdf.

4 Se Hovedkomiteen for norsk forskning ved formann Knut Erik Tranøy, *Forskning og etisk ansvar. En rapport fra utvalget for «Forskning og etikk» nedsatt av Hovedkomiteen for norsk forskning*, Hovedkomiteen 1981.

unntak er reglene om god advokatskikk, som ble formulert i 1946 og senere revidert mange ganger før de ble allmenngjort gjennom inntagelsen i Advokatforskriften. Utover på 1990- og 2000-tallet fikk de fleste bransjer og yrkesgrupper nyskrevne profesjonsetiske regler. Staten, kommunene, de store industriselskapene og en rekke andre institusjoner vedtok også etiske prinsipper for virksomheten. Utdanningsinstitusjonene fikk yrkesetikk på pensum i alle fag. Interessen for anvendt etikk er ikke lenger forbeholdt noen få moralfilosofier.

Yrkesetiske prinsipper er kjønnsnøytrale, men den fornyede interesse for anvendt etikk faller i tid sammen med feministisk kritikk av tradisjonell moralfilosofi. Det er derfor en plausibel antagelse at det finnes sammenhenger mellom utvikling av den såkalte «omsorgsetikken» (jf. nedenfor) og de etter hvert mangfoldige yrkesetiske normsett.

8.3 Feministisk etikk og *A different voice*-filosofien

«Den nye kvinnebevegelsen» som oppstod på 1960-tallet, var et internasjonalt (vestlig) fenomen som etter hvert påvirket alle sider av samfunnet. Bevegelsen kom raskt til universitetene, og det ble organisert forskning og undervisning der kvinneperspektivet ble en fagfornyelse. Som jeg kommer tilbake til nedenfor i punkt 8.4, var Juridisk fakultet i Oslo tidlig ute med kvinneperspektiv på rettsvitenskapen.

Også filosofifaget ble berørt av de nye strømninger. Tove Pettersen spør i artikkelen «Feministisk etikk» om tradisjonell moralfilosofi er et kjønnnet prosjekt. Hvis handlemåter, tenkemåter, problemområder og verdier tradisjonelt assosiert med henholdsvis menn og kvinner i ulik grad er teoretisert og tillagt forskjellige verdier, er svaret kanskje ja. Den alminnelige presumsjonen er i så fall at det er kvinners verdier og gjøremål som er marginalisert i tradisjonell filosofi.⁵

Pettersen gir i samme artikkel en definisjon av feministisk etikk: Den «kan forstås som en type *tilnærming* fordi den utforsker hvordan en

5 Tove Pettersen, «Feministisk etikk», *Norsk filosofisk tidsskrift*, 2007, s. 242–255, på s. 242. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-2901-2007-04-02>.

tradisjonell undervurdering av kvinner og det som assosieres med det feminine kan være innreflektert i etikk og moralfilosofi» (s. 243). Dette minner om hvordan vi arbeidet for å etablere innholdet i kvinneverdsfaget da det var nytt. Det handler om å «røke ut» ståstedet til filosofiens (jussens, teologiens, sosiologiens, historiens, antropologiens ...) forfattere, særlig de etablerte og autoritative forfattere, og prøve deres tanker mot empirisk kunnskap om kvinner. Dette er en metode som kan brukes for enhver gruppe som ikke sammenfaller med forfattergruppen, for eksempel barn, fattige, kronisk syke, mennesker med annen etnisk eller kulturell bakgrunn og så videre. Poenget er å vise at filosofens (juristens, teologens ...) utsagn kan ha begrenset gyldighet selv om de er utformet som allmenne observasjoner eller sannheter. Dette er opplagt, ja, egentlig trivielt. Når det likevel var slik sprengkraft i feministisk etikk, i kvinneverd og i og enhver annen feministisk versjon av vitenskap, er det fordi vanens makt er kolossal.

Moralfilosofien er den gren av filosofifaget som umiddelbart er mest relevant for jurister. Det gjelder spesielt for den delen av moralfilosofien som omhandler beslutninger og veiing av forskjellige verdier. Ifølge Tove Pettersen vil deontologiske, utilitaristiske og liberale teorier gjerne fremstille moralske valg som noe som gjøres av én person alene, etter ensom refleksjon og avveining. Dette stemmer dårlig med en feministisk moralfilosofi, der oppmerksomheten er på dialog, prosess og mellommenneskelige relasjoner (s. 248).

Carol Gilligan skapte en flodbølge i denne diskursen da hun utgav sin innflytelsesrike studie *In a different Voice* i 1982.⁶ Gilligans bok ble til i opposisjon til gjengse utviklingspsykologiske teorier, som hun mente var lite relevante for jenters erfaringer og deres moralske utvikling. Hennes utgangspunkt er at gutter/menn og jenter/kvinner har forskjellige utviklingserfaringer som typisk førte til ulik verdensanskuelse. Derfor kan man finne klare kjønnsforskjeller i tilnærming til konfliktløsning og andre etiske dilemmaer. Hun beskriver hvordan individorienterte, regelstyrte moralresonnementer ble ansett som uttrykk for større kognitiv

6 Carol Gilligan, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press 1982.

modenhet enn resonnementer som er mer orientert mot menneskelige fellesskap og omforente løsninger. Ikke uventet viste empirisk materiale at guttene dominerte i gruppen som la vekt på at individuelle rettigheter oppfylles og at lover og regler følges. Jentene derimot tenderte mot å trekke inn hensynet til sosiale fellesskap og til at disse skulle kunne bestå også etter løsning av en moralsk konflikt. Etter Gilligans mening var denne tilnærmingen ikke uttrykk for mindre kognitiv modenhet; det var bare en annen måte å nærme seg moralske konflikter – en annen stemme.

Carol Gilligan understreket at den andre stemmen hun beskriver, karakteriseres av tema, ikke av kjønn. Riktignok er den empirisk knyttet først og fremst til kvinner, men ikke utelukkende. Gilligan var mer opp-tatt av å beskrive to ulike tankemåter enn av å generalisere om kjønn.⁷ Hun brukte sine funn til å utvikle en ny etisk teori som hun kallede *ethics of care*, på norsk omsorgsetikk. Motsetningen til omsorgsetikken er *ethics of justice*, rettferdighetsetikk. I en oppsummering beskrev hun forholdet mellom disse posisjonene slik:⁸

Der rettferdighetsetikken tar utgangspunkt i et premiss om likhet – at alle skal behandles likt – hviler omsorgsetikken på et premiss om ikke-vold – at ingen skal bli såret. I fremstillingen av modenhet konvergerer disse to perspektivene i erkjennelsen av at ulikhet slår ut på begge parter i et forhold, og likeledes at vold er destruktivt for alle som er involvert. Denne dialogen mellom rettferdighet og omsorg gir ikke bare bedre forståelse av forholdene mellom kjønnene, den gir også støtet til en mer fullstendig skildring av voksnes arbeids- og familieforhold.

Da Carol Gilligan utgav boken, var hun som feministisk tenker på mange måter en del av en slags ny *stream*, som etter hvert er blitt *mainstream*. På 1970-tallet ble det utgitt feministisk teori på en rekke felt og i mange land. Når hennes bok slo så sterkt til i 1982, skyldes det nok at den satte ord på noe som mange hadde observert, men ikke hadde empirisk belegg for. Teorien om en annen stemme fikk stort nedslagsfelt. I vår sammenheng er det nok å minne om hva teorien har betydd for utvikling av kvinneverett,

⁷ Gilligan 1982, s. 2.

⁸ Carol Gilligan og Mona Vestli (oversetter), *Med en annen stemme. Psykologisk teori og kvinners utvikling*, Gyldendal Akademisk 2002, s. 202.

feministisk etikk og hele omsorgsetikk-feltet. Erfaringer uttrykt med den andre stemmen – erfaringer som bygget på vurderinger mer knyttet til sosiale fellesskap enn til individuelle rettigheter – ble legitime og viktige.

8.4 Kvinneperspektiv på retten

Å lære seg å se retten fra kvinneperspektiv åpner for å kunne undersøke og beskrive de mange kryssende interesser. På den måten kan man fremme en juridisk metode som er empirisk og realistisk,⁹ og som derfor også samsvarer med juristers viktigste yrkesetiske bud: å fremme rett og hindre urett.

Oppmerksomhet omkring kjønn som vesentlig faktor for utforming og praktisering av rett, rettsvitenskap og rettsanvendelse inntraff omtrent samtidig med begynnelsen av min studietid. Juridisk rådgivning for kvinner (den gang Fri retts hjelp for kvinner) og valgfaget kvinneverett kan dateres til hhv. 1974 og 1975; jeg kom til Juridisk fakultet i 1976. Fra høsten 1977 og resten av studietiden var jeg engasjert i JURK og kvinneverett. Kvinneperspektivet på rettsvitenskapen ble derfor en integrert del av min juridiske forståelse og kunnskapstilegnelse. Det var for meg en selvsagt ting at kjønnsnøytrale regler kunne få systematisk forskjellige utslag for kvinner og menn; like selvsagt som at loven er lik for alle, det vil si at både rike og fattige blir straffet for å sove under broene og stjele sitt daglige brød (fritt etter Anatole France). Kan man anlegge et klasseperspektiv på loven, kan man med like stor suksess anlegge et kvinneperspektiv.

Vi var tidlig ute i Norge, men faget var så absolutt en del av en internasjonal trend. Fagets målsetning var politisk og med klar empirisk forankring. Tove Stang Dahl formulerte det slik: «Kvinneverettens formål er å beskrive, forstå og forklare kvinners rettslige stilling med sikte på å bedre kvinners stilling i retten og i samfunnet».¹⁰ Faget ble gjennom denne definisjonen knyttet til 1970-talles feministiske bevegelse. Etter hvert ble

9 Når jeg benytter «realistisk» sammen med «juridisk metode» eller «rettsvitenskap», må det ikke forstås som «rettsrealisme». Denne rettsfilosofiske retningen var ikke alltid realistisk i betydningen «virkelighetsnær»; tvert om vil jeg si at de ivrigste rettsrealistene (Uppsalaskolen) nærmest drev med metafysikk.

10 Se Tove Stang Dahl, «Innledning til kvinneveretten», i Tove Stang Dahl (red.), *Kvinneverett I*, Universitetsforlaget 1985, s. 21.

faget avløst av likestilling- og diskrimineringsrett og studier i menneskerettigheter, særlig knyttet til FNs kvinnekonvensjon (CEDAW).

En av de viktigste oppgavene for oss som drev med kvinneverett, var å vise særlig to forhold: at de kjønnsnøytrale reglene kunne få ulike virkninger for kjønnene, og at de samme kjønnsnøytrale regler bygget på en bestemt oppfatning av virkeligheten – en oppfatning der menn og kvinner hadde forskjellige samfunnsroller, og der mannen i de fleste tilfelle var «normalen» og kvinnen «unntaket».¹¹ Undersøkelsene krevet inngående kjennskap til faktum, det vil si til den virkelighet reglene anvendes på eller i. Her støttet kvinneveretten seg på blant annet feministisk teori om «erfaringens politikk», det vil si å sammenstille og løfte mange ulike erfaringer fra det personlige til det politiske plan.¹² En slik empirisk anlagt rettsvitenskap er krevende.

Et virkelig hardtslående eksempel på hvordan lovens intensjon ble innhentet av virkeligheten, ble demonstrert av Tove Stang Dahl i en studie av forhøyet hjelpestønad til funksjonshemmede barn.¹³ Dette er et tidlig eksempel på at rettsregler ble underkastet et kjønnsperspektiv, og derfor skoledannende.

Daværende folketrygdlov § 8–2, første ledd bokstav b gav funksjonshemmede som på grunn av sin tilstand hadde ekstrapgifter, rett til hjelpestønad på 25 prosent av folketrygdens grunnbeløp (G). Funksjonshemmede under 18 år som fikk særskilt tilsyn og pleie, og derfor hadde utgifter som var «faktiske og nødvendige» og «vesentlig større», kunne «i særlige tilfelle» få forhøyet stønad. Det interessante poenget lå i Rikstrygdeverkets tolkning av «særlige tilfelle». Tove Stang Dahls undersøkelse viste at morens situasjon var avgjørende for om ytelsen ble tilstått eller ikke. På tiden for denne studien var det helt vanlig at kvinner var

11 På 1970- og 80-tallet var vi opptatt av forskjellen på biologisk kjønn og sosialt kjønn, men diskusjonen om transkjønn og andre kjønnskategorier var lite aktuell. Vi ønsket å utfordre forståelsen av kjønnsroller og så kvinnefrigjøringen også som en frigjøring fra de tradisjonelle kjønnsrollene, både for kvinner og menn.

12 Se mer om dette i www.kvinnehistorie.no ved Siri Nørve. «Nyfeminisme og flat organisering: Siri Nørve forteller» (2007). <https://www.kvinnehistorie.no/artikkel/t-3568> hentet 17.04.2021.

13 Tove Stang Dahl, «Fra husmorrettens spesielle del: Folketrygdens regel om forhøyet hjelpestønad til funksjonshemmede barn», *Kvinnevertslige studier nr. 6*, Universitetet i Oslo, *Inst. for offentlig rett*, 1978, revidert og trykket i *Årbog for kvinderet*, Juristforbundets forlag, København 1981. Også trykket i Tove Stang Dahl (red.), *Kvinnevertt II*, Universitetsforlaget 1985.

hjemmeværende husmødre, så vanlig at trygdeforvaltningen uten videre la til grunn at enhver kvinne som ikke var yrkesaktiv, heller ikke ville bli det eller ville ha vært det hvis hun ikke hadde særlige omsorgsoppgaver. Det var dette Tove Stang Dahl kalte for husmørpresumsjonen i norsk rett: Alle gifte kvinner er (hjemmeværende) husmødre til det motsatte bevises. Fordi det var så vanskelig for kvinner å overbevise Rikstrygdeverkets saksbehandlere om at de ville ha vært yrkesaktive hvis det ikke var for det hjelpetrengende barnet, ble barn med de samme behov i realiteten forskjellsbehandlet etter morens stilling. Trygdeforvaltningens avgjørelser speilte det som da var gjengs oppfatning i samfunnet: Hjemmeværende kvinner var husmødre, og kunne derfor ikke regnes som yrkesaktive i noen sammenheng. Vi må huske på at det til så sent som begynnelsen av 1970-tallet fantes vel 800 000 hjemmeværende gifte kvinner i Norge. De fleste av disse ville kalt seg husmødre, helt uavhengig av mulige ønsker og drømmer om å ha lønnet arbeid. Men mange, kanskje over halvparten, ville deltatt på arbeidsmarkedet hvis to hindre kunne ryddes vekk: manglende jobber og manglende barnepass.¹⁴ Man kan bare forestille seg hvilken tung bevisbyrde som hvilte på mødre til barn som søkte forhøyet hjelpestønad.

Senere kom flere studier som viste hvor sterkt husmørpresumsjonen stod, særlig i trygderetten. Andre tok fatt i sider av kvinners liv som omhandlet svangerskap og fødsel og spørsmål knyttet til arbeidslivet i vid forstand. Til sammen utgjorde denne rettsforskningen kjernen i faget kvinneverett. Kvinneperspektivet på retten viste seg å være et nyttig grep i rettsforskningen. Kvinneverettslige studier, sammen med andre faktorer, skapte grunnlag for at både jurister og andre kunne vurdere hvert enkelt tilfelle på en mer realistisk måte og dermed forhindre den institusjonalserte kvinnediskrimineringen.

Å anvende kvinnevertslig metode kan føre til at man stiller nye spørsmål, men det er ikke alltid man får noe klart svar. Anne Robberstad beskriver i sin doktoravhandling den stadig tilsidesettelse av straffeprosessens regler om fornærmedes rettigheter, altså bistandsadvokatorordningen. Hun spør om forklaringen er dels manglende regelkunnskap og dels motvilje

14 Se for disse tallene NOU 1978: 6 *Arbeid for kvinner*.

mot fornærmede i de straffesakene hun som advokat hadde mest erfaring med, nemlig voldtekt og seksuelle overgrep mot barn i og utenfor familien. Men ingen av forklaringene holder helt ut. Regelkunnskapen bedres ettersom bistandsadvokatordningen ble kjent, og det er mange dommere som er sympatisk innstilt til ofrene. Robberstad vil heller forklare den systematiske underprioritering av lovfestede fornærmederettigheter som et utslag av det hun kaller straffeprosessens arkaiske struktur. Den er en kamp, et spill, et drama mellom to stridende og konkurrerende parter – forsvarer og anklager.¹⁵ I denne strukturen er det å gi rettigheter til fornærmede omtrent som å innføre en tredje part i saken, og det «ødelegger» straffesakens karakter av duell. Underprioritering av fornærmederettigheter rammer først og fremst kvinner, fordi det særlig er kvinner som blir ofre for forbrytelser som gir rett til å få bistandsadvokat. Det er lett å få assosiasjoner til Gilligans utviklingspsykologi og være enig med Robberstad i at straffesaker er en tradisjonell mannlig arena. Med det menes ikke at kvinner ikke er aktører eller forsvarere – det er selve straffeprosessens vesen som er blitt til på menns premisser.

Lærdommen som kan trekkes av dette, er at kjønnsperspektiv på retten bidrar til en mer helhetlig og derfor bedre rettsvitenskap. Det samme kan sies om ethvert perspektiv som kan gjøre rettsvitenskapen mer realistisk. Det er nærliggende å si at rettsanvendere, de som skal tolke og anvende retten, også bør bestrebe seg på å inkludere flest mulig relevante perspektiver når de skal utøve sin virksomhet, for å kunne komme frem til det riktigste resultatet. Det kan ses som en yrkesetisk forpliktelse å forstå at rettsnormer kan bygge på bestemte, uuttalte forutsetninger, og at en tilsynelatende nøytral rettsanvendelse vil kunne ha forskjellig virkning alt etter rettssubjektens situasjon. Denne etiske forpliktelsen kan leses ut av den overordnede normen om å fremme rett og hindre urett, og da ikke som en oppfordring til å gå på tvers av loven hvis loven er urettferdig, men som en rettesnor for tilnærmingen til juristyrket og som et mål for virksomheten i det hele tatt.

15 Anne Robberstad, *Mellom tvekamp og inkvisisjon. Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling*, Universitetsforlaget 1999, s. 26–37.

8.5 Kjønnsperspektiv på kandidatløftet

Den mest grunnleggende yrkesetiske regel for norske jurister er kandidatløftet, og jeg velger derfor å konsentrere fremstillingen om det. Kjønnsperspektivet kan kanskje ikke bidra med så mye, men nok til å gjøre øvelsen meningsfull.

Eksamensløftet er direkte videreført fra *Forordning om juridisk Embedsexamen ved Københavns Universitet* av 10. februar 1736, pkt 8. Alle som uteksamineres som jurister i Norge, må avlegge eller godta dette løftet for å få sitt vitnemål, og det skal etterleves i all deres juridiske virksomhet.¹⁶

Kandidatene lover

Aldrig vidende at vilde vige fra Ret og Retfærdighed, mindre raade nogen til ufor nødne Processer eller i andre Maader med Raad eller Daad befordre nogen uretvis Sag eller Idræt.» I moderne språkdrakt: å aldri bevisst ville vike fra rett og rettfærdighet, ikke råde noen til unødvendige tvister, eller på annen måte gjennom sine råd eller i sin handling fremme noen urettmessig sak eller hensikt/handling.

Påbudene om ikke bevisst å ville vike fra rett og rettfærdighet, ikke råde noen til unødvendige rettssaker, og ikke gi råd som fremmer noen urettmessig sak eller hensikt gjelder som sagt for jurister i all deres yrkesmessige adferd. De gir rom for refleksjoner, diskusjoner og uenighet: Hva er rett? Hva er rettfærdig? Hva om noe er rett, men ikke rettfærdig – eller omvendt? Hva menes med å «ikke vike»? Når er en rettssak unødvendig, og hvem bestemmer det? Hva er en urettmessig sak, hensikt, handling eller virksomhet? Skal man ta kandidatløftet på alvor, må man føre mange og vanskelige etiske diskusjoner.

En forsøksvis tolkning av kandidatløftets første påbud, «aldri vidende at ville vige for Ret og Retfærdighed», er at det stiller krav til juristenes

¹⁶ Ordlyden, men ikke meningsinnholdet, varierer ved de tre juridiske fakultetene. Se UiB: Universitetet i Bergen. «Studieplan for MAJUR Rettsvitenskap (jus), master, 5 år.» (u.å.) <https://www.uib.no/studier/MAJUR/plan> hentet 17.04.2021; UiT: Universitetet i Tromsø. «Studieplan for graden master i rettsvitenskap.» <https://www.uit.no/Content/553157/cache=20180801125216/Studieplan%20for%20graden%20master%20i%20rettsvitenskap%202018-2019.pdf> hentet 17.04.2021; UiO: Universitetet i Oslo. «Hva lærer du?» (2012) <http://www.uio.no/studier/program/jus/hva-lerer-du/> hentet 17.04.2021.

sinnelag gjennom uttrykket «vidende». «Vidende» er presens partisipp av å vite, altså skal man ikke vike for rett og rettferdighet mens man vet at man gjør det. I dag vil man ikke bruke partisippformen av verbet, men heller ty til andre uttrykk, «med vilje», ev. «med forsett» eller «med overlegg», som er gjengse juridiske formuleringer. «At ville vige fra» betyr å bøye av fra, forlate, oppgi. «Ret og Retfærdighet» må sikte til retten slik den er vedtatt, slik den kan finnes og slik den kan tolkes. Jurister skal altså ikke med vilje gjøre noe som går mot retten i vid forstand. Resten av kandidatløftet retter seg mot det å gi dårlige (uetiske) råd til klientene og føre unødvendige rettssaker.

Et mulig spørsmål som kan stilles i en analyse av kandidatløftet i dag, er om menn og kvinner¹⁷ har forskjellig oppfatning av hva som er rett og rettferdighet, eller om man kan tale om en «kvinnelig» og en «mannlig» tilnæringsmåte. Holder man seg til Gilligans undersøkelser, er svaret et betinget ja. Hun identifiserer den omsorgsetiske tilnærming som typisk kvinnelig, og den regelstyrte etikken som typisk mannlig, og underbygget dette både teoretisk og empirisk. Hennes observasjoner av gutter og jenter i USA for 40 år siden kan ikke uten videre overføres til norske forhold i dag. Jeg har også en fornemmelse av at det ikke er så skarpe skiller mellom «mannlig» og «kvinnelig» tilnærming til etiske konflikter lenger, selv om jeg ikke kjenner til empirisk belegg for min fornemmelse. Men er den riktig, må dette skiftet tilskrives holdningsendringer båret frem av den nye etikken.

Normsettene for forskjellige juridiske yrkesgrupper – advokater, påtalemakten, dommer, forskere og ansatte i statstjenesten – omtaler i litt varierende ordelag plikten til å holde seg til rett og rettferdighet. I tillegg skal jurister som ikke er partsrepresentanter, opptre upartisk og nøytralt. Videre omtales plikten til å ikke la seg bestikke, til å gi media saklig og riktig informasjon, til å utøve ytringsfrihet, men lojalt mot arbeidsgiver, til å fremme tillit til institusjonene. Dette er alt sammen ganske selvsagte og fornuftige retningslinjer for den jurist som ønsker å utøve sitt yrke på en ordentlig og etisk forsvarlig måte.

17 Jeg bruker «menn» og «kvinner» i dagligtalens betydning som hensiktsmessige kategorier, uten å ta stilling til den pågående debatt om kjønn.

Plikten til å opptre upartisk og nøytralt kan behøve en nærmere omtale. Er det mulig for en jurist som identifiserer seg for eksempel som feminist (kommunist, anti-imperialist, pasifist, liberalist ...), å være upartisk og nøytral? Det er viktig å understreke at de yrkesetiske normene ikke krever at man skal *være* upartisk og nøytral, men at man skal *opptre* slik. Her er en nær sammenheng med prosesslovgivningens habilitetsregler. Det er av stor betydning for tilliten til rettsvesenet at dets representanter ikke misbruker retten til å favorisere en part eller til å fremme sine private meninger. At ens politiske (i vid forstand) oppfatning spiller med i den totale rettsanvendelsen, er uunngåelig, og egentlig trivielt. Men den yrkesetiske fordring er at man må sette strenge krav til saklighet i argumentasjonen, spesielt når sakens faktum berører et tema man har sterke oppfatninger om; det nytter ikke å anvende sine personlige sympatier og antipatier som reelle hensyn i den enkelte sak. Personlige oppfatninger er bare saklige hvis de nettopp ikke er private, det vil si bare dine, men kan begrunnes objektivt i andre hensyn enn egne følelser. Man kan altså godt være aktiv feminist og dommer eller påtalejurist, men feminismen er intet argument for å gjøre metodiske feil i behandling av rettskildene. Enhver dom skal kunne begrunnes innenfor de rammene som gjelder for forsvarlig rettsanvendelse, og enhver tiltale skal hvile på holdbar bevisbedømmelse.

Kandidatløftet inneholder også en advarsel mot å tenke i stereotypier, hva enten gjelder kjønn, sosial klasse, etnisk bakgrunn, politisk tilknytning eller annet. Kjønnstereotypiske oppfatninger (kvinner jobber deltid fordi de vil ha tid til familien; menn er mer opptatt av karriere enn av familie) kan gi kjønnsdiskriminerende resultater, akkurat som stereotypiske oppfatninger av andre forhold (mennesker med en bestemt hudfarge eller religion er slik og sånn; alle høyrefolk er egoister, alle sosialister er naive) bærer galt av sted. Hvis vi som jurister skal holde det yrkesetiske påbudet om å fremme rett og hindre urett, må stereotypiske oppfatninger identifiseres og lukes ut. Problemet med stereotypier er at de undertiden kan stemme med en empirisk virkelighet: Det er riktig at det overveiende antall deltidsansatte er kvinner. Men denne i og for seg korrekte stereotypien sier ikke noe om individene. Skal man som jurist opptre i samsvar med kandidatløftet, kan man nettopp ikke støtte seg

på stereotypiske oppfatninger; man må undersøke faktum i hvert enkelt tilfelle.

Rettsapparatets behandling av voldtekt har vært og er nok fortsatt preget av kjønnsstereotypier. Tove Stang Dahl viste allerede i 1990 hvordan aktører på alle nivå i rettsvesenet i straffesaker om voldtekt i bil i flere tilfelle la for dagen en sterkt kjønnsstereotypisk oppfatning: Er en kvinne så uforsiktig at hun haiker med en ukjent mann, må hun regne med at han ønsker noe mer av henne enn bare selskap under kjøringen.¹⁸ Siden har mange forsket på forskjellige aspekter av voldtekt og fordommer, og det ser ut til at stereotypiske oppfatninger om kvinner stadig er virksomme.¹⁹ Dette står i skarp strid med kravet til å fremme rett og hindre urett.

8.6 Forskning om jurister og betydning av kjønn

Som nevnt innledningsvis, vil et kjønnsperspektiv på yrkesetikken også kreve empiriske svar, og spørsmålet om menn og kvinner anvender rettskildene ulikt er sentralt. Jeg er redd det ikke er mange klare svar å finne, selv om spørsmålet har generert en god del undersøkelser, særlig av dommeradferd.

Forskningen hviler gjerne på ett eller flere av fire utgangspunkter: *the different voice approach*, *the representational approach*, *the informational approach* og *the organizational approach*. Typologien presenteres av Christina L. Boyd, Lee Epstein og Andrew D. Martin i artikkelen «Untangling the Causal Effects on Sex and Judging».²⁰ De stiller opp hvilke premisser som gjelder for hvert utgangspunkt, og foreslår de

18 Tove Stang Dahl, «Pene piker haiker ikke. Om bil som tvang til voldtekt», i Nils Christie (red.), ... *den urett som ikke rammer deg selv. Festskrift til Anders Bratholm 70 år*, Universitetsforlaget 1990, s. 327–337.

19 Se f.eks. Anne Jorunn Boken Ballangrud, «Stereotype oppfatninger om voldtekt og voldtektsofre – en fare for kvinners rettsvern?», *Kritisk Juss*, vol. 37, nr. 3, 2011, s. 199–210. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN2387-4546-2011-03-04>; Anne Bitsch, *Voldtektens geografi. En studie av den rettslige forvaltningen av seksuelt medborgerskap*, Institutt for sosiologi og samfunnsgeografi, Universitetet i Oslo 2019 og Anne Bitsch, «The Geography of Rape: Shaming Narratives in Norwegian Rape Cases», *Journal of Women in Culture and Society*, vol. 54, nr. 2, 2019, s. 931–953. DOI: <https://doi.org/10.1086/702032>.

20 Christina L. Boyd mfl., «Untangling the Causal Effects on Sex and Judging», *American Journal of Political Science*, 2010, s. 389–411. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1540-5907.2010.00437.x>.

empiriske implikasjoner for henholdsvis enkeltdommere og dommere i panel (dvs. Høyesterett i avdeling, lagmannsretten med fagdommere og lekdommere og andre utgaver av flerdommer-domstoler). Typologien kan anvendes på en hvilken som helst yrkesgruppe eller befolkningsgruppe der man ønsker å analysere motivasjon – bevisst eller ubevisst – for bestemte handlinger. Den er relevant for norsk forskning fordi den gir et teoretisk rammeverk for empirisk tilnærming og sorterer argumenter på en brukbar måte, og fordi den anvendes av norske forskere (jf. nedenfor).

Den første referer til Carol Gilligans premis om at kvinner representerer en «annen stemme» (jf. ovenfor under punkt 8.3). Den empiriske implikasjonen er at denne andre stemme vil ha stor innflytelse på dommerens adferd, og på alle mulige områder, men vil virke individuelt, altså i hver enkelt dommers gjerning, og at man ikke kan forvente noen virkning på et dommerpanel.²¹

The representational approach lener seg på Hanna Fenichel Pitkins analyse av det politiske representasjons-begrepet.²² Representasjon er *re-presentasjon*, det vil si å på en eller annen måte tilveiebringe noe som ikke egentlig er til stede («the making present *in some sense* of something that is nevertheless *not* present literally or in fact», Pitkin s. 8–9). Noe(n) kan ved representasjon være til stede selv om de(t) ikke er det «i virkeligheten». Med hensyn til spørsmålet her, om kjønn har betydning for rettsanvendelsen, kan premisset uttrykkes som at kvinnelige dommere tjener som representanter for sin klasse (dvs. for kvinner), og at de derfor støtter kvinners interesse i saker som har direkte betydning for nettopp kvinner. Effekten vil for individuelle dommere komme til syne i saker som særlig angår kvinner, og det kan ikke forventes at representasjonstilnærmingen vil få virkning i panel.²³

The informational approach bygger på at kvinner er i besittelse av en særlig og viktig kunnskap, nemlig felles erfaringer qua kvinne. Ved siden av å påvirke kvinnelige dommere i saker om for eksempel kjønnsdiskriminering, vil dette utgangspunktet også gi argumenter for at mannlige dommere kan forandre mening hvis de anerkjenner at kvinners

21 Boyd mfl. 2010, s. 390.

22 Hanna Fenichel Pitkin, *The Concept of Representation*, University of California Press 1967.

23 Boyd mfl. 2010, s. 391.

erfaringer med slik diskriminering er mer troverdige og overbevisende enn deres egen. Virkningene kan finnes både individuelt og i panel, men bare på rettsområder der de kvinnelige dommeres erfaring og kunnskap er spesielt verdifull.²⁴

Det siste utgangspunktet, *the organizational approach*, har som premiss at fellestrekkene som finnes mellom mannlige og kvinnelige dommere – de har samme utdanning, utøver sin profesjon innenfor de samme kulturelle og faktiske rammer og så videre – er mer betydningsfulle enn forskjellene. Disse likhetene utvisker biologiske, psykologiske og erfaringsbaserte kjønnsforskjeller. Det betyr at det ikke kan forventes at kjønn har innvirkning på dommeres atferd, hverken individuelt eller i panel.²⁵

Boyd, Epstein og Martins artikkel henviser til ca. 30 undersøkelser av dommeratferd og kjønn, og viser således forskningsstatus på området i 2010. Den var uklar; resultater av undersøkelsene fordelte seg med en tredjedel som fant forskjeller mellom mannlige og kvinnelige dommeres atferd enten individuelt eller i panel; en tredjedel med usikre svar og en tredjedel som ikke fant noen forskjeller. Forfatterne fant selv, etter studium av 13 rettsområder, at kvinnelige dommere sjelden utgjør noen forskjell for domsresultatet. Unntaket er i saker om kjønnsdiskriminering, der forfatterne mener å finne statistisk signifikans i tråd med *the informational approach*, jf. ovenfor.²⁶

Boyd og medarbeidere synes å ha hatt stor betydning for senere forskning, se blant annet de norske bidragene referert nedenfor.

Prosjektet *Feminist Judging* har som mål å vise at en feministisk tilnærming til domsskriving kan gi både andre begrunnelser og andre resultater enn tradisjonell juridisk metode. En viktig del av prosjektet er å reformulere dommer og på den måten teste om en feministisk tilnærming kan gi andre begrunnelser eller et annet resultat. Det er i og for seg uten betydning om dommeren er mann eller kvinne; poenget er den bevisste metodiske tilnærming. Det ideologiske grunnlaget for prosjektet kan knyttes til *A different voice*-tradisjonen. *Feminist Judging*-prosjektet

24 Boyd mfl. 2010, s. 391–392.

25 Boyd mfl. 2010, s. 391–392.

26 Boyd mfl. 2010, s. 406.

begynte i Canada, men foregår nå i mange land (hovedsakelig engelskspråklige land; USA, Storbritannia, Australia, New Zealand. Prosjektet har også deltagere i India og i afrikanske land).²⁷ Det er utgitt en rekke artikler og bøker knyttet til prosjektet, og det gis eksempler på både nye begrunnelser og andre resultater enn i de opprinnelige dommene.

Det er også gjort empiriske studier av kvinnelige dommers faktiske dømming. En forfatter antyder at det lar seg gjøre å identifisere forskjeller mellom mannlige og kvinnelige dommers adferd – både i deres håndtering av rettssaken i vid forstand og i avgjørelsene.²⁸

I regi av PluriCourts, Senter for forskning om internasjonale domstolers legitimitet ved Juridisk fakultet i Oslo, er det publisert en omfattende essay-samling som undersøker implikasjoner av internasjonale dommers identitet (i vid forstand), og betydningen av en representativ (igjen i vid forstand) sammensetning av domstolen.²⁹ I en artikkel hevdes det at selv om kvinnelige dommere i Den europeiske menneskerettsdomstol kan ha en annen innfallsvinkel i noen sakstyper enn de mannlige dommere har, er det ikke mulig å svare på om de også dømmer forskjellig.³⁰ På den annen side hevdes det at kvinnelige dommere i Den internasjonale straffdomstolen har hatt stor betydning for rettsutvikling med hensyn til ofrenes stilling.³¹

I Norge har vi lite empirisk kunnskap om kjønnsforskjeller i utøvelse av juristyrker generelt. Meg bekjent er det bare dommers adferd som har vært gjenstand for systematiske undersøkelser.

27 Se Bridget J. Crawford mfl., «Feminist Judging Matters: How Feminist Theory and Methods Affect The Process of Judgement», *University of Baltimore Law Review*, vol. 47, 2018 s. 157–196 (se www.scholars.law.unlv.edu/facpub/1100 for en oppsummering av prosjektet). Artikkelen beskriver i hovedsak erfaringer fra USA. Se også Hunter Rosemary, «Feminist Judging in the 'Real World'», *Onati Socio-Legal Series*, vol. 8, nr. 9, 2018, s. 1275–1306. DOI: <https://doi.org/10.35295/ols.iisl/0000-0000-0000-0995>.

28 Se Hunter 2018, s. 1301.

29 Freya Baetens (red.), *Identity and Diversity on the International Bench. Who is the judge?*, Oxford University Press 2020.

30 Corina Heri mfl., «Fifty Years of Women at the European Court of Human Rights», i Freya Baetens (red.), *Identity and Diversity on the International Bench. Who is the Judge?*, Oxford University Press 2020, kap. 10.

31 Juan-Pablo Pérez-Léon-Acevedo, «The Contribution of Female Judges to the Victim Jurisprudence of the International Criminal Court», i Freya Baetens (red.), *Identity and Diversity on the International Bench. Who is the Judge?*, Oxford University Press 2020, kap. 18.

Henry Østlid undersøkte dommeratferd i dissenssaker i Høyesterett fra 1930 til 1979.³² Høyesterett fikk sin første kvinnelige dommer i 1968, og så to i hhv. 1970 og 1976. Tross det spinkle tallmaterialet har Østlid et kapittel kalt «Streiftanker om forskjellen mellom mannlige og kvinnelige dommeres atferd i dissenssaker» (s. 121 ff.). Østlid mener at de kvinnelige dommerne var gjennomgående mildere enn de mannlige når det gjaldt straffeutmåling og andre straffereaksjoner (s. 128). Hans begrunnelsen for denne mykhet, ved siden av et lite antall saker, er Straffelovkommisjonens Delutredning I, som uttaler «at kvinner skiller seg ut på en meget fordelaktig måte når det gjelder forholdet mellom kriminalitet og kjønn».³³

Forskjellen som Østlid henviser til sin kapittelverskrift, fremgår av statistikker over domfellelser fra 1905–1981. Kvinner utgjør noen få prosent av de domfelte. Jeg vet ikke om jeg er enig i at det kan sluttes fra at få kvinner dømmes for straffbare forhold til at det er å forvente at kvinnelige dommere reagerer mildere enn mannlige dommere. På den annen side kan man jo oppfatte Straffelovkommisjonens og Østlids funn som en viss støtte til teorien om sammenhengen mellom kjønn og omsorgsetisk tilnærming.

Gunnar Grendstad, Eric N. Waltenburg og William R. Schaffer har gjort flere undersøkelser av norske høyesterettsdommeres voteringspraksis og særlig interessert seg for dissenser, fordi det da er mulig å sammenligne de forskjellige dommeres vota.³⁴ De har laget en stor database, Doranho, over dommeres vota, og kodet for mange variabler, slik at man kan teste ut hypoteser om dommeratferd i forskjellige sammenhenger.

Grendstad og medarbeiderne har latt seg inspirere av amerikansk forskning om dommeratferd, og har lagt en del av de samme forutsetninger til grunn for sine arbeider om norske dommere. Norske og amerikanske dommere utdannes, blir utnevnt og arbeider under vidt forskjellige forhold. Dette må man ta høyde for når man vurderer deres bidrag.

32 Henry Østlid, *Dommeratferd i dissenssaker*, Universitetsforlaget 1988.

33 Se NOU 1983: 57 *Straffelovgivningen under omforming. Straffelovkommisjonens delutredning I*, s. 38, jf. s. 33.

34 Prof. Grendstad, Institutt for sammenliknende politikk, Universitetet i Bergen samarbeider med bl.a. Eric N. Waltenburg og William R. Schaffer fra Purdue University, Indiana på prosjektet «Judicial Behaviour», som har produsert omtrent et dusin publikasjoner, inkludert flere masteravhandlinger.

I artikkelen «Høyesterett som grunnlovens voktere» fra 2013 tar forfatterne utgangspunkt i det de kaller «en robust teori om dommeratferd» som kort sagt går ut på at folks bakgrunn, sosialisering, utdanning og yrkespraksis er bestemmende for utvikling av verdier og politiske preferanser, og at de samme verdier og preferanser igjen påvirker deres valg og beslutninger. Dette er et ukontroversielt standpunkt som er hevdet av mange.³⁵ For dommeres vedkommende betyr da det at man kan gjenfinne disse, spesielt i saker som er politisk komplekse eller der rettskildene åpner for flere løsninger. Kjønn er en bakgrunnsvariabel som kan ha betydning for atferd.³⁶ Grendstad mfl. har imidlertid ikke kunnet påvise at kjønn har gjort noe statistisk signifikant utslag i de dommene de har undersøkt.³⁷ De etterlater en liten åpning for at kvinnelige dommere kanskje er noe mildere når det gjelder straffutmåling, men kan ikke gi noen bombastisk konklusjon på dette punkt.³⁸

Grendstads, Waltenburgs og Schaffers forskning har inspirert en rekke unge forskere fra både samfunnsvitenskap og juss til å benytte Doranho-basen og fortsette forskningen på Høyesteretts virksomhet. Noen av disse har relevans for spørsmålet om betydningen av kjønn, men ingen har gjort særlig robuste funn som knytter dommerens kjønn til bestemte avgjørelsesmønstre. Den viktigste forklaring på utfall av en rettsak ser stadig ut til å være sakens faktum og det konkrete skjønnet som utøves i hver enkelt sak.³⁹

35 Se f.eks. Asbjørn Kjønstad, «Trygderettigheter, Grunnloven og Høyesterett», *Lov og Rett*, nr. 3, 1997 s. 243–292. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3061-1997-05-02>; Johs Andenæs, «Jus og politikk», *Lov og Rett*, 1965 s. 456–464. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3061-1965-05-06>.

36 Gunnar Grendstad mfl., «Høyesterettsdommerne som grunnlovens voktere. Prøvingsretten i 26 plenumsdommer med dissens 1925–2010», i Eirik Holmøyvik (red.), *Nye perspektiver på Grunnloven 1814–2014: Bind 3: Tolkninger av grunnlova. Om forfatningutviklinga 1814–2014*, Pax forlag 2013, s. 404–423.

37 Grendstad mfl., «Høyesterettsdommerne som grunnlovens voktere. Prøvingsretten i 26 plenumsdommer med dissens 1925–2010», kap. 6 s. 133 og kap. 9 «Conclusions» s. 195.

38 Ibid.

39 Kurt-Rune Bergset, *Gender in the Supreme Court of Norway. Judicial behaviour in child custody cases 1968–2011*, Masteravhandling, Institutt for sammenlignende politikk, Universitetet i Bergen 2013; Jon Kåre Skiple, «Høyesterett er først og fremst en kollegial domstol». *Fleirnivåanalyse av effekten av ideologi på individ- og saksnivå på dommarar sine vota i økonomiske saker i Norge sin Høgsterett i tidsperioden 1991–2011*. Masteroppgave, Institutt for samanliknande politikk, Universitetet i Bergen 2012; Terje Kolbu Jacobsen, *A State Friendly Court. An Analysis of Norwegian Supreme Court Decisions*. Masteroppgave, Institutt for sammenlignende politikk, Universitetet i Bergen, 2012.

Etter dette må vi kunne konkludere med at det som finnes av forskning, ikke tyder på at mannlige og kvinnelige dommere anvender rettskildene ulikt fordi de har forskjellig oppfatning av rett og rettferdighet. Manglende målbare forskjeller kan forklares på flere måter; det kan være at empirien ikke er god nok, man kan mene at kvinnelige dommere fullstendig har internalisert jussens (mannlige) verdssystem, at dette verdssystem har endret seg eller man kan si at det er andre variabler enn kjønn som er bestemmende for dommeres rettsanvendelse. Den rettspolitiske implikasjonen av det siste er at de beste domstoler vil være de som er mest variert sammensatt når det gjelder dommernes bakgrunn. Dette samsvarer med annen forskning på domstolars virksomhet.

8.7 Kvinnelige juristers yrkesvalg – et eksempel på feministisk etikk i praksis? Eller?

Det gjenstår å undersøke om kvinnelige jurister samles i bestemte juristyrker, og om det kan forklares med etiske valg eller på andre måter. Med utgangspunkt i *A different voice*-teorien, og for så vidt med støtte i feministisk moralfilosofi, kan man formulere hypoteser om kvinnelige juristers yrkesvalg. Velger kvinner heller å arbeide i team enn alene? Velger de å arbeide på områder der det er om å gjøre å bekjempe motstanderen, «vinne» og ta risikoer, eller velger de arenaer der man primært skal samarbeide, finne løsninger og holde seg til spillereglene? Og er det slik at kvinnelige jurister oftest ønsker å arbeide innenfor saksfelt som anses typisk «myke» – som familie- sosial- og barnerett? Legger kvinner særlig vekt på at yrkeslivet skal kunne forenes med familieliv? Og hvis nå hypotesen besvares med ja – hva er årsaken til disse valgene? Ligger det bevisste etiske valg bak, eller er det andre faktorer – gammel vane, praktiske hensyn, mer eller mindre aktiv diskriminering – som kan forklare eventuelle kjønnsdelte mønstre?

Det mest iøynefallende når det gjelder juristyrker og kjønn, er den totale forandring i kjønnsfordeling som er skjedd de siste 40 år. Da jeg og mine medstudenter kom til Juridisk fakultet midt på 1970-tallet, var det juridiske *establishment* en ekte mannsbastion. I 1972 utgjorde kvinnene

mindre enn 10 prosent av uteksaminerte kandidater mot hele 65 prosent i 2014.⁴⁰ Den sterkt økende kvinneandelen viser seg etter hvert også i yrkesstatistikkene. Den første kvinnelige jusprofessor, Lucy Smith, ble utnevnt i 1987. I dag er godt over 30 prosent av juridiske professorer på de tre juridiske fakulteter kvinner, og andelen kvinner ansatt i faste stillinger øker ganske jevnt. Kvinner gjorde langsomt inntog i Høyesterett: de tre første ble ansatt i 1968, 1971 og 1976; av de totalt 14 kvinnelige høyesterettsdommere i Norge er ni utnevnt etter 2000, åtte av dem sitter i dag og utgjør 8/20 av domstolen. Frem til 2007 var prosentandelen kvinnelige advokater bare rundt 27.⁴¹ Jeg har ikke fullstendige tall, men mange av disse arbeidet primært med mellommenneskelige konflikter. Det var få kvinnelige forretningsadvokater og forsvarsadvokater, og bare noen ganske få hadde tatt advokaturen. Av 8200 praktiserende advokater i Norge i 2020 var ca 37 % kvinner.⁴² Ser vi på andelen kvinnelige advokater yngre enn 40 år, utgjør de 58 prosent av standen. I faste dommerstillinger i de alminnelige domstoler er det i dag 48,1 prosent kvinner; ser man på dommere under 40 år, er kvinneandelen 57,1 prosent. I 1999 lå kvinneandelen av alle dommere på 22 prosent.⁴³ I det hele tatt utgjør kvinnene flertallet av arbeidstakere yngre enn 40 år i en lang rekke juridiske yrker: skattejurister, politiadvokater og -fullmektiger, dommerfullmektiger, juridiske utredere.⁴⁴ Faktisk utgjør kvinner 51 prosent av alle norske jurister.⁴⁵

Så langt statistikkene viser, finner vi altså kvinner i alle juristyrker, som regel i flertall, i hvert fall når det gjelder jurister yngre enn 40 år. Det er også verd å nevne at først i 2019 var et flertall av advokater som

40 Innstillingsrådet for dommere. «Innstillingsrådets praksisnotat.» (2020) https://www.domstol.no/contentassets/e669c4ea3cbb43d8850436c1c8cf86bc/praksisnotat_august-2020.pdf, s. 31.

41 Advokatforeningen. «Bransjeundersøkelse 2012.» (2012) www.advokatforeningen.no/globalassets/3387/bransjeundersokelsen_2012.pdf hentet 17.04.2021, s. 30.

42 <https://www.advokatbladet.no/kvinneandel-partnerdebatten/172-prosent-av-partnerne-er-kvinner/151865> hentet 22.03.2022 og <https://utdanning.no/likestilling> hentet 17.04.2021.

43 Innstillingsrådet for dommere (2020), s. 31.

44 <https://utdanning.no/likestilling> hentet 17.04.2021; alternativet Lov og orden under fanen interesse.

45 Juristen ved Sverre Bromander. «Likt arbeid – ulik lønn: Kvinnelige jurister tjener bare 84,2 prosent av mannlige juristers lønn.» (08.04.2021) <https://juristen.no/debatt/2021/04/%C2%A-Blikt-arbeid-%E2%80%93-ulik-l%C3%B8nn-kvinnelige-jurister-tjener-bare-84-2-prosent-av-mannlige> hentet 17.04.2021.

fikk møterett i Høyesterett, kvinner.⁴⁶ Men særlig på ett punkt, nemlig når det gjelder hvem som er partner i de store forretningsadvokatfirmaene, er kvinner fremdeles i tydelig mindretall. I de 25 største firmaene i Norge var det i 2018 bare 14,6 prosent kvinnelige partnere, selv om andelen ansatte kvinner er 45 prosent.⁴⁷ Juristforbundet har utviklet redskaper for å bedre kjønnsbalansen blant advokatpartnere, ELISE, oppkalt etter den første kvinnelige norske høyesterettsadvokat, Elise Sem.⁴⁸

Likestilling i ansettelser synes altså å være forholdsvis godt på plass. En annen ting er den lønsmessige likestillingen. Kvinnelige jurister i privat sektor tjener betydelig mindre enn sine mannlige kolleger; det er tale om lønnsforskjell på 180 000 kroner som ikke kan forklares med kvalifikasjoner, stillingsplassering og så videre⁴⁹ Kvinnelige jurister tjener i det hele tatt mindre enn sine mannlige kolleger; i gjennomsnitt ligger kvinner på 83 prosent av menns lønn.⁵⁰ Denne lønnsforskjellen er forbausende stabil og er godt dokumentert gjennom Juristforbundets lønnsundersøkelser. Et overraskende faktum er i hvor stor grad kvinnelige juristers lønn påvirkes av om de har barn eller ikke, og at juristmødre tjener mindre sammenlignet med menn i dag enn i 2007.⁵¹

En svensk/dansk undersøkelse fra 2019 av advokatens arbeidsliv viser at unge menn og kvinner er omtrent like opptatt av å få til en god balanse mellom arbeid og fritid/familie (44 hhv. 49 %). Menn er litt mer opptatt enn kvinner av å tjene godt (48, hhv. 37 %), og de legger noe større vekt

46 Advokatbladet ved Nina Schmidt. «Flere kvinner enn menn fikk møterett i fjor.» (22.01.2020) <https://www.advokatbladet.no/hoyesterett/flere-kvinner-enn-menn-fikk-moterett-i-fjor/147016>, hentet 17.04.2021.

47 Advokatbladet ved Thea N. Dahl. «– Argumentet om at kjønnsbalansen vil jevne seg ut av seg selv over tid, er ikke holdbart» (04.04.2019). <https://www.advokatbladet.no/advokatbransjen-advokatforeningen-kvinneutvalget/argumentet-om-at-kjonnsbalansen-vil-jevne-seg-ut-av-seg-selv-over-tid-er-ikke-holdbart/139260>, hentet 17.04.2021.

48 Juristforbundet. «ELISE – Kjønnsbalanse i advokatpartnerskap» (u.å.). <https://www.juristforbundet.no/lonnarbeidsvilkar/ressurser/elise-kjonnsbalanse-i-advokatpartnerskap/>, hentet 24.11.2021.

49 Juristen ved Tuva Bønke Grønning. «Rapport: Kvinnelige jurister tjener 180.000 mindre enn menn i samme stilling» (08.03.2019). www.juristen.no/nyheter/2019/03/rapport-kvinnelige-jurister-tjener-180000-mindre-enn-menn-i-samme-stilling hentet 17.04.2021.

50 Sigtona Halrynjo, Ingrid Høie Vadla, Ruth Eva Jørgensen. «Kjønn, karriere og omsorgsansvar blant jurister». ISF rapport 2021:4, https://www.juristforbundet.no/globalassets/dokumenter/div/kjonn-karriere-og-omsorgsansvar-blant-jurister_isf_rapport_4-2021-003.pdf, s. 20, hentet 24.11.2021.

51 Halrynjo, Vadla og Jørgensen (2021) s. 23.

på spennende saker og klienter (45 hhv. 38 %). Kvinner er mer opptatt av flinke og inspirerende kolleger (35 hhv. 43 %).⁵² Undersøkelsen samsvarer med det vi vet om norske juristers ønsker. Også her finnes tall som indikerer at menn er noe mer opptatt av lønn enn kvinner er. Flere menn enn kvinner er opptatt av at yrket gir status. Flere kvinner (25 %) enn menn (16 %) vil jobbe med samfunn, juss og forvaltning.⁵³

Det er et faktum at kvinner fremdeles er mindre tilbøyelige til å fortsette i de mest «high powered» advokatfirmaer som partnere enn menn er. Av nye partnere i de tolv største advokatfirmaene i 2019 var 32 menn og 7 kvinner. Mens kjønnsbalansen i andre juristyrker er eller snart vil bli utjevnet, ser det ut til at posisjon som partner i et stort firma enten er noe kvinner ikke ønsker, eller er noe de ikke slipper til i. En forklaring på at kvinner enten ikke blir partnere eller forlater yrket, er den såkalte «glassklippeteorien»: Kvinner sklir ut av bransjen på grunn av for dårlig balanse mellom arbeid og fritid, lavere lønn enn menn får, og ikke minst, kvinnediskriminering.⁵⁴ Tallene som viser at menn og kvinner er omtrent like opptatt av å få til balanse mellom arbeid og fritid/familie, slår altså ikke til når det gjelder akkurat dette feltet. Det er godt dokumentert at kvinner «ofrer» både karriere og lønn når de får barn, og det slår sterkere ut for hvert barn de får. Karriererådgivere fraråder lang fødselspermisjon. Deltid er en anerkjent felle. Likevel fortsetter kvinner å få barn, og å ville ta seg av dem, og mange ønsker deltidsjobb i deler av livet. Det er lett å forklare lønns- og karriereforskjeller med kjønnsdiskriminering, og det er dessuten en sann forklaring. Men den eksisterer sammen

52 Advokatbladet ved Thea N. Dahl. «Dette blir avgjørende for advokatbransjen i fremtiden» (26.12.2019). www.advokatbladet.no/arbeidsvilkar-legal-tech-utdanningskrav/dette-bli-avgjorende-for-advokatbransjen-i-framtiden/146013 hentet, 17.04.2021.

53 Ipsos Public Affairs. «Nasjonal kartlegging av unges utdannings- og yrkesvalg. Utarbeidet for senter for ikt i utdanningen» (2015). www.utdanning.no/sites/default/files/endelig_rapport_unges_utt_d_og_yrkesvalg_etter_presentasjon020216.pdf hentet 18.10.2020; Juristen ved Sverre Bromander (08.04.2021); Juristen ved Tuva Bønke Grønning. «– Både mannlige og kvinnelige toppledere har gjort karriererykket og etablert familie i 30-åra, men ikke på like vilkår» (25.04.2019). <https://juristen.no/nyheter/2019/04/b%C3%A5de-mannlige-og-kvinnelige-toppledere-har-gjort-karriere%C2%ADrykket-og-etablert-familie> hentet 17.04.2021.

54 Advokatbladet ved Thea N. Dahl. «– Argumentet om at kjønnsbalansen vil jevne seg ut av seg selv over tid, er ikke holdbart» (04.04.2019). <https://www.advokatbladet.no/advokatbransjen-advokatforeningen-kvinneutvalget/argumentet-om-at-kjonnbalansen-vil-jevne-seg-ut-av-seg-selv-over-tid-er-ikke-holdbart/139260> hentet 17.04.2021.

med en annen, etter min mening like sann forklaring, som handler om verdivalg. Dette verdivalget uttrykkes gjennom en annen stemme enn den som hevder at arbeidslivets (samfunnets?) krav og belønninger skal prioriteres fremfor den private sfæres oppgaver og tilfredsstillelse.

Det er ikke lenger riktig å si at kvinnelige jurister samles i bestemte juristyrker, selv om det er et fravær av kvinner i noen posisjoner. Om det kan forklares med etiske valg eller på andre måter, vet jeg ikke. Teoriene om *ethics of care* eller *ethics of justice* strekker ikke til som forklaring. Det er mange og sammensatte årsaker til at kvinnelige jurister velger som de gjør. Men et viktig faktum er at kvinnelige jurister simpelthen er i flertall, og derfor vil finnes i alle profesjonens forskjellige yrker. Hva slags virkning dette får for rettsanvendelsen og rettsproduksjonen, er det vanskelig å spørre om. Vi har allerede sett at det ikke har latt seg gjøre å fastslå at kvinnelige høyesterettsdommere *qua* kvinner har hatt innvirkning på Høyesteretts virksomhet der dette er undersøkt. På den annen side er det ikke mulig å fastslå at kvinners inntog i rettslivet *ikke* har hatt innvirkning.

8.8 Oppsummering

Det er altså et åpent spørsmål om det store antallet kvinner i alle juridiske yrker påvirker regeldannelsen og rettsanvendelsen. Dette er så vidt jeg vet ikke undersøkt, og det er nok vanskelig å fremskaffe solid empiri. Men også anekdotisk kunnskap kan peke på sannheter. Norske jurister har latt seg påvirke av samfunnsutviklingen, og det viser seg i rettslige praksiser. Mer enn førti år med aktivitet innenfor kvinne- og likestillingsrett har utfordret kjønnsstereotyper, manglende virkelighetsnærhet og kjønnsdiskriminering i regeldannelse og rettsanvendelse. Fra et yrkesetisk ståsted har inkludering av kvinneperspektivet i vid forstand bidratt til å fremme rett og hindre urett. I tillegg har kvinners tilstedeværelse i alle deler av rettssamfunnet en legitimerende virkning for rettssamfunnet som sådan. Et rettsvesen som spiller samfunnet i all sin mangfoldighet inngir trolig størst tillit. Det innebærer at den juridiske profesjon må befolkes av både kvinner og menn, fra alle deler av landet, alle samfunnslag og alle etnisiteter. Et folkerepresentativt rettsvesen vil treffe de beste avgjørelser.

Min konklusjon blir derfor at vi må vende tilbake til begrunnelsen for i sin tid å lage et fag som kvinnerett (eller fangerett, barnerett, flyktningrett ...): For å kunne oppfylle kandidatløftets påbud om å fremme rett og hindre urett, må man ha solide kunnskaper om virkeligheten, uansett hvilken juridisk yrkesrolle man bekler. *Bare den som kjenner faktum, kan anvende retten riktig*. Kjønnsperspektivet er bare ett av mange perspektiv en god jurist må kunne anvende. Heri ligger vår viktigste yrkesetiske forpliktelse.

Litteratur

- Advokatbladet ved Nina Schmidt. «Flere kvinner enn menn fikk møterett i fjor» (22.01.2020). <https://www.advokatbladet.no/hoyesterett/flere-kvinner-enn-menn-fikk-moterett-i-fjor/147016> hentet 17.04.2021.
- Advokatbladet ved Thea N. Dahl. «– Argumentet om at kjønnsbalansen vil jevne seg ut av seg selv over tid, er ikke holdbart» (04.04.2019). <https://www.advokatbladet.no/advokatbransjen-advokatforeningen-kvinneutvalget/argumentet-om-at-kjønnsbalansen-vil-jevne-seg-ut-av-seg-selv-over-tid-er-ikke-holdbart/139260> hentet 17.04.2021.
- Advokatbladet ved Thea N. Dahl. «Dette blir avgjørende for advokatbransjen i framtiden» (26.12.2019). www.advokatbladet.no/arbeidsvilkar-legal-tech-utdanningskrav/dette-bli-avgjorende-for-advokatbransjen-i-framtiden/146013 hentet 17.04.2021.
- Advokatforeningen. «Bransjeundersøkelse 2012» (2012). www.advokatforeningen.no/globalassets/3387/bransjeundersokelsen_2012.pdf hentet 17.04.2021.
- Andenæs, Johs. «Jus og politikk». *Lov og Rett* (1965) s. 456–464. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3061-1965-05-06>.
- Baetens Freya (red.). *Identity and Diversity on the International Bench. Who is the judge?* Oxford University Press, 2020.
- Ballangrud, Anne Jorunn Boken. «Stereotype oppfatninger om voldtekt og voldtekts ofre – en fare for kvinners rettsvern?». *Kritisk Juss* vol. 37, nr. 3 (2011) s. 199–210. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN2387-4546-2011-03-04>.
- Bergset, Kurt-Rune. *Gender in the Supreme Court of Norway. Judicial behaviour in child custody cases 1968–2011*. Masteravhandling, Institutt for sammenlignende politik, Universitetet i Bergen, 2013.
- Bitsch, Anne. «The Geography of Rape: Shaming Narratives in Norwegian Rape Cases». *Journal of Women in Culture and Society* vol. 54, nr. 2 (2019) s. 931–953. DOI: <https://doi.org/10.1086/702032>.

- Bitsch, Anne. *Voldtektens geografi. En studie av den rettslige forvaltningen av seksuelt medborgerskap*. Institutt for sosiologi og samfunnsgeografi, Universitetet i Oslo, 2019.
- Boyd, Christina L. mfl. «Untangling the Causal Effects on Sex and Judging». *American Journal of Political Science* (2010) s. 389–411. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1540-5907.2010.00437.x>.
- Crawford, Bridget J. mfl. «Feminist Judging Matters: How Feminist Theory and Methods Affect The Process of Judgement». *University of Baltimore Law Review* vol. 47 (2018) s. 157–196.
- Dahl, Tove Stang. «Fra husmorrettens spesielle del: Folketrygdens regel om forhøyet hjelpestønad til funksjonshemmede barn». *Kvinnerettslige studier nr. 6, Universitetet i Oslo, Inst.for offentlig rett, 1978*, revidert og trykket i *Årbog for kvinderet*, Juristforbundets forlag, København 1981. Også trykket i Tove Stang Dahl (red.), *Kvinnerett II*, Universitetsforlaget 1985.
- Dahl, Tove Stang. «Innledning til kvinneveretten». I *Kvinnerett I*. Tove Stang Dahl red., Universitetsforlaget, 1985.
- Dahl, Tove Stang. «Pene piker haiker ikke. Om bil som tvang til voldtekt». I ... *den urett som ikke rammer deg selv. Festskrift til Anders Bratholm 70 år*. Nils Christie red., Universitetsforlaget, 1990, s. 327–337. Også trykket i *Pene piker haiker ikke. Artikler om kvinneverett, strafferett og velferdsrett*, Universitetsforlaget, 1994.
- Folkerettskommisjonen (International Law Commission). *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*. (1950). https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_1_1950.pdf.
- Gilligan, Carol. *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*. Harvard University Press, 1982.
- Gilligan, Carol og Mona Vestli (oversetter). *Med en annen stemme. Psykologisk teori og kvinners utvikling*. Gyldendal Akademisk, 2002.
- Grendstad, Gunnar mfl. «Høyesterettsdommerne som grunnlovens voktere. Prøvingsretten i 26 plenumsdommer med dissens 1925–2010». I *Nye perspektiver på Grunnloven 1814–2014: Bind 3: Tolkningar av grunnlova. Om forfatningutviklinga 1814–2014*. Eirik Holmøyvik red., Pax Forlag, 2013, s. 404–423.
- Halrynjo, Sigtona, Ingrid Høie Vadla og Ruth Eva Jørgensen. *Kjønn, karriere og omsorgsansvar blant jurister*. ISF rapport 2021:4. https://www.juristforbundet.no/globalassets/dokumenter/div/kjonn-karriere-og-omsorgsansvar-blant-jurister_isf_rapport_4-2021-003.pdf hentet 24.11.2021.
- Heri, Corina mfl. «Fifty Years of Women at the European Court of Human Rights». I *Identity and Diversity on the International Bench. Who is the Judge?* Freya Baetens (red.), Oxford University Press, 2020, kap. 10.

- Hovedkomiteen for norsk forskning ved formann Knut Erik Tranøy. *Forskning og etisk ansvar. En rapport fra utvalget for «Forskning og etikk» nedsatt av Hovedkomiteen for norsk forskning*. Hovedkomiteen 1981.
- Innstillingsrådet for dommere. «Innstillingsrådets praksisnotat» (2020). https://www.domstol.no/contentassets/e669c4ea3cbb43d8850436c1c8cf86bc/praksisnotat_august-2020.pdf
- Ipos Public Affairs. «Nasjonal kartlegging av unges utdannings- og yrkesvalg. Utarbeidet for senter for ikt i utdanningen» (2015). www.utdanning.no/sites/default/files/endelig_rapport_unges_utd_og_yrkesvalg_etter_presentasjon020216.pdf hentet 18.10.2020
- Jacobsen, Terje Kolbu. *A State Friendly Court. An Analysis of Norwegian Supreme Court Decisions*. Masteroppgave, Institutt for sammenlignende politikk, Universitet i Bergen, 2012.
- Juristen ved Sverre Bromander. «Likt arbeid – ulik lønn: Kvinnelige jurister tjener bare 84,2 prosent av mannlige juristers lønn» (08.04.2021). <https://juristen.no/debatt/2021/04/%C2%ABlikt-arbeid-%E2%80%93-ulik-%C3%B8nn-kvinnelige-jurister-tjener-bare-84-2-prosent-av-mannlige> hentet 17.04.2021.
- Juristen ved Tuva Bønke Grønning. «– Både mannlige og kvinnelige toppledere har gjort karriererykket og etablert familie i 30-åra, men ikke på like vilkår» (25.04.2019). <https://juristen.no/nyheter/2019/04/b%C3%A5de-mannlige-og-kvinnelige-toppledere-har-gjort-karriere%C2%ADrykket-og-etablert-familie> hentet 17.04.2021.
- Juristen ved Tuva Bønke Grønning. «Rapport: Kvinnelige jurister tjener 180.000 mindre enn menn i samme stilling» (08.03.2019). www.juristen.no/nyheter/2019/03/rapport-kvinnelige-jurister-tjener-180000-mindre-enn-menn-i-samme-stilling hentet 17.04.2021.
- Juristforbundet. «ELISE – Kjønnbalanse i advokatpartnerskap» (u.å.). <https://www.juristforbundet.no/lonnarbeidsvilkar/ressurser/elise-kjonnbalanse-i-advokatpartnerskap/> hentet 24.11.2021.
- Kjønstad, Asbjørn. «Trykderettigheter, Grunnloven og Høyesterett». *Lov og Rett* nr. 3 (1997) s. 243–292. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3061-1997-05-02>
- NOU 1978: 6 *Arbeid for kvinner*.
- NOU 1983: 57 *Straffelovgivningen under omforming. Straffelovkomisjonens delutredning I*.
- Nørve, Siri. «Nyfeminisme og flat organisering: Siri Nørve forteller» (2007). <https://www.kvinnehistorie.no/artikkel/t-3568> hentet 17.04.2021.
- Pérez-Léon-Acevedo, Juan-Pablo. «The Contribution of Female Judges to the Victim Jurisprudence of the International Criminal Court». I *Identity and Diversity on the International Bench. Who is the Judge?*. Freya Baetens red., Oxford University Press, 2020, kap. 18.

- Pettersen, Tove. «Feministisk etikk». *Norsk filosofisk tidsskrift* (2007) s. 242–255.
DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-2901-2007-04-02>.
- Pitkin, Hanna Fenichel. *The Concept of Representation*. University of California Press, 1967.
- Robberstad, Anne. *Mellom tvekamp og inkvisisjon. Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling*. Universitetsforlaget, 1999.
- Rosemary, Hunter. «Feminist Judging in the ‘Real World’». *Onati Socio-Legal Series* vol. 8, nr. 9 (2018), s. 1275–1306. DOI: [https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0995](https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-0995).
- Skippe, Jon Kåre. «Høyesterett er først og fremst en kollegial domstol». *Fleirnivåanalyse av effekten av ideologi på individ- og saksnivå på dommarar sine vota i økonomiske saker i Norge sin Høyesterett i tidsperioden 1991–2011*. Masteroppgave, Institutt for samanliknande politikk, Universitetet i Bergen, 2012.
- Universitetet i Bergen. «Studieplan for MAJUR Rettsvitenskap (jus), master, 5 år» (u.å.). <https://www.uib.no/studier/MAJUR/plan> hentet 17.04.2021.
- Universitetet i Oslo. «Hva lærer du?» (2012). <http://www.uio.no/studier/program/jus/hva-lerer-du/> hentet 17.04.2021.
- Universitetet i Tromsø. «Studieplan for graden master i rettsvitenskap» (u.å.). <https://www.uit.no/Content/553157/cache=20180801125216/Studieplan%20for%20graden%20master%20i%20rettsvitenskap%202018-2019.pdf> hentet 17.04.2021.
- Østlid, Henry. *Dommeratferd i dissensaker*. Universitetsforlaget, 1988.

Kjønn og straffeapparatet: særlig om voldslovbrudd

Ragnhild Hennum

9.1 Innledning

Man kan spørre seg hva kjønn og straffeapparatet har med hverandre å gjøre. Det står da ikke noe om kjønn i noen av bestemmelsene i hverken straffeloven eller straffeprosessloven. Tyveri er like forbudt for kvinner og menn, og det er ikke forskjellige regler for utmåling av straff for kvinner og menn. Bestemmelsene er kjønnsnøytrale. Utgangspunktet er altså enkelt – når vi ser på rettsreglene, har ikke kjønn og rettsapparatet noe med hverandre å gjøre. Likevel vet vi jo at de som kommer i kontakt med straffesaker har kjønn. Både de som behandler straffesakene (politi, dommer osv.), og de som er ofre og lovbrøyttere har kjønn. I denne artikkelen skal jeg i hovedsak se på det siste, altså de som kommer i kontakt med straffesakene som ofre og lovbrøyttere. Kjønn og straffeapparatet forteller også noe om samfunnsutviklingen generelt. Hva som er straffbart, er ikke naturgitt, det endrer seg over tid og med samfunnsforholdene. For eksempel har vi sett stor lovgivningsaktivitet de siste 30 årene på områdene seksuell vold og vold i nære relasjoner. Dette forteller oss noe om samfunnsutviklingen, om hvordan kvinner og barns rettigheter har blitt synliggjort, og om hvordan vold i nære relasjoner og seksuell vold har flyttet seg fra privatsfæren til å bli et offentlig anliggende. Kjønn har

betydning når man ser på hva som gjøres straffbart, hvordan reglene er utformet, og hvordan reglene anvendes. I det følgende skal jeg i denne artikkelen vise hvordan kjønn fordeler seg på offer og gjerningsperson for alle lovbrudd (punkt 9.2) og hvordan kjønn fordeler seg for voldslovbrudd (punkt 9.3). Deretter skal jeg se på to typer lovbrudd som er særlig nært knyttet til kjønn: mishandling i nære relasjoner (punkt 9.4 og 9.5) og voldtekt (punkt 9.6).

9.2 Hvordan fordeler kjønn seg på offer og gjerningsperson for alle lovbrudd

I 2018 ble det anmeldt 317 927 lovbrudd, noe som utgjør 60 anmeldelser per 1 000 innbyggere. I 2018 var det 30,3 personofre¹ per 1 000 innbyggere for menn, mens det tilsvarende tallet for kvinner var 23,7. Menn er altså oftere utsatt for anmeldte lovbrudd enn det kvinner er. Noen lovbrudd rammer menn og kvinner ganske likt, mens for andre lovbrudd er det forskjeller.

Når vi skal se på hvem som utfører eller er gjerningsperson for lovbrudd kan vi ikke bruke anmeldelsesstatistikken. Mange anmeldte lovbrudd blir aldri oppklart, og man vet altså ikke hvem lovbrøyteren er. Når vi skal se på gjerningspersoner er det bedre å bruke siktede personer.² I 2018 var det totalt 70 497 personer som var siktet, dette utgjør 14,01 siktede per 1 000 innbyggere.³ Blant menn var det 23,18 siktede per 1 000 innbyggere, mens det tilsvarende tallet for kvinner var 4,71. Vi ser av dette at selv om det var flest menn både blant ofrene var kjønnsforskjellene langt større når det kom til gjerningspersoner/siktede.

1 I alt (både menn og kvinner) var det 30,3 personofre per 1 000 innbyggere. Statistisk sentralbyrå (SSB). «Statistikkbanken. Etterforskede lovbrudd. Tabell 08633 Personoffer for anmeldte lovbrudd, etter bosted og kjønn (F). Antall og per 1000 innbyggere.» <https://www.ssb.no/statbank/table/08633>

2 Heller ikke dette tallet er helt presist. Fordi siktelse kan bli frafalt, og personer som blir tiltalt kan bli frifunnet. Likevel er dette en ganske god indikasjon, og vi har ikke grunn til å tro at det er kjønnsforskjeller når det gjelder frafall av siktelse og frifinnelse. Disse feilkildene må vi anta er likt fordelt mellom kjønnene.

3 Noen personer begår mange lovbrudd og blir siktet flere ganger i løpet av et år. Når jeg ser på tallene for 2018, ser jeg på antallet personer som har vært siktet en eller flere ganger i løpet av året. Totalt var det siktet 70 497 personer i 2018.

Dersom vi ser på de innsatte i fengslene finner vi de samme kjønnsforskjellene som blant siktede, men enda mer forsterket. Første januar 2019 var det i alt 3 561 innsatte i norske fengsler, av disse var 3 330 menn (93,5 %) og 231 kvinner (6,5 %).

Hovedårsaken til at det er langt færre kvinner i fengslene enn det er menn, er selvfølgelig at kvinner langt sjeldnere siktes enn menn. Det er imidlertid også slik at de kvinnene som dømmes, stort sett dømmes for lovbrudd som medfører lavere straff enn de lovbruddene menn dømmes for.⁴ Det er for eksempel svært få kvinner som dømmes for voldslovbrudd og sedelighetskriminalitet. Første januar 2019 satt 985 menn og 78 kvinner i fengsel for vold og mishandling, mens 621 menn og 13 kvinner sonet fengselsstraff for seksuallovbrudd.⁵

Når kvinner sjeldnere sitter i fengsel enn menn kan det også handle om at menn og kvinner blir behandlet ulikt gjennom straffesakskjeden. Dette er det vanskelig å undersøke, fordi svært få lovbrudd er direkte sammenliknbare og det er forholdsvis vide strafferammer i norsk rett. En type lovbrudd som er noe mer egnet for å sammenlikne kjønn og utmåling av straff, er promillekjøring. I disse sakene er utmålingen av straff knyttet til promillenivå, og utmålingen er forholdsvis skjematisk. Det er imidlertid fremdeles forholdsvis vanskelig å sammenlikne fordi det finnes en rekke straffeutmålingsmomenter som kan fordele seg ulikt mellom kjønnene. For eksempel er det slik at det å ha den daglige omsorgen for små barn, noe kvinner oftere har enn menn, kan spille inn dersom valget står mellom betinget og ubetinget fengsel (i straffeloven §§ 77–78 finner man oversikt over de sentrale formildende og skjerpende omstendighetene – også andre forhold enn de som er nevnt der kan komme i betraktning ved reaksjonsfastsettelsen).⁶ Jeg kjenner kun til to slike norske

4 Dette skjer både ved at kvinner oftere blir dømt for lovbrudd med lav strafferamme mens menn oftere blir dømt for lovbrudd med høyere strafferamme. Der det er grader innen en lovbruddkategorier blir kvinner oftere dømt for de mildeste variantene (for eksempel for tyveri og ikke grovt tyveri).

5 Her bruker jeg SSB (Statistisk sentralbyrå) sine kategorier over hovedlovbruddsgrupper som inneholder flere straffebestemmelser.

6 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (strl.). I hovedlitteraturen i strafferett finner man reglene om utmåling av straff i Johs. Andenæs mfl., *Alminnelig strafferett*, 6. utgave, Universitetsforlaget 2016, s. 476 flg. og Ståle Eskeland og Alf Petter Høgberg (red.), *Strafferett*, 5. utgave, Cappelen Damm Akademisk 2017, s. 436 flg.

studier av utmåling av straff og kjønn. I den siste fant Fekjær med flere at menn ble straffet noe strengere enn kvinner for ruskjøring.⁷ Menn fikk oftere ubetinget fengsel enn kvinner. I en eldre studie fant Hauge og Guslund motsatt resultat – at kvinner ble straffet noe strengere.⁸ Hauge og Guslund konkluderer sin artikkel med at det er små forskjeller, men at deres materiale viser at det er to grupper som straffes hardere enn flertallet: sosialklienter og kvinner. Det er noen større metodiske innvendinger mot den eldste av disse studiene, men dette skal jeg ikke gå inn på. Det som er viktig her er at vi ikke kan se bort fra at det for noen lovbrudd er slik at det ene kjønn straffes hardere enn det andre i sammenliknbare saker. At kvinnelige lovbrøyttere er uvanlig kan bety at de dømmes mildere fordi de vekker medynk og møtes med forståelse, men det kan også bety at de dømmes strengere enn menn fordi de som kriminelle kvinner er avvikere i dobbel forstand: som lovbrøyttere avviker de fra samfunnets normer, og som lovbrytende kvinner avviker de fra forventningene samfunnet har til kvinner. Det er viktig at alle de rettslige aktørene er klar over og forsøker å motvirke at kjønn ubevisst kan påvirke rettslige vurderinger. Ved straffesaksbehandlingen gjelder likebehandlingsprinsippet, og kjønn alene skal ikke ha betydning ved utmåling av straff.

Når det er sagt, er det åpenbart at slike kjønnsforskjeller i utmålingen av straff har liten forklaringsverdi når vi forsøker å forstå hvorfor det sitter så mange flere menn enn kvinner i fengsel. Det sitter flere menn enn kvinner i fengsel fordi menn langt oftere begår handlinger som er belagt med straff. Menn begår også langt oftere de alvorligste straffbare handlingene som er belagt med lengst fengselsstraff.

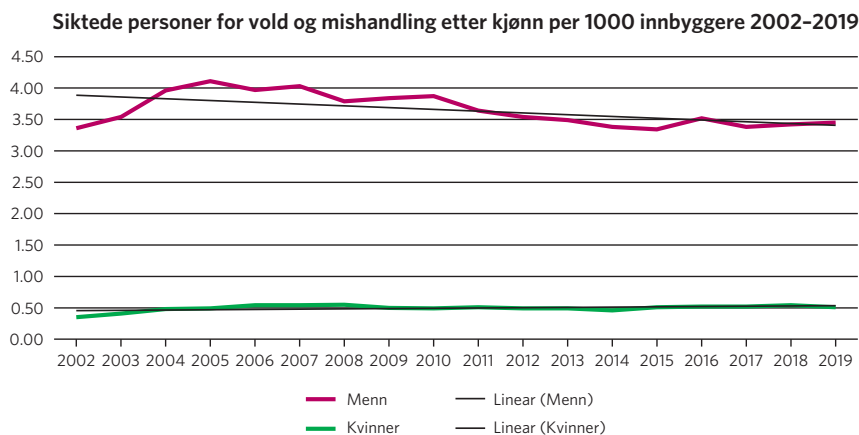
9.3 Kjønnsforskjeller ved voldslovbrudd

Dersom vi ser på voldslovbrudd alene, finner vi igjen de kjønnsforskjellene vi finner ved statistikken over alle lovbrudd. Menn er overrepresentert

7 Talieh Sadeghi mfl., «Ruskjøring: Straffes menn og kvinner ulikt?», *Retfærd. Nordisk juridisk tidsskrift*, nr. 1, 2019, s. 9–24.

8 Ragnar Hauge og Jens J. Guslund, «Betydningen av sosial status og kjønn for straffutmålingen», *Nordisk tidsskrift for kriminalvitenskap*, nr. 1, 1993. DOI: <https://doi.org/10.7146/ntfk.v80i1.71307>.

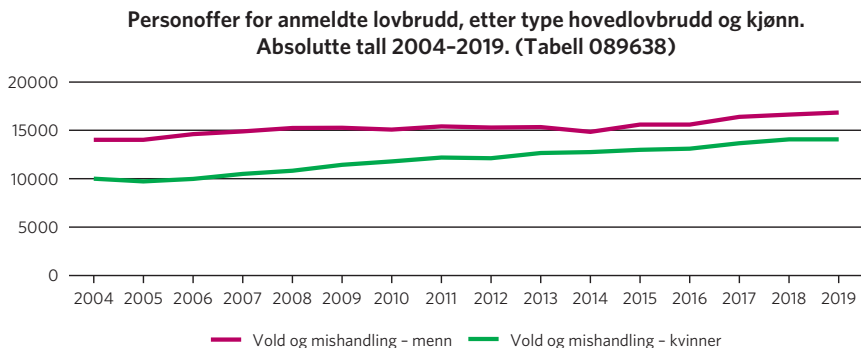
blant både ofre og gjerningspersoner. Dersom vi ser på utviklingen over tid, finner vi likevel noen tegn til endringer.



Av figuren ovenfor ser vi for det første de kjønnsforskjellene vi allerede er klar over. Menn siktes langt oftere for vold og mishandling enn kvinner. Slik har det vært i hele perioden fra 2002 til 2019. Gjennom hver av hovedlinjene (den lilla øverst i figuren for menn og den grønne nederst i figuren for kvinner) har jeg trukket noen tynne linjer. Disse tynne linjene viser trenden i utviklingen i perioden 2002–2019 for henholdsvis menn og kvinner. Vi ser at for kvinner er trenden svakt oppadgående, og for menn er den svakt nedadgående. Det er altså en viss tendens til at kvinner noe oftere siktes for vold og mishandling og menn noe sjeldnere enn tidligere. Det er imidlertid kun små endringer (svake trender), og fremdeles er det slik at langt flere menn enn kvinner siktes for vold og mishandling.

Også blant dem som er ofre for vold og mishandling er bildet det samme. Menn er oftere enn kvinner ofre for vold og mishandling. På offersiden er imidlertid ikke forskjellen mellom menn og kvinner så stor.⁹

9 Her må jeg bruke statistikken over anmeldte lovbrudd, da det ikke finnes statistikk over person-ofre for ferdig etterforskede lovbrudd. Fremdeles bruker jeg vold og mishandling som kategori, som altså er SSB sin samlekategori for flere ulike straffbare forhold som alle rammer vold og mishandling.



Vi ser av figuren ovenfor at i hele perioden 2004–2019¹⁰ er menn mer utsatt enn kvinner (som ofre for anmeldt vold og mishandling). Imidlertid ser vi også at avstanden mellom kurvene har endret seg i perioden. Mot slutten av perioden er avstanden mellom menn og kvinner mindre enn i begynnelsen. Det kan være mange årsaker til at det er slik, forklaringen behøver ikke være at volden mot kvinner øker generelt. Vi husker fra figuren som viste siktede personer for vold og mishandling etter kjønn at andelen kvinner som ble siktet for vold og mishandling var svakt stigende i perioden. Kanskje kan noe av forklaringen på stigningen av kvinner som ofre for vold og mishandling være at kvinner deltar oftere i det offentlige rom og selv bruker noe mer vold og blir mer utsatt for vold. En annen forklaring kan selvfølgelig være at saker der kvinner utsettes for vold og mishandling oftere anmeldes i 2019 enn i 2004. Vi kan særlig tenke oss at dette kan være tilfelle for det som kalles vold i nære relasjoner, altså vold noen utsettes for fra en partner eller tidligere partner.

9.4 Kvinner og menn som ofre for mishandling i nære relasjoner

Mishandling i nære relasjoner straffes etter straffeloven av 2005 § 282 om mishandling i nære relasjoner og § 283 om grov mishandling i nære

¹⁰ Her har dessverre ikke Statistisk sentralbyrå tall fra før 2004. Perioden jeg benytter i denne figuren blir derfor litt annerledes enn perioden i figuren som viser siktede personer for vold og mishandling.

relasjoner. Forløperen til disse bestemmelsene var en endring av den gamle straffeloven (av 1902) § 219 som trådte i kraft 1. januar 2006.¹¹

NOU 2003: 31 (ofte kalt Kvinnevoldsutvalget) pekte i sin utredning (s. 144–146) på behovet for en egen straffebestemmelse som rammet vold i nære relasjoner. Frem til lovendringen i 2016 kunne mishandling i nære relasjoner kun straffes etter de generelle straffebudene om vold. Utvalget pekte på at det var en mangel ved norsk rett at den ikke fanget opp den psykiske volden som voldsutsatte kvinner i mange tilfeller ble utsatt for. Utvalget trakk også frem at lovgivningen ikke fanget opp trusler om de minst alvorlige legemskrenkelsene. De fremholdt videre at det var en mangel at reglene ikke fanget opp kompleksiteten i saker om vold mot kvinner i nære relasjoner. Det er ikke nødvendigvis det enkelte voldslovbrudd som gjør kvinnen særlig utsatt. Det er summen av voldslovbrudd – det at hun hele tiden lever under trusselen om voldsbruk – som kjennetegner vold i nære relasjoner. Departementet og et flertall av høringsinstansene var enige i at det var behov for en egen straffebestemmelse som rammet vold i nære relasjoner. Selv om bekymring for kvinners utsatthet for vold var bakgrunnen for bestemmelsen, er den utformet kjønnsnøytralt.

Departementet var enig i at det var et reelt behov for en bestemmelse om mishandling i nære relasjoner. De mente at også psykiske krenkelser og trusler av mindre alvorlig art burde belegges med straff når de var del av systematisk mishandling. Selv om bestemmelsen ble utformet kjønnsnøytralt, ser vi at de hensynene som departementet la vekt på er de samme hensynene som ble trukket frem i NOU 2003: 31 for å beskytte kvinner mot vold i nære relasjoner. Dagens straffelov §§ 282 og 283 er en videreføring av § 219 i straffeloven av 1902.

Etter § 282 kan den som ved trusler, tvang, frihetsberøvelse, vold eller andre krenkelser, alvorlig eller gjentatt mishandler noen straffes med fengsel inntil 6 år. Grov mishandling i nære relasjoner har en øvre strafferamme på 15 års fengsel etter straffeloven § 283. De handlingene som kan utgjøre mishandlingen er «trusler, tvang, frihetsberøvelse, vold», dette er handlinger som også er straffbare etter andre straffebud. Her viser jeg til

11 Lov 21. desember 2005 nr. 131 om oppheving av lausgjengarlova og om endringer i straffelova o.a. (eige straffebod mot vald i nære relasjonar o.a.). Vold i nære relasjoner er behandlet i Magnus Matningsdal, *Norsk spesiell strafferett*, 2. utgave, Fagbokforlaget 2016, kap. 13.

gjerningsbeskrivelsen for disse lovbruddene.¹² I tillegg ser vi av ordlyden at også «andre krenkelser» er omfattet. Hva som kan utgjøre slike andre krenkelser, er fastslått dels i forarbeidene og dels i rettspraksis. Dette kan være trusler som ikke rammes av bestemmelsen om trusler i straffeloven § 263, det kan være psykisk terror som ikke rammes av en straffebestemmelse. Brudd på besøksforbud kan omfattes av begrepet andre krenkelser (dette er dog også et eget straffebud – straffeloven § 168 – som ofte pådømmes separat ved siden av §§ 282, 283). Ifølge Ot.prp. nr. 113 (2004–2005) s. 45 kan mangel på nødvendig stell og pleie rammes. Også unnlattelse av å skaffe nødvendig helsehjelp (straffeloven § 288) kan etter to høyesterettsdommer fra 2019¹³ rammes av «andre krenkelser».

For at handlinger skal rammes av bestemmelsen om mishandling i nære relasjoner må mishandlingen ifølge § 282 være «alvorlig eller gjentatt». Bestemmelsen rammer både mishandling over tid, men kan også ramme enkelttilfeller når det er alvorlig.¹⁴

Grov mishandling i nære relasjoner straffes etter straffeloven § 283. Ved avgjørelsen av om mishandlingen er grov, skal det særlig legges vekt på om den har hatt til følge betydelig skade eller død, og for øvrig (a) dens varighet, (b) om den er utført på en særlig smertefull måte, eller har hatt til følge betydelig smerte, eller (c) om den er begått mot en forsvarsløs person. Her går jeg ikke nærmere inn på dette.

I 2018 ble det ferdig etterforsket 2 667 saker om mishandling i nære relasjoner. Vi har ikke grunn til å tro at alle saker om mishandling i nære relasjoner blir anmeldt til politiet. Hvor mange av de faktiske tilfellene av mishandling i nære relasjoner som ikke kommer til politiets kunnskap, vet vi ikke. I en stor nasjonal undersøkelse som ble gjennomført i 2014¹⁵ rapporterte 16,3 prosent av mennene og 14,4 prosent av kvinnene at de en gang i løpet av livet hadde opplevd mindre alvorlig partnervold.

12 Se gjerningsbeskrivelse i straffeloven §§ 251, 254, 263, 271–274.

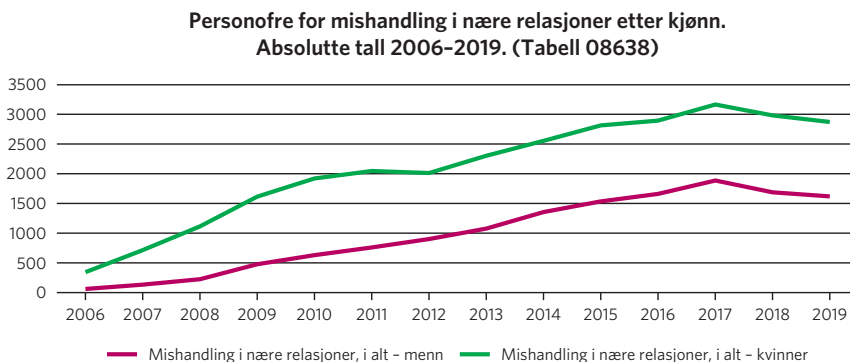
13 HR-2019-1675-A og HR-2019-02205-A.

14 Det er mye rettspraksis om bestemmelsen. Jeg henviser til for eksempel Magnus Matningsdal. «Straffeloven: Kommentarutgave» i *Juridika.no* 2021.

15 Siri Thoresen og Ole Kristian Hjemdal (red.). *Vold og voldtekt i Norge. En nasjonal forekomststudie av vold i et livsløpsperspektiv*. NKVTS Rapport 1/2014. Oslo: 2014. <https://www.nkvts.no/rapport/vold-og-voldtekt-i-norge-en-nasjonal-forekomststudie-av-vold-i-et-livsløpsperspektiv/>. Et utvalg norske menn og kvinner i alderen 18 til 75 år ble intervjuet på telefon. I alt 2 435 kvinner og 2 092 menn deltok.

I undersøkelsen ble mindre alvorlig partnervold definert som å ha blitt kløpet, klort, lugget eller slått med flat hånd. For den mindre alvorlige voldens del ser vi små kjønnsforskjeller. I den samme undersøkelsen ble respondentene spurt om de hadde opplevd alvorlig partnervold. I undersøkelsen ble dette definert som å ha blitt sparket, tatt kvelertak på eller banket opp. Her var kjønnsforskjellene større, 8,2 prosent av kvinnene og 1,9 prosent av mennene rapporterte at de hadde opplevd alvorlig partnervold en gang i livet. Når vi sammenlikner antallet ferdig etterforskede saker om mishandling i nære relasjoner med tallene fra den nasjonale omfangsundersøkelsen, indikerer tallene at det er svært få tilfeller av mishandling i nære relasjoner (alvorlig og mindre alvorlig) som ender med anmeldelse.

I figuren nedenfor finner vi en oversikt over utviklingen i personofre for mishandling i nære relasjoner.



Vi ser av figuren ovenfor at det har vært en jevn økning av det totale antallet personofre for mishandling i nære relasjoner fra bestemmelsen trådte i kraft i 2006 frem til 2019. Kjønnfordelingen blant personofrene er heller ikke overraskende. Kvinner er oftere ofre for mishandling i nære relasjoner enn menn. Det kanskje mest overraskende er at det er mange mannlige ofre. Dette understreker viktigheten av at bestemmelsen ikke bare rammer vold mot kvinner, men at bestemmelsen er kjønnsnøytralt utformet.

Det er i alle fall to forklaringer på at det også er så mange menn som er ofre. For det første er mishandling av barn inkludert i tallene, og både

gutter og jenter utsettes for vold og mishandling fra foreldrene sine. Både menn og kvinner er foreldre og også gjerningspersoner i saker om mishandling av barn. Barn som hører eller ser (er vitne til) at andre i familien utsettes for vold, registreres også som ofre.¹⁶

For det andre er det noen menn som utsettes for mishandling av kvinnene de lever sammen med.¹⁷ I noen av disse sakene er det gjensidig mishandling mellom partene, og begge blir anmeldt. Men det er også tilfeller der menn blir utsatt for alvorlig langvarig fysisk vold fra kvinnene de lever sammen med uten at de selv anvender vold.

Det kan også være unge voksne menn som utsettes for mishandling fra foreldrene sine eller andre familiemedlemmer. I noen tilfeller vil det også være menn som utsettes for mishandling av den mannen de lever sammen med. Det er imidlertid få slike saker som anmeldes,¹⁸ så de utgjør ikke mange i dette materialet. Forskning på menn som er utsatt for vold fra partner, både mannlige og kvinnelige partnere, forteller at

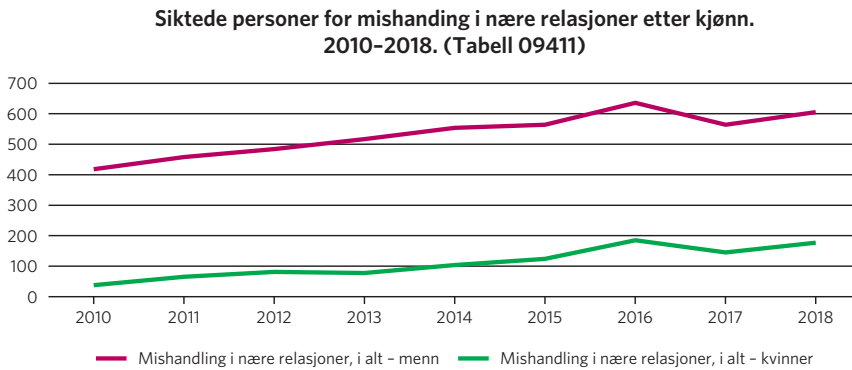
16 En undersøkelse fra Statistisk sentralbyrå fra 2020 indikerer at det meste av økningen i anmeldelser for mishandling i nære relasjoner etter 2010 skyldes en økning i anmeldelser av mishandling av barn. Statistisk sentralbyrå (SSB) ved Reid J. Stene. *Fra overgrep til straff. Statistikk om familievold og lovbrudd mot barn i straffesaksjeden 2010–2017*. Rapport 2020/22. Oslo: 2020. https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/artikler-og-publikasjoner/_attachment/422695?_ts=1736c11a6c8.

17 Det er ingen nasjonale undersøkelser som belyser akkurat dette, men en rapport av Hanne Sogn og Ole Kristian Hjemdal. *Vold mot menn i nære relasjoner. Kunnskaps gjennomgang og rapport fra et pilotprosjekt*. NKVTS, Oslo: 2010. https://www.nkvts.no/content/uploads/2016/04/vold_mot_menn_i_nare_relasjoner_rapport-2010.pdf, viser at volden kan være sammensatt. Et av hovedfunnene i pilotprosjektet som denne rapporten omhandler er at: «I gjennomgangen av materialet i vår pilotundersøkelse, særlig fra kontoret for voldsoffererstatning, fant vi et stort antall saker hvor volden ikke var begått av partner, men av andre han hadde en nær relasjon til. Dette omfattet kamerater, annen familie, naboer og kollegaer og andre bekjente. Vi fant derfor at det var behov for å la vold mot menn i nære relasjoner, i tillegg til å inkludere vold fra partner eller tidligere partner, også omfatte vold fra en videre krets av personer», s. 87.

18 Når jeg skriver upresist her om at noen unge voksne menn utsettes for mishandling fra foreldrene skyldes dette at vi ikke har tall fra SSB eller omfangsundersøkelser som dokumenterer dette. Jeg har imidlertid i mange år vært styreleder for Oslo krisesenter og kompetansesenter for vold i nære relasjoner. Krisesenteret tar imot menn og kvinner og deres barn som har vært ofre for mishandling i nære relasjoner. Gjennom dette arbeidet har jeg erfart at det er noen unge voksne menn som blir utsatt for vold fra foreldrene sine fordi de ikke vil gifte seg med den personen foreldrene ønsker. Det er også noen unge menn som utsettes for vold fra foreldrene fordi de er homofile eller transpersoner. Gjennom dette arbeidet har jeg også erfart at det er få menn som kommer til krisesenteret fordi de har vært utsatt for vold fra en mannlig partner, og det er svært få av de som kommer til krisesenteret som anmelder den mannen de lever sammen med for mishandling.

de synes det er vanskelig å anmelde slike lovbrudd fordi det bryter med forestillingen om at menn er tøffe og i stand til å beskytte seg.¹⁹

Dersom vi ser på gjerningspersonene i saker om mishandling i nære relasjoner finner vi et bilde som likner på det vi så for vold og mishandling generelt. I figuren nedenfor ser vi kjønnsfordelingen blant de som siktes for mishandling i nære relasjoner.



Vi ser at det er få siktede personer sammenliknet med antallet personofre. Det hadde kanskje ikke vært så merkelig dersom dette hadde dreid seg om noen som var blitt slått ned på gaten av en ukjent, men i disse sakene er gjerningspersonen kjent for offeret. De har en nær relasjon, og offeret forteller dette når anmeldelsen leveres inn. Dersom politiet ikke hadde fått opplysninger om relasjonen ved anmeldelsen, hadde det ikke vært mulig å registrere det som mishandling i nære relasjoner – da hadde forholdet blitt registrert som vold. Forskjellen mellom antallet personofre og antallet siktede er derfor litt overraskende.

En mulig forklaring kan selvfølgelig være at hver gjerningsperson har mange ofre – det ville forklare langt flere ofre enn siktede. Slik er det i noen tilfeller – typisk da at en mann utsetter både den kvinnen han lever sammen med og barna for vold. Vi har ikke tall eller annen dokumentasjon som kan bekrefte eller avkrefte at dette forklarer hele forskjellen.

19 Monika Grønli Rosten, «En (tro)verdige utsatt? Menns fortellinger om vold fra en kvinnelig eller mannlig partner», i Anja Bredal mfl. (red.), *Vold i nære relasjoner i et mangfoldig Norge*, Cappelen Damm Akademisk 2020, s. 87–106. DOI: <https://doi.org/10.23865/noasp.99>.

I 2018 ble det ferdig etterforsket i alt 2 667 saker om mishandling i nære relasjoner (både § 282 og § 283). I tabellen nedenfor ser vi hva som skjedd med disse sakene.²⁰

Uoppklarte lovbrudd	2 090
– Henlagt, manglende opplysning om gjerningsperson	1
– Henlagt, manglende bevis	2 065
– Henlagt, manglende saksbehandlingskapasitet	0
– Andre uoppklarte	24
Oppklarte lovbrudd	577
– Henlagt, siktede ikke strafferettslig ansvarlig	47
– Overført til konfliktråd	9
– Forelegg	2
– Tiltale	428
– Påtaleunntatelse og andre oppklarte	91

Vi ser av tabellen at av de 2 667 ferdig etterforskede tilfellene av mishandling i nære relasjoner endte kun 428 med tiltale. Dette er et lavt antall gitt at gjerningspersonen er kjent i disse sakene. Årsakene til dette kan vi ikke lese ut av kriminalstatistikken, og vi har heller ikke forskning som gir noe fullgod forklaring på hvorfor så mange saker henlegges. I noen saker er bevissituasjonen vanskelig enten fordi det ikke finnes fysiske bevis, fordi fornærmede er uvillig til å forklare seg eller en kombinasjon av disse.

I en del tilfeller er det ikke offeret som anmelder volden, men politiet. Dette vil for eksempel kunne skje der politiet rykker ut til en leilighet etter at naboene har varslet om bråk og mulig vold. Dersom politiet mener det er begått mishandling i nære relasjoner og offeret ikke ønsker å anmelde vil politiet anmelde, selv om offeret ikke ønsker at saken skal anmeldes. Ingen har plikt til å forklare seg til politiet, mens alle som utgangspunkt har plikt til å forklare seg som vitne for retten (straffeprosessloven § 108). Ifølge straffeprosessloven § 122 er siktedes nærstående (blant annet ektefelle/samboer) fritatt fra vitneplikten også ovenfor retten. Dersom en person mishandles av sin ektefelle, har vedkommende altså rett til ikke å

20 Statistisk sentralbyrå (SSB). «Statistikkbanken. Etterforskede lovbrudd. Tabell 09405: Lovbrudd etterforsket, etter politiets avgjørelse og type lovbrudd.» (u.å.) <https://www.ssb.no/statbank/table/09405>.

forklare seg. Det kan være mange årsaker til at fornærmede ikke vil vitne i slike saker. For eksempel ønsker hun ikke at ektefellen skal straffes av hensyn til felles barn, hun er redd for ytterligere vold eller hun ønsker å fortsette samlivet. Uten en fornærmet som er villig til å forklare seg kan det være vanskelig å føre en sak frem til doms, det vil i så fall kreve at man har andre vitnebevis eller fysiske bevis. I mange tilfeller vil en sak bli henlagt om fornærmede ikke ønsker å vitne.

Vi har imidlertid også grunn til å tro at etterforskningen i saker om vold i nære relasjoner kan bli bedre. I 2016 foretok Riksadvokaten en kvalitetsundersøkelse²¹ av etterforskningen av saker om voldtekt og mishandling i nære relasjoner. Rapporten viste at etterforskningen i saker om mishandling i nære relasjoner hadde flere forbedringspunkt. Blant annet var etterforskningen i initialfasen av saker om mishandling i nære relasjoner ofte ikke så grundig, i en del saker var sporsikringen mangelfull og bruken av etterforskningsplan var varierende. Begge sakstypene ble i mange tilfeller også liggende lenge.

9.5 Mishandling i nære relasjoner - noen forebyggende tiltak

Når politiet kommer i kontakt med saker om mishandling i nære relasjoner har de flere oppgaver. Det de fleste tenker på, er etterforskning som skal føre frem til mulig tiltale og dom. Dersom vi ser på politiloven § 2 nr. 2, ser vi imidlertid at det å forebygge kriminalitet også er en viktig oppgave for politiet. I tillegg er Norge folkerettslig forpliktet til å forebygge vold mot kvinner og vold i nære relasjoner gjennom Istanbulkonvensjonen. Dette er Europarådets konvensjon om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner.²² Det følger av konvensjonens artikkel 5 nr. 2 at «Partane skal ved lovgiving og på

21 Riksadvokaten ved Tor-Aksel Busch, *Statsadvokatenes kvalitetsundersøkelse 2016 – voldtekt og mishandling av nærstående*, Riksadvokatens skriftserie 1/2017 (<https://www.riksadvokaten.no/wp-content/uploads/2017/10/Kvalitetsundersøkelsen.pdf>). Funnene det refereres til om etterforskning av saker om vold i nære relasjoner er omtalt på s. 38 flg.

22 Konvensjonen ble vedtatt i 2011 og underskrevet av Norge samme år, men trådte ikke i kraft i Norge før i 2017.

annan måte treffe dei tiltak som er nødvendige for å utvise påkravd aktsemnd med sikte på å hindre, etterforske, straffe og gi erstatning for valds handlingar som kjem under verkeområdet for denne konvensjonen, og som blir utøvd av ikkje-statlege aktørar». Gjennom ratifiseringen av konvensjonen har altså Norge påtatt seg et særlig ansvar for å forebygge vold mot kvinner og vold i nære relasjoner.

I tillegg er det slik at det er en nær sammenheng mellom alvorlig partnervold og partnerdrap. Alvorlig partnervold gir en forhøyet risiko for partnerdrap. Av de 915 drapssaker som ble registrert i perioden 1990–2019 var 25 prosent partnerdrap, og 86 prosent av ofrene i partnerdrapssakene var kvinner. I mange av disse drapssakene (ca. 7 av 10) hadde politiet eller hjelpeapparatet registrert partnervold før drapet.²³ Det at det har vært kontakt med politi og hjelpeapparatet i forkant av drapet, gjør at det i slike saker er et potensial for å sette i verk forebyggende tiltak.²⁴ Dersom forebyggende tiltak ikke settes i verk vil dette slå ut skjævt i forhold til kjønn fordi kvinner oftere utsettes for alvorlig partnervold og partnerdrap. Det forebyggende arbeidet har med andre ord en kjønnsdimensjon.

Når politiet får inn en anmeldelse av mishandling i nære relasjoner må de derfor både tenke på å etterforske lovbruddet og å forebygge nye tilfeller av mishandling i nære relasjoner. Politiet har flere forebyggende virkemidler til rådighet. Jeg skal kort beskrive tre ulike forebyggende tiltak: voldsalarm, besøksforbud og kontaktforbud med elektronisk kontroll (ofte kalt omvendt voldsalarm). Politijuristene har en viktig rolle ved bruk av alle disse virkemidlene. Både advokater og dommere har også roller når virkemidlene tas i bruk. Disse virkemidlene er særlig aktuelle i saker om mishandling i nære relasjoner og er av politiet og påtalemyndigheten ansett som svært viktige for å forebygge²⁵ ytterligere vold. Ettersom det er en nær sammenheng mellom mishandling i nære relasjoner og vold, har virkemidlene også en side til kjønn.

23 For en nærmere beskrivelse av sammenhengen mellom alvorlig partnervold og partnerdrap se NOU 2020: 17 *Varslede drap. Partnerdrapsutvalgets utredning*, særlig s. 58 flg.

24 I NOU 2020: 17 finner man en oversikt over mulige forebyggende tiltak som politiet og hjelpeapparatet kan iverksette på s. 81–119.

25 Se for eksempel Riksadvokaten ved Tor-Aksel Busch 2017 og Riksadvokaten, *Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2019 – politiet og statsadvokatene*, 22. februar 2019, Rundskriv nr. 1/2019 (<https://www.riksadvokaten.no/document/riksadvokatens-mal-og-prioriteringer-for-2019/>).

Voldsalarm er en alarm som politiet kan tildele volds- og trusselutsatte. Alarmen er koplet til politiets vaktentral og den voldsutsatte kan trykke på alarmen for å opprette kontakt og gi den voldsutsattes posisjon til politiet slik at de raskere kan rykke ut ved voldshendelser. Voldsalarmen (eller den mobile voldsalarmen som den ofte kalles) er et midlertidig beskyttelsestiltak for den voldsutsatte. Alarmen tildeles etter søknad fra den voldsutsatte (eller en annen på dennes vegne) for tre måneder av gangen, og alarmen er ment å beskytte personer som er utsatt for vold eller trusler fra tidligere eller nåværende partnere, og i noen tilfeller også andre familiemedlemmer.

Bruken av voldsalarm er regulert i rundskriv G-66/97 fra Justisdepartementet og rundskriv 2002/005 fra Politidirektoratet. Terskelen for å tildele voldsalarm er lav. Politiet tildeler alarmen og det er deres vurdering av trusselsituasjonen som avgjør om alarm tildeles. Det finnes ikke tilgjengelig offisiell statistikk over antallet voldsalarmer og kjønnsfordelingen blant de som ble tildelt voldsalarm. Aftenposten²⁶ samlet inn tall fra politiet ved utgangen av 2008, og da var det 1 372 kvinner og 264 menn som hadde voldsalarmer tilknyttet politiets operasjonssentraler. Dette illustrerer hvordan også bruken av voldsalarm som beskyttelsestiltak er kjønnet.

Et annet beskyttelsestiltak rettet mot gjerningspersonen, er besøksforbud. Besøksforbud er regulert i straffeprosessloven § 222 a som ble tilføyd ved lov 1. juli 1994 nr. 50, og trådte i kraft 1. januar 1995. Besøksforbud kan bestå i at den forbudet retter seg mot, forbys å oppholde seg et bestemt sted, eller å kontakte en eller flere bestemte personer. Det er også mulig å bli ilagt besøksforbud i eget hjem. Forbudet er et beskyttelsestiltak som har som formål å beskytte utsatte mot vold, trusler og trakassering. Det kan anvendes overfor en person selv om vedkommende ikke har begått en straffbar handling, såfremt det er grunn til å tro at personen i fremtiden vil begå nærmere angitte handlinger. Forbudet ilegges av påtalemyndigheten i politiet, og det krever ikke anmeldelse. Den forbudet retter seg mot kan bringe saken inn for domstolen.

26 Andreas Bakke Foss og Tone Tveøy Strøm-Gundersen. «Voldsalarm til dobbelt så mange» (28.01.2009). <https://www.aftenposten.no/norge/i/vO5yj/voldsalarm-til-dobbelt-saa-mange>. Disse tallene er gamle og kun ment som en illustrasjon på kjønnsfordelingen blant de som blir tildelt voldsalarm. Politiet har oversikt over hvem som til enhver tid har voldsalarmer, men disse tallene er ikke tilgjengelig i offentlig statistikk.

Vi mangler dessverre en nasjonal oversikt over hvor mange besøksforbud som utstedes årlig. I en evalueringsrapport gjort på oppdrag av Justisdepartementet fant Dullum²⁷ at ordningen var godt kjent i politiet og hos påtalemyndigheten i politiet. Rapporten viser også at terskelen for å ilegge besøksforbud ble praktisert noe ulikt fra politidistrikt til politidistrikt. I noen distrikt krevde de for eksempel anmeldelse fra fornærmede, selv om det fremgår klart av loven og forarbeidene at anmeldelse ikke kreves. Det kanskje viktigste funnet i rapporten var at det i liten grad (eller i alle fall veldig sent) ble reagert på brudd på besøksforbud.²⁸ Et brudd på et besøksforbud kan for eksempel skje ved at den som er ilagt forbudet fortsetter å kontakte den volds- og trusselutsatte ved å oppsøke boligen eller arbeidsplassen til vedkommende eller ved å ringe eller sende sms. Slike brudd på besøksforbud er straffbare etter straffeloven § 168. Dullum fant i sin rapport at det ofte måtte svært mange brudd til før det ble reist sak om straff etter straffeloven § 168. Dette på tross av at Riksadvokaten i flere rundskriv har skrevet at det skal reageres raskt og med fasthet på brudd på besøksforbud.²⁹

Dersom politi og påtalemyndighet ikke følger opp saker, kan det få følger for staten. I en høyesterettsdom fra 2013 kom Høyesterett til at staten ikke hadde oppfylt sin plikt etter EMK til å sikre en kvinne mot forfølgelse av en gjerningsmann som var dømt for grov vold mot henne og hennes fire barn, og som ved en rekke anledninger hadde brutt nedlagte besøks- og kontaktforbud.³⁰ Disse bruddene var i svært liten grad fulgt opp av politiet og påtalemyndigheten.

27 Jane Dullum. *Besøksforbud – straffeprosessloven § 222a. En evaluering av praktiseringen av bestemmelsen i saker om vold i nære relasjoner*. NOVA Rapport 1/19. Oslo: 2019. <https://hdl.handle.net/20.500.12199/1284>.

28 Dullum 2019, s. 7–8.

29 For eksempel i Riksadvokaten, *Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2018 – politiet og statsadvokatene*, 23. februar 2018, Rundskriv nr. 1/2018. <https://www.riksadvokaten.no/document/riksadvokatens-mal-og-prioriteringer-for-2018/>.

30 Rt. 2013 s. 588. Spørsmålet i saken var om norske myndigheter hadde oppfylt sine forpliktelser etter EMK artikkel 8 (retten til privatliv) og artikkel 3 (forbudet mot tortur og umenneskelig behandling). Høyesterett konkluderte med at kvinnens rettigheter etter artikkel 8 var krenket. Det ble særlig lagt vekt på to forhold; mangelfull oppfølging av mannens gjentatte brudd på besøksforbudene og manglende etterforskning av anmeldelse av to alvorlige trusler. Høyesterett holdt det åpent om også rettighetene etter artikkel 3 var krenket. Denne dommen ble for øvrig fulgt opp av Riksadvokaten med et eget brev til statsadvokatembetene og politidistriktene av 06.03.2013 der Riksadvokaten nok en gang presiserte ansvaret for å gi voldsutsatte beskyttelse og følge opp brudd på besøks- og kontaktforbud.

Et siste beskyttelsestiltak jeg kort skal nevne, er det som ofte kalles omvendt voldsalarm. Siden 1. februar 2013 har det vært hjemmel for å ilegge kontaktforbud med elektronisk kontroll. Kontaktforbud er hjemlet i straffeloven § 57 og kan ilegges når det er grunn til å tro at vedkommende ellers vil (a) begå en straffbar handling overfor en annen person, (b) forfølge en annen person, eller (c) på annet vis krenke en annens fred.

Forbudet kan gå ut på at den det retter seg mot, forbys å oppholde seg i bestemte områder, eller å forfølge, besøke eller på annet vis kontakte en annen person. Kontaktforbudet idømmes av domstolen (rettighetstap). Bestemmelsens femte ledd åpner for bruk av kontaktforbud med elektronisk kontroll. De tre første setningene i femte ledd lyder slik:

Dersom det anses nødvendig for at kontaktforbudet skal bli overholdt, kan retten bestemme at den kontaktforbudet retter seg mot, skal ilegges elektronisk kontroll i hele eller deler av perioden kontaktforbudet gjelder for. Slik kontroll kan bare omfatte registrering av opplysninger om at den domfelte beveger seg innenfor områder omfattet av kontaktforbudet, opplysninger om at den domfelte beveger seg i nærheten av fornærmede, og opplysninger om uteblitte signaler fra kontrollutstyret. Domfelte plikter å yte den bistand og å følge de instruksjoner som gis av politiet og som er nødvendig for å gjennomføre kontrollen.

Dette innebærer at det er mulig å pålegge den domfelte elektronisk kontroll (i form av en fotlenke) og på den måten kontrollere om vedkommende beveger seg inn i et nærmere angitt område (for eksempel gikk en dom ut på at en mann ikke fikk oppholde seg innenfor grensene av tidligere Østfold fylke). Dersom den som bærer fotlenken beveger seg innenfor området/forbudssonen, rykker politiet ut. Bakgrunnen for at ordningen ble innført var blant annet å sikre bedre oppfølging av kontaktforbud, men også i større grad å legge byrden over på voldsutøver med hensyn til elektronisk kontroll. Tanken var altså den at i stedet for at voldsutsatte skulle bære byrden ved å ha med seg en voldsalarm, så skulle gjerningspersonen bære byrden ved å ha på en fotlenke.

Ordningen ble evaluert i 2020.³¹ Evalueringen viser at ordningen ble svært lite brukt de første årene, men at bruken tok seg opp i 2019 og 2020 blant annet etter rundskriv fra Riksadvokaten og Politidirektoratet i 2019. De forebyggende virkemidlene jeg har presentert her er kjønnsnøytrale, som all annen lovgivning, men fordi det i all hovedsak er kvinner som blir beskyttet når tiltakene blir brukt, har (økt) bruk av disse virkemidlene en klar kjønnsretning.

9.6 Voldtekt

Vi har ingen grunn til å tro at alle tilfeller av voldtekt blir anmeldt (like lite som alle tilfeller av mishandling i nære relasjoner). Snarere har vi grunn til å tro at de ikke anmeldte tilfellene (ofte kalt mørketall) er mange. I den nasjonale undersøkelsen³² fra 2014 som jeg refererte ovenfor oppgav 9,4 prosent av kvinnene og 1,1 prosent av mennene at de hadde opplevd voldtekt minst en gang i løpet av livet. Halvparten av kvinnene (49 %) rapporterte at de hadde opplevd voldtekt (første gang) før de fylte 18 år. Av de kvinnene som rapporterte at de hadde opplevd voldtekt, var mange (44 %) redde for at de skulle bli alvorlig skadet eller drept under voldtekten. Nesten en tredjedel (29 %) av de kvinnene som hadde opplevd voldtekt rapporterte at de hadde fått fysiske skader. Disse tallene forteller oss at de voldtektene som blir anmeldt hvert år (se tabell nedenfor) utgjør en liten del av de voldtektene som faktisk begås. Dette understrekes av at det i den samme undersøkelsen ble spurt om de som hadde opplevd voldtekt hadde fortalt om det til noen (politiet, venner osv.). På dette spørsmålet svarte 29 prosent av kvinnene at de aldri hadde fortalt om det til noen.

Den strafferettslige reguleringen av voldtekt har blitt endret flere ganger de siste 45 årene. Her skal jeg bare ta med to helt sentrale endringer.

31 Jane Dullum. «Omvendt voldsalarm»: En evaluering av kontaktforbud med elektronisk kontroll (straffeloven § 57) i saker om vold i nære relasjoner. NOVA Rapport 15/20. Oslo: 2020. <https://oda.oslomet.no/oda-xmlui/handle/20.500.12199/6414>.

32 Siri Thoresen og Ole Kristian Hjemdal (red.) 2014. Et utvalg norske menn og kvinner i alderen 18 til 75 år ble intervjuet på telefon. I alt 2 435 kvinner og 2 092 menn deltok.

Den første store endringen jeg skal omtale skjedde i 1974. Denne endringen skjedde ikke gjennom en lovendring, men gjennom en høyesterettsdom. Frem til dette ble voldtekt ansett for å ikke kunne skje i ekteskapet. Dersom man var gift ble en i rettspraksis ansett for å ha samtykket til den seksuelle omgangen, og voldtekt i ekteskapet var dermed ikke en mulighet.

Dersom det var brukt vold under voldtekten kunne ektefellen dømmes for volden, men ikke for voldtekten. Det sto ikke noe i voldtektbestemmelsen om at voldtekt i ekteskapet var unntatt, men dette var sikker rettspraksis frem til 1974. Denne forståelsen av både ekteskap og voldtekt møtte etter hvert stor offentlig motstand, særlig fra kvinnebevegelsen. I 1974 endret Høyesterett syn og erkjente at voldtekt kunne skje i ekteskapet, og at kvinner ikke samtykket til ufrivillig sex ved å inngå ekteskap. I denne saken (Rt. 1974 s. 1121) var en mann som over tid hadde voldtatt og mishandlet sin kone dømt i lagmannsretten både for vold og voldtekt (dagjeldende straffelov § 192). Han anket både over straffeutmålingen og over lovanvendelsen. Mannens forsvarer gjorde for Høyesterett gjeldende at det var en feil:

[...] når domfelte er dømt for forbrytelser mot straffelovens § 192, idet denne bestemmelse ikke kommer til anvendelse på overgrep mot en person som gjerningsmannen er gift med eller lever sammen med.

Til denne påstanden anførte førstvoterende at:

Straffelovens § 192 gjør ikke noe uttrykkelig unntak for overgrep mot gjerningsmannens ektefelle. At partene lever sammen som ektefolk, kan vel være av betydning for spørsmålet om det foreligger tvang til utuktig omgang. Men voldtekt kan ikke anses utelukket fordi om partene er gift og lever sammen. De handlinger som er beskrevet i tiltalebeslutningens poster 1 og 2, er med rette subsumert under straffelovens § 192.

Det Høyesterett uttaler i denne dommen reflekterer ikke bare en endring i synet på ekteskapet, men også i synet på seksualitet. Endringen grep inn i det som frem til det ble regnet som privat, og synliggjorde at maktulighet og maktovergrep også kan finne sted innenfor rammene av et parforhold. I dag er dette noe som tas for gitt.

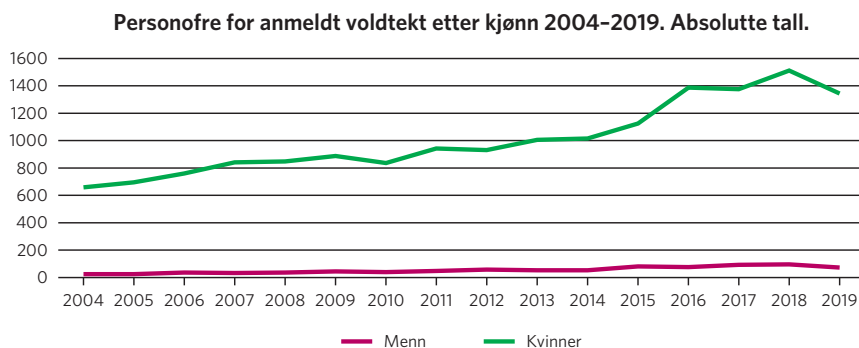
I år 2000 skjedde det en stor revisjon av straffelovens kapittel om seksuallovbrudd (lov av 11. august 2000 nr. 76). Voldtektsbestemmelsen (§ 192 i straffeloven av 1902) ble endret slik at seksuell omgang med noen som er bevisstløs eller av andre grunner ute av stand til å motsette seg handlingen kunne straffes som voldtekt. Slike handlinger ble tidligere straffet etter en annen straffebestemmelse (§ 193 i straffeloven av 1902). Denne revisjonen av loven reflekterer en endring i synet på hva som medfører skade. I dag defineres voldtekt som en krenkelse av den seksuelle og kroppslige selvbestemmelsesretten, og den krenkes både når det foreligger vold og trusler og når handlingen finner sted fordi offeret er bevisstløst. I tillegg ble det i 2000 innført et nytt siste ledd i voldtektsbestemmelsen som satte straff for grov uaktsom voldtekt – her ble strafferammen satt vesentlig lavere enn for forsettlig voldtekt.

Strafferammene for voldtekt er endret flere ganger de siste tiårene og minstestrafen er hevet. Dette reflekterer en utvikling i synet på hvor alvorlig voldtekt er, som blant annet bygger på forskning og annen kunnskap om konsekvenser for den som utsettes.

Bestemmelsen om voldtekt³³ i straffeloven § 291 setter blant annet straff for den som skaffer seg «seksuell omgang med vold eller truende adferd». Bestemmelsen er kjønnsnøytral. Både kvinner og menn kan være både offer og gjerningsperson i voldtektssaker. Det finnes eksempler på menn som er utsatt for voldtekt og kvinner som er gjerningsperson. Voldtekt er imidlertid en av de straffebudene som har klare forskjeller mellom kjønn når vi ser på offer og gjerningsperson. I figuren nedenfor ser vi utviklingen i personofre for anmeldt voldtekt³⁴ fra 2004–2019.

33 Jeg gjengir ikke hele § 291 her, bestemmelsen er godt kjent blant jusstudentene. I hovedlitteraturen i strafferett er voldtekt behandlet i Matningsdal 2016, s. 189 flg. Se også Jørn R.T. Jacobsen, *Valdtektsstraffebudet*, Fagbokforlaget 2019, eller Aina Mee Ertzeid, «Straffeloven § 192 om voldtekt – et supplement til pensum i spesiell strafferett», *Jussens Venner*, 2006/6 s. 337–370, DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3126-2006-06-01>, som behandler rettstilstanden etter lovendringen i 2000.

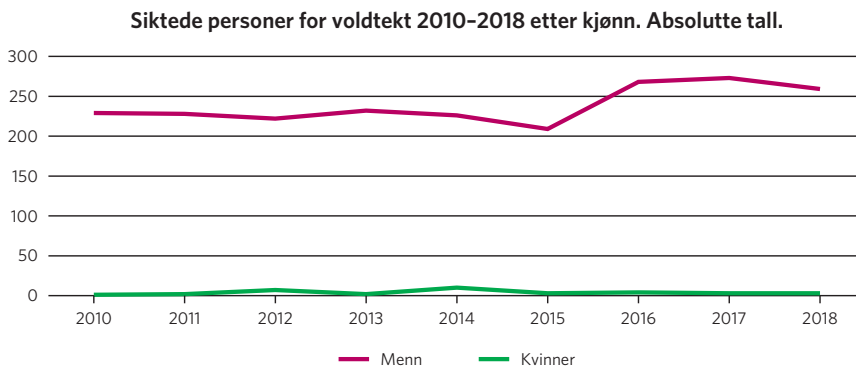
34 Tallene er hentet fra SSB tabell 08638. Statistisk sentralbyrå (SSB) ved Siri Fjærtøft Fossanger mfl. «Statistikkbanken. Anmeldte lovbrudd og ofre. Tabell 08638: Personoffer for anmeldte lovbrudd, etter type hovedlovbrudd og kjønn» (u.å.). <https://www.ssb.no/statbank/table/08638>. I denne figuren er kategorien voldtekt av barn under 14 år holdt utenfor. Denne kategorien kom inn ca. midt i perioden 2004–2019 og ville gjort tallene usammenliknbare.



Vi ser av figuren ovenfor det ikke uventede bildet at det i all hovedsak er kvinner som er personofre for de anmeldte voldtektene. I hele perioden er det likevel noen anmeldte voldtekter som har menn som ofre. Både kurven for menn og kvinner er stigende. Det er flere grunner til at disse tallene går opp. Dette ser vi skje i mange europeiske land, og forskere finner at dette blant annet handler om endringer i innholdet av straffebudene om voldtekt og endringer i tilbøyeligheten til å anmelde voldtekt.³⁵ Det kan også ha sammenheng med at politiet bruker mer ressurser og har høyere kompetanse på etterforskning av voldtekt enn tidligere. Nedenfor refereres det til Riksadvokatens mål og prioriteringsskriv. Riksadvokaten har de senere årene vært tydelig på at etterforskning og irettesføring av saker om voldtekt skal prioriteres. Det er imidlertid vanskelig å si noe sikkert om sammenhenger her. Tilbudet av helsehjelp til og rådgivning av ofre er bygd ut i den samme perioden, noe som kan bety at flere anmelder. Voldtektsbestemmelsen har også vært i endring og nye handlinger har blitt inkludert. Dette kan også være med å forklare økningen i antall anmeldelser vi ser i figuren. Det kan også hende at omfanget voldtekt har økt i perioden, men det kan man altså ikke konkludere kun på bakgrunn av utviklingen i anmeldelsesstatistikken.

35 Se for eksempel BRÅ, *Anmälda och upklarade våldtäkter i Europa. Svårigheter vid internationella jämförelser*, BRÅ-rapport 2020/2. BRÅ er det svenske kriminalitetsforebyggende rådet – rapporten kan leses på www.bra.se.

Dersom vi ser på gjerningspersonene for voldtekt, finner vi en enda tydeligere kjønnsfordeling. Figuren nedenfor viser kjønnsfordelingen blant siktede for voldtekt i perioden 2010–2018.³⁶



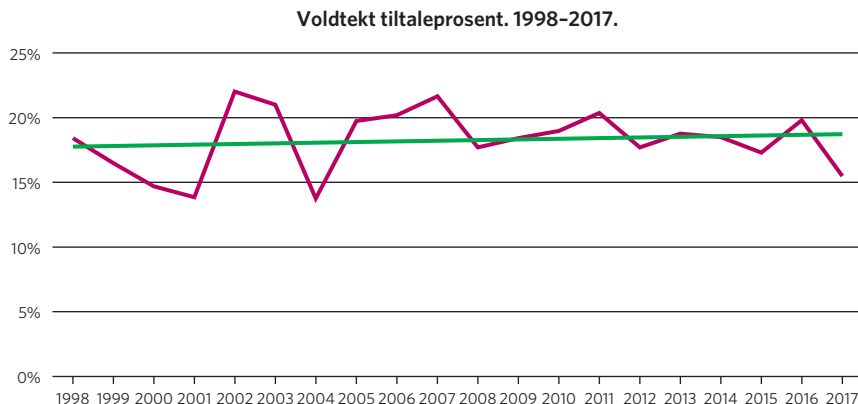
Det er i all hovedsak menn som siktes for voldtekt.

Kjønnsfordelingen blant personofre og siktede tror jeg ikke overrasker noen. Det som kanskje er mer overraskende, er at det er så få siktede sammenliknet med personofrene. I 2018, som er siste år vi har tall vi kan sammenlikne, var det totalt 1 609 personofre (menn og kvinner), mens 262 menn og kvinner var siktet samme år. Det er altså få saker der noen blir siktet. Svært mange saker ender med henleggelse.

En annen måte å undersøke dette på, er å se på hvor mange tiltaler det er hvert år i prosent³⁷ av ferdig etterforskede tilfeller av voldtekt. For enkelhets skyld kan vi kalle det tallet vi får for tiltaleprosenten (selv om det ikke nødvendigvis er tale om de samme sakene). I figuren nedenfor viser jeg det jeg kaller tiltaleprosenten i perioden 1998–2017. I hele perioden har tiltaleprosenten ligget under 23 prosent, mellom 14 prosent og 22 prosent.

36 Her har jeg brukt SSBs tabell 09411. Statistisk sentralbyrå (SSB). «Statistikkbanken. Etterforskede lovbrudd. Tabell 09411: Siktelser mot personer, etter lovbruddsgruppe, type lovbrudd og kjønn» (u.å.). <https://www.ssb.no/statbank/table/09411>. Igjen har jeg holdt voldtekt av barn under 14 år utenfor. Perioden jeg har tall for, er kortere enn for personofre fordi SSBs tabell først starter i 2010.

37 En sak som blir ferdig etterforsket ett år kan godt få sin påtalemessige avgjørelse året etter. Det er derfor ikke (nødvendigvis) de samme sakene det er tale om. Vi kan derfor ikke si hvor mange av de ferdig etterforskede sakene som ender med tiltale, men må holde oss til det litt mer upresise: Hvor mange tiltaler det er sammenliknet med hvor mange saker om er ferdig etterforsket.



Vi ser av figuren at det er årvisse variasjoner, men at tiltaleprosenten ligger forholdsvis stabilt. I figuren er det lagt på en grønn linje som viser trenden i utviklingen – og vi ser at det er en svakt stigende trend på tiltaleprosenten i perioden. Man kan selvfølgelig spørre seg om hva som er «riktig» tiltaleprosent. Det har vi ikke noe svar på. Noen saker ender ikke i tiltale fordi offeret og politiet ikke klarer å identifisere en gjerningsperson. I mange av sakene er derimot tilfellet at offeret kjenner den mistenkte og peker ham ut som gjerningsperson. I lys av det er det nærliggende å tenke at en tiltaleprosent på 20 prosent er lav. I alle fall vil nok de som har anmeldt voldtekt oppleve dette som lavt, og det vil også sende et uheldig signal til de som opplever voldtekt. Dersom man ønsker at ofre for voldtekt skal anmelde, er det viktig at de som anmelder voldtekt opplever å bli behandlet skikkelig av politiet når de anmelder, at sakene blir tatt på alvor gjennom en grundig etterforskning, og at i alle fall en del av sakene ender med domfellelse. Dette er bakgrunnen for at Riksadvokaten i sitt årlige mål- og prioriteringsrundskriv har voldtekt på listen over sakstyper som skal prioriteres.

Kriminalstatistikken gir oss ikke noe svar på hvorfor så få saker (relativt sett) ender med tiltale. Vi har heller ikke forskning som gir oss et godt svar på dette. Det vi har kunnskap om, er at bevissituasjonen i mange saker kan være vanskelig. Det er to parter – offer og gjerningsperson – som ofte avgir svært ulike forklaringer, det er som regel ingen vitner som har bevitnet den straffbare handlingen, og i mange saker mangler det

også fysiske bevis. En vanskelig bevissituasjon kan nok forklare en del av henleggelsene. Når det er sagt, har vi grunn til å tro at det også er mangler ved etterforskningen i mange voldtektssaker. Riksadvokaten har ved flere anledninger³⁸ gjennomført undersøkelser av kvaliteten på etterforskning og påtalevedtak i voldtektssaker. I alle³⁹ rapportene pekes det på mange utfordringer og punkter der etterforskningen kan bli bedre.

9.7 Avslutning

Bestemmelsene i straffeloven er kjønnsnøytrale. Det er også bestemmelsene om hvordan straffesakene skal behandles. En kunne derfor tro at strafferett og kjønn ikke har noe med hverandre å gjøre. Likevel har dette kapitlet vist at også strafferetten har en kjønnsdimensjon. Strafferetten er ikke statisk, den er påvirket av de endringene som skjer ellers i samfunnet. For eksempel har endringer i synet på hva som er private anliggender og hva som er offentlige ført til endringer i hva som er straffbart og hvordan det straffes. Det var for eksempel tilfelle da voldtekt i ekteskapet ble gjort straffbart, eller da vi fikk en egen bestemmelse om mishandling i nære relasjoner. Disse endringene er påvirket av kjønn og synet på kjønn. Aktørenes kjønn og forventninger til kjønn kan også være med å påvirke hvem som anmelder, hvordan saken behandles og hvordan personer møtes når de kommer i kontakt med straffeapparatet. Strafferett og kjønn har derfor på mange måter mye med hverandre å gjøre, fordi de kjønnsnøytrale bestemmelsene fungerer i et samfunn der kjønn finnes og der kjønn betyr noe.

Man kan spørre seg hva dette betyr for de profesjonelle aktørene i straffesakene: Skal man dømme annerledes, eller skal man behandle sakene annerledes? Nei, det betyr det ikke. Det er et grunnleggende prinsipp at alle saker skal behandles likt, uavhengig av for eksempel kjønn.

38 Riksadvokaten ved Bjørn K. Soknes mfl., *En undersøkelse av kvaliteten på påtalevedtak i voldtektssaker som har endt med frifinnelse m.v.*, Riksadvokatens utredningsgrupper – rapport nr. 1/2007. <https://www.riksadvokaten.no/document/en-undersokelse-av-kvaliteten-pa-patalevedtak-i-voldtektssaker-som-har-endt-med-frifinnelse-m-v/>; Riksadvokaten ved Tor-Aksel Busch 2017; Riksadvokaten, *Statsadvokatenes kvalitetsundersøkelse 2020. Prioriterte voldtektssaker*, Riksadvokatens skriftserie 1/2020. <https://www.riksadvokaten.no/wp-content/uploads/2020/06/Nasjonal-rapport-Kvalitetsunders.pdf>.

39 Selv om hovedfunnet i Riksadvokatens rapport fra 2020 er at etterforskningen har blitt bedre, pekes det også i den rapporten på noen forbedringspunkt.

Men det er likevel viktig at aktørene er bevisste på kjønnsdimensjonen. Dersom menn som anmelder vold i nære relasjoner blir møtt med forventninger om at menn ikke utsettes for denne typen lovbrudd, vil terskelen for å anmelde heves, og menn vil kanskje få et svakere rettsvern mot vold i nære relasjoner. Tilsvarende har det en kjønnsdimensjon dersom beskyttelsestiltak mot vold i nære relasjoner ikke settes i verk. Det er i all hovedsak kvinner som har behov for disse tiltakene, og det er i all hovedsak kvinner som ender opp med å bli drept i de tilfellene der samfunnet ikke evner å forebygge alvorlig vold i nære relasjoner. Derfor er det viktig at straffesakens aktører kjenner til denne kjønnsdimensjonen, slik at de riktige beskyttelsestiltakene kan settes inn tidlig nok.

Litteratur

- Andenæs, Johs. mfl. *Alminnelig strafferett*. 6. utgave. Universitetsforlaget, 2016.
- BRÅ. *Anmälda och upplarade våldtäkter i Europa. Svårigheter vid internationella jämförelser*. BRÅ-rapport 2020/2. www.bra.se.
- Dullum, Jane. *Besøksforbud – straffeprosessloven § 222a. En evaluering av praktiseringen av bestemmelsen i saker om vold i nære relasjoner*. NOVA Rapport 1/19. Oslo: 2019. <https://hdl.handle.net/20.500.12199/1284>.
- Dullum, Jane. «*Omvendt voldsalarm*»: *En evaluering av kontaktforbud med elektronisk kontroll (straffeloven § 57) i saker om vold i nære relasjoner*. NOVA Rapport 15/20. Oslo: 2020. <https://oda.oslomet.no/oda-xmlui/handle/20.500.12199/6414>.
- Ertzeid, Aina Mee. «Straffeloven § 192 om voldtekt – et supplement til pensum i spesiell strafferett». *Jussens Venner* nr. 6 (2006) s. 337–370. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3126-2006-06-01>.
- Eskeland, Ståle og Alf Petter Høgberg (red.). *Strafferett*. 5. utgave. Cappelen Damm Akademisk, 2017.
- Foss, Andreas Bakke og Tone Tveøy Strøm-Gundersen. «Voldsalarm til dobbelt så mange» (28.01.2009). <https://www.aftenposten.no/norge/i/vO5yj/voldsalarm-til-dobbelt-saa-mange>.
- Hauge, Ragnar og Jens J. Guslund. «Betydningen av sosial status og kjønn for straffutmålingen». *Nordisk tidsskrift for kriminalvitenskap* nr. 1 (1993). DOI: <https://doi.org/10.7146/ntfk.v80i1.71307>.
- Jacobsen, Jørn R.T. *Valdtektsstraffebudet*. Fagbokforlaget, 2019.
- Matningsdal, Magnus. *Norsk spesiell strafferett*. 2. utgave. Fagbokforlaget, 2016.
- Matningsdal, Magnus. «Straffeloven: Kommentarutgave». I *Juridika.no* (2021). NOU 2020: 17 *Varslede drap. Partnerdrapsutvalgets utredning*.

- Rosten, Monika Grønli. «En (tro)verdige utsatt? Menns fortellinger om vold fra en kvinnelig eller mannlig partner». I *Vold i nære relasjoner i et mangfoldig Norge*. Anja Bredal mfl. red., Cappelen Damm Akademisk, 2020, s. 87–106. DOI: <https://doi.org/10.23865/noasp.99>.
- Sogn, Hanne og Ole Kristian Hjemdal. *Vold mot menn i nære relasjoner. Kunnskapsgjennomgang og rapport fra et pilotprosjekt*. NKVTS, Oslo: 2010. https://www.nkvts.no/content/uploads/2016/04/vold_mot_menn_i_nare_relasjoner_rapport-2010.pdf.
- Riksadvokaten. *Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2018 – politiet og statsadvokatene*, 23. februar 2018, Rundskriv nr. 1/2018. <https://www.riksadvokaten.no/document/riksadvokatens-mal-og-prioriteringer-for-2018/>
- Riksadvokaten. *Statsadvokatenes kvalitetsundersøkelse 2020. Prioriterte voldtektssaker*. Riksadvokatens skriftserie 1/2020. <https://www.riksadvokaten.no/wp-content/uploads/2020/06/Nasjonal-rapport-Kvalitetsunders.pdf>
- Riksadvokaten ved Bjørn K. Soknes mfl. *En undersøkelse av kvaliteten på påtalevedtak i voldtektssaker som har endt med frifinnelse m.v.* Riksadvokatens utredningsgrupper – rapport nr. 1/2007. <https://www.riksadvokaten.no/document/en-undersokelse-av-kvaliteten-pa-patalevedtak-i-voldtektssaker-som-har-endt-med-frifinnelse-m-v/>
- Riksadvokaten ved Tor-Aksel Busch. *Statsadvokatenes kvalitetsundersøkelse 2016 – voldtekt og mishandling av nærstående*. Riksadvokatens skriftserie 1/2017. <https://www.riksadvokaten.no/wp-content/uploads/2017/10/Kvalitetsundersokelsen.pdf>
- Sadeghi, Talieh mfl. «Ruskjøring: Straffes menn og kvinner ulikt?». *Retfærd. Nordisk juridisk tidsskrift* nr. 1 (2019) s. 9–24.
- Statistisk sentralbyrå (SSB). «Statistikkbanken. Etterforskede lovbrudd. Tabell 08633 Personoffer for anmeldte lovbrudd, etter bosted og kjønn (F). Antall og per 1000 innbyggere» (u.å.). <https://www.ssb.no/statbank/table/08633>.
- Statistisk sentralbyrå (SSB). «Statistikkbanken. Etterforskede lovbrudd. Tabell 09405: Lovbrudd etterforsket, etter politiets avgjørelse og type lovbrudd» (u.å.). <https://www.ssb.no/statbank/table/09405>.
- Statistisk sentralbyrå (SSB) ved Reid J. Stene. *Fra overgrep til straff. Statistikk om familievold og lovbrudd mot barn i straffesakskjeden 2010–2017*. Rapport 2020/22. Oslo: 2020. https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/artikler-og-publikasjoner/_attachment/422695?_ts=1736c11aec8.
- Statistisk sentralbyrå (SSB) ved Siri Fjærtøft Fossanger mfl. «Statistikkbanken. Anmeldte lovbrudd og ofre. Tabell 08638: Personoffer for anmeldte lovbrudd, etter type hovedlovbrudd og kjønn» (u.å.). <https://www.ssb.no/statbank/table/08638>
- Thoresen, Siri og Ole Kristian Hjemdal (red.). *Vold og voldtekt i Norge. En nasjonal forekomststudie av vold i et livsløpsperspektiv*. NKVTS Rapport 1/2014. Oslo: 2014. <https://www.nkvts.no/rapport/vold-og-voldtekt-i-norge-en-nasjonal-forekomststudie-av-vold-i-et-livsløpsperspektiv/>.

Mitt kjønnsperspektiv på straffesaker

Anne Robberstad

10.1 Hva var galt med lærebøkene?

Da jeg studerte på 1970-tallet, hadde vi lærebøkene til Johs. Andenæs både i strafferett og straffeprosess. Flere av studentene reagerte på deler av innholdet i studiets lærebøker, blant annet i disse fagene. Vi erfarte at jusutdanningen kan kombinere saklig utlegning av lovbestemmelser med drypp på drypp av ren ideologi.¹ Det gjelder både kjønn og andre temaer.

I annenutgaven av Andenæs' *Alminnelig strafferett* fra 1974 kunne vi i kapitlet «Kriminaliteten i Norge» lese:²

Hvis gutten skal få anledning til å utvikle og styrke de egenskaper som i mange tilfelle er ønskelige for at han skal kunne fylle de krav som senere vil bli stilt til ham som voksen mann, må han trolig gis større frihet og større muligheter til utfoldelse enn det er vanlig for pikene.

Det faktum at menn var mye mer kriminelle enn kvinner, burde derfor etter Andenæs' mening ikke avbøtes ved at man endret barneoppdragelsen. Jeg ser at jeg har satt utropstegn i margin ved den siterte uttalelsen.

1 Jf. Nils Kristian Sundby, «Strafferetten og dens begrensninger», *Lov og Rett*, nr. 1, 1976 pkt. 6 og 7.

2 Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, Universitetsforlaget 1974, s. 33. Noe tilsvarende sto ikke i førsteutgaven fra 1956, se Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, Akademisk forlag 1956, s. 31.

Kanskje lurte jeg på om Andenæs mente at også mannlige jusstudenter burde få mer frihet enn kvinnelige?

I kapitlet om kriminaliteten i Norge sto det ingenting om ofrene for forbrytelser. Men i Andenæs' *Spesiell strafferett*, som også var pensum, sto det 18 sider om sedelighetsforbrytelser (og 53 sider om ærekrenkelses). Her er ofrene med i fortellingen.³ Jeg reagerte på følgende meningsytring fra forfatteren:⁴

En mann har f. eks. hatt omgang med en prostituert pike i 15-års alderen som har virket så voksen at det overhodet ikke har falt ham inn å spørre etter alderen. At han her skal kunne domfelles, virker både urimelig og tilfeldig.

Synspunktet er et ledd i drøftelsen av regelen om villfarelse om alder. (Se nå straffeloven § 307, jf. § 302 om denne situasjonen, her spør loven om tiltalte på noe punkt kan klandres for sin uvitenhet.) Denne omsorgen for horekunder føyer seg inn i indoktrineringen vi ble utsatt for gjennom studiet. Et annet eksempel, fra samme bok, er omtalen av dem som gjør seg skyldig i incest (nå i strl. § 312). Andenæs mente at der hvor dette forekommer, vil det som oftest være spesielle forhold til stede. Det kan man jo i og for seg være enig i. Men han fortsatte:⁵

Kriminologiske undersøkelser viser at i det overveiende antall tilfeller er gjerningsmennene intellektuelle undermålere, ofte også med defekter av annet slag.

En kan undres over hvilken virkning en slik opplysning hadde på studenter som senere skulle virke som dommere i straffesaker og i sivile saker om omsorgen for barn. Det ville kanskje bli vanskelig å dømme en ressurssterk og sjarmerende mann når en er innpodet med dette bildet av den typiske overgriper?

Disse eksemplene virker håpløst gammeldagse i dag – alle kan se at de ikke har tålt tidens tann. Men det vil nok vise seg at også dagens

3 Her finner jeg tre utropstegn i marginen i læreboken min fra den gang, men ved lesning nå synes jeg fremstillingen stort sett er grei.

4 Johs. Andenæs, *Spesiell strafferett*, Universitetsforlaget 1971, s. 101.

5 Andenæs 1971, s. 104–105. I Johs. Andenæs og Anders Bratholm, *Spesiell strafferett*, Universitetsforlaget 1996, er denne uttalelsen fjernet (s. 124–126). Her står det at incest forekommer i alle sosiale lag.

lærebøker har innslag som vil virke utdaterte om noen år. Dette er noe en bør være på vakt overfor.

10.2 «Fornærmede er ikke part i straffesaken»

Som nevnt hadde vi læreboken til Johs. Andenæs også i faget straffeprosess. (Andenæs' *Straffeprosessen* fra 1962 var pensum frem til han i 1984 utga en ny versjon, fordi vi hadde fått straffeprosessloven av 1981.) I 1962-utgaven er ofrene godt synlige, til dels i forbindelse med behandlingen av sivile («borgerlige») krav i straffesaken.⁶ Det er også et eget kapittel om fornærmede, der ulike former for *private* straffesaker gjennomgås,⁷ ærekrenkelsessakene utpekes som den viktigste kategorien. Behandlingen av fornærmedes stilling i *offentlige* straffesaker innledes med utsagnet om at:⁸

I offentlige straffesaker er den fornærmede ikke part.

Så nevnes en rekke rettigheter som fornærmede *ikke* har, det følger av det å ikke være part. Fornærmede hadde før 2008 nesten ingen offentlige straffesaksrettigheter.⁹ Andenæs opplyste i en fotnote at særlig i svensk rett har fornærmede en sterkere stilling. Vi fikk ikke vite at i Sverige og Finland kan fornærmede med letthet oppnå partsstilling i den offentlige straffesaken. Det skulle gå mange år før jeg fant ut det, da jeg selv gikk i gang med å forske.

6 I Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, Fagbokforlaget 2019, er «borgerlige krav» svært knapt behandlet, se s. 64–65.

7 NOU 2016: 24 *Ny straffeprosesslov* foreslo å avskaffe private straffesaker. I Anne Robberstad, «Partsprosessen og fornærmede», *Tidsskrift for Strafferett*, 2017 s. 311–328, pkt. 11, argumenterte jeg for at de fortsatt er en viktig sikkerhetsventil mot påtalemyndighetens feil (høringsuttalelsen ligger på min hjemmeside, <https://www.jus.uio.no/ior/personer/vit/annero/>). Men de ble avskaffet ved lov av 18.6.2021 nr. 122.

8 Johs. Andenæs, *Straffeprosessen i første instans*, Universitetsforlaget 1962, 2. opplag 1971, s. 76.

9 Jf. inndelingen i Anne Robberstad, *Bistandsadvokaten*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2014, s. 84, i kap. 4.6 «Tre forskjellige slags rettigheter», se nedenfor i punkt 10.7.

10.3 Fornærmedes partsstatus og kvinneperspektivet

Fornærmede er ikke part i *norske* straffesaker, det kan du lese i læreboken den dag i dag.¹⁰ Utvalget som har foreslått en helt ny straffeprosesslov, vil at ofrene heller ikke skal få bli parter i fremtiden.¹¹ Straffesaken ses som et anliggende bare mellom staten ved påtalemyndigheten og den tiltalte. Dette ble godt kjent for offentligheten gjennom «Hemsedalsaken» i 2016, se nærmere i punkt 10.8 nedenfor.

Men fornærmede må da være part i saken, det er jo fornærmede og tiltalte som saken gjelder? Ordet fornærmede kommer av «den som er trådt for nærme». Det defineres i teori og praksis som «innehaver av en slik interesse som vedkommende straffebud er ment å beskytte».¹² Da skulle man tro at fornærmede i høy grad er part i straffesaken. Den handler jo om en påstått krenkelse av fornærmedes interesser. Slik er det i alle saker der det finnes en privat fornærmet, for eksempel voldtektssaker.

Straffeprosesslovens partsbegrep er imidlertid annerledes utformet. Se på Lovdatas innholdsfortegnelse til straffeprosessloven av 1981 (strpl.). Lovens annen del heter Partene, og der finner vi Fornærmede og etterlatte i kapittel 8 a. Notene viser at dette kapitlet ble tilføyd ved lov av 7. mars 2008, som var den store fornærmede-reformen i norsk rett (se punkt 10.6). Men det var slett ikke meningen å gjøre fornærmede til part; Fornærmedeutvalget som snekret denne reformen, tok uttrykkelig avstand fra det.¹³ Så når loven for eksempel i § 38 siste ledd bruker ordet «partene», er fornærmede ikke inkludert i dette. Loven har et ambivalent forhold til de fornærmedes stilling, de står altså under Partene i annen del, men er ikke med når de andre paragrafene bruker ordet part.

10 Øyen 2019, s. 123. Johs. Andenæs og Tor-Geir Myhrer, *Norsk straffeprosess*, Universitetsforlaget 2009, s. 83–84 er mer nyansert, idet Tor-Geir Myhrer har endret Andenæs' lærebok. Her opplyses det også om svensk rett.

11 NOU 2016: 24 *Ny straffeprosesslov*, se kap. 10.3.1.

12 Anne Robberstad, *Mellom tvekamp og inkvisisjon. Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling*, Universitetsforlaget 1999, s. 193 og 202–205. Jf. NOU 2016: 24 *Ny straffeprosesslov*, s. 225.

13 NOU 2006: 10 *Fornærmede i straffeprosessen – nytt perspektiv og nye rettigheter*, kap. 8.1 og 8.8.

Men er partsstatus så mye å trakte etter? Hva betyr det egentlig å være part i en rettssak?¹⁴ Det innebærer å ha fullverdige deltagerrettigheter, som er muligheter for å gjøre seg gjeldende. Når du har formell partsstatus, har du rett til å bli informert, delta, øve innflytelse på avgjørelser som tas og kreve overprøving av dem. Det betyr, teknisk sett, at du er inkludert alle steder der loven bruker ordet «part», for eksempel i strpl. § 18 om rettsboken og § 117 om å få høre statshemmeligheter. I situasjoner som ikke er regulert i loven, vil man forutsette at den som er part, har partsrettigheter, det vil si deltagerrettigheter. I en rettssak vil det alltid oppstå situasjoner som loven er taus om. Da er partene «innenfor», mens fornærmede er «utenfor».

Hva har dette med kjønn å gjøre? Tilsynelatende er partsstatus i straffesaker et kjønnsnøytralt, juridisk-teknisk tema. Men, som på mange andre rettsområder, er virkeligheten mer kjønnnet enn det reglene er.

Jeg var i mange år advokat for fornærmede i «sedelighetssaker», som det het før. Klientene var voksne kvinner, unge kvinner og barn av begge kjønn, flest jenter. At klientene stort sett var av hunkjønn, samsvarer med det en kan lese ut av kriminalstatistikken om ofrene for seksuallovbrudd.¹⁵ De mistenkte var nesten alltid av hankjønn. Dette er et sterkt kjønnnet område, kvinner står mot menn. Eller menn mot kvinner og barn, hvis en ser på selve overgrepet. Sett fra et praktisk ståsted, er det vanskelig å ikke se disse sakene i et kvinneperspektiv. Men lovreglene er kjønnsnøytrale.

Voldtektsofre og barn fikk i 1981 rett til bistandsadvokat betalt av staten.¹⁶ De fikk derfor for første gang mulighet til å få en profesjonell hjelper i møtet med straffesaksapparatet. Og juristene fikk et grunnlag for å analysere dette systemet fra ofrenes synsvinkel, noe som ikke hadde skjedd før. På denne tiden startet jeg min advokatvirksomhet.

14 I Robberstad 1999, kap. 18, gjennomgår jeg fire ulike partsbegreper og betydningen av formell partsstatus.

15 De fleste volds ofre er imidlertid menn. For begge deler, se Ragnhild Hennums kapittel «Kjønn og straffeapparatet: særlig om voldslovbrudd» i denne boken.

16 Om grunnene til lovendringen, se Anne Robberstad, *Bistandsadvokaten*, 1. utgave, Universitetsforlaget 1994, s. 15–24. Der fremgår det at bakgrunnen var en italiensk film som ble sendt på NRK i 1980, «Voldtektssaken».

10.4 Topartsprosessen

Erfaringen som bistandsadvokat viste meg at fornærmede hadde svært få formelle rettigheter, bortsett fra hvis hun fremsatte erstatningskravet på en helt bestemt måte (se punkt 10.7 nedenfor). Og selv da ville de fleste dommere jeg støtte på, ikke respektere de formelle rettighetene som fulgte av loven.

Oppdratt som jeg var til å tenke at dommere skal følge loven, grublet jeg over dette. Hva var det med dette systemet som gjorde at selv lovfestede rettigheter ikke ble anerkjent i praksis? Denne undringen førte meg tilbake til universitetet for å finne svar. Hva slags tenkning var det som automatisk ekskluderte fornærmede fra deltagelse i sin egen sak?

Svaret viste seg å ligge i den partsprosessen som ble innført i Norge, og mange andre europeiske land, på 1800-tallet. Egentlig enda tidligere: En av våre mange prosesslovkommisjoner anslo at det offentlige som regel sto for straffeforfølgningen fra ca. 1750.¹⁷ Tidligere ble straffesaker forfulgt av fornærmede på egen bekostning, mot refusjon i boten eller den skyldiges formue. Denne ordningen fremgikk av Norske Lov fra 1687. Sakens to parter var altså fornærmede mot den anklagede. Offentlig påtaleplikt ble innført særlig for å sørge for at straffebestemmelsene ble håndhevet, i de mange tilfelle der fornærmede på egen hånd ikke hadde råd til dette. Manglende håndhevelse ble antatt å ha innvirkning på omfanget av kriminaliteten, for eksempel de mange tyveriene.¹⁸ Etter hvert mente man også at det offentlige hadde ansvar for å forebygge lovbrudd.

Konstruksjonen av den topartsprosessen vi har i dag, skjedde på følgende vis, etter tysk mønster: Staten kan ikke utøve sin «strafferett» etter eget forgodtbefinnende, men må overlate dette til en domstol, som må være uavhengig av staten og upartisk treffe sine avgjørelser. Dette forutsetter at staten gis partsstilling i saken. Fordi staten har partsstilling, må også den siktede gis en likeverdig partsstilling. Stortingets jurykomisjon skrev faktisk denne begrunnelsen rett av fra en tysk lærebok i straffeprosess.¹⁹

17 Robberstad 1999, s. 71 og 100 om Prosesslovkommisjonen av 1853.

18 Ibid. s. 74 flg.

19 Ibid. s. 165–170 og 17. Det følgende er også hentet fra denne boken.

Man tenkte i et bestemt skjema, formet som en trekant. Mellom de to partene som står foran dommeren, skulle det være *Waffengleichheit*, våpenlikhet. Figuren *equality of arms* oppsto altså ikke hos håndhevingsorganene for EMK på 1960-tallet, men lenge før.

Denne konstruksjonen er selvfølgelig urealistisk, for det kan ikke bli reell likevekt mellom staten og den siktede. For å bøte på det, innførte man *favor defensionis*, fordeler for forsvaret. Det strakk jo ikke til for likevekt, men «balanseillusjonen», illusjonen om balanse mellom staten og den anklagede, lever likevel videre. I en slik modell er det selvsagt ikke plass for fornærmede som en tredje part, som vil forrykke balansen.

Denne tenkningen lå bak vår første moderne straffeprosesslov, den fra 1887 («juryloven») og dagens lov fra 1981, som ligner mye på den gamle loven, selv om juryen nå er fjernet.

Advokatforeningen uttalte seg imot bistandsadvokatordningen i 1981.²⁰ En kunne tro at en fagforening for advokater ville være tilhenger av at flere fikk gratis advokathjelp. Slik kan en ikke slutte når det gjelder den norske Advokatforeningen. Det var ikke behov for ordningen, mente man, og den ville svekke rettssikkerheten for siktede. Man ville få en «to mot én»-situasjon under hovedforhandlingen. Foreningen kom også med påstander om at voldtektsanmeldelser kunne være ledd i økonomisk utpressing eller forsøk på «å skjule frivillig, løssluppen seksuell utfoldelse». Dette var forsvarernes erfaring, hevdet foreningen.

Forsvarerne i Advokatforeningen kjente nok ikke til historien om innføring av partsprosessen på 1800-tallet, men selve modellen satt som en ryggmargsrefleks i dem: «To mot én er urettferdig!» Slik tenker man om idrettskonkurranser, så hvorfor skal ikke dette gjelde også innen rettsvesenet? Svaret er selvfølgelig at en straffesak hverken er eller bør ligne på en konkurranse. Den skal være en alvorlig undersøkelse av hva som er sant.

20 I høringsrunden gikk Advokatforeningen, som den eneste av de 41 som uttalte seg, imot å innføre advokat for fornærmede. Se Robberstad 1994, s. 18–20, som jeg bygger på her.

10.5 De privilegerte: de ærekrenkede

Hva har *ærekrenkelser* med denne saken å gjøre? Historien viser at lovgiver gjerne brøt med toparts-modellen, når det gagnet en gruppe ofre som den mannlige eliten hadde særlig sympati for. Da var trekant-konstruksjonen ikke lenger hellig.

For den som studerer jus i dag, er det nok overraskende at ærekrenkelses-saker hadde så stor plass i pensum tidligere, både i straffeprosessen og i spesiell strafferett. Da straffeloven av 2005 trådte i kraft i 2015, var ærekrenkelser ikke lenger straffbare. Nå gir de bare grunnlag for erstatning, etter skadeserstatningsloven § 3-6 a (erstatning for ærekrenkelser).²¹

Til tross for utsagnet om at fornærmede ikke er part (se punkt 10.2), hadde Andenæs' straffeprosess en hel side med margteksten «Fornærmede som part», han siktet da til offentlige straffesaker.²² Igjen får vi vite at de viktigste sakene er ærekrenkelsessaker:

Om ærekrenkelsessaker har vi mange prosessuelle særregler, som skyldes den sterke interesse fornærmede har i sakens utfall. Det vesentlige for ham er som regel ikke å få ærekrenkeren straffet, men å bli renvasket for beskyldningen.

Da jeg, etter mange år som advokat, begynte å arbeide med min doktoravhandling om fornærmedes stilling i straffesaker, lurte jeg veldig på hvorfor ærekrenkelsessakene var så viktige for juridiske professorer (som da stort sett var menn). Andenæs' forgjenger på lærebokfronten, høyesterettsjustitiarius Emil Stang, skrev også i sin *Rettergangsmåten i straffesaker* at i ærekrenkelsessaker er fornærmedes interesser i saken «særskilt stor, det gjelder jo for ham å få oppreisning», derfor må han kunne få partsrettigheter.²³ Andenæs hadde egentlig bare skrevet av den forrige læreboken (noe vi ofte ser).²⁴

Kunne det tenkes at juridiske professorer hadde større interesse for disse sakene, fordi de som menn identifiserte seg med situasjonen som

21 Se også strl. § 320 «Forholdet til erstatningsansvar for ærekrenkelser», som, på visse snevre vilkår, begrenser erstatningsansvaret for å ha beskyldt noen for seksuallovbrudd.

22 Andenæs 1962, s. 78.

23 Emil Stang, *Rettergangsmåten i straffesaker*, 2. utgave, Tanum 1951, s. 58. Stang var høyesterettsjustitiarius fra 1946 til 1952.

24 Vi har dessverre mange lærebøker der det ikke opplyses hvilken tidligere forfatter det skrives av fra.

ærekrenket (mann)? Hvordan skulle en ellers forklare at fornærmedes interesse i sakens utfall fremheves som særlig sterk i disse tilfellene, men ikke i saker der kvinner og barn er blitt voldtatt? Dermed satte jeg i gang en jakt på hvorfor de ærekrenkede hadde så mange flere rettigheter i straffesaker enn det andre ofre hadde. Svaret får du her:

Ordnningen med særrettigheter for ærekrenkede ble innført samtidig med vedtagelsen av straffeloven av 1902, vår første moderne straffelov.²⁵ Da var det gått 12 år siden straffeprosessloven av 1887 med sin toparts-modell trådte i kraft. Bakgrunnen var et forslag i Odelstinget i 1897 fra Venstre-representanten Peder Rinde, som var opptatt av at den politiske debatten utartet med grove beskyldninger mot meningsmotstandere. Han beskrev de fornærmede slik:

Naar en Mand i dette Tilfælde eller i lignende, en offentlig Mand, Lærer, eller Kommunemand eller hvilkensomhelst offentlig Mand bliver injurieret i Pressen [...].

De fire henvisningene til en «mand» etterlater ingen tvil om hvilket kjønn de fornærmede tilhørte. Og det eneste konkrete eksemplet Rinde ga på injuriens innhold, var beskyldninger om hustrumishandling. Riksadvokat Bernhard Getz mente at ofre for tyveri, bedrageri og overfall ikke burde få rett til å skyte ut medlemmer av juryen, derimot ærekrenkede, som hadde «en ganske særlig Interesse» i sakens utfall. Departementet ga ikke bare utskytingsrett, men flesket til med fulle partsrettigheter for de ærekrenkede.

Påstanden om at de ærekrenkedes interesse i straffesaken var så mye sterkere enn hos andre kategorier av fornærmede, ble ikke begrunnet. De høye herrer må ha vært intuitivt enige om dette. Dette kan, slik jeg ser det, ikke skyldes annet enn en følelsesmessig innlevelse og sympati for denne gruppen. I Andenæs og Bratholms *Spesiell strafferett* fra 1996 utgjør emnet ærekrenkelser hele 124 sider (skrevet av Bratholm), 35 prosent av hele boken, mot 26 prosent i 1971-versjonen. I tiden mellom de to utgavene hadde professor Anders Bratholm selv stått som fornærmet i en

25 Robberstad 1999, s. 253–259, som jeg bygger på her. For kilder og detaljer vises dit.

langvarig ærekrenkelsessak, som ble avsluttet i Rt-1993-537 (politivold i Bergen).²⁶

Kontrasten til mangelen på innlevelse i sedelighetsofrenes situasjon er slående. Det er etter min mening verre å bli voldtatt enn å bli kalt uhederlig forsker, slik Bratholm ble, men professorene hadde vel ingen erfaring med det første tilfellet. Dette sier noe om betydningen av feministisk fagkritikk der også kvinners erfaringer tas med.²⁷

Denne lille rettshistorien viser at det straffeprosessuelle systemet ikke har vært fremmed for å gi partsrettigheter til en gruppe som særlig hadde lovgivers øre. Det er verdt å tenke på, når en i dag hører argumentet om at det skulle være «systemfremmed» å gi fornærmede fulle partsrettigheter i straffesaker.

10.6 Bakgrunnen for 2008-reformen

Som jeg sa i punkt 10.3, førte bistandsadvokatorordningen fra 1981 til at de fornærmede fikk en profesjonell hjelper. Men hva skulle advokatene gjøre når de var i retten? Advokaten skulle ifølge loven ivareta fornærmedes interesse og gi annen hjelp og støtte, slik det fortsatt står i straffeprosessloven § 107 c første ledd. Dette viste seg å ikke være lett. I første utgave av min lærebok for bistandsadvokater fra 1994 skrev jeg i forordet:²⁸

Min erfaring tilsier at ofrenes rettigheter er tabu i rettsalene. Å hevde dem utløser sterk motstand, endog aggresjon hos enkelte dommere. Spesielt for yngre bistandsadvokater kan det være en stor belastning å opptre i en slik sak.

Det var ikke bare dommerne som motarbeidet oss, det gjorde også forsvarerne og påtalemyndigheten. Vi var sand i maskineriet, et hår i suppa. Det hjalp ikke mye på statusen at de fleste bistandsadvokater på

26 Jf. Anders Bratholm, «Politivoldsaken i Bergen – en maratonsak om rettssikkerhet og menneskerettigheter», *Lov og Rett*, 2003 s. 179–202. Bratholm var for øvrig en av drivkreftene bak kriminalisering av uaktsom voldtekt, se hans leder i *Lov og Rett*, Anders Bratholm, «Straff for uaktsom voldtekt?», *Lov og Rett*, 1985 s. 1–2, jf. nå strl. § 294. Det har han all ære av.

27 Jf. Marit Halvorsen, «Kjønnsperspektiv på yrkesetikken», kapittel 8 i denne boken, se særlig pkt. 8.3 om *A different voice*-filosofien og pkt. 8.4, Kvinneperspektiv på retten.

28 Robberstad 1994, forordet.

1980- og 90-tallet var relativt unge kvinner. De andre aktørene var stort sett menn.²⁹

Situasjonen bedret seg med fornærmede-reformen av 2008, som ga en rekke nye rettigheter både for fornærmede selv og deres advokater.³⁰ Kritikken mot bistandsadvokatorordningen hadde økt på 1980- og 1990-tallet. Kritikken kom dels fra dem som mente at fornærmede hadde for få rettigheter, og dels fra dem som lurte på hvorfor staten skulle betale masse penger til advokater som stort sett ikke fikk gjøre noe i rettssalen. (At det er blitt så dyrt, er også et viktig tema i dag.)

Baneheia-saken i 2000 fikk stor medieoppmerksomhet og førte til dannelsen av Stine Sofies Stiftelse for voldsutsatte barn. Året etter fikk jeg i oppdrag av justisminister Hanne Harlem å lage en komparativ utredning om fornærmedes rettsstilling i de nordiske landene og å formulere forslag til lovendringer.³¹ Den ble sendt på høring. Forslagene ble, stort sett, slaktet av påtalemyndighet og dommere.³²

Deretter ble Fornærmedeutvalget oppnevnt. Utvalget kom med utredningen *Fornærmede i straffeprosessen – nytt perspektiv og nye rettigheter*, NOU 2006: 10. Et kapittel der het «Fornærmedes og etterlattes ønsker», det baserte seg både på forskning og på samtaler med enkeltindivider og organisasjoner. Endelig henvendte lovgiver seg til dem det direkte gjaldt. Utredningens forslag ble stort sett fulgt opp i proposisjonen og førte til en omfattende lovendring den 7. mars 2008. Det ble gjort endringer i 64 paragrafer i straffeprosessloven og to i domstolloven. Dette var en revolusjon av fornærmedes stilling i norsk straffeprosess. Ved siden av to-instansreformen i 1993 utgjorde dette den største strukturelle endringen siden straffeprosessloven av 1887.

29 Jeg bygger på egne advokaterfaringer og JUS-kurs for bistandsadvokater gjennom mange år. Se nå Marit Halvorsens kapittel i denne boken, punkt 8.7 om «den totale forandring i kjønnsfordeling som er skjedd de siste 40 år».

30 Reformen og de nye rettighetene er beskrevet i Robberstad 2014.

31 Utredningen het «Kontradiksjon og verdighet», se Anne Robberstad, *Kontradiksjon og verdighet. Komparativ fremstilling av fornærmedes stilling i de nordiske land, med sikte på forslag om styrking av fornærmedes rettigheter i straffeprosessen*, Justis- og politidepartementet 2002.

32 Jf. artikkel av Fornærmedeutvalgets sekretær Aina Mee Ertzeid, «Kriminalitetsofrenes stilling», *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab*, 2007 s. 339–349, på s. 340. DOI: <https://doi.org/10.7146/ntfk.v94i3.71687>.

Slik jeg ser det, fikk ordningen med bistandsadvokat et gjennombrudd i allmennhetens øyne under 22. juli-rettsaken i 2012. Noen av bistandsadvokatene var aktive både i forbindelse med rettsaken (krav om nye sakkyndige) og overfor media (kritikk av politiets opptreden). Folk flest så at bistandsadvokater kunne gjøre en forskjell.

10.7 Rettsstillingen for fornærmede og etterlatte i dag

Rettsstillingen i dag får du ikke vite veldig mye om, hvis du holder deg til pensumboken.³³ Dette er heller ikke stedet for å utpensle dette, det krever mye mer plass. En inngående behandling finnes i min bok *Bistandsadvokaten* (2014). Se også straffeprosesslovkommentaren til Keiserud med flere (2020).³⁴ Her gir jeg bare en oversikt over to slags rettigheter, straffesaksrettigheter og erstatningsrettigheter:

10.7.1 Straffesaksrettigheter

Disse består (etter 2008) dels av alminnelige rettigheter, som alle fornærmede har, og dels av rettigheter som følger av det å ha en bistandsadvokat. Merkelig nok har lovgiver valgt å gi mange rettigheter bare til dem som har bistandsadvokat, så systemet er veldig komplisert.³⁵ En svensk prosessprofessor skrev at situasjonen for fornærmede minner om en uttalelse fra *Alice in Wonderland*: «I couldn't have done it more complicated.»³⁶ Vi får dermed et A-lag av fornærmede som har bistandsadvokat og som også får utløst en rekke andre rettigheter som følge av denne oppnevningen av advokat. Disse vil normalt fremsette erstatningskrav, så de får også erstatningsrettigheter (se neste gruppe her). Straffeprosessloven § 107 a bestemmer hvem som har rett til bistandsadvokat.

33 Øyen 2019, har noen spredte opplysninger om fornærmedes rettigheter.

34 Se Erik Keiserud mfl., *Straffeprosessloven. Lovkommentar*, Universitetsforlaget 2020. Her er det oversikter, se s. 404–406, 463 og 1484–1489, se også kommentarene til de aktuelle paragrafene.

35 I Robberstad, *Bistandsadvokaten*, 2014, s. 232, stiller jeg opp seks ulike grupper av fornærmede, etterlatte og skadelidte, som har forskjellige rettigheter. Det kunne vært stilt opp enda flere kategorier.

36 Ulla Jacobsson, *Lagbok i straffeprosess*, Liber-Hermod 1996, s. 104, jf. Robberstad 1999, s. 181.

Grovt sett kan en si at straffesaksrettighetene (for «A-laget») under hovedforhandlingen består av rett til å være til stede (strpl. § 93 c), rett til å stille spørsmål (§ 107 c tredje ledd), rett til å føre bevis (§ 264 a annet ledd), rett til å kommentere bevisførselen (§ 303) og rett til sluttbemerkning (§ 304). Rett til innledningsforedrag, prosedyre og ankerett foreligger ikke som straffesaksrettighet.

10.7.2 Erstatningsrettigheter

Fornærmede kan oppnå partsstilling i straffesaken i dag, dersom hun eller han fremsetter erstatningskrav (eller annet sivilt krav, strpl. § 3). Helt siden straffeprosessloven av 1887 har fornærmede hatt mulighet til «å slutte seg til den offentlige forfølgningen» med sitt erstatningskrav. Denne muligheten ville Straffeprosessutvalget fjerne.³⁷ Utvalget fikk medhold ved en lovendring av 18.6.2021 nr. 122, som i skrivende stund ikke er trådt i kraft.

Denne ordningen fremgår inntil videre av strpl. § 428, jf. § 404 og § 409, som gir fornærmede de samme partsrettigheter som en saksøker i en privat straffesak. Ved fornærmede-reformen i 2008 ble denne fremgangsmåten gjort obligatorisk, se § 428 første ledd: «Er det oppnevnt bistandsadvokat, skal kravet alltid fremmes etter bestemmelsen her.» Også fornærmede uten bistandsadvokat kan fremsette erstatningskrav på denne måten, men det er vanskelig å gjøre bruk av rettighetene uten advokat.

Denne «tilslutning til den offentlige forfølgningen» (§ 404) gjelder strengt tatt bare det som har med erstatningskravet å gjøre, men i praksis blir det liten forskjell på behandlingen av dette og behandlingen av «statens straffekrav» under hovedforhandlingen. Da har fornærmede, også med støtte av Andenæs' straffeprosess, fulle partsrettigheter.³⁸ Problemet er at lovens henvisningsrekke er vanskelig å forstå og

37 NOU 2016: 24 *Ny straffeprosesslov*, s. 503–504, kommentert av meg i Anne Robberstad, «Partsprosessen og fornærmede», *Tidsskrift for Strafferett*, 2017 s. 311–328, på s. 316–320.

38 Se Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess. Bind II*, Universitetsforlaget 1994, s. 237–240. Her har denne boken vært til god hjelp. Se også Andenæs og Myhrer, *Norsk straffeprosess*, 2009, kap. 75 «Sivile krav».

praktisere.³⁹ Partsrettighetene står i loven, men på en slik måte at de er lite synlige. Dommere flest er, ut fra min erfaring, lite kjent med denne delen av loven.⁴⁰

Alt i alt har fornærmede gode muligheter for å gjøre seg gjeldende i straffesaker i dag, hvis bistandsadvokaten kjenner reglene og vet å bruke dem. Det krever stor innsats å sette seg inn i reglene, men det er en advokatetisk plikt å gjøre det.

10.8 Fortsatt topartsprosess?

Men fornærmede er fortsatt ikke fullverdig part i straffesaken. Derfor er reglene veldig kompliserte.

Et eksempel på den manglende partsstillingen så vi i «Hemsedalsaken» i 2016, der tre menn ble frifunnet for i fellesskap å ha dopet og voldtatt en 19 år gammel kvinne.⁴¹ Påtalemyndigheten hadde ikke tatt ut subsidiær tiltale for grovt uaktsom voldtekt, så dette ble ikke vurdert av domstolen.⁴² Fornærmede hadde ikke adgang til å supplere tiltalen, slik de har i Sverige.⁴³ Påtalemyndigheten anket ikke. Fornærmede hadde ikke rettslig adgang til å anke, fordi hun ikke anses som part hva gjelder straffespørsmålet.⁴⁴

Spørsmålet om å gi fornærmede partsrettigheter ble drøftet av Fornærmedeutvalget i NOU 2006: 10. Utvalget delte seg i dette spørsmålet, og flertallet ville ikke gi partsstatus:

Etter utvalgets forslag får fornærmede langt på vei tilgang på de prosessuelle rettigheter som er etterlyst. Det har da mindre praktisk betydning om fornærmede

39 Straffeprosessutvalget har ikke forstått den, se henvisningene i note 37 her.

40 Det kan virke som om de ikke har lest sin Andenæs. Eller bare den del av boken som sa at fornærmede ikke er part, jf. ovenfor i punkt 10.2 og 10.3.

41 Borgarting lagmannsretts dom er i LB-2015-85818.

42 Retten er ikke bundet av påtalemyndighetens påstand, strpl. § 38, men i praksis vil retten sjelden prøve bestemmelser som påtalemyndigheten ikke har påberopt.

43 Jf. Claes Borgström, *Advokaten i brottmålsprosessen*, Norstedts juridik 2011, s. 169–170, om at målsågangdebitrådet alltid bør overveie om tiltalen bør justeres.

44 Advokat John Christian Elden laget et utkast til hvordan en anke fra påtalemyndigheten kunne vært, se: VG ved Hege Wakkenius, «John Christian Elden: Slik kunne en anke i Hemsedal-saken sett ut» (09.08.2016). <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/62Qmz/john-christian-elden-slik-kunne-en-anke-i-hemsedal-saken-sett-ut>.

er 'part' i formell forstand. Det er imidlertid av prinsipielle grunner viktig å holde fast ved at fornærmede ikke er en av straffesakens parter [...].

Disse prinsipielle grunnene var følgende: Det er «statens straffekrav» som skal avgjøres, straffeforfølgningen bør være objektiv, og det er påtalemyndigheten som må bestemme over saken og prosedere skyldspørsmålet.⁴⁵

Dette kan jeg være enig i, som et utgangspunkt. Ingen mener at vi nå skal gå tilbake til ordningen fra tidlig 1700-tall med at det er fornærmede selv som bærer byrden med å drive straffesakene. Men ingen av disse hensynene er, etter mitt skjønn, noe argument mot å gi fornærmede en formell stilling som part.

Å være part i en rettssak innebærer som nevnt at du har deltagerrettigheter. Sitatet ovenfor viser at fornærmede allerede har fått mange av disse rettighetene, da utvalgets forslag ble vedtatt i 2008. Det som gjenstår, er blant annet en subsidiær ankerett og mulighet til å formulere en justering av tiltalen, slik Hemsedalsaken demonstrerte at det er behov for. Dette er tydeligvis en kamp om symboler. En vil på død og liv tviholde på en konstruksjon som ble skapt i Tyskland på 1800-tallet, og som tyskerne selv har gått bort fra.⁴⁶

Vi fikk for fem år siden et forslag til en helt ny straffeprosesslov, avgitt av et utvalg ledet av en førstestatsadvokat. Dette Straffeprosessutvalget, som foreslo en rekke svekkelser av fornærmedes og etterlattes stilling, ville heller ikke gi partsstatus for straffespørsmålet.⁴⁷ Utvalget gjentar argumentene fra flertallet i Fornærmedeutvalget. I tillegg spekuleres det i at partsstilling kan være til ulempe for fornærmede, det antydes at de da vil få en dårligere behandling.⁴⁸ Den er velkjent, denne bekymringen for at rettigheter vil være til skade for dem som får dem. Det ble i sin tid

45 NOU 2006: 10 s. 131–132 og 126–127.

46 Se Robberstad 1999, s. 164, 326–328 og 374–376.

47 Se NOU 2016: 24 *Ny straffeprosesslov*, kap. 10.3.1. Min høringsuttalelse til utvalgets forslag ligger på min hjemmeside på UiO, <https://www.jus.uio.no/ior/personer/vit/annero/>. Trykt som Anne Robberstad, «Partsprosessen og fornærmede», *Tidsskrift for Strafferett*, 2017 s. 311–328.

48 NOU 2016: 24 *Ny straffeprosesslov*, s. 227. Se Hildur Fjóra Antonsdóttir, «Empowered or protected? The 'problem' of complainants' rights in Danish and Norwegian preparatory works on criminal procedure», i Marie Bruvik Heinskou mfl. (red.), *Rape in the Nordic Countries. Continuity and Change*, Routledge 2019, s. 137–154, på s. 147–149, om at dette argumentet har vært fremtredende i Danmark, som ikke vil gi fornærmede rettigheter i straffesaken. (Da hjelper det lite med en «samtykkelov»!)

også anført mot at kvinner skulle få stemmerett og at kvinner skulle få hoppe på ski.

10.9 Kvinnebevegelsen som pådriver

I vestlige land kom bevegelser i gang på 1970-tallet som kritiserte rettsvesenets behandling av ofrene for forbrytelser, særlig i saker om voldtekt og drap på barn. På 1990-tallet foregikk en kraftig oppblomstring av bevegelser for styrking av ofrenes rettigheter. Bevegelsene satte spor i rettsvitenskapen, først i USA. Og det ble vedtatt lover som skulle styrke ofrenes stilling. Den danske og den norske bistandsadvokatorordningen er noen av disse lovene. Tyskland fikk i 1986 sin *Opferschutzgesetz*, som utvidet en hundre år gammel ordning som ga fornærmede rett til å opptre som anklager ved siden av påtalemyndigheten, som *Nebenkläger*.⁴⁹

Kvinnebevegelsens insistering på at det måtte gjøres noe med voldtektssakene, førte altså til en rekke reformer. Først og fremst til gode for visse offergrupper, senere for flere.⁵⁰ Denne bevegelsen var spydspissen for å få styrket ofrenes rettigheter. Men reformene kom alle til gode, ikke bare kvinner og barn.

Historien er også et eksempel at kjønnsperspektivet er for snevert til å gripe hele virkeligheten. Da jeg startet arbeidet med min doktoravhandling, var jeg bare opptatt av at fornærmedes stilling i rettsvesenet var så dårlig. Jeg var opprørt over behandlingen av sedelighetsofrene, i litteraturen, men særlig i rettslivet. Ganske fort ble jeg klar over at ofrenes stilling hadde sammenheng med selve måten prosesssystemet var utformet på i straffesaker. Undertittelen på min bok *Mellom tvekamp og inkvisisjon* ble derfor «Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling». Kvinneperspektivet var altså min inngangsport, men resultatet ble et helt annet perspektiv.

49 Robberstad 1999, s. 20–24. Når jeg sier «vestlige» land er det ikke for å utelukke andre land, men fordi jeg ikke har undersøkt disse.

50 Ordningen er stadig blitt utvidet, se nå strpl. § 107 a om hvem som kan få bistandsadvokat.

Litteratur

- Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. Akademisk forlag, 1956.
- Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. Universitetsforlaget, 1974.
- Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess. Bind II*. Universitetsforlaget, 1994.
- Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett*. Universitetsforlaget, 1971.
- Andenæs, Johs. *Straffeprosessen i første instans*. Universitetsforlaget, 1962.
- Andenæs, Johs. og Anders Bratholm. *Spesiell strafferett*. Universitetsforlaget, 1996.
- Andenæs, Johs. og Tor-Geir Myhrer. *Norsk straffeprosess*. Universitetsforlaget, 2009.
- Antonsdóttir, Hildur Fjóra. «Empowered or protected? The ‘problem’ of complainants’ rights in Danish and Norwegian preparatory works on criminal procedure». I *Rape in the Nordic Countries. Continuity and Change*. Marie Bruvik Heinskou mfl. red., Routledge, 2019, s. 137–154.
- Borgström, Claes. *Advokaten i brottmålsprosessen*. Norstedts juridik, 2011.
- Bratholm, Anders. «Politivoldsaken i Bergen – en maratonsak om rettsikkerhet og menneskerettigheter». *Lov og Rett* (2003) s. 179–202.
- Bratholm, Anders. «Straff for uaktsom voldtekt?». *Lov og Rett* (1985) s. 1–2.
- Jacobsson, Ulla. *Lagbok i straffprocess*. Liber-Hermød, 1996.
- Keiserud, Erik mfl. *Straffeprosessloven. Lovkommentar*. Universitetsforlaget, 2020.
- NOU 2006: 10 *Fornærmede i straffeprosessen – nytt perspektiv og nye rettigheter*.
- NOU 2016: 24 *Ny straffeprosesslov*.
- Robberstad, Anne. *Bistandsadvokaten*. 3. utgave. Universitetsforlaget, 2014.
- Robberstad, Anne. *Kontradiksjon og verdighet. Komparativ fremstilling av fornærmedes stilling i de nordiske land, med sikte på forslag om styrking av fornærmedes rettigheter i straffeprosessen*. Justis- og politidepartementet, 2002.
- Robberstad, Anne. *Mellom tvekamp og inkvisisjon. Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling*. Universitetsforlaget, 1999.
- Robberstad, Anne. «Partsprosessen og fornærmede». *Tidsskrift for Strafferett* (2017) s. 311–328.
- Stang, Emil. *Rettergangsmåten i straffesaker*. 2. utgave. Tanum, 1951.
- Sundby, Nils Kristian. «Strafferetten og dens begrensninger». *Lov og Rett* (1976).
- VG ved Hege Wakkenius. «John Christian Elden: Slik kunne en anke i Hemsedal-saken sett ut» (09.08.2016). <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/62Qmz/john-christian-elden-slik-kunne-en-anke-i-hemsedal-saken-sett-ut>.
- Øyen, Ørnulf. *Straffeprosess*. Fagbokforlaget, 2019.

Juridisk rådgivning for alle kvinner – et praksisbasert kvinneperspektiv

Bjørk Gudmundsdottir Jonassen

11.1 Juridisk rådgivning for kvinner – rettshjelp av kvinner, for kvinner

Juridisk rådgivning for kvinner (JURK) er et studentdrevent rettshjelp-tiltak som gir juridisk veiledning og bistand til kvinner som ikke har råd til advokat. JURKs erfaring er at kvinner kommer dårligere ut av konfliktsituasjoner enn menn på flere områder. En av grunnene til dette, er at det ved utformingen av nye rettsregler sjelden tas hensyn til at kvinners livsløp og levekår på mange områder skiller seg fra menns.¹ En annen viktig erfaring er at rettsreglene ofte ikke tar i betraktning forskjeller mellom ulike grupper kvinner.²

Fra 1970-tallet av har myndighetene hatt en bevisst politikk om at kjønnslikestilling skal oppnås gjennom kjønnsnøytral lovgivning.³ Det

1 Anne Hellum, «Kvinnerettslige utviklingslinjer: Forståelser av kvinner, kjønn og rett – nedenfra og ovenfra», *Tidsskrift for kjønnsforskning*, 2012, s. 131–148 (s. 134). DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN1891-1781-2012-02-05>.

2 Se nærmere i punkt 11.4.2 i dette kapitlet.

3 Tove Stang Dahl, «Hvorfor kvinnerett?», i Tove Stang Dahl (red.), *Kvinnerett I*, Universitetsforlaget 1985, s. 15–28, se særlig s. 15; Regjeringen, «Norway's tenth report to the UN Committee on Elimination of Discrimination against Women (CEDAW)». UN Doc. CEDAW/C/NOR/10 (01.07.2021) s. 2.; Regjeringen, «Norway's Ninth Periodic Report on Implementation of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (2011–2015)» UN Doc. CEDAW/c/NOR/9 (03.02.2016) s. 3.

betyr at lovgivningen gjelder likt uten hensyn til den enkelte persons kjønn.⁴ Lovgivningen baserer seg likevel ofte på situasjoner der det er mannens livsløp som ligger til grunn.⁵ Dette medfører at lover kan ha ulik virkning for kvinner og menn, og for ulike grupper kvinner.

For å kunne bedre kvinners rettsstilling, er det avgjørende med kunnskap om hvordan gjeldende rett påvirker kvinners liv, og det er nødvendig å utforme rettsregler i lys av kvinners erfaringer og interesser.⁶ Det er dette JURK søker å gjøre. JURK kombinerer individuell assistanse med undersøkelse av hvilke rettslige og faktiske konsekvenser det norske rettsystemet har på ulike grupper av kvinner.

Formålet med dette kapittelet er å vise hvordan JURK utgjør en praktisk tilnærming til faget kvinnerett, som har som formål å beskrive, forstå og forandre kvinners stilling i retten og samfunnet. Et sentralt tema er hvordan kontinuerlig innhenting av konkrete enkeltsaker har ført til ny kunnskap om hvordan eksisterende og manglende rettsregler har utilsiktede følger for ulike grupper kvinner. Kapittelet viser særlig hvordan JURKs praksisbaserte kvinneperspektiv har bidratt til økt forståelse av likheter og forskjeller mellom ulike grupper kvinner, i retten og samfunnet.⁷

Kapittelet tar utgangspunkt i JURKs nesten 50 år lange virksomhet. Utvalgte eksempler viser at noen typer rettslige problemstillinger er felles for «alle» kvinner, mens andre rettslige problemer eller utfordringer rammer forskjellige grupper kvinner i ulik grad, og knytter seg til samspillet mellom kjønn og andre identitetsmarkører.

Kapittelet har 4 deler. I punkt 11.2 beskrives JURKs historiske utvikling, arbeidsmetoder og teoretiske grunnlag. I punkt 11.3 gis informasjon om *hvem* det er som kontakter JURK. I punkt 11.4 redegjøres det for konkrete problemstillinger med utgangspunkt i ulike kvinnegrupper.

4 Ingunn Ikdahl, «Om kvinnerett og kjønnsperspektiv i rettsvitenskapen», i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019, s. 659–682.

5 Tove Stang Dahl, *Pene piker haiker ikke. Artikler om kvinnerett, strafferett og velferdsstat*, Universitetsforlaget 1994, s. 14; Hellum 2012, s. 134.

6 Dahl 1994, s. 33.

7 Hellum 2012, s. 132–133.

11.2 Kunnskap gjennom et praktisk kvinneperspektiv

11.2.1 Opprettelsen av JURK

JURK er i dag ett av fire studentdrevne rettshjelpstiltak i Norge, og drives av jusstudenter i samarbeid med daglig leder og fagrådgiver som begge er jurister. JURK var lenge basert på et prinsipp om rettshjelp *fra* kvinnelige studenter *til* kvinner, men i dag jobber også mannlige jusstudenter i JURK.⁸ Ett års arbeid i JURK gir jusstudentene 30 studiepoeng fra UiO og UiB.⁹ Viktigst er at jusstudentene får erfaring om lover og regler i praksis, og inngående kunnskap om hvordan lover og regler påvirker ulike grupper kvinner. JURK bruker også denne kunnskapen til å bidra i undervisningen av ulike fag ved UiO, blant annet ved å lage praksisoppgaver.¹⁰

JURK ble opprettet på Universitetet i Oslo, av kvinnelige lærere og jusstudenter i 1974. Grunnleggerne hadde tilknytning til Kvinnesaksgruppa ved Det juridiske fakultet, som hadde startet opp bare to år tidligere.¹¹ Bakgrunnen for opprettelsen var at det ikke eksisterte juridisk forskning om hvordan retten påvirket kvinners stilling på ulike rettsområder. Flere kvinnelige studenter og lærere mente også at det var stor mangel på kunnskap om hvilke juridiske problemstillingene kvinner møtte.¹²

I tillegg hadde grunnleggerne av JURK en hypotese om at kvinner i det norske samfunnet hadde liten kunnskap om egne rettigheter.¹³ Som det står skrevet i den første årsrapporten fra 1974, var dette basert på at «kvinnens ofte isolerte tilværelse og den tradisjonelle oppfatning av at

8 Ine Marie Ausland, «Kvinnekamp gjennom aktiv rettshjelp: Juridisk rådgivning for kvinner», *Kvinnerettslig skriftserie*, nr. 94, 2013, se s. 25. Tilgjengelig på <https://www.jus.uio.no/ior/forskning/omrader/kvinnerett/publikasjoner/skriftserien/dokumenter/nr-94-ina-marie-ausland.pdf>.

9 Universitetet i Oslo (UiO). «JUS5011 – Praksis i Juridisk rådgivning for kvinner, JURK» (u.å); Universitetet i Bergen (UiB). «Rettsjelp – valemne» (u.å). <https://www.uib.no/emne/JUS325> hentet 07.12.2021.

10 Rikke Vittersten og Anne Hellum, «Rapport fra praktikum med JURK i diskriminerings- og likestillingrett», *Kvinnerettslig skriftserie*, nr. 108, 2020. Tilgjengelig på: <https://www.jus.uio.no/ior/forskning/omrader/kvinnerett/publikasjoner/skriftserien/kvinnerettslig-skriftserie-nr.-108-2020---rapport-.html>.

11 Ausland 2013, s. 19.

12 Ibid. s. 21.

13 Dahl 1985, s. 26.

det er mennene som ordner opp i problemer av juridisk art» førte til «at kvinnene i enda større grad manglet kunnskaper om sine rettigheter og hvordan de skulle få løst sine rettslige problemer».¹⁴ Virksomheten til JURK ble dermed bygget på en idé om at rettighetsinformasjon og tilgang på rettshjelp har betydning for å fremme likestillingen og forhindre kvinneundertrykkelse.¹⁵

Fra dette vokste det fram flere grunnleggende målsettinger med JURKS virksomhet:¹⁶

- Gi jusstudenter praktisk opplæring i kvinners rettigheter
- Gi kvinner rettighetsinformasjon og råd i enkeltsaker
- Undersøke rettshjelpsbehovet blant kvinner
- Få empirisk grunnlag for å analysere forholdet mellom kvinner, kjønn og rett på ulike retts- og livsområder
- Få gjennomslag for politiske endringer som var nødvendige for å oppnå reell likestilling¹⁷

Målsettingene baserte seg på et feministisk perspektiv hvor utgangspunkt tas i kvinners egne erfaringer.¹⁸ JURKs organisering og arbeidsmetoder i dag har blitt utviklet fra disse målsettingene.¹⁹ Ved å tilby kvinner rettighetsinformasjon og rettshjelp, får JURK informasjon om kvinners virkelighet og hvordan lovverket virker i praksis. Dette gir JURK kunnskap om hvilke innvirkninger rettsreglene har på kvinnes liv

14 Alice Kjellevoid, «Årsrapport 1974 – Fri rettshjelp for kvinner», 1974, <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-1974.pdf>.

15 Kjellevoid 1974; Tina Storsletten Nordstrøm, «Rettighetsinformasjon og rettshjelp», i Eva-Maria Svensson mfl. (red.), *På vei – Kjønn og rett i Norden*, Makadam 2011, s. 94–114 (s. 97).

16 Kjellevoid 1974, s. 1; Ausland 2013, s. 24.

17 Torill Myhren og Margaret Hagevik, «Årsrapport – Juridisk rådgivning for kvinner», 1976, <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-1976.pdf>, s. 2.

18 Fokuset på kvinners konkrete erfaringer har likhetstrekk med den feministiske organisasjonen Nyfeministene som vokste fram på 1970-tallet. Se Siri Nørve, «Flat organisering – nyfeministene, lesbisk bevegelse og Kvinnehuset» (09.05.2007). <https://kjonnsforskning.no/nb/siri-norve-flat-organisering-nyfeministene-lesbisk-bevegelse-og-kvinnehuset> hentet 08.12.2021.

19 Ausland 2013, s. 22.

og hvilke problemer som ikke fanges opp av regelverket.²⁰ På denne måten fungerer også JURK som retts sosiologisk aksjonsforskning med kvinneperspektiv.²¹

11.2.2 Aksjonsforskning med kvinneperspektiv

Aksjonsforskning er en metode der erfaringer fra (i dette tilfellet) konkret rettshjelp kombineres med forskning.²² Formålet med aksjonsforskning er å koble sammen rådgivningsarbeid og teori, for å finne praktiske løsninger og bidra til endring i samfunnet.²³

Et kjennetegn ved aksjonsforskning er at forskningssubjektet involveres aktivt i å utvikle kunnskap sammen med forskeren. Den som har et problem som det forskes på, skal forstå seg som eier av prosjektet og saken.²⁴ Dette kommer til uttrykk blant annet ved at JURK er ment som et tiltak som skal støtte kvinnene i *deres* kamp for likestilling.²⁵ Gjennom rettighetsinformasjon får kvinnene kunnskap om egne rettigheter og verktøy til å selv bedre sin stilling. Ved å ta utgangspunkt i ulike kvinners egne erfaringer, utgjør JURKs arbeid en feministisk aksjonsforskning der målet er å produsere ny kunnskap om kvinners rettslige stilling på ulike rettsområder, og samtidig undersøke hvilke konsekvenser et kjønnsnøytralt lovverk får for ulike grupper av kvinner.²⁶ Erfaringene JURK får gjennom arbeidet med konkrete saker, om problemer kvinner kan møte på gjennom et livsløp, brukes i JURKs arbeid med rettspåvirkning.²⁷

20 Kjellevold 1974, s. 2.

21 Morten Levin, «Aksjonsforskning som forskning – epistemologiske og metodiske utfordringer», i Sigrid Gjøtterud mfl. (red.), *Aksjonsforskning i Norge. Teoretisk og empirisk mangfold*, Cappelen Damm Akademisk 2017, s. 27–44. DOI: <https://doi.org/10.23865/noasp.17>; Nina Amble, Ellen Møller og Inger Vagle, «Feministisk aksjonsforskning i det yrkesfaglige feltet», i Gjøtterud mfl. 2017, s. 315–335 (s. 319). DOI: <https://doi.org/10.23865/noasp.17>; Nordstrøm 2011, s. 96.

22 Anne Karin Storhaug, «Introduksjon – Rettshjelpstiltak og kvinner i jussen», i Anne Karin Storhaug (red.), *Festskrift JURKs 25 års jubileum. Kvinnerett – før og nå. Betydningen av rettshjelpstiltak. Rettspolitisk arbeid*, Juridisk rådgivning for kvinner 1999, s. 88–90 (s. 88).

23 Levin 2017, s. 35.

24 Amble mfl. 2017, s. 315–335.

25 Gunhild Buestad, Eva Haugen og Wenche Kverneland, «Årsrapport 1978 – Juridisk rådgivning for kvinner», 1979, <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-1978.pdf>, s. 3.

26 Ausland 2013, s. 24.

27 Amble mfl. 2017, s. 319.

JURK har som formål å påvirke lovgiverne til å lage lover som styrker kvinners rettsstilling, eller endre de lovene som svekker kvinners rettsstilling. Kunnskapen skal kunne brukes aktivt til å løfte saker i samfunnsdebatten, samtidig som den kan tilbys når en politisk sak oppstår.²⁸

I det videre skal de ulike stegene i aksjonsforskningsprosjektet gjennomgå. Disse består av JURKs ulike arbeidsmetoder: rettighetsinformasjon, behandling av enkeltsaker og rettspolitisk arbeid.

11.2.3 JURKs arbeidsmetoder

Kvinneperspektiv på rettighetsinformasjon og oppsøkende rettshjelp

JURK tilbyr rettsinformasjon til alle som definerer seg som kvinner og som har et udekket rettshjelpbehov. Rettighetsinformasjonen gis gjennom arbeidet med konkrete saker, og i form av foredrag om ulike rettslige temaer. Sistnevnte er en del av det oppsøkende arbeidet til JURK, hvor målet er å gjøre tiltakets tilbud kjent blant kvinner, samtidig som de får en innsikt i hvilke typer saker JURK kan bistå i.

Gjennom rettighetsinformasjonsarbeidet har JURK sett at hypotesen som lå til grunn for opprettelsen av JURK i 1974, at mange kvinner mangler kjennskap til sine egne rettigheter og plikter, stemmer.²⁹ Før man kan søke hjelp for å hevde sin rett, må man ha informasjon om hvilke rettigheter man har.³⁰ Tidligere saksbehandler og fagrådgiver, Tina Storsletten Nordstrøm, formulerte det slik at «(d)et norske samfunn hviler på et grunnprinsipp om like muligheter og like rettigheter for alle borgere. Dette forutsetter at alle lag av befolkningen har kunnskap om sine rettigheter».³¹ Formålet med rettighetsinformasjon er derfor å øke kvinners kunnskap om hvilke rettigheter og plikter de har, samt hvilke prosesser de kan bruke for å faktisk få oppfylt sine rettigheter.³²

²⁸ Dahl 1994, s. 34.

²⁹ Tina Storsletten Nordstrøm, «Minoritetskvinnens rett til rettighetsinformasjon», *Kvinnerettslig skriftserie*, nr. 81, 2009, s. 4. Tilgjengelig på: https://www.jus.uio.no/ior/forskning/omrader/kvinnerett/publikasjoner/skriftserien/dokumenter/81_Nordstroem.pdf.

³⁰ Ibid. s. 14–15.

³¹ Ibid. s. 1.

³² NOU 1978: 37 *Offentlig informasjon*, s. 10.

JURKs arbeid med rettighetsinformasjon utvikles stadig gjennom utprøving, analyse og tilpasning.³³ Et eksempel på dette er hvordan Nordstrøm i sin studentavhandling, som analyserte JURKs egen virksomhet, bidro til å utvikle JURKs rettighetsinformasjonsarbeid overfor innvandrerkvinner.³⁴ Innhenting av informasjon om hva minoritetskvinner visste om sin rettsstilling, gikk hånd i hånd med analyser av hvordan JURK evnet å nå ut til minoritetskvinner med rettighetsinformasjon. På denne måten ble det utviklet en rettsformidlingsstrategi som baserte seg på innvandrerkvinnenes opplevelser av marginalisering og diskriminering. En del av strategien handler om å treffe minoritetskvinner der de er, blant annet i voksenopplæringsklasser og kvinnekafeer. JURK holder foredrag på slike arenaer for å gi minoritetskvinner en innføring i ulike norske lover og regler, slik at kvinnene selv skal bli klar over at problemene de har kan ha en juridisk løsning. Etter foredragene tar JURK imot konkrete spørsmål og saker fra tilhørerne. Dette skaper en lav terskel for å be om bistand fra JURK, samtidig som tiltaket blir gjort kjent i innvandrer miljøene.

Behandling av enkeltsaker

Hoveddelen av JURKs informasjonsinnhenting gjennomføres gjennom saksbehandling og uformelle samtaler med kvinner i forbindelse med foredrag eller kurs. Gjennom disse kanalene får JURK kunnskap om de juridiske problemene mange kvinner opplever på ulike stadier i livet.

Det er i hovedsak kvinnene selv som tar den første kontakten med JURK. Hvem som velger å oppsøke JURK er derfor i stor grad utenfor JURKs kontroll. Det samme gjelder hvilke rettslige problemstillinger de velger å fortelle om i møte med saksbehandlerne. I dag oppsøkes tiltaket av etnisk norske kvinner, kvinner med minoritetsbakgrunn, lesbiske kvinner, transkvinner, kvinner med funksjonsnedsettelse med flere. Etter hvert som mangfoldet i tilfanget til JURK har økt, har tiltaket også

33 Nordstrøm 2011, s. 95–114.

34 Nordstrøms avhandling «Minoritetskvinnens rett til rettighetsinformasjon», var en del av et større forskningsprosjekt ved Avdeling for kvinneverett om innvandrerkvinnens diskrimineringsvern, ledet av Anne Hellum. Se også Nordstrøm 2011, s. 95 og Sara Eline Grønvold, «Årsrapport 2016. Juridisk rådgivning for kvinner (JURK)», 2017, <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-2016.pdf>, s. 38.

tatt interseksjonalitet i bruk som et analyseverktøy i møte med kvinner som tilhører flere ulike grupper og deres problemstillinger.³⁵ Dette har gitt JURK innblikk i hvordan kjønn kan samspille med andre identitetsmarkører og medføre særlig sårbarhet.

Organisasjonen fungerer på denne måten som et reaktivt, eller responderende, tiltak. JURKs kunnskap er basert på empiri som kommer «nedenfra og opp». Dette påvirker (1) JURKs forståelse av kvinners liv og betydningen av kjønn, (2) hvilke rettsområder JURK fokuserer på å gi rettshjelp i, og (3) utformingen av tiltakets politiske målsettinger. På denne måten formes og utvikles aksjonsprosjektet kontinuerlig i takt med nye grupper av kvinner som kontakter organisasjonen med ønske om konkret bistand i enkeltsaker.

Analyse av kvinners rettsstilling og rettspolitisk arbeid

Etter at det empiriske datamaterialet er innhentet, bruker JURK enkeltkvinnenes erfaringer og virkelighet som verktøy for å analysere retten. Saksbehandlerne ser først på om rettsreglene som regulerer problemet, passer den faktiske situasjonen kvinnen står i. Hvis svaret er nei, kan dette være fordi lovgiver har laget en lovtekst som behandler ulike tilfeller likt, fordi ordlyden i seg selv er diskriminerende, eller fordi det ikke eksisterer en rettsregel som regulerer den aktuelle situasjonen kvinnen befinner seg i. Saksbehandlerne støter stadig på tilfeller hvor lovgiver ikke har tenkt på hvordan loven vil slå ut for ulike grupper kvinner i ulike situasjoner, eller de oppdager et lovtomt område hvor manglende regulering får negativ innvirkning på kvinners rettsstilling. JURK undersøker da hvilke endringer i regelverket, eller hvilke nye regler, som må til for å oppnå reell likestilling. Dette gir muligheten til å utvikle rettslig argumentasjon som er tilpasset ulike kvinners livsløp.³⁶

35 Se Anne Hellum, Kristin Bergtora Sandvik og May-Len Skilbrei, «Kjønn, makt og rett: samfunnsfaglige perspektiver på og i kvinneretten», kapittel 13 i denne boken; Åshild Marie Vige, «I navnet, men ikke i gavnet. Idealer om straffegjennomføring og kvinners erfaringer med å sone i norske fengsler», *Kvinnerettslig skriftserie*, nr. 102, 2018, se s. 3. Tilgjengelig på: https://www.jus.uio.no/ior/forskning/omrader/kvinnerett/publikasjoner/skriftserien/102_vige.pdf.

36 Til eksempel, se Ingunn Ikdahl «Livsløp, normer og kropp: kjønnsperspektiv på velferdsretten», kapittel 5 i denne boken.

Til slutt bunner analysene ut i JURKs rettspolitiske arbeid, hvor målet er å påvirke myndighetene til å lage nye rettsregler hvor kvinners situasjon tas høyde for. Tove Stang Dahl mente i sin tid at særlig kvinneretten bør ha et fokus på å sette nye saker på dagsorden ved å ta initiativ til handling, men også ved å tilby kunnskap når en politisk sak oppstår.³⁷ JURK deler dette synet: Tiltaket fungerer både som en kunnskapsbank som kobler seg på når relevante saker oppstår i samfunnsdebatten (som under #metoo), men tar også opp saker på eget initiativ (JURKs forslag til samboerlov).

11.3 Kvinnene som kontakter JURK

11.3.1 Et praksisbasert kvinneperspektiv

Det er i møte med enkeltkvinner og deres faktiske problemer at JURK får kunnskap om hvordan retten virker inn på ulike grupper kvinner. Det er dette som er kjernen i det praktiske kvinneperspektivet.

JURK har holdt fast ved kvinneperspektivet, både i kommunikasjonen utad og i analysene av saksmaterialet som har kommet inn til tiltaket. På dette punktet har tiltaket gått imot det som har vært tendensen i akademia, hvor det i de senere år vært en dreining bort fra kvinneperspektivet, over til en analyse av samfunnet i et kjønns- eller likestillingsperspektiv.³⁸ Bakgrunnen for skiftet har delvis stammet fra statlige organer som foretrekker «likestilling», men også fra en oppfatning av at «kjønn» bedre anerkjenner at alle kvinner er forskjellige og at kjønn er en flytende konstruksjon.³⁹

Som punkt 11.3.2 og 11.4 vil vise, har den praksisbaserte tilnærmingen til JURK vist at kvinneperspektivet godt egner seg til å analysere ulikhetene mellom ulike grupper kvinner i skjæringsfeltet mellom likestilling, diskriminering og interseksjonalitet. Det praktiske kvinneperspektiv har

37 Dahl 1994, s. 34.

38 Se for eksempel Dunja Blažević, *Jakten på et fagfelt – den skandinaviske kvinne- og kjønns-historiens fremvekst i skjæringsfeltet mellom historieforskning og kvinne- og kjønnsforskning*. Masteroppgave, Universitetet i Bergen (UiB) 2015, s. 11–12. Tilgjengelig på <https://hdl.handle.net/1956/10939>; Hellum 2012, s. 133.

39 Blažević 2015, s. 247–257; Hellum 2012, s. 133; Liv Toril Pettersen, «Likestilling, kvinner og kjønn i samfunnsplanlegging», *Nordisk arkitekturforskning*, 1999, s. 21–31, på s. 22.

gjort JURK bevisst på at både den spesifikke livssituasjon og andre identitetsmarkører enn kjønn må tas i betraktning når man undersøker hvordan lovverket påvirker kvinners virkelighet.⁴⁰ Bevisstheten har kommet med mangfoldet av kvinner som til enhver tid henvender seg til tiltaket og deres problemstillinger. I denne sammenheng har det at kvinner vet at JURK er et tilbud *for kvinner*, vært en avgjørende faktor.

Så hvem er kvinnene som gjennom årene har tatt kontakt med JURK?

11.3.2 Utviklingstrekk i grupper av kvinner som kontakter JURK

JURK har siden opprettelsen samlet inn og systemisert statistikk om hvem som har mottatt hjelp fra JURK (livssituasjon, alder, økonomi, statsborgerskap og språkkunnskaper), hvordan de fikk vite om JURK og hvilke rettslige spørsmål de hadde. Som vist ovenfor vil JURKs statistikk alltid være basert på de som JURK møter gjennom oppsøkende arbeid eller som sender inn en enkeltsak til JURK. Innsamling av statistikk gjøres fordi det er påkrevd av enkelte av JURKs økonomiske bidragsyttere, men informasjonen som ligger i statistikken gir også et godt kunnskapsgrunnlag for å se utviklingen og endringene i hvem som kontakter tiltaket, og i hvilke type spørsmål som har vært mest dominerende.

Fra fokus på fellestrekk til kunnskap om ulikhet

Gjennomgående i JURKs historie har det eneste vilkåret for å få hjelp fra JURK vært at de som kontaktet oss var kvinner. Den gruppen som tok kontakt fra starten av var hvite, heteronormative kvinner. Den første gruppen klienter hadde også andre fellestrekk; de tilhørte det sosiale mellomstaket, hadde norsk statsborgerskap og var hovedsakelig gifte, hjemmearbeidende kvinner.⁴¹

Ganske raskt utvidet JURKs nedslagsfelt seg til å også omfatte andre grupper kvinner med andre identitetsmarkører. JURK mottok

⁴⁰ Hellum 2012, s. 144.

⁴¹ Kjellevold 1974, s. 8–9; Sissel Melgård og Kjersti Dørstad, «Årsrapport 1975 – Fri rettshjelp for kvinner», 1975, <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-1975.pdf>, s. 10.

henvendelser fra kvinner under soning allerede i 1977.⁴² Basert på erfaring fra enkeltsaker og en undersøkelse om innsattes udekkede rettshjelpsbehov ved Ullersmo fengsel, ble den første oppsøkende gruppen til JURK opprettet i 1983: Bredtveitgruppen.⁴³ Det var åpenbart at kvinnelige innsatte var en særlig isolert gruppe, og målet med den oppsøkende gruppen var derfor å møte kvinnene der de befant seg.⁴⁴ I 2001 ble virksomheten utvidet til å også inkludere reiser til de andre fengslene i Norge hvor kvinner soner.⁴⁵

I 1978 begynte JURK å registrere klienters statsborgerskap.⁴⁶ Til tross for at det bodde mange innvandrede kvinner i Norge på 1970- og 1980-tallet, var det få minoritetskvinner som henvendte seg til JURK.⁴⁷ Henvendelsene fra de som faktisk tok kontakt viste likevel et klart behov for retts hjelp. Samtidig oppdaget saksbehandlerne i JURK at tiltaket mest sannsynlig ikke nådde ut til innvandrerkvinner som bodde utenfor Oslo, fordi de ikke kunne oppsøke kontoret, men var henvist til å sende inn spørsmålene sine skriftlig.⁴⁸ Dette viste tydelig behovet for å drive oppsøkende virksomhet overfor innvandrerkvinner, og det ble gjennomført diverse tiltak både på 1980-, 1990- og 2000-tallet. Dette hadde en tydelig effekt, og man økte sakstilfanget fra kvinner med innvandrerbakgrunn kraftig.⁴⁹

På starten av 2010-tallet ble den offisielle definisjonen av hvem som kunne få bistand av JURK endret fra «alle kvinner» til «alle som definerer seg som kvinne», både for å bevisstgjøre saksbehandlere om at transkvinner er velkomne til å kontakte JURK, og for å tydeliggjøre dette overfor

42 Åshild Marie Vige. «Kvinneres erfaringer med å sone i norske fengsler våren 2017. En rapport fra Juridisk rådgivning for kvinner» (17.10.2018). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/rapport-jurk-kvinneres-erfaringer-med-a-sone.pdf>, s. 9.

43 Hanne Børing og Kristin Cordt-Hansen, «Juridisk rådgivning for kvinner årsrapport 1986», 1986, <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-1986.pdf>, s. 49.

44 Ibid.

45 Marianne Beck, «Årsrapport 2001. Juridisk rådgivning for kvinner», 2002, <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-2001.pdf>, s. 40; Linda M. Vigeland og Gro S. Bache Wildhagen, «Kvinneres soningsforhold. En fengselsundersøkelse gjennomført av Juridisk rådgivning for kvinner JURK», 2005, s. 9.

46 Buestad, Haugen og Kverneland 1979, s. 32.

47 Børing og Cordt-Hansen 1986, s. 61.

48 Børing og Cordt-Hansen 1986, s. 60.

49 Kristin Elnæs og Ragnhild Bø, «Årsrapport 1990. Juridisk rådgivning for kvinner (JURK)», 1991, <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-1990.pdf>, s. 30.

de som kanskje ønsket å ta kontakt med JURK, men var usikre på om tiltaket var et tilbud for dem.⁵⁰

Det er likevel usikkert når transkvinner begynte å kontakte JURK. JURK har aldri forsøkt å innhente opplysninger eller føre statistikk om kvinnenes biologiske eller juridiske kjønn, seksuelle orientering eller etnisitet. Etter personopplysningsloven §§ 5–10 er det som hovedregel ikke tillatt å føre slik statistikk.⁵¹ Det er derfor en del informasjon om klientmassen som JURK ikke har. Et annet eksempel er kunnskap om hvor lenge lesbiske kvinner har benyttet seg av JURKs tilbud. Opplysninger om identitetsmarkører, som seksuell orientering og kjønnsidentitet, har kun blitt registrert i den aktuelle saken når den rettslige problemstillingen er direkte knyttet opp mot at kvinnen tilhører en spesifikk gruppe.

I 2004 ble det første gang registrert en sak som omhandlet lesbiske kvinners rettsstilling.⁵² Så i 2011 ble det registrert en sak om medmor-skap,⁵³ det vil si problemstillinger knyttet til retten til å bli registrert som medmor til en kvinnelig ektefelles eller samboers barn.⁵⁴ I årene etter har JURK møtt på en rekke ulike problemstillinger knyttet til medmødres rettigheter, blant annet spørsmål om i hvilke tilfeller en kvinne kan bli erklært som medmor, hvilke rettigheter medmor har dersom hun og mor skiller seg, og spørsmål om rett til foreldrepenger som det skal redegjøres for lenger nede.⁵⁵ Først i 2017 representerte JURK en transkvinne i en diskriminerings sak.⁵⁶

50 Informasjon fra samtale med tidligere daglig leder Sara Eline Grønvold, og tidligere fagrådgiver og deretter daglig leder Frøydis Patursson.

51 Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

52 Gro S. Bache Wildhagen, «Årsrapport 2004. Juridisk rådgivning for kvinner», 2005, <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-2004.pdf>, s. 24.

53 Gunhild Vehusheia, «Årsrapport 2011. Juridisk rådgivning for kvinner», 2012, <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-2011.pdf>, s. 44; Maria de Michelis Sperre, «Folketrygdloven i møte med medmødres overlappende graviditeter. En trygde- og diskrimineringsrettslig analyse av folketrygdloven § 14-10 tredje ledd annet punktum», *Kvinnerettslig skriftserie*, nr. 104, 2019. Tilgjengelig på: https://www.jus.uio.no/i/or/forskning/omrader/kvinnerett/publikasjoner/skriftserien/104_sperre.pdf.

54 Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova) § 4 a (1).

55 Frøydis Patursson, «Årsrapport 2018. Juridisk rådgivning for kvinner», 2019, <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/%C3%85rsrapport%202018.pdf>, s. 17 og s. 20; Bjørk Gudmundsdottir Jonassen, «Årsrapport 2020. Juridisk rådgivning for kvinner», 2021, <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/%C3%85rsrapport%202020.pdf>, s. 36.

56 Diskrimineringsnemnda. *Uttalelse*, 17.09.2018. Sak 68/2018. <https://diskrimineringsnemnda.no/media/1902/68-2018-uttalelse-anonymisert.pdf>.

Gjennom årenes løp har JURK opplevd en stor utvikling i sammensetningen av kvinner som tar kontakt. Fra en relativt homogen gruppe kvinner på 1970-tallet, til en situasjon der kvinner som oppsøker JURK har svært ulik bakgrunn, livserfaringer og behov for bistand.

«Glemte» grupper kvinner

Til tross for at JURK søker å identifisere ulike identitetsmarkører som kan få betydning for hvilke spesifikke utfordringer ulike grupper kvinner møter, mangler vi nok fortsatt kunnskap om mange grupper. Noen eksempler kan være urfolkskvinner, kvinner som tilhører en nasjonal minoritet, eldre kvinner, kvinner med en funksjonsvariasjon og også transkvinner. Henvendelser fra disse gruppene er ikke fraværende, men såpass få at JURK ikke får tilstrekkelig datamateriale til å gjøre større analyser av rettstilstanden.

En gruppe kvinner som JURK nylig har fått en større bevissthet om, er samiske kvinner. Det statistiske datagrunnlaget til JURK har ikke gitt mulighet for å si noe om samiske kvinner har kontaktet JURK. Et innblikk i hvilke utfordringer som kan være særegne for samiske kvinner kom gjennom JURKs kontakt med andre offentlige aktører. Høsten 2019 besøkte en gruppe saksbehandlere Karasjok.⁵⁷ Saksbehandlerne møtte der seniorrådgiver ved Sametinget, Ingeborg Larssen. Hun fortalte at 49 prosent av samiske kvinner opplyser at de har vært utsatt for vold i løpet av livet.⁵⁸ Hun fortalte om at det finnes formelle strukturer i reindrifta som kan gjøre det vanskelig for samiske kvinner å bryte ut av et voldelig forhold. Dette henger sammen med konsesjonsreglene for reindrift, som gjør at det ved skilsmisse ofte ikke vil være mulig å gjenoppta reindrift i den siida man opprinnelig tilhørte. En skilsmisse vil derfor kunne bety tap av økonomisk grunnlag og tilhørighet til reindrifta, både for kvinnen selv og for hennes barn.⁵⁹ Reindriften representerer også en viktig

57 Se mer om rettighetsturné i JURKs årsrapporter fra 2018–2020. Tilgjengelig på: <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/>.

58 Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM), «Vold og overgrep i samiske samfunn», 2018, https://www.nhri.no/wp-content/uploads/2018/06/NNIM_temarapport_web.pdf, s. 28.

59 Samtaler med sametingets seniorrådgiver Ingeborg Larssen og rådgiver Stine Marie Høgden høsten 2020 og våren 2021.

tilknytning til samisk kultur.⁶⁰ Dette illustrerer at det fortsatt kan finnes uoppdagede problemstillinger og manglende kunnskap om hvordan rett og kjønn påvirker hverandre.

Kvinneperspektivet kan gi mangfold

Som gjennomgangen over viser, tar JURKs virksomhet utgangspunkt i et empirisk nedenfra-perspektiv. Gjennom konkret saksbehandling får JURK et individ-perspektiv inn i analysen av gjeldende rett. Klientgruppen vår viser at kvinner som bor i Norge, eller hvis liv påvirkes av norske rettsregler, ikke er én homogen gruppe. De er et mangfold av kvinner med ulik etnisitet, melaninrikhet, religion, seksuell orientering, kjønnsidentitet, sosioøkonomisk bakgrunn og språk. Noen har innvandret, noen har kroniske lidelser, noen har barn, noen har begått kriminelle handlinger, noen har vært utsatt for vold. Disse støter også til dels på ulike utfordringer.⁶¹

Særegenhetene i problemstillingene ulike grupper av kvinner møter, er et viktig bidrag fra JURK til kvinnerettsforskningen. Både fordi de gir konkrete eksempler på hvordan retten påvirker ulike grupper kvinner, og fordi de belyser behovet for å utrede konsekvenser og virkninger for mer spesifikke grupper enn kun «kvinner». I den grad kvinners liv blir hensyntatt ved utformingen av nye rettsregler, er det i hovedsak ciskvinnens virkelighet som legges til grunn. De utfordringer som gjelder for andre grupper kvinner, blir med det utelatt og usynliggjort.

I neste del skal enkelte sakstyper fra JURKs materiale trekkes fram. Sakstypene omhandler tilfeller hvor det er kvinner som har flere identitetsmarkører, eller som av andre grunner tilhører en særlig utsatt gruppe. Eksempelene viser hvordan et praktisk kvinneperspektiv kan gi kunnskap om hvilke regler som ikke er tilpasset ulike grupper kvinners livssituasjon og levekår. I tillegg vil hvert eksempel vise ulike måter JURK arbeider på for å bedre kvinners rettsstilling.

60 Sametinget, «Sametingsmelding om reindrift», 2016, <https://sametinget.no/naring/reindrift/sametingsmelding-om-reindrift/>, s. 14. Se også Marit Meløy Utsi, *Mellom kultur og økonomi*, Masteroppgave, Universitetet i Tromsø (UiT) 2010, s. 21 og s. 40. Tilgjengelig på: <https://hdl.handle.net/10037/4743>.

61 Hellum 2012, s. 131–148.

11.4 Rettslige problemstillinger ulike kvinnegrupper møter

11.4.1 Ikke alle kvinner er med – medmødres rett til foreldrepenger

I denne delen skal vi se et eksempel på at loven i noen tilfeller tar utgangspunkt i en viss gruppes livsløp, og at utforming av lovverket kan ekskludere enkelte grupper av kvinner. Den aktuelle saken illustrerer at JURKs kvinneperspektiv gir mulighet til å fange opp problemstillinger som er særegne for kvinner som også har en annen identitetsmarkør i tillegg til kjønn. Det er også et eksempel på hvordan én enkeltsak kan gi inspirasjon til analyse av forholdet mellom ulike grupper kvinner og retten, rettspolitisk aktivitet og videre akademisk forskning.⁶²

To fødende kvinner – én rett til foreldrepenger

Helt siden 1930-tallet har en yrkesaktiv kvinne hatt rett på fødselspenger som kompensasjon for inntektsbortfall i forbindelse med fødsel.⁶³ I 1978 ble rett til fødselspenger utvidet til å være en subsidiær rett for «faren».⁶⁴ I dagens folketrygdlov (ftl.) står det i § 14-5 at «(f)oreldrepenger kan ytes til barnets mor og far ved fødsel» og i § 14-6 at «(b)åde moren og faren kan opptjene rett til foreldrepenger ved å være yrkesaktiv». Utformingen av ordlyden viser tydelig at regelverket om foreldrepenger er utviklet med utgangspunkt i en tradisjonell familiekonstellasjon, hvor det er én mor og én far som skal oppdra et barn.

Samtidig med at det norske samfunnet har utviklet større aksept for variasjon i familiekonstellasjoner, har likekjønnede foreldrepar også fått flere rettigheter. I 2009 ble det gjort endringer i flere lover, deriblant ekteskapsloven og folketrygdloven. Endringer innebar at likekjønnede par fikk rett til foreldrepenger på samme grunnlag som ulikkjønnede

62 Se for eksempel Sperre 2019 og Anne Hellum og Anniken Sørli (red.), *Frihet, likhet og mangfold. Kjønnsideitet og seksuell orientering i rettslig, medisinsk og samfunnsvitenskapelig kontekst*, Gyldendal 2021.

63 NOU 1995: 27 *Pappa kom hjem*, s. 19–20.

64 Lov 17. juni 1966 nr. 12 om folketrygd § 3A-1.

par etter folketrygdloven § 14-5.⁶⁵ Disse lovendringer medførte at JURK begynte å motta henvendelser fra lesbiske kvinner som opplevde at deres livssituasjon ikke var hensyntatt i utformingen av det øvrige regelverket.

En av disse henvendelsene var fra to lesbiske kvinner som var gift med hverandre og som hadde født barn med tre måneders mellomrom. De var registrert som medmor til hverandres barn. Kvinnen som fødte først mistet retten til foreldrepenger da den siste kvinnen fødte sitt barn og hennes periode med foreldrepenger startet. Dette fulgte av bortfallsregelen i ftrl. § 14-10 tredje ledd andre punktum, som fastslår at stønadsdager (perioder med foreldrepenger) som ikke er tatt ut, faller bort i sin helhet når stønadsperioden for et nytt barn starter.

Formålet med foreldrepenger er at man skal sikres dekning for tapt inntekt i foreldrepermisjon. Det skal i tillegg sikre at fødekvinnen får tid til å hvile (rekonvalesens) etter fødselen. Formålet med bortfallsregelen er at man ikke skal kunne få dekt inn inntekten sin flere ganger, selv om man får flere barn tett. Regelen er basert på en tradisjonell familie, hvor det kun er én kvinne og hun selv som føder barn. Det vil da gå minimum ni måneder mellom hver fødsel, og fødekvinnen har fått tid til rekonvalesens mellom de to fødslene. Videre er det kun én inntekt som bortfaller. Også i det tilfellet hvor et par adopterer et barn og kvinnen føder kort tid etterpå, er det fortsatt kun én kvinne som har behov for rekonvalesens.

For det lesbiske paret, hvor begge har født hvert sitt barn, er det imidlertid to kvinner som har gjort hardt arbeid og som har behov for hvile. Det er også to kvinner som må være borte fra arbeid i en periode, og derfor to inntekter som går tapt. Saken er ett eksempel på at lovverket i stor grad er utformet med utgangspunkt i en tradisjonell familiekonstellasjon, og ikke tar høyde for ulike grupper kvinners virkelighet.

Det framstår som klart at overnevnte tilfelle ikke er et scenario lovgiver har hatt i tankene, verken da bortfallsregelen ble utformet eller da man likestilte medmor med far. Likestilling- og diskrimineringsombudets delte dette synet og uttalte i brev til JURK at «rundskrivet og lovens forarbeider [tar] opplagt ikke høyde for likekjønnede ektepar som er

65 Ot.prp. nr. 33 (2007–2008) s. 92. Ordlyden i loven er ikke endret, og bruker fortsatt «mor» og «far» flere steder.

hverandres barns foreldre». Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) understreket videre viktigheten av at det er tale om to fødende kvinner, som gjør at hensynet til mors helse etter fødsel må tas i betraktning i tråd med FNs kvinnekonvensjon artikkel 12 og FNs kvinnekomité sin generelle kommentar nr. 24.

JURK besluttet å ta saken til Trygderetten, og representerte paret i krav om at kvinnen som fødte først skulle få beholde foreldrepengene. JURK anførte at Navs praktisering av folketrygdlovens kapittel 14 medfører indirekte diskriminering overfor lesbiske medmødre da de kommer dårligere ut enn et heterofilt ektepar, jf. dagjeldende likestillings- og diskrimineringslov § 5. Det ble trukket fram at vernet mot diskriminering står sterkt i både norsk og internasjonal rett, jf. Grunnloven § 98 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 14.

Trygderetten så i sin vurdering av saken kun hen til folketrygdloven § 14-5 første ledd og § 14-10 tredje ledd. Retten tok dermed ikke stilling til JURKs anførsler om at vedtaket fra Nav medførte indirekte diskriminering i strid med likestillings- og diskrimineringsloven, Grunnloven og EMK. Retten uttalte derimot at «dersom det skulle være en særregel for to kvinner som er gift med hverandre, måtte i tilfelle komme til uttrykk som en klar lovgivervilje».⁶⁶ JURK tapte dermed anken. På grunn av den økonomiske risikoen som følger med en anke til lagmannsretten stoppet dessverre den rettslige forfølgelsen av saken i Trygderetten, uten rettslig avklaring.

Rettspolitisk arbeid med medmødres rettigheter

Selv om JURK kun hadde mottatt én henvendelse om medmødres rett til foreldrepenger, var det klart at dette var noe som potensielt kunne ramme mange fødende kvinner i framtiden. Ved å følge et rettslig spor som endte i Trygderetten, var målet å få endret utfallet for de konkrete kvinnene som hadde kontaktet JURK, men også å få klargjort rettsstillingen og endre praksisen til Nav. Ettersom dette ikke var mulig, var alternativet å følge et rettspolitisk spor i håp om å få endret det

66 Trygderetten. *Kjennelse*, 26.04.2019. TRR-2018-2821 [Lest i Lovdata Pro].

JURK mener er en klart diskriminerende rettstilstand. Dette er en del av JURKs forandringsspektiv.

JURK var først i kontakt med det som i 2018 het Barne- og likestillingsdepartementet (BLD), og deretter med Kultur- og likestillingsdepartementet (KUD) i 2020 for å få en uttalelse på de aktuelle lovene. BLD uttalte at «(d)et kan oppstå uventede og vanskelige situasjoner på flere måter når barn kommer til verden. Dette gjelder også når to kvinner som er medmødre for hverandres barn føder med kort tids mellomrom». De mente at regelen om bortfall av foreldrepenger ikke var indirekte diskriminerende overfor to kvinner som er medmødre til hverandres barn. KUD ga tilbakemelding om at de tok problemstillingen på alvor, men at det var «for tidlig å si om det er aktuelt å foreslå endringer i regelverket». I denne perioden var også JURK i kontakt med daværende stortingsrepresentant for Arbeiderpartiet Anette Trettebergstuen, som fremmet problemstillingen i et skriftlig spørsmål til barne- og likestillingsminister Linda Hofstad Helleland. Helleland svarte også at hun skulle vurdere behovet for endringer.⁶⁷

Høsten 2021 virker det som at JURKs rettspolitiske arbeid har båret frukter. Den 19. november 2021 fremmet Barne- og familiedepartementet et lovforslag hvor en av de foreslåtte endringene gjelder bortfallsregelen i folketrygdloven § 14-10 tredje ledd andre punktum. Departementet forslår at bortfallsregelen ikke skal gjelde for «foreldre som får barn med mindre enn 48 uker mellom fødslene».⁶⁸ Departementet presiseres at dette blant annet er for å hindre at to kvinner som føder hvert sitt barn og er medmødre til hverandres barn skal miste sine foreldrepengerrettigheter, og viser til at de har blitt kontaktet om denne problemstillingen ved et par anledninger. Dersom lovforslaget vedtas vil det være en klar rettspolitisk seier for JURK.

67 Dokument nr. 15:14 (2018–2019). «Skriftlig spørsmål fra Anette Trettebergstuen (A) til barne- og likestillingsministeren» (02.10.2018) Tilgjengelig på: <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Sporsmal/Skriftlige-sporsmal-og-svar/Skriftlig-sporsmal/?qid=73495>.

68 Prop. 15 L (2021–2022) *Endringer i folketrygdloven mv. (styrking av fedres rett til foreldrepenger mv.)*, s. 16.

11.4.2 Én kvinnes problem påvirkes av flere regelverk – minoritetskvinneres rettssikkerhet

De siste årene har ca. 40 prosent av JURKs klienter vært kvinner med annet opprinnelsesland enn Norge.⁶⁹ I mange av sakene fra innvandrerkvinner har spørsmålet tilknytning til at kvinnen har kommet til Norge på familiegjenforening med en herboende mann som er født i Norge eller som selv har innvandret til Norge. Den nasjonale statistikken viser at det er langt flere kvinner enn menn som kommer til Norge på familiegjenforening. I 2019 var forholdet 4 772 kvinner, sammenlignet med 1 324 menn.⁷⁰

En jevn strøm av enkeltsaker med mange likhetstrekk har gitt JURK en god oversikt over hvilke konflikter og rettslige problemer minoritetskvinner møter på i løpet av sitt liv i Norge. Enkeltsakene har også gitt et solid empirisk grunnlag til å analysere hvordan ulike rettsregler og ulike regelverk samspiller og påvirker rettsstillingen. I denne delen skal jeg presentere saken til Amira, som er basert på en sammenstilling av titalls historier.

Amiras historie

Amira er i midten av 30-årene og kommer fra et land utenfor EØS, et såkalt «tredjeland». For noen år siden møtte hun en nordmann, Pål, som hun forelsket seg i. De giftet seg, og Amira fikk innvilget oppholdstillatelse i Norge på grunnlag av familiegjenforening.

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) er et kjønnsnøytralt regelverk.⁷¹ I dag reguleres retten til familiegjenforening i utlendingsloven kapittel 6. Etter § 40 kan en person få opphold i Norge dersom hen er gift med en person som allerede har gyldig oppholdstillatelse i landet, begge er over en viss alder, og de skal bo

69 Se JURKs rapporter fra 1986 og utover på 2000-tallet. Tilgjengelig på: <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/>.

70 Utlendingsdirektoratet. «Familieinnvandringstillatelser etter søkerens statsborgerskap, aldersgruppe og kjønn» (2019). <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/familieinnvandringstillatelser-etter-sokerens-statsborgerskap-aldersgruppe-og-kjonn-2019/> hentet 07.12.2021.

71 Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven); Lov 10. juni 2005 nr. 51 om norsk statsborgerskap (statsborgerloven); Lov 4. juli 2003 nr. 80 om introduksjonsordning og norskopplæring for nyankomne innvandrere (introduksjonsloven).

sammen i Norge. Det gis også opphold til samboere som har levd i et fast og etablert samboerforhold i minst to år og skal fortsette å bo sammen i Norge, jf. § 41. Felles for §§ 40 og 41 er at oppholdstillatelsens grunnlag bortfaller dersom samlivet opphører. Amira er altså avhengig av å bo sammen med Pål, for å kunne bli i Norge.

Den første tiden i Norge er fin. Amira ønsker å integrere seg i det norske samfunnet. Hun går på norskopplæring, får seg noen nye venner og prøver å skaffe seg en jobb. Raskt begynner imidlertid Påls adferd å endre seg. Han kaller Amira for udugelig, stygg og verdiløs. Ved et par anledninger holder han henne fast, legger henne i bakken og slår i gulvet, rett ved siden av ansiktet hennes. Han beordrer henne til å vaske og rydde huset hver dag, og forlanger sex når han ønsker. Han tar fra henne bankkort og nekter henne å kontakte familie eller venner.

Amira lever i et mareritt og går inn i en depresjon. Samtidig truer Pål med at dersom hun ikke gjør som han vil, eller dersom hun forsøker å forlate ham, vil hun ikke lenger oppfylle vilkårene for familiegjenforening, og han kan når som helst ringe politiet eller UDI og få henne kastet ut. Det er ikke et reelt alternativ for Amira å flytte tilbake til hjemlandet. Dette er først og fremst fordi hun i så fall vil returnere som en skilt kvinne, noe som ikke er sosialt akseptert. Hun vil bli utstøtt av familie og venner og ha vanskeligheter med å få seg jobb. Amira føler seg derfor tvunget til å bli i samlivet med Pål.

Statistisk sett er det flere kvinner enn menn som blir utsatt for grov vold fra en partner.⁷² For minoritetskvinner er det også flere faktorer som spiller inn, deriblant begrenset nettverk og begrenset kunnskap om norsk språk og hvilke hjelpetilbud som eksisterer.⁷³ Amiras situasjon er et eksempel på hvordan de sårbarhetsfaktorene som kommer med å være kvinne og ha en annen landbakgrunn enn norsk, kan gi «akkumulerte

72 Siri Thoresen og Ole Kristian Hjemdal (red.). *Vold og voldtekt i Norge. En nasjonal forekomststudie av vold i et livsløpsperspektiv. Nasjonalt kunnskapssenter om vold og traumatisk stress*. Rapport 1/2014. https://www.nkvt.no/content/uploads/2015/11/vold_og_voldtekt_i_norge.pdf, s. 17. Se også Ragnhild Hennum, «Kjønn og straffeapparatet: særlig om voldslovbrudd», kapittel 9 i denne boken.

73 Prop. 40 L (2019–2020) *Endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til utvisning m.m.)*, pkt. 7.2.

negative effekter».⁷⁴ Det setter denne gruppen kvinner i en svært sårbar posisjon.

Etter en tid forteller Amira om hva hun utsettes for hjemme til en av lærerne på norskopplæringskurset. Kvinnen anbefaler henne å kontakte JURK for å få veiledning, noe Amira også gjør. JURKs oppgave er å undersøke om Amira kan få opphold på et annet grunnlag, slik at hun kan forlate mannen sin uten å frykte å måtte forlate Norge.

Det oppholdsgrunnlaget som vil gi Amira størst sikkerhet, er permanent oppholdstillatelse etter utl. § 62. Før Amira kan søke om permanent opphold må hun oppfylle en rekke krav. For det første gjelder et botidskrav på tre år.⁷⁵ I tillegg har det gradvis kommet nye og strengere krav utover 2010-tallet. Det er innført krav om at utlendingen må ha bestått et visst nivå i norsk- og samfunnskunnskap. I tillegg er det krav om at utlendingen må ha en årsinntekt på en fastsatt størrelse, som for tiden er kr 265 997,50.⁷⁶ Utlendingen kan heller ikke ha mottatt sosialstønad de siste 12 månedene.⁷⁷

Formålet med innstramningene er at utlendingen ikke skal være en belastning for staten, og at hen skal få et insentiv til å integrere seg.⁷⁸ Men JURK ser at det i praksis er svært vanskelig for mange minoritetskvinner å oppfylle vilkåret om inntekt. Det må ses i sammenheng med at det er flere barrierer som hindrer innvandrerkvinner i å komme inn i arbeidslivet.⁷⁹ En barriere er at minoritetskvinner opplever diskriminering i det norske arbeidsmarkedet, og særlig i ansettelsesprosessen.⁸⁰ For de kvinnene som lever under et voldsregime, er det nesten umulig å skulle

74 Hellum 2012, s. 145.

75 Etter utl. § 62 andre ledd er botidskravet økt til 5 år for en person som enten selv har kommet til Norge på grunnlag av asyl etter utl. § 28 eller sterke menneskelige hensyn etter utl. § 38, eller har blitt familiejenforent med en slik person.

76 Utlendingsforskriften § 11-11 første ledd; Nav. «Grunnbeløpet i folketrygden» (2021). <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/kontakt-nav/utbetalinger/grunnbelopet-i-folketrygden> hentet 07.12.2021.

77 Utlendingsloven § 62; utlendingsforskriften §§ 11-9–11-12.

78 Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) *Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)*, s. 230.

79 Janis Umblijs. *Kunnskapsoppsummering om deltakelse i arbeidslivet for kvinner med innvandringsbakgrunn*. Institutt for samfunnsforskning. Rapport 2020:2. https://www.buudir.no/globalassets/global/nbbf/inkludering/kunnskapsoppsummering_om_deltakelse_i_arbeidslivet_for_kvinner_med_innvandrerbakgrunn.pdf.

80 Ibid. s. 7.

konsentrere seg om språkopplæring eller stå i jobb og møte inntektskravet. Som mange andre kvinner som kontakter JURK, oppfyller ikke Amira vilkårene for permanent oppholdstillatelse.

Det andre alternativet til Amira er en unntaksbestemmelse i utlendingsloven § 53 første ledd bokstav b, «mishandlingsbestemmelsen», som er ment å ivareta rettsikkerheten til en utlending som lever i et voldelig samliv. For det første kreves det at «samlivet er opphørt». Det betyr at Amira må forlate Pål og miste grunnlaget for familiegjenforeningen, før hun kan søke om opphold etter § 53 første ledd bokstav b. Dette er en stor risiko å ta, som medfører at mange kvinner velger å bli i forholdet.⁸¹

Lovteksten i § 53 krever at «det er grunn til å anta» at kvinnen eller barn har blitt «mishandlet i samlivsforholdet», men innholdet er utdypet i UDIs praksisnotat.⁸² Der framgår det at det i utgangspunktet er utlendingens fortelling som skal legges til grunn, men JURKs erfaring er at det i praksis kreves flere bevis på mishandling.⁸³ Videre stilles det i praksis krav til at mishandlingen må ha ført til skade, og «at søkerens livskvalitet har blitt redusert».⁸⁴ I tillegg vil omstendighetene rundt mishandlingen, om det kan betegnes som enkeltstående episoder, og om det egentlig bare er generell misnøye i forholdet eller «forskjellige oppfatninger mht. roller grunnet kulturforskjeller», få betydning. Vedtak fra UNE gir eksempler på at det å ha blitt slått 2–3 ganger anses for å være «lite alvorlige og enkeltstående episoder», og at å bli utsatt for negativ sosial kontroll og behandlet som stuepike ikke blir ansett som psykisk mishandling.⁸⁵ Basert på dette, vil det i Amiras tilfelle være svært usikkert om hun vil få innvilget opphold. Den store usikkerheten rundt UDIs praktisering av bestemmelsen,⁸⁶ bidrar til at mange kvinner ikke tør forlate partneren

81 Se Rachna Rohtagi, *Utenlandske kvinners adgang til opphold på selvstendig grunnlag, etter samlivsbrudd*. Masteroppgave, Universitetet i Oslo (UiO) 2008. Tilgjengelig på: <https://www.duo.uio.no/handle/10852/21938>.

82 Utlendingsdirektoratet. *Rundskriv*, 01.01.2010. Dokumentnr. RS-2010-009/RUDI-2010-9 [Lest i Lovdata Pro].

83 Se også gjennomgang som er gjort av Rohtagi 2008, s. 54.

84 RS-2010-009 pkt. 2.2.

85 Fredrikke Fjellberg Moldenæs, «Voldsutsatte minoritetskvinneres rettsikkerhet i Norge», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2020, s. 94–107. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9553-2020-02-02>.

86 RS-2010-009 pkt. 2.2; Patursson 2019, s. 35.

og søke om opphold på selvstendig grunnlag. Etter å ha fått bistand fra JURK står Amira fortsatt i en usikker og vanskelig situasjon.

Amiras historie illustrerer hvordan stadige innstramminger i utlendingsregelverket, manglende prioritering og evne til å forebygge menns vold mot kvinner, sammen med den diskrimineringen innvandrerkvinner møter på arbeidsmarkedet bidrar til at denne gruppen kvinner er særlig utsatt og sårbar. Deres faktiske livssituasjon på de ulike samfunnsområdene blir ikke hensyntatt og sett i sammenheng når lovgiver utformer nye regler på ett felt.

Forandringsperspektivet – styrking av minoritetskvinneres rettsstilling

JURK har jobbet rettspolitisk for å bedre innvandrerkvinneres rettsstilling siden siste halvdel av 1980-tallet.⁸⁷ Det har vært gjort mange forsøk på å både bevisstgjøre og ansvarliggjøre myndighetene når det stadig foreslås strengere krav for å få oppholdstillatelse på annet grunnlag enn familiegjenforening.⁸⁸

På dette feltet har JURK også en internasjonal strategi for å få til endring i minoritetskvinneres rettssikkerhet. JURK rapporterer opp mot internasjonale konvensjoner som Norge har forpliktet seg til å følge, særlig FNs konvensjon for avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (Kvinnekonvensjonen) og Europarådets konvensjon om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner (Istanbul-konvensjonen). JURK bidro sammen med en rekke kvinneorganisasjoner til skyggerapporteringen av Kvinnekonvensjon i 2017, hvor minoritetskvinneres rettssikkerhet ble trukket fram. Skyggerapporten ble overlevert til FNs kvinnekomité, som har som ansvar å overvåke Norges oppfyllelse av konvensjonen.⁸⁹ Det resulterte i at FNs kvinnekomité kritiserte Norge for de mange kravene som må være oppfylt for å få permanent oppholdstillatelse. Komiteen uttalte i 2018 at «[t]he current

87 Cathrine Oftedahl og Hanne Skui. «Årsrapport 1988. Juridisk rådgivning for kvinner» (1989). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-1988.pdf>, s. 51.

88 Ibid.

89 Forum for kvinner og utviklingsspørsmål (FOKUS). «Norsk skyggerapport til kvinnekonvensjonen 2017.» <https://d3jkgv357tqm.cloudfront.net/1504017205/skyggerapport-cedaw-2017-norsk.pdf>.

condition [...] may force women in abusive marriages or cohabitation to remain in such violent relations exposing them to re-victimaztion, due to the high threshold for proving abuse».⁹⁰ På denne måten bidrar JURK til å ansvarliggjøre norske myndigheter i et internasjonalt fora.

11.4.3 En særlig utsatt gruppe – kvinner i fengsel

I denne delen skal vi se hvordan JURKs møte med kvinner i den situasjonen de befinner seg i, kan avdekke sammensatt diskriminering av en gruppe kvinner.⁹¹

Hvem er kvinnene i fengsel?

Ordningen med oppsøkende besøk i fengsel har pågått fra 1983 til i dag.⁹² Allerede i 1986 beskrev saksbehandlerne at «kvinnelige fanger er dobbelt undertrykte – både som kvinner og som fanger».⁹³ Den doble diskrimineringen kvinner opplever under soning, viser hvordan det å tilhøre en liten minoritet kan sette en gruppe i en særlig utsatt og sårbar posisjon.

Kvinner som soner i fengsel har enkelte fellestrekk og sårbarhetsfaktorer som skiller dem fra andre grupper kvinner. Som en gruppe har kvinnelige innsatte ofte lav sosioøkonomisk status, erfaringer med vold og overgrep, flere har rusproblemer, og noen har psykiske lidelser som de ikke har mottatt behandling for.⁹⁴ Disse faktorene påvirker hvilke behov kvinnelige innsatte har under soning.

90 FNs kvinnekommité (Committee on the Elimination of Discrimination against Women – CEDAW). *Concluding observations on the ninth periodic report of Norway*. CEDAW/C/NOR/CO/9. (22.11.2017). https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/NOR/CO/9&Lang=En, s. 9.

91 Børing og Cordt-Hansen 1986, s. 49; Kimberlé Crenshaw, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989, nr. 1, 1989, s. 139–167.

92 Inger Marie Sunde og Gunhild Grünfeld. «Juridisk rådgivning for kvinner. Årsrapport 1984» (1985). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-1984.pdf>, s. 32.

93 Børing og Cordt-Hansen 1986, s. 51.

94 Sivilombudsmannen. «Kvinner og fengsel: En temarapport om kvinners soningsforhold i Norge» (2016). https://www.sivilombudet.no/wp-content/uploads/2017/05/Temarapport_Kvinner-i-fengsel.pdf, s. 8; Patursson 2019, s. 39–40 ; Marion Hellebust mfl. «Lengst inne i fengselet – kvinnelige innsatte med behov for helsehjelp.» *Universitetet i Oslo (UiO), Institutt for kriminologi og rettsosiologi* (2021). https://www.udo.no/globalassets/_ldo_2019/_bilder-til-nye-nettsider/rapporter/lengst-inne-i-fengselet.pdf, s. 7.

Hvilke problemer møter kvinner under soningen?

Gjennom årenes løp har mange av spørsmålene fra kvinnene i fengsel omhandlet forholdene under soningen, særlig om rett til besøk og telefon-tid, kvinnens opplevelse av isolasjon og kroppsvisitasjon og tilbud om helsehjelp.⁹⁵ I møte med den enkelte innsattes spørsmål, har JURK tolket reglene for straffegjennomføring i straffeprosessloven og straffegjennomføringsloven (strgjfl.) og gitt rettighetsinformasjon til kvinnene.⁹⁶ Kunnskap fra enkeltsakene har gitt indikasjoner på at soningsforholdene i norske fengsler i stor grad er tilrettelagt for menns behov. Dette er sannsynligvis fordi kvinner er en minoritet i fengsel, som de siste 10 årene har utgjort mellom 5 og 7 prosent av den totale andelen fengslede i Norge.⁹⁷

Erfaringer fra enkeltsakene ga JURK et ønske om å få et mer systematisk innblikk i soningsforholdene til kvinnelige innsatte i norske fengsler. Mellom 2004 og 2017 gjennomførte JURK derfor tre større fengselsundersøkelser hvor fokuset har vært på kvinnenes egne erfaringer med å sone. Undersøkelsene resulterte i rapporter publisert i 2005, 2012 og 2018.⁹⁸ I det videre vil jeg ta for meg to av funnene gjort i JURKs rapporter, med hovedvekt på funn fra 2018-rapporten: kvinners arbeidstilbud i fengsel og bruk av isolasjon. De to temaene som belyses har vært gjenstand for langvarig kritikk.

Arbeidstilbud for kvinnelige innsatte

Etter strgjfl. § 3 tredje ledd har domfelte aktivitetsplikt under soningen.⁹⁹ Samtidig skal kriminalomsorgen etter § 18 legge til rette for aktivitets-tilbud til innsatte. Aktivitetsplikten kan bestå av arbeid, opplæring,

95 Se JURKs årsrapporter på <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/>.

96 Sunde og Grünfeldt 1985, s. 33; Vibeke Eggen. «Årsrapport 2000. Juridisk rådgivning for kvinner» (2001). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-2000.pdf>, s. 47.

97 Statistisk sentralbyrå (SSB). «Statistikkbanken. Fengslinger. Tabell 10530: Innsatte, etter fengslingstype, alder, kjønn, statistikkvariable og år» (u.å.). https://www.ssb.no/statbank/table/10530/hentet_07.12.2021.

98 Vigeland og Wildhagen 2005; Ida Thorsrud. «JURKs fengselsundersøkelse. En kartleggelse av kvinners soningsforhold i 2010/2011» (2012). https://www.regjeringen.no/contentassets/cdd4e-3b536814f869c5e71377189aded/protokoll_jurk_vedlegg.pdf; Vige, «Kvinnens erfaringer med å sone i norske fengsler våren 2017».

99 Lov 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven – strgjfl.).

program eller andre tiltak.¹⁰⁰ Hensikten med et arbeidstilbud er at det skal bidra til at de innsatte får kvalifikasjoner som de kan bruke etter endt soning. Arbeidet skal også være egnet til å motvirke ny kriminalitet, oppleves meningsfylt og gi mestringfølelse til de innsatte.¹⁰¹ Hvilket aktivitetstilbud de innsatte får, varierer fra fengsel til fengsel.¹⁰²

Den første undersøkelsen til JURK fra 2004 viste at av kvinnene som sa at de var i arbeid i fengselet, var det hovedsakelig snakk om kjøkken-tjeneste, vaskeri eller gangvask. De innsatte uttrykte også at de både på studiefronten og arbeidsfronten ønsket seg andre tilbud enn de fengslene hadde. JURKs anbefaling var derfor at arbeidstilbudet måtte bli mer variert, og holde samme nivå som det tilbudet mannlige innsatte fikk.¹⁰³ Etter undersøkelsen i 2011, bemerket JURK igjen at det arbeids- og aktivitetstilbudet kvinnelige innsatte fikk ikke var tilfredsstillende, og i stor grad gikk ut på aktiviteter som *ikke* egnet til å forberede kvinnene på livet etter soning, som for eksempel gangvask, maling og strikking.¹⁰⁴ I 2017 viste undersøkelsen at 60 prosent av kvinnene i rene kvinnefengsler syntes at arbeidstilbudet er for dårlig. 33 prosent av kvinnene i blandede fengsler mente det samme.¹⁰⁵ Arbeidstilbudet i kvinnefengslene er fortsatt basert på tradisjonelt hus- og håndarbeid eller enkelt monteringsarbeid. I de blandede fengslene er det generelt større variasjon, med alt fra tre til tretten ulike arbeidstilbud.¹⁰⁶ Noen av kvinnene fortalte selv at de opplever å ha et dårligere arbeidstilbud enn menn, og at de arbeidsopplæringsplassene som finnes blir fylt av menn, i tillegg til at de tilbudene som eksisterer i de blandede fengslene er tilrettelagt menn.¹⁰⁷

100 Strgjfl. § 3 tredje ledd andre punktum.

101 Strgjfl. § 3 tredje ledd andre punktum; Europarådets ministerkomité. «Ministerkomiteens rekommendasjon Rec(2006)2 til medlemsstatene om de europeiske fengselsreglene» (2006). <https://rm.coe.int/16804c14b2>, pkt. 26.2 og 26.3; Vige, «Kvinnerns erfaringer med å sone i norske fengsler våren 2017», s. 40.

102 Kriminalomsorgen. «Arbeids- og aktivitetstilbud» (u.å.). <https://www.kriminalomsorgen.no/arbeids-og-aktivitetstilbud.527951.no.html> hentet 07.12.2021.

103 Vigeland og Wildhagen 2005, s. 40.

104 Thorsrud 2012, s. 59.

105 Vige, «Kvinnerns erfaringer med å sone i norske fengsler våren 2017. En rapport fra juridisk rådgivning for kvinner», s. 12.

106 Vige, «Kvinnerns erfaringer med å sone i norske fengsler våren 2017», s. 40.

107 Ibid. s. 41.

JURKs funn har i ettertid blitt støttet opp av rapporter fra Sivilombudsmannen og LDO.¹⁰⁸ Dette viser at selv forskning og «harde data» ikke er nok til at det blir iverksatt tiltak som bedrer kvinners soningsforhold.

Kvinnelige innsattes erfaring med isolasjon

Etter norsk lov er utelukkelse fra fellesskapet kun omtalt som «isolasjon» etter stfgjfl. § 17, dersom det er isolasjon under varetektsfengsling. Etter stfgjfl. § 37 kan likevel de innsatte bli «helt eller delvis» utelukket fra fellesskapet. Dette kan også medføre de facto isolasjon, selv om ikke § 37 bruker dette begrepet. Hva som utgjør isolasjon er ikke helt kartlagt i norsk lov. Også internasjonale regler og standarder definerer isolasjon noe ulikt.¹⁰⁹ Kjernen i begrepet er likevel at en innsatt ikke får delta i det sosiale fellesskapet og får minimal meningsfull menneskelig kontakt.¹¹⁰

I JURKs undersøkelse fra 2017 svarte 20 prosent av kvinnene at de hadde opplevd isolasjon, mens 20 prosent svarte at de hadde blitt truet med isolasjon.¹¹¹ Noen forteller at de har opplevd de facto isolasjon fordi de var *eneste* kvinne i et blandetfengsel og derfor ikke har noen å utøve fellesskap med. Andre kvinner forteller at de opplever isolasjon fordi kvinnene er minoritet i blandetfengslene og dermed blir nedprioritert og innlåst mer enn de mannlige avdelingene. Andre igjen har blitt isolert på grunn av plassmangel i fengslene, og har måttet sitte på isolasjonsavdelingen.¹¹² Noen fortalte også at de selv valgte å isolere seg fordi de følte seg utrygge i blandetfengsler, og ønsket å sone i et kvinnefengsel.¹¹³ Rapporten viser at kvinnelige innsatte i fengsler hvor det både soner kvinner og menn soner under dårligere forhold fordi de utgjør en liten

108 Sivilombudsmannen 2016, s. 34–36; Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO). «Innsatt og utsatt. Rapport om soningsforholdene til utsatte grupper i fengsel» (2017). https://www.ldo.no/globalassets/brosjyrer-handboker-rapporter/rapporter_analyser/soningsrapport-web.pdf, s. 19.

109 Se oversikt i Sivilombudsmannen. «Særskilt melding til Stortinget om isolasjon og mangel på menneskelig kontakt i norske fengsler. Dokument 4:3 (2018/19)» (2019). https://www.sivilombudet.no/wp-content/uploads/2019/06/SOM_S%C3%A6rskilt-melding_WEB.pdf, s. 9–10; Vige, «Kvinnens erfaringer med å sone i norske fengsler våren 2017», s. 71.

110 Sivilombudet 2019, s. 9.

111 Vige, «Kvinnens erfaringer med å sone i norske fengsler våren 2017», s. 70.

112 Ibid.

113 Ibid., s. 71.

gruppe av de innsatte. JURK har fått inntrykk av at dette forverret seg under covid-19-pandemien, og kvinner forteller om enda større grad av innlåsing og isolasjon i denne perioden.¹¹⁴

Den norske kriminalomsorgen har ved flere anledninger fått internasjonal kritikk for å ha for mye bruk av isolasjon, både av FNs torturkomité og Den europeiske komité for forebygging av tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.¹¹⁵ Kritikken retter seg mot fengslene generelt, og de internasjonale standardene overholdes verken for mannlige eller kvinnelige innsatte. Som vist ovenfor er likevel kvinnelige innsatte særlig utsatt for isolasjon. Kvinner i fengsel kan også risikere å bli mer preget av isolasjonen, ettersom de ofte har utfordringer knyttet til psykiske lidelser og rus, som følge av at de har vært utsatt for vold og seksuelle overgrep.¹¹⁶ I likhet med eksempelet i punkt 11.4.2, ser vi hvordan det at kvinner i større grad er utsatt for grov vold og seksuelle overgrep, og det at færre kvinner sitter i fengsel, kan samvirke og medføre særlig utsatthet.

Forandringsperspektivet: bedre soningsforhold for kvinner i fengsel

Gjennomføring av større undersøkelser er både ressurs- og tidkrevende, men det har vært et stort behov for å ha systematisk dokumentasjon av kvinnenes dårlige soningsforhold i et håp om at det ville gi politisk slagkraft og føre til endringer.¹¹⁷ Dessverre har dette foreløpig ikke gitt utslag i betydningsfulle, faktiske endringer. Kriminalomsorgsdirektoratet (KDI) nedsatte en egen arbeidsgruppe som i 2015 utga rapporten *Likeverdige forhold for kvinner og menn under kriminalomsorgens ansvar*. Arbeidsgruppen gikk gjennom alle tidligere rapporter og forslag som var blitt gitt for å bedre kvinners soningsforhold. De kommenterte at ikke siden 1987 har noen forslag blitt tatt til følge, til tross for at de samme forslagene har blitt gjentatt år etter år.¹¹⁸

114 Hellebust mfl. 2021, s. 62.

115 Vige, «I navnet, men ikke i gavnet», s. 80–81.

116 Hellebust mfl. 2021, s. 7; Vige, «Kvinnerns erfaring med å sone i fengsler våren 2017», s. 73.

117 Vigeland og Wildhagen 2005, s. 6–7.

118 Kriminalomsorgen. «Likeverdige forhold for kvinner og menn under kriminalomsorgens ansvar» (2015), s. 4.

Det siste tiåret har det utviklet seg en stadig voksende interesse for kvinners soningsforhold blant flere aktører. I 2021 er det kommet en rekke rapporter fra både LDO og Sivilombudsmannen, som grundig dokumenterer at kvinners soningsforhold ikke oppfyller idealene fra nasjonale og internasjonale lover, og at de er dårligere enn mannlige innsattes soningsforhold på de fleste områder.¹¹⁹ Man kan si at det samlede arbeidet kulminerte ved at Likestillings- og diskrimineringsnemnda i juni 2020 vedtok at «Kriminalomsorgsdirektoratet diskriminerer kvinnelige innsatte i Tromsø fengsel på grunn av kjønn», og at KDI har brutt likestillings- og diskrimineringsloven § 6.¹²⁰ Bakgrunnen for dette vedtaket var at alle kvinner som skulle sone i Tromsø fengsel, og som var vurdert å måtte sone på høyt sikkerhetsnivå, måtte sitte på varetektsavdelingen. Mannlige innsatte sonet på høysikkerhetsavdelingen. De kvinnelige innsatte fikk dermed større grad av isolasjon og utelukkelse fra fellesskap.¹²¹

De første rapportene, og mye av det rettspolitiske arbeidet til JURK på dette området, har vært knyttet opp mot en sammenligning mellom kvinners og menns soningsforhold. Målet har hele tiden vært å *bedre* kvinners soningsforhold. I dette arbeidet har det vært et praktisk virkemiddel å kunne se kvinners soningsforhold opp mot menns soningsforhold, og argumentere for at forskjellene er et brudd på likestillings- og diskrimineringsloven. Vedtaket som kom fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda viser at dette har vært en farbar vei. At kvinner diskrimineres når de soner under dårligere forhold enn menn, betyr ikke at forholdene som menn soner under er ideelle eller gode nok. Som et minimum må likevel kvinners soningsforhold holde samme nivå som menns. De siste årene har JURK hatt større fokus på å undersøke om kvinners soningsforhold alene er gode nok sett opp mot både norske regler og internasjonale standarder.¹²² Dette er utfordrende fordi (som eksempelet med

119 Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) 2017, s. 17; Sivilombudsmannen 2016.

120 Diskrimineringsnemnda. *Vedtaket*, 09.06.2020. Sak 19/114. <https://www.diskrimineringsnemnda.no/media/2413/sak-19-114.pdf>, s. 11.

121 *Ibid.*, s. 4.

122 Se strgfll.; Forente nasjoner (FN). *United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules)*. A/C.3/65/L.5. (06.10.2010). <https://digitallibrary.un.org/record/%20691193>; Forente nasjoner (FN). *Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2015. The United Nations Standard Minimum Rules for the*

aktivitetsplikt og isolasjon viser) lovverket er vagt, og fengslene har både vid skjønnsmyndighet og mulighet for å gjøre unntak fra hovedreglene.¹²³

Til tross for at JURK hittil ikke har fått gjennom store endringer for kvinnelige innsattes forhold, har JURKs rettspolitiske aktivitet og forskningsbidrag vært av stor betydning i en tid der få andre aktører har vært på banen. JURK har klart å sette fokus på den særlig sårbarheten som kvinnelige innsatte har, og belyse de utfordringene de møter under soning.

11.5 Kvinneperspektiv i kontinuerlig endring

Kapittelet har vist at et kvinneperspektiv ikke trenger å bety at alle kvinner skjæres over én kam. Ved en praktisk-orientert tilnærming har JURK på en organisk måte analysert retten i et interseksjonelt kvinneperspektiv. Tilliten JURK har opparbeidet seg som et tilbud for alle som definerer seg som kvinner, har gitt et rikt saksmateriale, noe som igjen har gjort JURK i stand til å utvikle en kvinnefokusert rettspolitikk på svært mange ulike områder.

JURK står på mange måter i en særstilling i norsk rettshjelps- og forskningssammenheng i dag. I årsrapportene, saksbehandlingssystemet, studentavhandlingene og annen forskning på JURKs saksbehandling ligger nesten et halvt århundres kunnskap om hvordan retten på ulike områder har utviklet seg, og hvordan ulike grupper kvinners stilling i samfunnet stort sett har blitt styrket. Samtidig viser eksemplene i kapittelet at det fortsatt gjenstår mange utfordringer før vi kan si at vi har reell likestilling i Norge. Fortsatt er det behov for et rettshjelpstiltak som har som uttalt oppgave å bistå kvinner som ikke kan få hjelp andre steder.

For hvilken livsnorm eller hvilket kjønns livsløp er basis når man utreder de rettslige og faktiske konsekvenser av en lov eller forskrift? JURKs erfaring er at dette fremdeles ofte er en mann. Som utlendingsregelverket viser er det i stor grad minoritetsmannen som er lagt til grunn som

Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules). A/RES/70/175. (08.01.2016). <https://undocs.org/A/RES/70/175>.

123 Vige, «I navnet, men ikke i gavnet. Idealer om straffegjennomføring og kvinners erfaringer med å sone i norske fengsler», s. 4.

norm. Noen ganger er det tatt hensyn til en heterofil ciskvinnens levekår, men vår analyse er at rettsregler sjeldent utformes på bakgrunn av kvinner som tilhører for eksempel en etnisk eller seksuell minoritet. Ulike grupper kvinners problemer og behov er ofte ikke reflektert i regelverket. JURKs forankring i kvinners problemer og erfaringer har bidratt til å opprettholde et kvinnevernlig fokus på fag som likestillings- og diskrimineringsrett, strafferett, familierett og trygderett. Derfor er viktig at de obligatoriske fagene ved jusstudiet kan gi studentene en bevissthet rundt hvilke grupper mange av rettsreglene er utformet med hensyn til, og hvem som ikke gis tilstrekkelig beskyttelse av dagens regelverk. Noen av dagens jusstudenter skal tross alt gå videre til å utrede og forme innholdet i nye lover, og fatte vedtak på bakgrunn av disse med konsekvenser for enkeltpersoner.

Litteratur

- Amble, Nina, Ellen Møller og Inger Vagle. «Feministisk aksjonsforskning i det yrkesfaglige feltet». I *Aksjonsforskning i Norge*. Sigrid Gjøtterud mfl. red., Cappelen Damm Akademisk, 2017, s. 315–335. DOI: <https://doi.org/10.23865/noasp.17>
- Ausland, Ine Marie. «Kvinnekamp gjennom aktiv rettshjelp: Juridisk rådgivning for kvinner». *Kvinnevernlig skriftserie* nr. 94 (2013). <https://www.jus.uio.no/ior/forskning/omrader/kvinnevern/publikasjoner/skriftserien/dokumenter/nr-94-ina-marie-ausland.pdf>
- Beck, Marianne. «Årsrapport 2001. Juridisk rådgivning for kvinner» (2002). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-2001.pdf>
- Blažević, Dunja. *Jakten på et fagfelt – den skandinaviske kvinne- og kjønnshistoriens fremvekst i skjæringsfeltet mellom historieforskning og kvinne- og kjønnsforskning*. Masteroppgave, Universitetet i Bergen (UiB) 2015. <https://hdl.handle.net/1956/10939>.
- Buestad, Gunhild, Eva Haugen og Wenche Kverneland. «Årsrapport 1978 – Juridisk rådgivning for kvinner» (1979). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-1978.pdf>,
- Børing, Hanne og Kristin Cordt-Hansen. «Juridisk rådgivning for kvinner årsrapport 1986» (1986). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-1986.pdf>.
- Crenshaw, Kimberlé. «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics». *University of Chicago Legal Forum* nr. 1 (1989) s. 139–167.

- Dahl, Tove Stang. «Hvorfor kvinnerett?» I *Kvinnerett I*. Tove Stang Dahl red., Universitetsforlaget, 1985, s. 15–28.
- Dahl, Tove Stang. *Pene piker haiker ikke. Artikler om kvinneverett, strafferett og velferdsstat*. Universitetsforlaget, 1994.
- Dokument nr. 15:14 (2018–2019). «Skriftlig spørsmål fra Anette Trettebergstuen (A) til barne- og likestillingsministeren» (02.10.2018). <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Sporsmal/Skriftlige-sporsmal-og-svar/Skriftlig-sporsmal/?qid=73495>
- Eggen, Vibeke. «Årsrapport 2000. Juridisk rådgivning for kvinner» (2001). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-2000.pdf>.
- Elnæs, Kristin og Ragnhild Bø. «Årsrapport 1990. Juridisk rådgivning for kvinner (JURK)» (1991). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-1990.pdf>
- Grønvold, Sara Eline. «Årsrapport 2016. Juridisk rådgivning for kvinner (JURK)» (2017). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-2016.pdf>.
- FNs kvinnekommité (Committee on the Elimination of Discrimination against Women – CEDAW). *Concluding observations on the ninth periodic report of Norway*. CEDAW/C/NOR/CO/9 (22.11.2017). https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/NOR/CO/9&Lang=En.
- Forum for kvinner og utviklingsspørsmål (FOKUS). «Norsk skyggerapport til kvinnekonvensjonen 2017.» <https://d3jkgv357tqm.cloudfront.net/1504017205/skyggerapport-cedaw-2017-norsk.pdf>.
- Hellebust, Marion mfl. «Lengst inne i fengselet – kvinnelige innsatte med behov for helsehjelp». *Universitetet i Oslo (UiO), Institutt for kriminologi og retts sosiologi*, 2021. https://www.ldo.no/globalassets/_ldo_2019/_bilder-til-nye-nettsider/rapporter/lengst-inne-i-fengselet.pdf.
- Hellum, Anne. «Kvinnevertslige utviklingslinjer: Forståelser av kvinner, kjønn og rett – nedenfra og ovenfra». *Tidsskrift for kjønnsforskning* (2012) s. 131–148. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN1891-1781-2012-02-05>.
- Hellum, Anne og Anniken Sørli (red.). *Frihet, likhet og mangfold. Kjønnsideidentitet og seksuell orientering i rettslig, medisinsk og samfunnsvitenskapelig kontekst*. Gyldendal 2021.
- Ikdahl, Ingunn. «Om kvinneverett og kjønnsperspektiv i rettsvitenskapen». I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget, 2019, s. 659–682.
- Jonassen, Bjørk Gudmundsdottir. «Årsrapport 2020. Juridisk rådgivning for kvinner», 2021, <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/%C3%85rsrapport%202020.pdf>

- Kjelleveid, Alice. «Årsrapport 1974 – Fri rettshjelp for kvinner» (1974). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-1974.pdf>.
- Kriminalomsorgen. «Arbeids- og aktivitetstilbud» (u.å.). <https://www.kriminalomsorgen.no/arbeids-og-aktivitetstilbud.527951.no.html> hentet 07.12.2021.
- Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO). «Innsatt og utsatt. Rapport om soningsforholdene til utsatte grupper i fengsel» (2017). https://www.ldo.no/globalassets/brosjyrer-handboker-rapporter/rapporter_analyser/soningsrapport-web.pdf.
- Levin, Morten. «Aksjonsforskning som forskning – epistemologiske og metodiske utfordringer». I *Aksjonsforskning i Norge. Teoretisk og empirisk mangfold*. Sigrud Gjøtterud mfl. red., Cappelen Damm Akademisk 2017, s. 27–44. DOI: <https://doi.org/10.23865/noasp.17>
- Melgård, Sissel og Kjersti Dørstad. «Årsrapport 1975 – Fri rettshjelp for kvinner» (1975). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-1975.pdf>.
- Myhren, Torill og Margaret Hagevik. «Årsrapport – Juridisk rådgivning for kvinner» (1976). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-1976.pdf>.
- Nordstrøm, Tina Storsletten. «Minoritetskvinnens rett til rettighetsinformasjon». *Kvinnerettslig skriftserie* nr. 81 (2009). https://www.jus.uio.no/ior/forskning/omrader/kvinnerett/publikasjoner/skriftserien/dokumenter/81_Nordstroem.pdf.
- Nordstrøm, Tina Storsletten. «Rettsinformasjon og rettshjelp». I *På vei – Kjønn og rett i Norden*. Eva-Maria Svensson mfl. red., Makadam, 2011, s. 94–114.
- Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM). «Vold og overgrep i samiske samfunn» (2018). https://www.nhri.no/wp-content/uploads/2018/06/NNIM_temareport_web.pdf.
- NOU 1995: 27 *Pappa kom hjem*.
- Nørve, Siri. «Flat organisering – nyfeministene, lesbisk bevegelse og Kvinnehuset» (09.05.2007). <https://kjonnsforskning.no/nb/siri-norve-flat-organisering-nyfeministene-lesbisk-bevegelse-og-kvinnehuset> hentet 08.12.2021.
- Oftedahl, Cathrine og Hanne Skui. «Årsrapport 1988. Juridisk rådgivning for kvinner» (1989). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-1988.pdf>.
- Patursson, Frøydis. «Årsrapport 2018. Juridisk rådgivning for kvinner» (2019). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/%C3%85rsrapport%202018.pdf>.
- Pettersen, Liv Toril. «Likestilling, kvinner og kjønn i samfunnsplanlegging». *Nordisk arkitekturforskning* (1999) s. 21–31.

- Regjeringen. «Norway's Ninth Periodic Report on Implementation of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (2011–2015)» UN Doc. CEDAW/c/NOR/9 (03.02.2016).
- Regjeringen. «Norway's tenth report to the UN Committee on Elimination of Discrimination against Women (CEDAW)», UN Doc. CEDAW/C/NOR/10 (01.07.2021).
- Rohtagi, Rachna. *Utenlandske kvinners adgang til opphold på selvstendig grunnlag, etter samlivsbrudd*. Masteroppgave, Universitetet i Oslo (UiO), 2008. <https://www.duo.uio.no/handle/10852/21938>.
- Sametinget. «Sametingsmelding om reindrift» (2016). <https://sametinget.no/naring/reindrift/sametingsmelding-om-reindrift/>.
- Sivilombudsmannen. «Kvinner og fengsel: En temarapport om kvinners soningsforhold i Norge» (2016). https://www.sivilombudet.no/wp-content/uploads/2017/05/Temarapport_Kvinner-i-fengsel.pdf.
- Sivilombudsmannen. «Særskilt melding til Stortinget om isolasjon og mangel på menneskelig kontakt i norske fengsler. Dokument 4:3 (2018/19)» (2019). https://www.sivilombudet.no/wp-content/uploads/2019/06/SOM_S%C3%A6rskilt-melding_WEB.pdf.
- Sperre, Maria de Michelis. «Folketrygdloven i møte med medmødres overlappende graviditeter. En trygde- og diskrimineringsrettslig analyse av folketrygdloven § 14-10 tredje ledd annet punktum». *Kvinnerettslig skriftserie* nr. 104 (2019). https://www.jus.uio.no/ior/forskning/omrader/kvinnerett/publikasjoner/skriftserien/104_sperre.pdf.
- Statistisk sentralbyrå (SSB). «Statistikkbanken. Fengslinger. Tabell 10530: Innsatte, etter fengslingstype, alder, kjønn, statistikkvariable og år» (u.å.). <https://www.ssb.no/statbank/table/10530/> hentet 07.12.2021.
- Storhaug, Anne Karin. «Introduksjon – Rettshjelpstiltak og kvinner i jussen». I *Festskrift JURKs 25 års jubileum. Kvinnerett – før og nå. Betydningen av rettshjelpstiltak. Rettspolitisk arbeid*. Anne Karin Storhaug red., Juridisk rådgivning for kvinner, 1999, s. 88–90.
- Sunde, Inger Marie og Gunhild Grünfeld. «Juridisk rådgivning for kvinner. Årsrapport 1984» (1985). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-1984.pdf>.
- Thoresen, Siri og Ole Kristian Hjemdal (red.). *Vold og voldtekt i Norge. En nasjonal forekomststudie av vold i et livsløpsperspektiv. Nasjonalt kunnskapssenter om vold og traumatisk stress*. Rapport 1/2014. https://www.nkvt.no/content/uploads/2015/11/vold_og_voldtekt_i_norge.pdf
- Thorsrud, Ida. «JURKs fengselsundersøkelse. En kartleggelse av kvinners soningsforhold i 2010/2011» (2012). https://www.regjeringen.no/contentassets/cdd4e3b536814f869c5e71377189aded/protokoll_jurk_vedlegg.pdf

- Umblis, Janis. *Kunnskapsoppsummering om deltakelse i arbeidslivet for kvinner med innvandringsbakgrunn*. Institutt for samfunnsforskning. Rapport 2020:2. https://www.bufdir.no/globalassets/global/nbbf/inkludering/kunnskapsoppsummering_om_deltakelse_i_arbeidslivet_for_kvinner_med_innvandrerbakgrunn.pdf.
- Universitetet i Bergen (UiB). «Retts hjelp – valemne» (u.å). <https://www.uib.no/emne/JUS325> hentet 07.12.2021.
- Universitetet i Oslo (UiO). «JUS5011 – Praksis i Juridisk rådgivning for kvinner, JURK» (u.å).
- Utlendingsdirektoratet. «Familieinnvandringstillatelser etter søkerens statsborgskap, aldersgruppe og kjønn» (2019). <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/familieinnvandringstillatelser-etter-sokerens-statsborgskap-aldersgruppe-og-kjonn-2019/> hentet 07.12.2021.
- Utsi, Marit Meløy. *Mellom kultur og økonomi*. Masteroppgave, Universitetet i Tromsø (UiT), 2010. <https://hdl.handle.net/10037/4743>.
- Vehusheia, Gunhild. «Årsrapport 2011. Juridisk rådgivning for kvinner» (2012). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-2011.pdf>.
- Vige, Åshild Marie. «I navnet, men ikke i gavnet. Idealer om straffegjennomføring og kvinners erfaringer med å sone i norske fengsler». *Kvinnerettslig skriftserie* nr. 102 (2018). https://www.jus.uio.no/ior/forskning/omrader/kvinnerett/publikasjoner/skriftserien/102_vige.pdf.
- Vige, Åshild Marie. «Kvinnens erfaringer med å sone i norske fengsler våren 2017. En rapport fra Juridisk rådgivning for kvinner» (17.10.2018). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/rapport-jurk-kvinnens-erfaringer-med-a-sone.pdf>.
- Vigeland, Linda M. og Gro S. Bache Wildhagen. «Kvinnens soningsforhold. En fengselsundersøkelse gjennomført av Juridisk rådgivning for kvinner JURK», 2005.
- Vittersten, Rikke og Anne Hellum. «Rapport fra praktikum med JURK i diskriminerings- og likestillingrett». *Kvinnerettslig skriftserie* nr. 108 (2020). <https://www.jus.uio.no/ior/forskning/omrader/kvinnerett/publikasjoner/skriftserien/kvinnerettslig-skriftserie-nr.-108-2020---rapport-.html>.
- Wildhagen, Gro S. Bache. «Årsrapport 2004. Juridisk rådgivning for kvinner» (2005). <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/arsrapport-2004.pdf>.

Feministisk rettsfilosofi

Eva-Maria Svensson

12.1 Innledning

Innenfor faget rettsfilosofi studeres generelle spørsmål som ikke er knyttet til et bestemt rettsområde. Det dreier seg om grunnleggende rettsfilosofiske spørsmål som hva retten er, hvordan retten kan legitimeres, om den nåværende retten kan kritiseres, og i tilfelle på hvilket grunnlag, og om hvordan vi får kunnskap om retten. Spørsmålene som stilles, kan besvares på ulike måter. Hvilke svar som gis, har betydning for synet på juristens og rettens rolle i samfunnet. Det kan for eksempel dreie seg om hvordan retten kan endres, og av hvem – av den lovgivende forsamlingen eller gjennom rettsanvendelsen. Videre kan det handle om rettskildenes betydning og i hvilken grad de skal, bør eller kan følges. Spørsmål om hvorfor vi bør følge retten, og hvordan retten forholder seg til demokratiske verdier og individets rettigheter med videre, behandles også. Dagens rettstenkning er preget av tidligere rettstenkning; de samme spørsmålene går igjen i ulike tradisjoner, men kompletteres også med nye spørsmål, som i sin tur kan få ulike svar.

12.1.1 Flere rettsfilosofiske retninger

Det finnes en rekke rettsfilosofiske retninger, som er forskjellige både når det gjelder hvilke spørsmål som stilles og hvordan de besvares. Det er

Sitering: Svensson, E.-M. (2022). Feministisk rettsfilosofi. I I. Ikdahl, A. Hellum, J. Asland, H. Bruserud, M. A. Hjort, B. G. Jonassen og M.-L. Skilbrei (red.), *Kjønn og rett: Kvinne-, kjønns- og likestillingsspektiver i jusstudiet* (Kap. 12, s. 313–360). Cappelen Damm Akademisk. <https://doi.org/10.23865/noasp.164.ch12>

Lisens: CC BY-NC-ND 4.0

vanlig å dele inn rettsfilosofien i en analytisk, en normativ og en kritisk retning.¹ Den analytiske retningen er først og fremst rettet mot det første spørsmålet, som går ut på å definere hva retten er, og hva som skiller retten fra moralen og andre normsystemer. Den har således et indre perspektiv. Normativ rettsfilosofi er særlig rettet mot spørsmålet om rettens normative grunnlag, for eksempel at retten bør kunne kritiseres ut fra en idé om hva rettferdighet er. Filosof og jusprofessor Martha Nussbaum og filosofiprofessor John Rawls er eksempler på filosofer som har bidratt med slike teorier, som har stor relevans for rettsvitenskapen.² Den kritiske retningen innenfor rettsfilosofi utfordrer grensene for de to førstnevnte. Den plasserer retten i en samfunnskontekst og synliggjør retten som maktorden. Det betyr at det relevante spørsmålet ikke er hva retten er, men snarere hva den *gjør*. Kunnskap om retten betraktes som sosialt konstruert, og spørsmålet om hvordan vi får kunnskap om retten, tillegges også ofte stor vekt.

Undervisningen i faget rettsfilosofi er preget av den analytiske tradisjonen,³ selv om den varierer mellom forskjellige juridiske læresteder når det gjelder både utgangspunkter og fokus. De rettsfilosofiske diskusjonene eksemplifiseres ofte ved hjelp av rettsteoriene naturrett, rettspositivisme og til en viss grad rettsrealisme. Naturrett hører til den normative retningen, mens rettspositivisme og til dels også rettsrealisme hører til den analytiske retningen. Feministisk rettsfilosofi, som fremfor alt tilhører den kritiske rettsfilosofiske retningen, betraktes sjelden eller aldri som en del av rettsfilosofiens kjerneområde, og i kurslitteraturen som benyttes,⁴ er det skrevet svært lite om

1 Se f.eks. *Internet Encyclopedia of Philosophy* (IEP), <https://iep.utm.edu/law-phil/>, fra 9.11.2020.

2 Deres sentrale verk i dette henseende er Martha C. Nussbaum, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press 2000, og John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press 1971.

3 Se f.eks. Svein Eng, *Rettsfilosofi*, Universitetsforlaget 2007. Selv om den har et «overveiesperspektiv», er spørsmålene som overveies, begrenset til slike som er tradisjonelle for rettsfilosofien, nemlig å utrede hva retten og dens grunnleggende bestanddeler er, samt spørsmålet om hvordan retten kan legitimeres.

4 Se Erik Björling og Eva-Maria Svensson, «The Role of Legal Theory in Legal Education: A Reflection on Professional and Academic Ideals in Nordic Legal Education», *Nordic Journal on Law and Society (NJOLAS)*, vol. 4, nr. 3 (2021) s. 1–31.

feministisk rettsfilosofi. Det gjelder så vel rettsfilosofiske lærebøker som oppslagsverker.⁵

I stedet er feministisk rettsfilosofi i stor grad utviklet innenfor det kunnskapsfeltet som i Norge kalles kjønn og rett eller kvinnerett.⁶ Forskningen på dette kunnskapsfeltet er generelt kunnskapskritisk og utfordrer og omformulerer tidligere kunnskap. For å kunne gjøre det må den reflektere over teoretiske utgangspunkter og sette dem i sammenheng med forståelsen av juridisk praksis. Derfor finnes det ofte innslag av feministisk rettsfilosofi selv når forskningen ikke er utpreget rettsfilosofisk. Det finnes imidlertid få publikasjoner som uttrykkelig og utelukkende er feministisk rettsfilosofiske.⁷ Feministisk rettsfilosofi som kunnskapsfelt lar seg ikke avgrense på en enkel og tydelig måte, noe utvalget av tekster og forfattere i dette kapitlet viser. Mitt utgangspunkt har vært å presentere noen viktige grunnleggende kjennetegn som er sentrale på feltet, til dels ved å vise hva som skiller det fra andre kunnskapsfelt. Forskerne det refereres til, er slike som har skrevet om dette, og som har påvirket feltet feministisk rettsfilosofi. Mange av dem er mange- eller tverrvitenskapelige og har doktorgrad i ett fag og et professorat i et annet. Langt fra alle er jurister, men de har hatt betydning for feministisk rettsfilosofi og for kunnskapsfeltet kjønn og rett.

5 Det finnes noen unntak, se f.eks. Stine Jørgensens kapittel «Feministisk retsteori» i Ole Hammerslev og Henrik Palmer Olsen (red.), *Rettsfilosofi. Centrale tekster og temaer*, 2. utgave, Hans Reitzels Forlag 2019, s. 709–732; Ingunn Ikdahl, «Om kvinnerett og kjønnsperspektiv», i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019, s. 659–682; Eva-Maria Svensson, «Genusrättsvetenskap och juridiska metoder», i Maria Nääv og Mauro Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur 2018, s. 275–316.

6 Her velger jeg å snakke om *ett* kunnskapsfelt, selv om det også kan betraktes som flere sameksisterende og overlappende kunnskapsfelt. Se mer om kunnskapsfeltet og dets utvikling i Anne Hellum, «Kvinnerettslige utviklingslinjer: Forståelser av kvinner, kjønn og rett – nedenfra og ovenfra», *Tidsskrift for kjønnsforskning*, vol. 36, nr. 2, 2012, s. 131–148; Eva-Maria Svensson, «Formering och transformering av ett kunskapsfält», i Eva-Maria Svensson mfl. (red.), *På vei. Kjønn og rett i Norden*, Makadam, 2011, s. 437–467; Åsa Gunnarsson mfl., *Genusrättsvetenskap*, Studentlitteratur, 2018.

7 Den hittil eneste feministiske rettsfilosofiske avhandlingen i Norden er Eva-Maria Svensson, *Genus och rätt. En problematisering av föreställningen om rätten*, Iustus förlag 1997.

12.1.2 Feministisk rettsfilosofi som eget kunnskapsfelt

Feministisk rettsfilosofi er utviklet fra en kritikk av den rettsfilosofiske tradisjonen som hevder å være allmenngyldig, men som i realiteten er ensidig. Kvinners erfaringer og interesser er ikke eksplisitt ekskludert fra rettsfilosofiens domener, men abstraksjonene, begrepene og distinksjonene er basert på en forestillingsverden som kan sies å være *kjønn* (engelsk: *gendered*). Den feministiske rettsfilosofien utfordrer faget rettsfilosofi og dets grenser ved å forholde seg kritisk til tidligere rettsfilosofiske posisjoner, på samme måte som feministisk filosofi har utfordret filosofifaget. Feministiske filosofer har fremholdt at det er nødvendig å gå bort fra visse grunnleggende oppfatninger om hva filosofi er, for at det feministiske perspektivet skal kunne rommes. Ett eksempel er det skarpe skillet mellom empiriske og filosofiske spørsmål som etterstrebes i analytisk filosofi.⁸ Selv om rettsfilosofien er preget av den analytiske tradisjonen, har rettsrealismens innflytelse på rettsvitenskapen samlet sett åpnet for at denne forskjellen ikke er like skarp lenger. Feministisk rettsfilosofi har, i likhet med kunnskapsfeltet kjønn og rett, bidratt ytterligere til å overskride skillet mellom teori og praksis.

Gjennom grenseforskyvende arbeid er feministisk rettsfilosofi utviklet som et eget kunnskapsfelt innenfor rettsfilosofien som igjen rommer flere retninger. Sammen med andre kritiske rettsfilosofiske retninger⁹ har den feministiske rettsfilosofien bidratt til å omformulere og utvide de grunnleggende rettsfilosofiske spørsmålene. Spørsmålet om *hva retten er*, er omformulert til *hva retten gjør*. Nye begreper er dannet for å forstå retten på en måte som er relevant for *alle* mennesker. Blant annet er forståelsen

8 Maud Landby Edwards mfl. «Från redaktionen», *Kvinnovetenskaplig tidskrift*, årg. 11, nr. 3, 1990, s. 1–3.

9 Se f.eks. Kirsten Ketscher, «Flere slags socialret», i Peter Blume og Hanne Petersen (red.), *Retlig Polycentri*. Akademisk Forlag 1993, s. 367–378; Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, «Norsk rettsteori mellom rettspositivisme og ny-normativisme», i Peter Blume og Hanne Petersen (red.), *Retlig Polycentri*. Akademisk Forlag 1993, s. 115–147; Kirsten Ketscher, «Mod en argumentativ ret», *Jussens venner*, nr. 5–6, 2000, s. 272–287; Håkan Gustafsson, *Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Lunds universitet, Sociologiska institutionen 2002.

av rettssubjektet som abstrakt og autonomt endret slik at det forstås som konkret og relasjonelt.

Feministisk rettsfilosofi kan defineres ut fra sitt kunnskapsinnhold og valg av teorier og metoder, men også gjennom sin organisering og institusjonalisering.¹⁰ Selv om variasjonen er stor med hensyn til teoretiske utgangspunkter, metoder og perspektiver,¹¹ er det en del ting som er felles. Her vil noen slike fellestrekk og hvordan de forholder seg til de såkalte grunnleggende rettsfilosofiske spørsmålene, bli berørt, og deretter vil noen sentrale begreper bli presentert.

Feministisk rettsfilosofi er, i likhet med hele kunnskapsfeltet kjønn og rett,¹² utviklet fra en kritikk av at verken retten eller den etablerte kunnskapen om retten lever opp til rettsordenens målsetning om likebehandling av alle, uansett kjønn. Retten og rettsvitenskapen blir også kritisert for ikke å tilby løsninger på problemer som er relevante for kvinner. Retten anses med andre ord ikke som kjønnsnøytral.¹³ Søkelyset har fra begynnelsen vært rettet mot kvinner og kvinners reelle problemer. Men med tiden har kunnskapsfeltet også kommet til å handle om studier av hvordan retten produserer og reproduserer kjønn og forestillinger om kjønn (genus). Slike studier er rettet mot maktrelasjoner mellom kvinner og menn, men også maktrelasjoner innenfor gruppen kvinner. Kjønnrelasjoner konstitueres i samspill mellom ulike normer og makt-hierarkier som for eksempel har å gjøre med etnisitet, funksjonsvariasjoner eller alder. Videre opererer de på forskjellige rettslige nivåer: lokalt, nasjonalt, regionalt og internasjonalt. Kunnskap om dette er viktig for å vurdere rettslige konsekvenser for kvinner som gruppe i forhold til menn, men også for ulike grupper kvinner.¹⁴ Det er ikke bare vår forståelse av retten som har blitt mer kompleks, men også vår forståelse av kjønn og maktrelasjoner mellom ulike grupper. Kjønnsbegrepet som sådan er

10 Svensson 2011.

11 Ikdahl, «Om kvinnerett og kjønnsperspektiv», 2019.

12 Internasjonalt brukes betegnelsen *feminist legal studies* eller *gender legal studies*, og i Sverige brukes *genusrättsvetenskap* eller *feministiska perspektiv på rätten*.

13 Ikdahl, «Om kvinnerett og kjønnsperspektiv», 2019.

14 Anne Hellum, «Den globale likestillingsnormen», i Svensson mfl. (red.) 2011, s. 24–50.

i endring, og i flere rettsordener er den binære oppdelingen i to kjønn, mann og kvinne, komplettert med flere kjønns kategorier.¹⁵

Til tross for at kunnskapsfeltet har en kritisk holdning til retten slik den uttrykkes og anvendes, er det samtidig preget av troen på rettens muligheter for å oppnå endring.¹⁶ Den rettoptimistiske holdningen er påfallende i den nordiske tradisjonen sammenlignet med hvordan det ser ut i internasjonal feministisk rettsfilosofi, der en pessimistisk holdning til rettens muligheter er betydelig vanligere.¹⁷ At nordisk feministisk rettsfilosofi har en mer positiv innstilling til retten som styringsmiddel, kan forklares med et generelt mer optimistisk syn på rettens muligheter, men også med at det politiske systemet har høye ambisjoner når det gjelder likestilling, fanget med begrepet «den kvinnevennlige staten».¹⁸ Likestilling har lenge vært en sentral del av oppbygningen av den nordiske velferdsstaten, og er et av den nordiske modellens kjennetegnende flaggskip.¹⁹

Tilliten til retten som et styringsmiddel for å oppnå endring passer godt med beskrivelsen av feministisk rettsfilosofi som transformativ. Dette endringsperspektivet kommer tydelig frem i et sitat av professor i kvinnerett Tove Stang Dahl. Kunnskapsfeltet handler ifølge henne om å «beskrive, forklare og forstå kvinners rettslige stilling, med særlig sikte på å bedre kvinners stilling i retten og i samfunnet».²⁰ Med dette menes at teorier og metoder bør tilpasses til endringer hos objektet. Det er viktig å tenke om og tenke nytt.²¹ Videre menes med *transformativ* at hensikten ikke bare er å beskrive og tolke rettslige forhold, men også å virke

15 Se innledningskapittelet til denne boken.

16 Ikdahl, «Om kvinnerett og kjønnsperspektiv», 2019.

17 Margaret Davies, «Notes Towards an Optimistic Feminism: A Long View», i Åsa Gunnarsson, Eva-Maria Svensson og Margaret Davies (red.), *Exploiting the Limits of Law: Swedish Feminism and the Challenge to Pessimism*, Ashgate, 2007, s. 213–229. Se også Anne Hellum, Kristin Bergtora Sandvik og May-Len Skilbrei, «Kjønn, makt og rett: samfunnsfaglige perspektiver på og i kvinneverdenen», kapittel 13 i denne boken.

18 Begrepet ble etablert av Hernes i Helga Hernes, *Welfare State and Woman Power. Essays in State Feminism*, Norwegian University Press 1987. En analyse av den svenske kvinnevennlige velferdsstaten er å finne hos Åsa Gunnarsson (red.), *Tracing the Women-Friendly Welfare State. Gendered Politics of Everyday Life in Sweden*, Makadam 2013.

19 Eirinn Larsen, Sigrun Marie Moss og Inger Skjelsbæk (red.), *Gender Equality and Nation Branding in the Nordic Region*, Routledge 2021.

20 Tove Stang Dahl (red.), *Kvinneverett I*, Universitetsforlaget 1985, s. 21.

21 Eva-Maria Svensson mfl. (red.), *På vei. Kjønn og rett i Norden*, Makadam 2011, s. 15.

for endring. Det senere har med kunnskapsfeltets normative ambisjon å gjøre: å virke for at de verdene som uttrykkes i retten, oppnås. Kirsten Ketscher, professor i sosialrett og kvinnerett, snakker om en offensiv fortolkningsmetode.²² Så vel Dahl som Ketscher ser muligheter for å bruke rettens potensial for å bedre situasjonen for kvinner, også innenfor det dogmatiske perspektivet.

Det finnes ingen tydelige grenser i kunnskapsfeltet kjønn og rett mellom hva som er rettsfilosofi, og hva som er materielle studier av retten. Den kunnskapskritiske inngangen gjør at så vel materiellrettslige og rettsfilosofiske studier utfordrer slikt som teoretiske antakelser, metoder og begreper.²³ Feministisk rettsfilosofi er ikke bare teoretisk; den er også praktisk. Antakelser om retten og rettssubjektet er ikke abstrakte og universelle, de er i aller høyeste grad konkrete og har sprunget ut av en spesifikk sammenheng. Feministisk rettsfilosofi fører til at selve synet på den filosofiske analysen i seg selv må endres, slik at kjønn som analytisk eller metodologisk kategori kan strukturere filosofiens egen måte å resonnerer og formulere problemer på. Slik tilfører feministisk rettsfilosofi nye mulige forståelser av hva rettsfilosofi kan være, hvilke de rettsfilosofiske spørsmålene er, og hvordan de kan besvares.

Det følgende vil bli strukturert med utgangspunkt i de tre rettsfilosofiske spørsmålene om hva retten er, hvordan retten kan legitimeres, og hvordan vi når kunnskap om retten, men i omvendt rekkefølge. Grunnen til det er at spørsmålene om hva retten er, og om hvordan retten legitimeres, i realiteten er basert på en idé som tar utgangspunkt i en spesifikk kunnskapsteoretisk posisjon: at det finnes en rett som lar seg definere og legitimere. Ved å begynne med det tredje spørsmålet – hvordan vi oppnår kunnskap om retten – er det mulig å omformulere spørsmålet om hva retten er, til «hva gjør retten», og spørsmålet om hvordan retten kan legitimeres, til «hvordan legitimeres retten som maktorden».

22 Ketscher 2000.

23 Ik Dahl, «Om kvinnerett og kjønnsperspektiv», 2019.

12.2 Hvordan oppnår vi kunnskap om «retten»?

Enhver rettsfilosofisk posisjon går ut fra visse kunnskapsteoretiske antakelser. I dette kapitlet vil søkelyset være rettet mot hvordan vi studerer retten og får kunnskap om den. Det omfatter spørsmål om metode, men også om hvilke kilder som kan brukes. Videre vil et antall sentrale begreper som fungerer som analytiske verktøy, bli presentert.

Feministisk rettsfilosofi har en kritisk grunnholdning og betrakter retten som sosialt konstruert og kontekstuell. Videre tas det avstand fra en kunnskapsteori som hevder at det er mulig å prøve om en uttalelse om retten er sann eller ikke. En slik kunnskapsteori har vært sterk innenfor rettsvitenskapen, selv om den i dag har fått konkurranse av andre kunnskapsteoretiske syn. I dag er det temmelig uproblematisk å forstå uttalelser om retten som tolkninger, og at det fører til at det alltid bør gjøres rede for premissene for tolkningen.²⁴ Videre åpner normative syn for erkjennelsen av at verdier danner grunnlaget for den rettslige argumentasjonen. Professorer i rettsvitenskap Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet utarbeidet en slik posisjon i boken *Vitenskapsfilosofi for jurister*, der den teoretiske målsetningen var å trekke linjer mellom noen av de sentrale allmenne vitenskapsfilosofiske strømningene og rettsvitenskapelig metode.²⁵

Ifølge et kritisk syn bør både juristen og forskeren sette retten inn i en bredere sammenheng. Det gjelder så vel ved tolkning av retten som i rettslig argumentasjon. Kunnskapskilder er ikke bare slike som jurister omtaler som autoritative rettskilder, men også (den empiriske) virkeligheten. Å synliggjøre og ta utgangspunkt i for eksempel gruppen kvinners erfaringer ble tidlig ansett som nødvendig for å kunne analysere og kritisk vurdere rettens muligheter for å bidra til å motvirke diskriminering. Å løfte frem gruppers og individers erfaringer var – og er fortsatt – sentralt innenfor samtlige kritiske rettsteorier.

24 Eva-Maria Svensson, «De lege interpretata – om behovet av metodologisk refleksjon», *Juridisk publikasjon*, Jubileumsnummer 2014, s. 211–226.

25 Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Fagbokforlaget 1998. Boken finnes i senere utgaver.

Det er også sentralt å reflektere over metoder og være åpen for at det finnes forskjellige slike, og at valget av metode avgjøres av hvilke problemstillinger som reises, og hvilket formål kunnskapssøkingen har. En kritisk grunnholdning krever metoder som handler om å frigjøre, omtolke og argumentere på en annen måte enn tidligere. Det kan for eksempel dreie seg om å ta utgangspunkt i et reelt problem, se hvordan ulike deler av retten samvirker i en konkret situasjon, forstå hvilke utgangspunkter en viss type regulering har og sette spørsmålstegn ved den, se hvordan retten samvirker med andre normer i samfunnet,²⁶ og ikke å akseptere rettens grenser for hva som er mulige rettslige problemer.

Med empiri som kunnskapskilde trengs det andre metoder enn den som forteller hvordan vi bør finne frem til og tolke rettskildene – den rettsdogmatiske (eller juridiske) metoden. Samfunnsvitenskapelige metoder av forskjellig slag brukes, ikke minst retts sosiologiske metoder.²⁷ Nye metoder for tolkning av rettskilder og for rettslig argumentasjon er også utviklet ut fra det faktum at den rettsdogmatiske metoden neppe underlettet kritisk analyse, men først og fremst hadde til hensikt å opprettholde den rådende forståelsen av hva som uttrykkes med begrepet «gjeldende rett». Med utgangspunkt i den grunnleggende verdien at retten bør bidra til å styrke kvinners stilling i retten og i samfunnet (til samme nivå som mennenes), brukes såkalte kvinnerettslige hensyn i den juridiske tolkningen og argumentasjonen. Metoder for å søke etter og synliggjøre underforståtte og implisitte antakelser i rettslige tekster og i rettsanvendelse krever andre metoder enn dem som ble brukt tidligere, for å synliggjøre hvordan retten samvirker med kvinners faktiske levevilkår og hvilke konsekvenser det får. Flere metoder er lagt til i metodearsenalet. Fremdeles anses imidlertid oppgaven med å vise eventuelle gap mellom idealer (normer) og virkelighet som sentral.²⁸

Den feministiske kunnskapskritikken setter spørsmålstegn ved posisjoner som mener at det finnes kunnskap som er uavhengig av tid og rom og av subjektet. Den hevder i stedet at kunnskap alltid er sosial, kontekstuell

26 Et tidlig eksempel er Hanne Petersens doktoravhandling *Informel ret på kvindearbejdspladser. En retsteoretisk og empirisk analyse*, Akademisk Forlag, København 1991.

27 Se også Hellum, Sandvik og Skilbrei, kapittel 13 i denne boken.

28 Åsa Gunnarsson og Eva-Maria Svensson, *Genusrättsvetenskap*, Studentlitteratur 2009, s. 103.

og avhengig av den som studerer noe. Et gjennomgående standpunkt er at kunnskap blir til i en konkret sammenheng. Det betyr likevel ikke at det ikke finnes noen kunnskap som vi kan være enige om. Begreper som situert kunnskap,²⁹ tankeramme³⁰ og intersubjektivitet uttrykker at kunnskapen ikke er universell, men at den likevel kan oppfattes som og hevdes å være «sann» i en gitt kontekst. Vi kan være enige om noe uten at det kan bevises for den saken at den alltid og i alle sammenhenger er sann, for eksempel innenfor det kommunikative fellesskapet som juristprofesjonen utgjør.³¹

Feministisk rettsfilosofi hevder at teori og praksis interagerer, og teoretiske studier kombineres ofte med studier av materiell rett.³² Hvis teorien ikke bidrar til en konkret løsning på et problem, anses den ikke å være særlig god, i den forstand at den ikke er til noen nytte.³³ Det kan handle om å utgå fra gruppen kvinner i en bestemt situasjon for å se hvordan retten møter kvinners behov for rettslig støtte både i identifiseringen av og i løsningen på forskningsproblemer. Den tidlige kvinneretten var påtakelig praktisk orientert. Det betydde at det var kvinners virkelighet og deres møte med rettsreglene og anvendelsen av dem som sto i sentrum. Kvinners situasjon på arbeidsmarkedet, som blivende foreldre og som ektefeller/mødre, ble utgangspunktet for analyser av hvorvidt retten tilgodeser berettigede behov. De tidlige lærebøkene i kvinneverett er tydelige eksempler på denne praktiske orienteringen.³⁴ Særlig i Norge har denne praktiske orienteringen fortsatt å dominere, ikke minst innenfor rammen av det kvinnevertslige nord-sør-samarbeidet.³⁵

29 Donna Haraway, «Situated knowledges: The science question in feminism and the privilege of partial perspective», *Feminist Studies*, vol. 14, nr. 3, 1988, s. 575–599.

30 Svensson, *Genus och rätt*, 1997.

31 Bernt og Doublet 1998.

32 Svensson, *Genus och rätt*, 1997; Eva Schömer, *Konstruktion av genus i rätten och samhället; en tvärvetenskaplig studie av svenska kvinnors rätt till jämställdhet i ett formellt jämlikt rättssystem*, Iustus förlag 1999; Svensson mfl. (red.) 2011; Wanna Svedberg, *Ett (o)jämställt transportsystem i gränslandet mellan politik och rätt*, Bokbox Förlag 2013.

33 Margaret Davies, *Asking the law question*, 4. utgave, Thomson Reuters 2017.

34 Lotta Westerhäll-Gisselsson, *Kvinnor och rätt. Översikt över de viktigare sambanden mellan kvinnokön och rättsregler*, Publica 1979; Tove Stang Dahl (red.), *Kvinneverett I*, Universitetsforlaget, 1985; Tove Stang Dahl (red.), *Kvinneverett II*, Universitetsforlaget; Anita Dahlberg, Gudrun Nordborg og Elvy Wicklund, *Kvinnors rätt*, Tidens förlag 1990.

35 Agnete Weis Bentzon mfl., *Pursuing Grounded Theory in Law. South-North Experiences in Developing Women's Law*. Mond Books 1998; Anne Hellum og Julia Köhler-Olsen (red.), *Like rettheter og ulike liv – rettslig kompleksitet i kvinne-, barne- og innvandrerperspektiv*, Gyldendal 2016.

For å kunne studere kvinners livsvilkår har det vært behov for å utvikle nye teoretiske begreper som synliggjør hvordan kvinners situasjon tilgodeses i lovgivningen. Det betyr at det er behov for å tilpasse teoriene for at vi skal kunne forstå og forklare praksisen. Kjønn som analytisk og metodologisk kategori setter krav til en tilpasning av filosofiens måte å formulere problemer og resonnere rundt dem på. En feministisk rettsfilosofi tilfører dermed nye måter å forstå de rettsfilosofiske problemene på innenfor deres ulike områder. Å skape nye begreper er en sentral oppgave for rettsfilosofien, og de rettsfilosofiske spørsmålene kan omformuleres ved hjelp av nye begreper som gjør at vi kan forstå retten på flere måter. Noen slike begreper skal presenteres her.

Den mannlige normen er et begrep som synliggjør at retten i realiteten har partikulære utgangspunkt og ikke passer like godt for alle grupper av mennesker. Ved hjelp av distinksjonen *offentlig – privat* kan vi diskutere rettens grenser og hvorfor visse spørsmål reguleres, mens andre ikke gjør det. Et annet begrep som kan forklare hvordan denne grensedragningen skjer kunnskapsteoretisk og videre usynliggjøres, er *adskillelsens logikk*. Dette begrepet kan også brukes for å forstå hvordan forestillingen om rettssubjektet som abstrakt og autonomt har kunnet være så dominerende over tid, til tross for at kvinner og andre grupper som tidligere har vært uten status som rettssubjekt, likevel ikke passer helt inn når de blir inkludert. Dette vil også bli illustrert med begrepsparet *likhet – egenart*. Disse begrepene er noen eksempler på redskaper som brukes for å oppnå kunnskap om retten i en bred sammenheng, og hvordan retten er kjønnnet. Begrepene er utviklet i tett interaksjon mellom teori og praksis.

12.2.1 Den mannlige normen

Den franske filosofen Simone de Beauvoir skrev i sin bok *Le Deuxième Sexe* i 1949 at «forestillingen om verden, så vel som verden selv, er mennenes verk. De beskriver den ut fra sin egen synsvinkel som de forveksler med den absolutte sannhet».³⁶ Det mannlige kjønn har lenge vært det

36 Sitat fra den norske utgaven av Simone de Beauvoir, *Det annet kjønn*, Pax forlag 1994[1949], s. 121.

objektive og allmenngyldige, som har formet vår idé om «mennesket», og det har ført til at det kvinnelige kjønn har blitt definert som subjektivt og ikke-allmenngyldig. Beauvoirs bok har vært sentral for den feministiske forskningen som har utfordret den mannlige normen og strevet etter å inkludere kvinnen og kvinners erfaringer i det allmenngyldige og i kategorien «menneske».

Begrepet «den mannlige normen» brukes også i feministisk rettsfilosofi og generelt innenfor kunnskapsfeltet kjønn og rett.³⁷ Normen preger ikke bare lovgivningen og anvendelsen av den, men også kunnskapsteoretiske utgangspunkter, begreper og deres tolkning, på utvalg av prinsipper og verdier som betraktes som grunnleggende, samt på aksept for abstraksjoner av rettssubjektet.³⁸ Den kan betraktes som en del av den kulturelle hegemoniet,³⁹ det vil si en form for maktutøvelse som institusjonaliseres gjennom kulturelle og sosiale prosesser som skaper konsensus og sosiale sanksjoner for hva som er rett, normalt og reelt.⁴⁰ Normen kan også betraktes som et uttrykk for en maktorden der menn er overordnet kvinner, en genusorden av typen patriarkat eller genusystem.⁴¹ Genusystemet kjennetegnes av to logikker: et opprettholdt skille mellom kjønnene, og den mannlige normens primat.⁴² Et eksempel på hvordan disse logikkene preger samfunnet, er det kjønnete arbeidsmarkedet. I alle de nordiske landene er utdanningsvalgene kjønnsstereotype, noe som gir seg uttrykk i et fortsatt kjønnsdelt arbeidsmarked. I mange yrker er det en overveiende andel kvinner, slik som førskolelærer, sykepleier og

37 Catharine MacKinnon, «Plädering för en feministisk rättsfilosofi», *Kvinnovetenskaplig Tidskrift*, nr. 1, 1991, s. 16–26. Svensson, *Genus och rätt*, 1997, fotnote 32, s. 37.

38 Ngairé Naffine og Rosemary Owens, *Sexing the Subject of Law*, Sweet & Maxwell, 1997.

39 Dahl (red.), *Kvinnerett I*, 1985, s. 16 f.

40 Paulina de los Reyes og Diana Mulinari, *Interseksjonalitet, Kritiska reflektioner över (o)jämlikhets landskap*, Liber 2005, s. 79.

41 Se for eksempel MacKinnon 1991, s. 16–26; Svensson, *Genus och rätt*, 1997; Karin Lundström, *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten: en feministisk analys*, Iustus Förlag 1999; Schömer 1999; Susanne Fransson, *Lönediskriminering. En arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*, Iustus Förlag 2000; Yvonne Hirdman, «Genusystemet», i *SOU 1990:44 Demokrati och makt i Sverige, Maktutredningens huvudrapport* 1990.

42 Yvonne Hirdman, «Genusystemet – reflexioner kring kvinnors sociala underordning», *Kvinnovetenskaplig tidskrift*, nr. 3, 1988, s. 49–63.

sekretær, mens det i andre yrker, som byggearbeider, mekaniker og sjåfør, er nesten 100 prosent menn i alle de nordiske landene.⁴³

At det kan vises at det finnes en mannlig norm på samfunnsnivå som blant annet former lovgivningen, betyr imidlertid ikke at normen stemmer på livssituasjonen til alle menn. Det betyr heller ikke at en kvinne ikke kan passe inn i normen. Det betyr ganske enkelt at retten er utformet ut fra en typisk sett mannlig levemåte. Og ved å studere hvordan kvinners og menns ulike livsvilkår speiles i og samspiller med retten, er det samlet tilstrekkelig mye kunnskap på dette området til å kunne påstå at retten er preget av en bestemt typisk levemåte og et bestemt typisk rettssubjekt som passer bedre for menn som gruppe enn det passer for kvinner som gruppe. Det er særlig menns levekår, oppfatninger, behov og konflikter som er nedfelt i retten.⁴⁴

Den mannlige normen preger lovgivningen på forskjellige måter. I kapittelet «Strafferett og kjønn» i denne boken peker Ragnhild Hennum på at det er store forskjeller mellom kjønnene når det gjelder så vel å bli utsatt for kriminalitet som å utsette andre for kriminalitet. Menn er overrepresentert i begge tilfellene, og forskjellen mellom menn og kvinner er særlig stor når det gjelder gjerningsperson, og når det gjelder voldsforbrytelser. Hvorfor det er slik, er imidlertid ikke helt enkelt å forklare.⁴⁵ Ett eksempel på hvordan retten bygger på de typisk mannlige livsvilkårene, er det som Tove Stang Dahl fanget med begrepet *det tredelte forsørgelses-systemet*. Et todelt forsørgelsessystem, der marked og samfunnet er de hovedsakelige forsørgelseskildene i form av lønnet arbeid og overføringer fra et offentlig finansiert sosialforsikringssystem, er basert på menns forsørgelsesmønster. For kvinner, mener Dahl, er forsørgelsessystemet tredelt. For dem finnes det ofte tre kilder til forsørgelse, nemlig markedet, samfunnet og familien, der det sistnevnte handler om overføring mellom

43 Nordiskt samarbetsprogram för jämställdhet 2019–2022, Nordiska ministerrådet 2019, <https://norden.diva-portal.org/smash/get/diva2:1283597/FULLTEXT01.pdf>; Så ska jämställdheten öka i Norge, *Arbeidsliv i Norden*, 2012, <http://www.arbeidslivinorden.org/nyheter/nyheter-2012/article.2012-10-08.5000271218>.

44 Susanna Eriksson, «Masculinities, Violence and Self-Defence in Swedish Supreme Court Cases», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung*, nr. 3, 2014, s. 312–327.

45 Ragnhild Hennum, «Kjønn og straffeapparatet: særlig om voldslovbrudd», kapittel 9 i denne boken.

ektefeller, vanligvis fra mann til kvinne som følge av kvinners større andel av ulønnet omsorgsarbeid.⁴⁶ Som Katrine Fredwall viser i sitt kapittel «Familieformueretten i et kjønnsperspektiv», tjener kvinner i Norge fremdeles mindre enn menn, både når det gjelder arbeids- og kapitalinntekt. Kvinner eier dessuten mindre enn menn. Det får formuerettslige konsekvenser av forskjellig art.⁴⁷ Tone Sverdrup, professor i jus, har også vist at begrepene fra formuerettens verden kommer til kort, og at reglene ikke helt makter å fange opp den normale virkeligheten i ekteskap og samboerforhold. Den stilltiende og forutsetningsvise avtalen avspeiler verken tenkesettet eller de økonomiske mekanismene i livsfellesskapet.⁴⁸

Begrepet «den mannlige normen» har fått oppfølgere i form av lignende begreper som fanger inn hva som utgjør utgangspunktet for vår måte å tenke på om mennesker og den virkeligheten vi lever i. «Den hvite normen» synliggjør for eksempel hvem som anses å være typisk norsk, og hvem som defineres som ikke-norsk. Heteronormen og cis-normen som begreper kan hjelpe oss å se at vi går ut fra at mennesker er heterofile, med mindre noe annet angis. På samme måte fungerer funksjonsnormen og gjennomsnittsalternormen. Alle disse begrepene bidrar til å synliggjøre disfavør som kan forekomme for enkeltmennesker som tilhører grupper med livsvilkår og erfaringer som ikke passer inn i det som er utgangspunktet for de kategoriene, begrepene og reglene som utgjør normen. Synliggjøringen kan være et første skritt mot en mulig endring.

Diskrimineringslovgivningen kan forstås som en måte å rette opp den forfordelingen som faktisk skjer på bred front i samfunnet av mennesker i visse grupper som ikke tilhører normen. Likestillings- og diskrimineringsloven⁴⁹ sier uttrykkelig at den «tar særlig sikte på å bedre kvinners og minoriteters stilling» (§ 1). Den svenske likestillingsloven (*jämställdhetslagen*) inneholdt en lignende formulering («Lagen siktar till att förbättra främst kvinnornas villkor i arbetslivet», § 1), som ikke er tatt med i den generelle diskrimineringsloven som ble vedtatt i 2009.

46 Tove Stang Dahl (red.), *Kvinnerett II*, Universitetsforlaget 1985, s. 16 ff.

47 Katrine Kjørheim Fredwall, «Familieformueretten i et kjønnsperspektiv», kapittel 2 i denne boken.

48 Tone Sverdrup, «Passer avtalemodellen til livsfellesskapets logikk?», i Aslak Syse mfl. (red.), *Velferd og rettferd. Festskrift til Asbjørn Kjønstad 70 år*, Gyldendal Juridisk 2013, s. 575–601.

49 Lov om likestilling og forbud mot diskriminering 16. juni 2017 nr. 51.

Kvinnekonvensjonen (CEDAW), som ble inkorporert i norsk lov i 2009, ble vedtatt på grunnlag av at den kjønnsnøytrale, symmetriske tilnærmingen som preger forbudet mot kjønnsdiskriminering i andre internasjonale konvensjoner, ikke i tilstrekkelig grad anerkjenner den utbredte diskrimineringen av kvinner som skjer fordi de er kvinner. Derfor ble det ansett som nødvendig med en asymmetrisk og kjønnsespesifikk konvensjon, altså en som særlig har til hensikt å garantere at kvinner kan nyte sine rettigheter.⁵⁰

12.2.2 Offentlig – privat

Inndelingen i en privat og en offentlig sfære er et av de grunnleggende trekkene i vår forståelse av tilværelsen, noe som for eksempel vises i ideen om den sosiale kontrakten og andre samfunnsteorier. Inndelingen er også sentral i for eksempel Rawls' rettferdighetsteori for ideen om de prinsippene som skal ligge til grunn for organiseringen av grunnstrukturen i et samfunn når det gjelder økonomiske og politiske institusjoner, nemlig frihetsprinsippet og differanseprinsippet.⁵¹ De innebærer at enhver borger i samfunnet skal ha så omfattende grunnleggende friheter og rettigheter som det lar seg gjøre samtidig som de samme friheter og rettighetene gis til alle andre, og at forskjeller i inntekt og andre grunnleggende goder skal ordnes slik at tilgangen maksimeres for dem som er dårligst stilt. Men disse prinsippene gjelder bare i den offentlige sfæren, noe som viser at familien og den private sfæren har en bortgjemt plass i slike sentrale teorier. I det offentlige forutsettes det at enkeltindividet er autonomt og har full rettssubjektivitet, mens individet i det private følger en annen rasjonalitet og er avhengig, men antas også å være uegennyttig eller altruistisk, som for eksempel i Rawls' rettferdighetsteori. Feministiske rettsfilosofer som for eksempel Susan Moller Okin, professor i statsvitenskap, har med styrke vist hvordan teorier om rettferdighet har bidratt til å usynliggjøre kvinners livsvilkår ved å utelukke fra teoriene den delen av samfunnet som av tradisjon har vært og fortsatt er sentral for kvinner. Okin mener

50 Anne Hellum og Henriette Sinding Aasen (red.), *Women's Human Rights. CEDAW in International, Regional and National Law*, Cambridge University Press 2013, s. 2.

51 Rawls 1971.

at den private sfæren i realiteten er fundamentet for hvordan samfunnet organiseres, og har betydning for enkeltmenneskers muligheter for å utvikle seg. «The family is the crucial determination of our opportunities in life, of what we ‘become’. It has frequently been acknowledged by those concerned with real equality of opportunity that the family presents a problem.»⁵² I familiens skjød formes individenes rettferdighetstenkning og forestillinger om forholdet mellom kjønnene. Derfor er det så mye viktigere at rettferdighets- og likestillingstenkning må innføres på familielivets område, og at menneskerettigheter også garanteres i den private sfæren.⁵³ Fremdeles lider kvinner i store deler av verden av ikke å få tilgodesett menneskerettighetene sine. Mange kvinner har ikke tilgang til selvbestemmelse, utdanning, egen økonomi eller seksuell integritet. Det femte målet i FNs Agenda 2030 om likestilling mellom kjønnene er ment å råde bot på disse misforholdene.⁵⁴

Selv om dagens nordiske samfunn ser annerledes ut enn det amerikanske, som var Okins kontekst, er det fremdeles slik at kvinner i større grad enn menn påvirkes av at det særlig er det offentlige livet som står i fokus for vår forståelse av tilværelsen. Denne inndelingen gjenspeiles i hva som er rettslig regulert, og hvordan.⁵⁵ Ettersom retten fortrinnsvis har regulert den offentlige sfæren, mens den private sfæren har vært betraktet som unntatt fra statlig innblanding og dermed i utgangspunktet ikke nås av rettslig regulering, har dette fått konsekvenser for mennesker som hovedsakelig tilhører den private sfæren, eller som utsettes for forskjellige typer overgrep i den private sfæren. Det senere gjelder særlig kvinner.⁵⁶ Historisk sett har enkeltindivider som har virket i det offent-

52 Susan Moller Okin, *Justice, Gender and the Family*. Basic Books 1989, s. 16.

53 Nussbaum 2000.

54 A/RES/70/1, resolusjon vedtatt av FNs generalforsamling 25. september 2015, *Transforming our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. Se Regjeringens nettsted om 2030-agendaen og bærekraftsmålene, https://www.regjeringen.no/no/tema/utenrikssaker/utviklingssamarbeid/bkm_agenda2030/id2510974/. Det femte målet handler om likestilling mellom kjønnene.

55 Hege Brækhus, «Diskriminering i private og personlige relasjoner», i Svensson mfl. (red.) 2011, s. 248–272; Anu Pylkkänen, «Regleringen av nära relationer – en fråga om sexualitet eller omsorg?», i Svensson mfl. (red.) 2011, s. 230–247; Svensson, *Genus och rätt*, 1997, s. 312; Ik Dahl, «Om kvinneverett og kjønnsperspektiv», 2019.

56 Anna Gavanas og Catharina Calleman (red.), *Rena hem på smutsiga villkor? Hushållstjänster, migration och globalisering*, Makadam 2013; Svensson, *Genus och rätt*, 1997, s. 312 ff.

lige, mest vært menn, mens de som har vært begrenset til det private, har vært kvinner.

Konsekvensen av at kvinner og menn forbindes med forskjellige sider i distinksjonen offentlig og privat, er at de også har kommet til å bli forbundet med forskjellige måter å tenke og føle på, eller at de tillegges essensielt forskjellige egenskaper. Av denne inndelingen følger at det anses å finnes en mannlig rasjonalitet, representert av rettferdighetsetikken, og en kvinnelig rasjonalitet, representert av omsorgsetikken. Rettferdighetsetikken er basert på privatautonomiens rasjonalitet, mens omsorgsetikken utgår fra den altruistiske dannelsen av nære, private relasjoner. Distinksjonen får rettslige konsekvenser. Rettferdighetsteorier som mangler genusperspektiv, kan hevde at rettferdighet er et spørsmål som bare har å gjøre med den offentlige sfæren. I den private sfæren er mennesker drevet av en annen rasjonalitet, og der er det ikke relevant å tenke ut fra rettferdighet. Se videre om dette nedenfor.

Mange av de spørsmålene som er sentrale for kvinner, vedrører privatsfæren. Det gjelder særlig spørsmål om foreldreskap, seksualitet, reproduksjon, vold, seksualforbrytelser og økonomi.⁵⁷ Det var relativt nylig at den seksuelle selvbestemmelsen ble gjennomført i privatlivet. Det norske forbudet mot voldtekt gjaldt ikke i ekteskapet før i 1974, da en dom i Høyesterett endret tidligere praksis.⁵⁸

Kvinnens livsvilkår er på mange måter preget av en uselvstendig relasjon til familien, som fremfor alt har oppstått gjennom den omsorgsfunksjonen kvinner tradisjonelt har hatt. Det er mye som tyder på at det er nettopp denne omsorgsoppgaven som har bidratt til å forme normative og strukturelle mønstre med sosial og økonomisk underordning av kvinner. Partene i en privat relasjon har vanligvis ikke uttrykkelig avtalt en utveksling av tjenester og penger, til tross for at en slik utveksling faktisk skjer. Omsorgsarbeid omfatter i realiteten både kontraktsmessige og

57 Se for eksempel Svensson mfl. (red.) 2011; Monica Burman og Åsa Gunnarsson (red.), *Familjeföreställningar. Om familjens betydelse inom juridik, ekonomi och forskning*, Iustus Förlag, 2001; Tove Stang Dahl (red.), *Kvinnerett I*, Universitetsforlaget 1985; Tove Stang Dahl (red.), *Kvinnerett II*, Universitetsforlaget AS 1985.

58 Se Ragnhild Hennem, «Kjønn og straffeapparatet: særlig om voldslovbrudd», kapittel 9 i denne boken.

personlige forpliktelser.⁵⁹ Men den personlige relasjonen er ofte basert på uformelle normer og vaner. Ut fra kjærlighet og omsorg for eller avhengighet av hverandre utvikles moralske og mellommenneskelige forpliktelser som ikke stemmer overens med de rettslige reglene som har betydning for de private relasjonene, for eksempel skatterettslige og sosialrettslige regler. En selvpålagt omsorgsfunksjon kompenseres ikke av retten den dagen da den private relasjonen opphører. Den parten som har arbeidet uten godtgjørelse med omsorg i hjemmet, taper økonomisk sammenlignet med den parten som tidligere har betalt for omsorgen ved å bidra med penger til felles forbruk. Etter en separasjon beskyttes vanligvis ikke inntektsoverføringen lenger, i tråd med det todelte forsørgelsessystemet som norm.⁶⁰

Tone Sverdrup har argumentert for at avtalemodellen som anvendes også på det økonomiske forholdet mellom partene i et ekteskap, ikke egner seg, av de grunnene som er angitt ovenfor.⁶¹

Graden av fellesprosjekt rundt anskaffelser og låneopptak, kombinert med de direkte og indirekte bidrag til anskaffelser, eller et forbrukt lånebeløp, kan være bedre egnet som grunnlag for stiftelse av medeiendomsrett og internt gjeldsansvar. Slike deklatoriske regler erstatter den avtalen som ektefeller og samboere, sett med markedets briller, burde ha inngått, men som de – ut fra livsfellesskapets logikk – ofte ikke kan inngå.

Avhengighet er et komplekst problem. Selv om den nordiske likestillingspolitikken er basert på at omsorgsansvaret skal fordeles likt mellom kjønnene, virker det som om kvinner samtidig forventes, både av seg selv og av andre, å ta et stort ansvar for reproduksjon og omsorg innenfor den private sfæren. Den emosjonelle, pleiende og psykologiske omsorgen som kvinner gir, skaper andre avhengighetsforhold der barn, ektefeller og andre nærstående, slik som aldrende foreldre, kommer i en avhengighetsposisjon.⁶²

59 Pylkkänen 2011; Brækhus 2011.

60 Tove Stang Dahl (red.), *Kvinnerett II*, Universitetsforlaget 1985. Se også Fredwall, kapittel 2 i denne boken.

61 Sverdrup 2013.

62 Okin 1989.

Den strukturelle ulikheten i hvordan makt og ressurser fordeles mellom kvinner og menn, henger således sammen med kvinnens tradisjonelle og til en viss grad også fortsatt forventede funksjon i familien og familiens funksjon i samfunnet. Til tross for at familien i stor utstrekning preger kvinners livsvilkår, kan kunnskapen om relasjonene i familien sammenlignes med en svart boks som har betydd at myter og forestillinger om familien sjelden har blitt utfordret i samfunnsvitenskapelig forskning.⁶³

12.2.3 Adskillelsens logikk

Vi har en tendens til å forstå og ordne tilværelsen i kategorier eller poler som står i et visst innbyrdes forhold til hverandre. Dikotomiene er konstruert og uttrykt i språklig form. Vi forstår verden og i særdeleshet retten gjennom språket, men i det øyeblikket vi forstår noe gjennom et språklig uttrykk, utelukker vi andre mulige forståelser.⁶⁴ Gjennom selve definisjonen av noe skjer en ekskludering av det som ikke inkluderes. Denne ekskluderingen forutsetter, men er ikke en nødvendig følge av, at vi tenker i motsetninger.

Feministisk rettsfilosofi arbeider med å synliggjøre de dikotomiene som rettssubjektene, retten og rettsvitenskapen er basert på. Jeg har brukt begrepet *adskillelsens logikk* for å fange den prosessen som gjennom tenkning i dikotomier som ordnes hierarkisk og skaper normalitet, og som i sin tur fører videre til usynliggjøring av den siden av motsetningsparet som har blitt underordnet.⁶⁵ Med begrepet adskillelsens logikk som redskap kan vi se hvordan normalitet skapes og konstitueres i retten. Antakelser om retten som tas for gitt, er for eksempel at retten utgjør et avgrensbart objekt og et koherent system, og at rettssubjektet er autonomt og kompetent. Videre usynliggjøres og utelukkes visse erfaringer, visse

63 Burman og Gunnarsson (red.) 2001.

64 Svensson, *Genus och rätt*, 1997.

65 Svensson, *Genus och rätt*, 1997, s. 53 ff; Eva-Maria Svensson, «Avskiljandets logik – en nödvändighet och en begränsning», i Håkan Hydén og Alf Thoor (red.), *Rätt i förändring. Om kristendenser i svensk rätt*, Sociologiska institutionen, Lunds universitet 1997, s. 95–103; Lena Wennberg, *Social security for solo mothers in Swedish and EU law: on the constructions of normality and the boundaries of social citizenship*, Umeå universitet 2008, s. 25.

delar av samfunnslivet og visse konflikter fra rettens område. Det interessante i denne sammenheng er at hele dette tankemønsteret vanligvis er ureflektert. Til tross for at selvbildet hos så vel praktikere som forskere i stor utstrekning er at man inntar en nøytral posisjon overfor retten, har forskningen vist at slik tenkning ikke er verdifri.⁶⁶

Antakelsene er basert på visse sentrale dikotomier. Selve ideene om verdifrihet, nøytralitet eller upartiskhet, objektivitet og allmenngyldighet som preger mye av rettstenkingen, forutsetter at vi kan tenke oss hva de *ikke* er, nemlig verdier, partiskhet, subjektivitet og partikularitet. Når den ene siden av motsetningsparet opphøyes, for eksempel slik at objektivitet bør råde, at fornuften skal styre, at offentlige forhold skal reguleres og at retten skal være universell, usynliggjøres samtidig motsetningen, den siden som utelukkes. Den opphøyde siden fremstår som den normale, allmenngyldige tilstanden og den motsatte som det avvikende og unormale.⁶⁷ Gjennom tenkningen i motsetninger settes med andre ord grensene for retten opp, i tråd med en adskillelsens logikk. Normaliteten som oppstår gjennom prosessen der den ene siden i en dikotomi defineres og legitimeres ved hjelp av negasjonen i den andre, forutsetter usynliggjøring av eller manglende bevissthet om at tenkning i motsetningspar skjer.⁶⁸

Todelingen av menneskeslekten i menn og kvinner har gjennom kjønnskodede, dikotome og hierarkiske strukturer vært en del av vesterlandsk tenkning siden antikken, under modernismen og frem til dagens velferdsstatlige idéverden. Forestillinger om menn og kvinner har vært strukturert i adskillende kategorier idet det mannlige og det kvinnelige har vært tilskrevet ulike egenskaper som skiller dem fra hverandre.⁶⁹ Menn og kvinner har også vært forbundet med ulike kjønnskodede arenaer, slik som det offentlige og det private.⁷⁰

66 Moa Bladini, *I objektivitetens sken – en kritisk granskning av objektivitetsideal, objektivitetsanspråk og legitimeringsstrategier i diskurser om dömande i brottmål*, Makadam förlag 2013.

67 Se i denne boken særlig Beate Sjøfjell, «Selskapsrett og et feministisk bærekraftsperspektiv», kapittel 7. Se også Svensson, *Genus och rätt*, 1997; Kevät Nousiainen, «Den universellt fria kvinnan? », *Retfærd* nr. 49, 1990, s. 4–19; MacKinnon 1991, s. 17.

68 Anu Pykkänen, *Trapped in Equality. Women as Legal Persons in the Modernisation of Finnish Law*, Suomalaisen Kirjallisuuden Seura/Finnish Literature Society 2009, s. 14.

69 Lundström 1999.

70 Hirdman 1990.

Skillet kan også føre til kvalitativ stillingstaking, idet motsetningene vurderes forskjellig. Den ene siden får utgjøre normen, mens den andre defineres som avvikende fra normen.⁷¹ En mann er en ikke-kvinne, kvinnen betraktes som annerledes, eller som den som avviker fra normen, og risikerer å vurderes lavere. At dette har skjedd og fremdeles skjer, er et historisk faktum.⁷² Feministisk rettsfilosofi har, ved å vise hvordan denne adskillelsens logikk virker, åpnet for forestillinger bortenfor en binær forståelse av mennesket, som åpner for andre kategorier enn kvinner og menn⁷³ eller for en forståelse av mennesket ut over kjønnskategorier.

12.2.4 Likhet og egenart

Den dikotome forestillingen om mennesket som enten kvinne eller mann har gjennom historien vært kombinert med ideer om hvorvidt de i hovedsak er like eller forskjellige. En likhetsteori vektlegger likhetene mellom kjønnene, mens en egenartsteori vektlegger forskjellene. Retningene er forskjellige når det gjelder muligheten for endring. Kvinner kan ifølge likhetsteorien på lengre sikt få samme livsvilkår som menn gjennom endrede verdier, holdninger og vilkår, mens den muligheten er betydelig mindre, om enn ikke helt umulig, ifølge egenartsteorien. Mulighetene for endring i egenartsteorien henger sammen med grunnlaget for egenarten. Forskjellene kan enten være grunnet biologiske forskjeller eller ulike livsvilkår og erfaringer. Den første oppfatningen kalles biologisme eller essensialisme, og handler om at kvinner og menn er ulike av natur. De fysiske forskjellene vektlegges, for eksempel at (de fleste) kvinner, men ikke menn, har en livmor, og mange av dem føder barn. Den andre oppfatningen betrakter forskjellige historiske livsvilkår som forklaring på forskjellene. Forskjeller i ansvarsområder er fremdeles nokså vanlige, og kvinner og menn tar forskjellig ansvar for omsorgsarbeid og ervervsarbeid. Kvinner og menn som grupper er forskjellige når det gjelder

71 Hirdman 1990.

72 Hirdman 1990; Svensson, *Genus och rätt*, 1997, s. 56 ff.

73 Se f.eks. Anne Hellum, «Hvem er likestillings- og diskrimineringsrettens subjekt? Om kjønn som diskrimineringsgrunnlag», i John Asland mfl. (red.), *Livsfellesskap – Rettsfellesskap: Festskrift til Tove Sverdrup 70 år*, Gyldendal 2021, s. 250–263.

politiske oppfatninger, særlig når det gjelder omsorgsspørsmål og velferd. Dette er påvist i studier i mange land.⁷⁴ At kvinner tenderer å være mer positive til omfordeling og satsing på velferd, kan til dels forklares med at kvinner har erfaring med omsorgsarbeid, privat så vel som offentlig. En svensk studie viser at mannlige riksdagsmedlemmer som har hatt foreldrepermisjon, blir mer interessert i sosiale spørsmål enn menn som ikke har hatt slik permisjon. For kvinner merkes ikke denne endringen, noe som i alle fall delvis kan forklares med en bredere sosialiseringssprosess som påvirker kvinner mer generelt.⁷⁵ Også når det gjelder utdannings- og yrkesvalg er det forskjeller mellom kjønnene. I denne bokens kapittel «Kjønnsperspektiv på yrkesetikken» drøfter Marit Halvorsen spørsmålet om hvorvidt kvinnelige dommere dømmer på en annen måte enn menn.⁷⁶

Den dominerende oppfatningen om kvinner og menn i de nordiske landene er at kjønnene er like, eller at eventuelle ulikheter mellom kjønnene er sosialt tilegnet og dermed mulige å endre. Både politikken og lovgivningen går i alle fall ut fra dette. Det er imidlertid en tendens til at biologiske forklaringer igjen får en større plass i den offentlige debatten.⁷⁷ Når det gjelder spørsmålet om kjønnskvoltering i selskapsstyrer, som Norge var blant de første landene som lovfestet, har argumentene som er fremført for at kjønnskvoltering trengs, vært basert på en blanding av mer eller mindre foranderlige forskjeller mellom kjønnene. Det kan betraktes som et rettferdighetsspørsmål at kvinner skal gis samme mulighet til makt og innflytelse, eller som et spørsmål om at kvinners perspektiver og erfaringer (biologisk eller sosialt) er annerledes enn menns perspektiver og erfaringer, og nettopp derfor bør være representert på de arenaene som styrer næringslivet.⁷⁸ Et annet argument som har blitt brukt

74 En tidlig studie fra Norge var Hege Skjeie, *Den politiske betydningen av kjønn. En studie av norsk topp-politikk*. Institutt for Samfunnsforskning, Universitetet i Oslo 1992.

75 Helena Olofsdotter Stensöta, «Spelar jämställda riksdagsmän någon roll?», *SNS analys*, nr. 37, juni 2016.

76 Kapittel 8 i denne boken.

77 Se tv-serien Hjernevask, for eksempel her: <https://forskning.no/slik-brukes-hjernevask-til-ansvar-til-norsk-kjonnforskning/1330153>, og debatt om biologiske forklaringer på at jenter gjør det bedre på skolen, blant annet i kjølvannet av denne utredningen: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2019-3/id2627718/sec1>.

78 Se Beate Sjøfjell, «Selskapsrett og et feministisk bærekraftsperspektiv», kapittel 7 i denne boken.

for kjønnskvolter, er at det er økonomisk lønnsomt.⁷⁹ Biologiske forskjeller knyttet til det å føde og amme barn brukes videre som argument mot at foreldrepermisjonen skal fordeles likt mellom kvinner og menn, både i politiske sammenhenger og i mange menneskers hverdagslige oppfatning.⁸⁰

Felles for begge egenartsretningene, den essensialistiske og den som er basert på ulike livsvilkår for kjønnene, er oppfatningen om at forskjellene betyr eller fører til at kvinner og menn tenker og handler ut fra forskjellig rasjonalitet. Ifølge psykologen Carol Gilligans teori om kvinners og menns ulike utviklingsmønstre når det gjelder å tenke og relatere til omgivelsene, tar kvinner utgangspunkt i omsorg, mens menn tar utgangspunkt i rettferdighet.⁸¹ Denne teorien er gjennom arbeidet til filosofen Virginia Held utvidet til et politisk og globalt nivå. Hun mener at omsorg sammen med rettferdighet bør kunne legges til grunn for så vel en personlig, politisk og global etikk som for den rettslige reguleringen.⁸²

Selv om egenartsteorien ikke har hatt nevneverdig betydning for nordisk feministisk rettsfilosofi, har omsorg en sentral plass innenfor genusrettsvitenskapen, både som grunnleggende rasjonalitet hos mennesker og som virksomhet med rettslig relevans.⁸³ Den nordiske velferdsstaten er basert på en idé om omsorg, uttrykt som solidaritet, likestilling og omfordeling av ressurser, selv om egenart ikke har vært utgangspunktet for tanken om omsorg. Rådende sosiale strukturer og verdier kan reformeres slik at kvinner kan oppnå like vilkår.⁸⁴ Det nordiske likestillingsidealet er basert på at kvinner og menn skal ha samme muligheter, rettigheter og plikter på alle områder i livet. Eventuelle forskjeller betraktes som sosialt konstruert (dette kalles konstruktivistisk forståelse), og

79 Fredrik Engelstad og Mari Teigen (red.), *Firms, Boards and Gender Quotas: Comparative Perspectives*. Emerald Publishing Limited 2012.

80 Se videre Ingunn Ikdahl, «Livsløp, normer og kropper: Kjønnsperspektiv på velferdsretten», kapittel 5 i denne boken.

81 Carol Gilligan, *Med kvinnors röst: Psykologisk teori och kvinnors utveckling*, Prisma 2001.

82 Virginia Held, *The Ethics of Care: Personal, Political, and Global*, Oxford University Press 2005.

83 Den som først utviklet dette i Norden, var Marianne Fastvold i boken *Fødsels- og omsorgsrett for foreldre. Juss og verdier ved svangerskap, fødsel og omsorg*. Grødahl og Dreyer 1990. Se også Ikdahl, kapittel 5 i denne boken, samt Hege Brækhus 2011; Svensson mfl. 2004; Burman og Gunnarsson (red.) 2001; Kevät Nousiainen mfl. (red.), *Responsible selves. Women in the Nordic Legal Culture*, Ashgate Publishing 2001.

84 Davies, *Asking the Law Question*, 2017, s. 242.

retten gjelder formelt likt for kvinner og menn i stort sett alle spørsmål. For feministisk rettsfilosofi handler det i stor grad om å synliggjøre at dette idealet og retten som system er preget av en mannlig norm, men samtidig ikke hevde at kvinner og menn er grunnleggende forskjellige. Oppfatningen er at kjønn spiller en rolle, men ikke hvordan, og at det alltid må være slik.

Forståelsen av kjønn har over tid utviklet seg til å bli mindre binær, og ved siden av kjønn har også andre maktordener og interaksjonen mellom dem fått oppmerksomhet. Komplekse mønstre av diskriminering og undertrykkelse som ikke lar seg forklare med én faktor eller én spesifikk maktrelasjon, har fått oppmerksomhet. De kan blant annet være basert på faktorer som kjønn, etnisk opprinnelse, klasse, seksuell legning, funksjonsvariasjoner og alder. Ved hjelp av begrepet interseksjonalitet kan slike samvirkende makthierarkier studeres.⁸⁵ Mønstrene kan variere avhengig av den konkrete sammenhengen, og faktorer som har stor forklaringsverdi for relasjonen mellom kvinner og menn i for eksempel Norge, trenger ikke ha det for kvinner og menn i et annet land. Ulike typer undertrykkelse kan forsterke hverandre. Én type undertrykkelse opphører heller ikke bare fordi det oppstår undertrykkelse i en annen relasjon. Parallelt med den rasistiske eller seksuelle undertrykkelsen som henholdsvis svarte og lesbiske kvinner kan være utsatt for, kan de oppleve samme undertrykkelse som hvite eller heteroseksuelle kvinner gjør. Dette mangfoldet av skjæringspunkter har ført til en utvikling av feministiske teorier som ikke bare fokuserer på kjønn, men som også inkluderer andre diskriminerings- og voldsperspektiver enn de som er knyttet til kjønn alene.⁸⁶ Hvordan denne utviklingen påvirker synet på kjønnetes likhet eller egenart, finnes det ikke noe entydig svar på. Økt fokusering på identitet (der mennesker defineres slik at de tilhører én eller flere spesifikke grupper) kan føre til at tanken om egenart forsterkes, men det kan også føre til at streben etter likhet vektlegges til tross for forskjellen i identitet.

85 Begrepet interseksjonalitet ble etablert av Kimberlé Crenshaw i artikkelen «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics». *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989, utgave 1, artikkel 8. Se videre Hellum, Sandvik og Skilbrei, kapittel 13 i denne boken.

86 Davies, *Asking the Law Question*, 2017, s. 266.

Svaret har ikke bare å gjøre med om man mener at det finnes forskjeller eller ikke, men mer med hva man vil gjøre med dem. Spørsmålet om likhet og egenart må altså knyttes til ulike typer tiltak.

12.3 Hvordan kan retten legitimeres – hvordan retten legitimeres som maktorden

For at retten skal ha tillit, må den oppfattes som innholdsmessig rettferdig, rimelig og korrekt, og i tillegg må den ha blitt til i en formelt riktig prosess. Disse to aspektene kan beskrives ved hjelp av distinksjonen legalitet og legitimitet. Med legalitet menes vanligvis at en lov har blitt til gjennom en formelt riktig orden, og med legitimitet menes at denne ordenen har kvaliteter som gjør at den anses som legitim, for eksempel at grunnleggende menneskerettigheter respekteres.⁸⁷ Langs denne distinksjonen, som snarere uttrykker en gradforskjell enn en motsetning, kan vi plassere ulike rettsteorier gjennom historien. En rettspositivistisk posisjon legger vekt på legalitet, det vil si at retten er et resultat av beslutninger som er tatt av makten – i vår del av verden det demokratiske parlamentet – i samsvar med en spesifikk prosess som er regulert i grunnloven. Både legalitetsaspektet, det vil si at prosessen er rettssikker, og legitimitetsaspektet, det vil si at resultatet av prosessen er legitimt, er sentrale for at retten generelt skal oppfattes som legitim. Legitimitet har tidligere vært forbundet med en naturrettslig posisjon, men er i dag noe som har sin selvfølgelige plass i et demokratisk rettssystem. Menneskerettighetene kan i dag betraktes som uttrykk for så vel legitimitet som legalitet.⁸⁸

Retten og anvendelsen av den forventes å være rettferdig. Det finnes en sterk kobling mellom rett og rettferdighet.⁸⁹ Så vel legalitet som legitimi-

87 NOU 2003: 19, *Makt og demokrati*, Sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen; Svensson, *Genus och rätt*. 1997, s. 199 ff; Aleksander Peczenik, *Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Norstedts Juridik 1995, s. 47 ff.

88 Se videre om denne diskusjonen i f.eks. Synne Sæther Mæhle, *Grenser for rettsanvendelseskjønn: Om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern*, Gyldendal Akademisk 2005; Inger Johanne Sand, *Rett, samfunn og legitimitet*, Universitetsforlaget 2019.

89 Se f.eks. kap. 14 i NOU 2003: 19, *Makt og demokrati*, Sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen, s. 63.

tet er uttrykk for rettferdighet, henholdsvis formell og materiell.⁹⁰ Dette er særlig sentralt i et samfunn som gjør krav på å være demokratisk, og i en stat som kaller seg rettsstat. Men hva er rettferdighet, og hvordan ser en rett ut når den er rettferdig? Det finnes forskjellige oppfatninger om det, hvorav noen er formulert i egne rettferdighetsteorier, mens andre er en del av et samfunns verdigrunnlag og utgangspunkt for samfunnets oppbygning. Den feministiske rettsfilosofien kan bidra til at retten oppleves som legitim ved å synliggjøre hvordan retten mislykkes med å leve opp til målsetningen som er uttrykt i retten.

12.3.1 En emansipatorisk rettsfilosofi

Kritikken som rettes mot retten, blant annet at den er til disfavør for kvinner som gruppe eller grupper av kvinner, er verdt å ta på alvor. Hvis det ikke skjer, risikerer retten å miste legitimitet. Feministisk rettsfilosofi har et emansipatorisk eller frigjørende formål.⁹¹ Hensikten oppfylles ved å synliggjøre rettens kjønnede utforming og konsekvenser. Retten tas ikke for gitt, men det skjer en prøving av hvorvidt retten lever opp til sine eksplisitte målsetninger om å sikre alle menneskers like rettigheter og plikter, for at en frigjøring skal kunne skje. Synliggjøring på ulike måter av rettssubjektet som konkret og bruk av de begrepene som er utviklet for å få kunnskap om retten, kan styrke rettens legitimitet på lang sikt.

At retten forstås som en sosial konstruksjon og som preget av maktrelasjoner, fører til standpunktet at *kjønn har betydning*, eller at retten er kjønnet. Selv om retten stort sett er kjønnsnøytral i formell betydning, det vil si at de fleste regler gjelder for alle uansett kjønn (eller andre kjennetegn), har retten ulike konsekvenser for ulike mennesker avhengig av deres kjønn (og andre kjennetegn). For å fange inn at retten til tross for formell kjønnsnøytralitet har forskjellige konsekvenser avhengig av kjønn, benyttes begreper som reell eller skjult særbehandling. I den norske likestillings- og diskrimineringsloven (2017) er ikke kjønn definert. Det fremgår indirekte at det finnes to kjønn, idet noen bestemmelser

⁹⁰ Gustafsson 2002, kap. 5.

⁹¹ Jf. sitatet av Tove Stang Dahl i avsnitt 1.1 ovenfor om å forbedre kvinners stilling i retten og i samfunnet.

nevner representasjon av begge kjønnene. Selv om kjønn som rettslig fenomen i dag rent formelt er juridisk, og som sådan mulig å endre ut fra den enkeltes oppfatning om kjønnsstilling, går de tilgjengelige kjønnskategoriene tilbake til en forestilling om de biologiske kjønnene. For å kunne synliggjøre hvordan kjønn er og kan gjøres relevant, brukes begrepet kjønn i flere betydninger: (1) som biologisk kjønn, (2) som en konstruksjon (juridisk kjønn) og forestilling om kjønn (synonymt med genusbegrepet), og (3) som et begrep som fanger inn kjønn som et strukturerende prinsipp på strukturelt nivå for utformingen av en maktorden (patriarkat, genusorden, genussystem eller kjønnsmaktorden). På svensk brukes *genus* om de to sistnevnte betydningene. Genus står for forestillinger om kjønn, det vil si hvilke kjønn som finnes, og hva det innebærer å ha et bestemt kjønn, også på et strukturelt nivå. Kjønn og forestillinger om kjønn har betydning på en implisitt eller skjult måte. Genusbegrepet brukes for å fange inn at kjønn og hva det innebærer å tilhøre et bestemt kjønn, ikke er gitt, men en sosial konstruksjon, på samme måte som begrepet rase brukes i *Critical Race*-teorien.⁹²

Ved hjelp av den andre og tredje betydningen av kjønn (og genus) er det mulig å frigjøre seg fra og problematisere forestillinger om kjønn som tas for gitt, men også å se hvordan retten produserer og reproduserer en bestemt maktorden, det vil si den ordenen mellom kjønnene som et samfunn har. Produksjonen av en adskillelse av kjønnene og hierarkier mellom dem er et typisk utslag av en slik maktrelasjon. Et konkret eksempel, som er nevnt ovenfor, er arbeidsmarkedets kjønnssegregering⁹³ og kjønnskoding av ulike yrker. Begrepet kjønn (genus) omfatter også en mulighet for å synliggjøre maktrelasjoner på et kunnskapsteoretisk nivå. Andre begreper som fanger inn og muliggjør en synliggjøring av sammenhengen mellom kjønn og rett, er for eksempel skjult særbehandling og begrepet «den mannlige normen», som er presentert ovenfor. Sammen gjør disse begrepene det mulig å se og artikulere sammenhenger mellom kjønn og rett, som også gir et utgangspunkt for diskusjoner om rettens legitimitet og rettferdighet.

92 Se for eksempel Maria Grahn-Farley, «Critical Race Theory sett genom tre rättsfall», i Maria Nääv og Mauro Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur 2018, s. 317–348.

93 NOU 2003: 19, *Makt og demokrati*, Sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen, s. 39.

12.3.2 Rett og rettferdighet

Koblingen mellom rett og rettferdighet er sentral og har vært det i mange år.⁹⁴ Koblingen fremheves i eden som studentene avlegger før de får sin eksamen fra juristutdanningen.⁹⁵ Samtidig har rettferdighet som normativt ideal vært problematisk i den rettsrealistisk og analytisk inspirerte nordiske rettsvitenskapelige tradisjonen. Det kan også uttrykkes som at legalitetsaspektet har blitt vektlagt på den rettslige arenaen, mens legitimitet for retten særlig er oppnådd gjennom at den har blitt opplevd som basert på en inkluderende og deltakende demokratimodell med sterkt kooperative trekk. Dette kan forklare hvorfor de fleste normative rettferdighetsteorier er fra den engelskspråklige verden. Rettferdighet som normativt ideal i de nordiske landene ser snarere ut til å være knyttet til demokratiet og til politikken område, og betraktes som et spørsmål om prosedyrer og institusjonelle vilkår. Den nordiske velferdsmodellen er basert på en idé om fordeling av materielle ressurser, sikring av en akseptabel levestandard og at alle mennesker skal ha mulighet til å leve et godt liv.⁹⁶ De formelle og materielle aspektene av demokratiet finnes både på den rettslige og den politiske arenaen, og de samspiller med hverandre.

Det nordiske samfunnet har i en lang periode hatt en generell streben etter likeverd, likestilling og sosial utjevning. I dag øker vektleggingen av individuelle rettigheter, og de støttes i loven, noe som kan føre til behov for økt refleksjon om rettferdighet.⁹⁷ Det er også viktig å reflektere over koblingen mellom rettferdighet som teoretisk begrep og som praktisk handling. Diskrimineringsbegrepet ligger nært ideen om individuell rettferdighet, mens et syn på retten som styringsmiddel for å fremme likestilling på kollektivt nivå ligger nærmere den prosessuelle rettferdighetsforestillingen. Mye av det som tidligere ble behandlet som saker for en allmenn politikk og fordelingsmodell, har i senere år blitt uttrykt som

94 Se f.eks. Alf Ross, *Om ret og rettferdighet*, Gyldendal 2013 [1953]; Torstein Eckhoff, «Rett og rettferdighet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 102, nr. 1, 1989, s. 1–12; Anders Bratholm, Torkel Opsahl og Magnus Aarbakke (red.), *Samfunn, rett, rettferdighet: Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, Tano 1986.

95 Se Marit Halvorsen, «Kjønnsperspektiv på yrkesetikken», kapittel 8 i denne boken.

96 Se f.eks. forskningssatsningen UiO:Norden, <https://www.uio.no/forskning/satsinger/norden/>.

97 Se spesialutgaven «Exploiting Justice in a Transformative Swedish Society», *Nordic Journal on Law and Society (NJOLAS)*, vol. 3, nr. 2 (2020).

individuelle rettigheter; det skjer en juridifisering, eller rettsliggjøring, på bred front i de nordiske landene.⁹⁸ Det kan være bra å styrke individuelle rettigheter, men hvis det skjer samtidig med at strukturelle verktøy for å jevne ut forskjeller svekkes, er det ikke sikkert at utgangen samlet sett blir positiv i et kollektivt perspektiv.⁹⁹

Så vel den norske som den svenske offisielle forestillingen om demokrati og rettferdighet er således en kombinasjon av formelle og materielle aspekter. En viktig del av denne forestillingen er at alle mennesker skal kunne delta i beslutninger som vedrører enkeltmenneskene og hele samfunnet. I det overordnede målet for den svenske likestillingspolitikken er dette uttrykt som at kvinner og menn skal ha samme makt til å forme samfunnet og sine egne liv. I den norske likestillingspolitikken er ikke dette like tydelig uttrykt. Makt ble i den likestillingspolitiske redegjørelsen for 2020 bare omtalt i forbindelse med det internasjonale likestillingsarbeidet.¹⁰⁰ Derimot fremhever Hege Skjeie betydningen av å se likestillingens grunnleggende betydning for makten og demokratiet, i en særuttalelse til Makt- og demokratiutredningen 2003.¹⁰¹ Hun mener at internasjonal rett og særlig menneskerettighetene, ikke minst Kvinnekonvensjonen, må få en sterkere stilling i norsk rett for å styrke demokratiet. Hun mener at flertallet i Makt- og demokratiutredningen har fremstilt den internasjonale retten som et problem for demokratiet fordi det norske folkestyret overlater makt til FN, EU og internasjonale domstoler. Rettigheter handler om å bemyndige¹⁰² så vel enkeltmennesker som grupper for å oppnå reelt demokrati (og rettferdighet). Det normative standpunktet at et samfunn for å kunne kalles rettferdig må ha

98 Se f.eks. Henriette Sinding Aasen mfl. (red.), *Juridification and Social Citizenship in the Welfare State*, Edward Elgar, USA 2014; Leila Brännström, *Förrättsligande. En studie av rättens risker och möjligheter med fokus på patientens ställning*, Bokbox Förlag, Lund 2009.

99 Vibeke Blaker Strand og Anne Hellum, «Solberg-regjeringens forslag til reformer på diskrimineringsfeltet: Uniformering, individualisering, privatisering og avrettsliggjøring». *Kritisk Juss*, vol. 43, nr. 1 (2017).

100 Regjeringens likestillingspolitiske redegjørelse 2020: Kultur- og likestillingsministerens redegjørelse for Stortinget, 28.04.2020. <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/likestillingspolitisk-redegjorelse-2020/id2700156/>.

101 Særuttalelse fra Hege Skjeie, NOU 2003: 19, *Makt og demokrati*, Sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen, s. 75.

102 Dette begrepet tilsvarer begrepet *empower*, som brukes i FNs bærekraftsagenda (Agenda 2030) for mål 5, likestilling.

likestilt kvinner og menn, er likevel et felles utgangspunkt for politikken og retten i Norge så vel som i Sverige og mange andre land. Standpunktet er ikke kontroversielt; kontroversielt kan det derimot bli ved en konkretisering av hva rettferdighet mellom kjønnene innebærer.

12.3.2.1 Normative rettferdighetsteorier

Normative rettferdighetsteorier kjennetegnes av at de definerer hva som er rettferdig. Rettferdighetsteorier som juriststudenter møter, er vanligvis formulert i en liberal politisk filosofisk tradisjon av briter, amerikanere og australiere som John Rawls, som allerede er nevnt, Jeremy Bentham, John Stuart Mill med flere.¹⁰³ Tove Stang Dahl er blant dem på det kvinneverrettslige kunnskapsfeltet som henviste til John Rawls' rettferdighetsteori.¹⁰⁴ De fleste av disse teoriene handler om fordeling av materielle ressurser, og noen definerer også hva rettferdighet er i kvalitativ mening.

Feministisk rettsfilosofi har ofte et normativt trekk, som kommer til uttrykk i forestillinger om at retten bør være rettferdig (og at dens legitimitet forutsetter dette), men i nordisk sammenheng uttrykkes ikke dette vanligvis gjennom henvisninger til bestemte rettferdighetsteorier. Vi kan imidlertid se en økt interesse for rettferdighet mer generelt og for teorier om rettferdighet i nordisk sammenheng.

Selv om de feministiske rettferdighetsteoriene hører til forskjellige tradisjoner, har de visse fellestrekk. Ett fellestrekk er å starte i kritikken av de rettferdighetsteoriene som er begrenset til den offentlige sfæren (se punkt 12.2.2 ovenfor om distinksjonen mellom offentlig og privat sfære), til abstrakte prinsipper og til spørsmålet om fordeling av materielle ressurser. Både Susan Moller Okin, Martha Nussbaum og Iris Marion Young (professor i statsvitenskap) har videreutviklet disse teoriene fra kritikken, men på ulike måter.

Okin mener at rettferdighet i samtidens rettssystem hovedsakelig garanteres gjennom de rettslig anerkjente grunnleggende frihetene og rettighetene for enkeltmennesket som beveger seg i den offentlige

103 Se f.eks. Eng 2007 og Ole Hammerslev og Henrik Palmer Olsen (red.), *Rettsfilosofi. Centrale tekster og temaer*, 2. utgave, Hans Reitzels Forlag 2019.

104 Tove Stang Dahl (red.), *Kvinneverett I*, Universitetsforlaget 1985.

sfæren.¹⁰⁵ Menneskers liv i familien og i privatlivet er i stor grad unntatt rettslig regulering. Det betraktes som mer eller mindre selvfølgelig at privatlivet bør beskyttes fra rettslig innblanding. Dette kan føre til at mennesker som er avhengige av andre i familien, ikke har en rettslig beskyttet stilling. Overgrep, manglende likestilling og andre misforhold i familien kan dermed få vedvare. Det rammer særlig kvinner og barn, ettersom de oftest har en mer utsatt posisjon både innenfor familien og i livet utenfor familien. Okin mener at samfunnet som helhet er preget av hvordan familien ser ut. Manglende likestilling i privatlivet vil også prege samfunnet, som i sin tur har en tendens til å reprodusere samme manglende likestilling. Teorier om rettferdighet må derfor inkludere privatlivet og la de prinsippene som gjelder i det offentlige, også gjelde for familien.

Nussbaum har i likhet med Okin fokus på privatlivet i sin teori om sosial rettferdighet. Hun har utviklet begrepet sosial rettferdighet ved å studere de faktiske vilkårene som kvinner lever under i sitt materielle og sosiale miljø i India. Hun mener at for at den offentlige politikken skal kunne sies å være rettferdig, kreves det at innbyggerne får grunnleggende betingelser for å kunne fungere på bestemte nøkkelområder i livet.¹⁰⁶ Teorien hennes er klart normativ. Hun mener at visse funksjoner er sentrale i menneskets liv, og at det finnes en virkelig menneskelig måte å utøve disse funksjonene på som overskrider det dyriske. Hun definerer et antall muligheter som betraktes som sentrale – *central capabilities* – som politikken skal etterstrebe å oppfylle for alle. Disse mulighetene må ikke settes til side for å fremme andre typer sosiale fordeler. Noen av de sentrale mulighetene er å kunne leve et liv av normal lengde for mennesker, være ved god helse og ha kroppslig integritet. Disse mulighetene er ikke garantert for alle kvinner i det indiske samfunnet, mener Nussbaum. Særlig i familiens domene utsettes kvinner for ulike typer overgrep. Familien kan både fremme og hemme menneskers muligheter. Hun mener at det er lovene og politikken som kan sørge for at familien fremmer og ikke hemmer mulighetene. For at dette skal bli mulig, er det viktig at teorier om rettferdighet, som retten er basert på, omfatter familien. Konsekvensen

105 Okins viktigste arbeid på dette temaet er *Justice, Gender and the Family*, 1989.

106 Nussbaum 2000; Kjersti Fjørtoft, «Martha Nussbaums rettferdighetsteori», i Beatrice Halsaa og Anne Hellum (red.), *Rettferdighet*. Universitetsforlaget 2010.

er ellers at de i og for seg rimelige abstrakte prinsippene om at alle er like og har rett til et verdig liv, bare gjelder for noen, og at kvinners erfaringer med ikke å få utøve mulighetene sine, dessuten skjules og fornektes. De abstrakte prinsippene må implementeres i de faktiske vilkårene som mennesker lever under.

Når mange rettferdighetsteorier er begrenset til fordeling av materielle ressurser, usynliggjør det at rettferdighet handler om mer enn tilgang til slike ressurser. Rettferdighet handler ifølge Young (også) om hvorvidt det finnes nødvendige institusjonelle forutsetninger for at innbyggerne skal kunne utnytte og utvikle sine individuelle muligheter (her har hun likheter med Nussbaum). Videre handler det om å kunne utnytte og utvikle kollektivt samarbeid og dialog. Definisjonen av rettferdighet utgår snarere fra definisjonen av urettferdighet som hinder for menneskers utvikling og streben, som undertrykkelse og dominans. Undertrykkelsen har ifølge Young fem ansikter, hvorav det første er eksploatering. Ekteskapet er ett eksempel på eksploatering, der kvinner utfører en større mengde ubetalt arbeid enn menn gjør. Menn drar dermed nytte av kvinners ubetalte arbeid ved at de selv frigjøres og kan bruke tiden på betalt arbeid. Det andre ansiktet er marginalisering. Mennesker som står utenfor arbeidslivet, har en tendens til å bli marginalisert, og dette er i større grad aktuelt for alenemødre enn for andre grupper. Maktesløshet er det tredje ansiktet, kulturell dominans det fjerde, og vold det siste. Kvinner har mindre makt i så vel det private som det offentlige livet. Medier og annet kulturelt tilbud er dominert av menn. Vold rammer særlig grupper som er marginalisert eller maktesløse.¹⁰⁷

Young definerer ikke, slik for eksempel Nussbaum gjør, hva rettferdighet er, men hennes teori ligger nærmere de rettferdighetsteoriene som betrakter rettferdighet som prosessuell.¹⁰⁸ Felles for disse er at de ikke definerer hva rettferdighet er som sådan, men snarere fokuserer på de institusjonelle vilkårene. Rettferdighet oppnås i stedet gjennom en rettferdig prosedyre som skal garantere mennesker delaktighet i formingen

¹⁰⁷ Iris Marion Young, *Att kasta tjejkast. Texter om feminism och rättvisa*, Atlas 2000.

¹⁰⁸ Rawls' rettferdighetsteori er en slik teori, men også det svenske synet på demokrati har et prosessuelt anslag. Det er imidlertid viktig å huske at Rawls mer eller mindre unntar den private sfæren, noe Young ikke gjør, og for den saks skyld heller ikke Norges eller Sveriges demokratimodeller.

av et rettferdig samfunn. Young mener at samfunnet må kunne møte alle menneskers krav om delaktighet i formingen av de institusjonelle vilkårene og i beslutningstakingen.¹⁰⁹ Dette forutsetter at ulikhet betraktes som en ressurs, og at den får prege kommunikasjonen mennesker imellom. Den rasjonelle samtalen som mange moderne demokratiteoretikere går inn for, er ifølge Young basert på kulturspesifikke normer for hvordan en dialog bør se ut. Bestemmelse over dialogens former er et spørsmål om sosial makt, makt av det slaget som ofte usynliggjøres, nemlig sosial og kulturell makt. Teorien har fellestrekk med teorien om genus-systemet. Begge har en strukturell forklaring på manglende likestilling. Maktbegrepet er sentralt og betraktes som et relasjonelt og rommelig begrep. Makt handler ikke om en egenskap, men om å ta plass på noen andres bekostning. Begrepet sosial rettferdighet anvendes for å markere at rettferdighetsteorier om tilgang til goder er omformulert til teorier om frihet fra dominans og undertrykkelse innenfor alle sfærer i menneskers liv. For å oppnå sosial rettferdighet kreves det aktive tiltak for å oppheve diskriminering og andre urettferdige vilkår fra samfunnets side.

Et annet aspekt ved rettferdighet bidrar Virginia Held med når hun argumenterer for at omsorgsetikken bør komplettere det rettferdighetsetiske aspektet. Med omsorgsetikk menes en etikk som utgår fra en psykologisk logikk om relasjoner og omsorg for ens nærmeste, mens rettferdighetsetikk utgår fra en formell rimelighetslogikk. Den førstnevnte legger vekt på den konkrete sammenhengen, tillit, imøtegåelse av behov og fremming av omsorg for ens nærmeste. Den senere fokuserer på abstrakte prinsipper som formell rettferdighet, likestilling og individuelle rettigheter. Rettferdighetsteori handler ifølge Held ikke bare om rettferdighet mellom ulike subjekter, men også om omsorgen for ens nærmeste på individuelt, lokalt og globalt nivå.¹¹⁰

Denne tanken kan også spores i nordiske rettsvitenskapelige arbeider, om enn ikke i form av en eksplisitt rettferdighetsteori. Det relasjonelle (omsorgsrasjonelle) perspektivet er sentralt i flere arbeider, ikke minst i

109 Young 2000.

110 Held 2005.

min feministiske rettsfilosofiske avhandling fra 1997.¹¹¹ Ansvarstakelsen som særlig er knyttet til kvinners liv i Norden, er utgangspunkt for titte- len på antologien *Responsible Selves*¹¹² og et tema i rettshistorikeren Anu Pylkkänenens bok *Trapped in Equality*.¹¹³ Materiellrettslige spørsmål har ofte å gjøre med omsorgsfunksjoners lavere rettslige status, og argumen- tasjonen kan gå ut på at omsorg må oppvurderes for å oppnå en rettferdig fordeling av noe. Det argumenteres for at omsorg er et grunnleggende trekk ved menneskers liv som bør erkjennes filosofisk, ikke ut fra at kvin- ner er mer omsorgsorienterte i essensiell betydning.

12.3.2.2 Normative rettferdighetsteoriers dilemma

Et mer problematisk aspekt er at normative teorier kan være diskutabile fra et kjønnsperspektiv. En normativ rettferdighetsforestilling tenderer å bli allmenngyldig og kan dermed virke ekskluderende med hensyn til andre forestillinger. Dette er et dilemma for kjønnsforskningen så vel som for all annen kritisk forskning. Kritikken er berettiget, samtidig som formuleringen av normative teorier om rettferdighet kan være viktig. Kjernen i kjønnsforskningens kritikk av det etablerte vitenskapssynet er sistnevntes oppfatning om at det finnes allmenngyldige normative idea- ler. Hvis kjønnsforskningen bidrar til å bygge opp teorier som konstrue- rer nye allmenngyldige idealer og grunnleggende antakelser, kan det føre til nye former for ekskludering og usynliggjøring. En vanlig slik kritikk av kjønnsforskningen er nettopp rettet mot dens homogenitet. Den sies å ureflektert ha bygget på grunnleggende antakelser om at de livsvilkårene

111 Svensson, *Genus och rätt. En problematisering av föreställningen om rätten*, 1997. Se også Tone Sverdrup, «Å skille seg til penger – eller gifte seg til fattigdom?», i Trude Haugli, Siri Gerrard, Anne Hellum og Eva-Maria Svensson (red.), *Dette brenner jeg for: Festskrift til Hege Brækhus 70 år*. Fagbokforlaget 2019, s. 467–481; Ingunn Ikdahl, «Før ble de absorbert av storfamilien ...? Individier og relasjoner i folketrygdlovens etterlatteytelser», i Trude Haugli mfl. (red.), 2019, s. 161–181. Andre arbeider som også vektlegger betydningen av å ha et relasjonelt perspektiv, er Johanna Niemi-Kiesiläinen, «The Reforms of Sex Crime Law and the Gender-Neutral Subject», i Eva-Maria Svensson, Anu Pylkkänen og Johanna Niemi-Kiesiläinen (red.), *Nordic Equality at the Crossroads. Feminist Legal Studies Coping with Difference*, Ashgate Publishing 2004; Monica Burman, *Straffrätt och mäns våld mot kvinnor. Om straffrättens förmåga att producera jämställdhet*, Iustus Förlag 2007; Jannice Käll, *Converging Human and Digital Bodies. Posthumanism, Property, Law*, Juridiska institutionens skriftserie, Göteborgs universitet 2017.

112 Nousiainen mfl. (red.) 2001.

113 Pylkkänen 2009.

og erfaringene som deles av hvite, kristne, vestlige middelklassekvinner, er gyldige for alle kvinner. En teori som er basert på en slik antakelse, er like perspektivløs når det gjelder betydningen av sosial tilhørighet for rettens sosiale konstruksjon som all annen distansert og objektiv kunnskapsteori.¹¹⁴ Young prøver å unngå denne kritikken ved å bygge en institusjonell struktur som fremmer alles delaktighet i stedet for å definere innholdsmessig hva rettferdighet er. Hennes teori er dermed på linje med det nordiske demokratiets forestilling om rettferdighet.

12.4 Hva er retten – og hva gjør retten?

Å besvare det rettsfilosofiske spørsmålet om *hva retten er*, er sentralt i mange rettsteorier. Uansett om svaret uttrykkes som en forestilling om rettens objekt karakter eller som en konkretisert forestilling av en individuell ideologi og/eller samfunnsideologi, forutsettes det at retten er et kunnskapsobjekt.¹¹⁵ Dette objektet, eller systemet, tenderer dessuten å forstås som at det holdes sammen av en enhetlig idé, en grunnleggende norm eller visse grunnleggende prinsipper. Feministiske rettsfilosofer mener at retten ikke kan betraktes bare som et abstrakt idésystem, men som en konkret maktorden med faktiske effekter på menneskers liv. Det som tildeles status som rett, får dermed en normativ kraft, slik at retten på denne måten oppfattes å gi uttrykk for hva som er normalt og allment akseptert.¹¹⁶

Videre etterstrebes koherens og motsigelsesfrihet i så vel tolkning som anvendelse av retten. Feministisk rettsfilosofi har avvist dette idealet om koherens, som er utbredt innenfor nordisk rettsvitenskap. Feministisk rettsfilosofi har i stedet pekt på at denne streben etter koherens i virkeligheten kan innebære at motsigelser, ulike interesser og kolliderende

114 Lena Martinsson, Gabriele Griffin og Katarina Giritli Nygren (red.), *Challenging the Myth of Gender Equality in Sweden*, Policy Press 2016; Joanne Conaghan, «Reassessing the Feminist Theoretical Project in Law», *Journal of Law and Society*, vol. 27, nr. 3, 2000, s. 351–385; Anne Bottomley, «Theory is a Process not an End: A Feminist Approach to the Practice of Theory», i Janice Richardson og Ralph Sandland (red.), *Feminist Perspectives on Law & Theory*, Cavendish Publishing 2000, s. 25–51.

115 Svensson, *Genus och rätt*, 1997, s. 268; Judith Grbich, «The Body in Legal Theory», *University of Tasmania Law Review*, vol. 11, 1992, s. 26–58.

116 Carol Smart, *Feminism and the power of law*, Routledge 1989; Svensson, *Genus och rätt*, 1997.

verdier usynliggjøres.¹¹⁷ Selv om koherens kan oppfattes som et ideal man bør strebe etter, og som en måte å skape orden og unngå kaos på,¹¹⁸ har begrepsliggjøring av retten med hensyn til at den skal være koherent og konsekvent, en tendens til å reprodusere og legitimere opprettholdelsen av status quo og eksisterende maktrelasjoner som er nedfelt i retten. Dette gjøres ofte med henvisning til rådende normer som forstås som fellesverdier i samfunnet, og som universelle, naturlige og uunngåelige. Men et slikt ideal kan føre til at motsetninger i retten skjules.¹¹⁹ Hvis vi i stedet streber etter å synliggjøre manglende koherens, er det mulig å blottlegge at retten er et uttrykk for visse maktrelasjoner og hvordan de tenderer å bli gjenskapt. Hvis vi kan synliggjøre dette, kan det hjelpe oss med å gjøre retten mindre ensidig.

Feministisk rettsfilosofi går altså lenger enn å stille spørsmålet om hva retten *er*, og interesserer seg også fremfor alt for hva retten *gjør*. Denne nyorienteringen har paralleller til den rettsrealistisk influerte rettsvitenskapen som har åpnet for å bringe inn rettens faktisitet og konsekvenser (ikke minst innenfor retts sosiologien), og også for at empirien kan være et grunnlag for kritikk av retten.¹²⁰ Spørsmålet om hva retten *gjør*, gis imidlertid en videre og til dels annen betydning i feministisk rettsfilosofi. Retten virker normerende, det vil si at den påvirker hvordan vi tenker om ting, og den påvirker selve vår forståelse av verden. Den konstruerer visse kroppor som mennesker, som borgere eller som eiendom. Den konstruerer relasjonen mellom ulike grupperinger og organer og gjør dem avhengige eller uavhengige, fattige eller rike. For å synliggjøre dette må vi omformulere spørsmålet om hva retten *er*, til et spørsmål om hva retten *gjør*.

Et fellestrekk i feministisk rettsfilosofi er å forstå retten som en sosial konstruksjon, som et normsystem som interagerer med andre normsystemer, men også med hele samfunnet. I boken *Genusrettsvitenskap* beskrives retten forenklet som en prosess der forestillinger om hva retten *er*, uttrykkes, kommuniseres og praktiseres i en konkret sammenheng,

117 Svensson 2014.

118 Peczenik 1995.

119 Svensson 2014.

120 Christoffer C. Eriksen, *Kritikk. Konfrontasjoner med rett og makt*, Universitetsforlaget 2016.

reelt eller fiktivt.¹²¹ Et slikt syn innebærer altså at retten ikke betraktes som et isolert system av regler, prinsipper og begreper uttrykt i rettslige tekster, rettskildene, og at dette systemet bør være logisk, koherent og fritt for motsigelser, som har vært det dominerende synet innenfor analytisk rettsfilosofi og i den rettsdogmatiske tradisjonen.

Feministisk rettsfilosofi har sammen med andre retninger innenfor rettsvitenskapen bidratt til en forandring av måtene retten betraktes på som et separat objekt. Å gi betydning til selve kommunikasjonen om retten mellom aktører innenfor det juridiske kommunikative fellesskapet, åpner for et syn på retten som noe som gjøres, når det gjelder både bekrefte og forandring av den.¹²² Synet på rettssystemets lukkethet, der retten bare kan endres gjennom lovgivning, er således ikke like fremtredende i dag. I dag anses det som mer mulig å ta inn verdier og samfunnsverdier i rettsanvendelsen enn tidligere. Det gjør også at grensen mot andre norm-systemer, som for eksempel moral, ikke er like strikt lenger. Dette vises også i diskusjonen om et normativt korrektiv, det vil si muligheten for å evaluere retten, som er sentral i norsk rettstenkning i dag.¹²³

12.4.1 Forestillingen om retten og rettssubjektet som abstrakt

Feministisk rettsfilosofi bryter videre med den vanlig forekommende abstrakte forståelsen av retten. Et alternativ til å forstå retten som abstrakt er å forestille seg den som materiell, og som en del av kulturen og nedfelt i den.¹²⁴ En slik retning har i nordisk sammenheng blitt fremmet av blant annet professor i rettskulturer Hanne Petersen.¹²⁵ Hun fremholder at rettskulturen også i såkalte sekulariserte samfunn produseres fortløpende i samsvar med mannlig dominans og kjønnshierarkiske forståelser. Hun mener derfor at en feministisk angrepsmåte må utvikles innenfor

121 Gunnarsson mfl. 2018, s. 38.

122 David R. Doublet, *Rettsvitenskap og fornuft*, Alma Mater Forlag 1995; Bernt og Doublet 1998.

123 Se f.eks. Morten Kinander, «Er det grunnlag for et normativt korrektiv til retten ut fra Eckhoffs rettsteori?» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 113, nr. 1–2, 2000, s. 324–368.

124 Margaret Davies, *Law unlimited. Materialism, Pluralism, and Legal Theory*. Routledge 2017, s. 58 og 71.

125 Hanne Petersen, «Rettskultur og køn i forandring», i Svensson mfl. (red.) 2011, s. 350–385.

retten for å kunne svare til det hun kaller en ny opplysningstid, der slike verdier utfordres. Hun mener at det er behov for at både kjønnsforskning og rettsforskning på bredere front «bidrager till att utvikle en global etik og dialog i et samarbejde mellem køn og retskulturer».¹²⁶

Selv om retten, med sine institusjoner og kunnskapsbygging i form av blant annet rettsfilosofi, i dag er så godt om kjønnsnøytral, ble den formet i en sammenheng som i aller høyeste grad var kjønnnet. I den tiden da mye av det som retten oppviser i dag, ble bygget opp, ble kvinner og menn (og dessuten ulike grupper av menn) eksplisitt forskjellsbehandlet. Datidens teorier legitimerte kvinners særstilling ved hjelp av ulike forklaringer. At kvinner først var offentlige rettssubjekter et stykke inn på 1900-tallet, kunne forklares med at de ikke hadde deltatt som avtaleinngående parter i samfunnskontrakten. Av samme grunn kunne ikke kvinner inngå avtaler, annet enn i helt spesielle situasjoner.¹²⁷ Dagens rettsforståelse trenger ingen teorier som legitimerer kvinners særstilling. I stedet er betydningen av kjønn nedtonet, selv om det finnes unntak. Da kravene om lovgivning mot kjønnsdiskriminering hadde økt i Norden i 1970- og 80-årene, påpekte Anita Dahlberg, lektor og tidlig aktiv innenfor kvinnerett i Sverige, det på sett og vis paradoksale i at kjønn ble gjeninnført som et grunnleggende kriterium, men for det formål at kjønn ikke skal tillegges betydning.¹²⁸ I dag har vi stadig flere egenskaper hos mennesker som pekes ut som utsatt for diskriminering, og som det dermed er verdt å beskytte, samtidig som den gruppen som ikke har noen av disse egenskapene, og som dermed ikke anses som utsatt for diskriminering, blir stadig mindre. Hensikten med å beskytte visse grupper og individer mot diskriminering er god, men hvilke konsekvenser får det at visse egenskaper på forhånd antas å kunne føre til diskriminering?

Også bildet av rettssubjektet som abstrakt, altså uten egenskaper som kjønn, klasse, etnisitet og så videre, kritiseres. Grunnlaget for denne kritikken er ikke nødvendigvis basert på en oppfatning om at kvinner og menn er ulike i biologisk forstand, men på at rettssubjekter er konkrete

126 Petersen 2011, s. 380.

127 Nousiainen 1990; Svensson, *Genus och rätt*, 1997.

128 Anita Dahlberg, «Jämställdhetslagen som paradox och dekonstruktion», i Gudrun Nordborg (red.), *13 kvinnoperspektiv på rätten*, Iustus förlag 1995, s. 25.

vesener med spesifikke livsvilkår knyttet til blant annet kjønnstilhørighet.¹²⁹ Årsaken til at mange tidlige kvinnerettslige studier handlet om retten når det gjelder husarbeidende, barnefødende, yrkesarbeidende og studerende kvinners livssituasjon, var ikke at disse rollene var biologisk gitt. Det var at de var en realitet for mange kvinner, og at denne realiteten skiller gruppen kvinner fra gruppen menn, og at tidligere rettsfilosofiske studier hadde unngått spørsmålet om rettssubjektets situering,¹³⁰ det vil si at rettssubjektet er forankret i en bestemt praksis. Mange kvinnerettslige studier er viet til å synliggjøre at kjønnsnøytrale regler ofte er til fordel for menn og til ulempe for kvinner som gruppe, uten at loven uttrykkelig gjør forskjell på kvinner og menn. Når kjønnsnøytrale regler plasseres i en praksis som ikke er kjønnsnøytral, blir det tydelig at reglene snarere kan skjule at de er kjønns spesifikke og til ulempe for det ene kjønn. Med begreper som kjønnsblindhet eller åpne eller skjulte kjønns spesifikke regler kan slike fenomen fanges inn. Europakommisjonen bruker begrepet kjønns sensitivitet (*gender sensitivity*) som motsetning til kjønnsblindhet, når det gjelder «Policies and programmes that take into account the particularities pertaining to the lives of both women and men, while aiming to eliminate inequalities and promote gender equality, including an equal distribution of resources, therefore addressing and taking into account the gender dimension».¹³¹

12.4.2 Forestillingen om rettssubjektets autonomi eller relasjonalitet

Et kjønnsnøytralt eller kjønnsløst rettssubjekt henger sammen med forestillingen om rettssubjektet som et autonomt individ, et individ som står fritt til å ta sine egne beslutninger og styre sitt eget liv, uten å være underordnet andre. Forestillingen om mennesket som autonomt er et sentralt fundament i vår filosofiske og rettsvitenskapelige tradisjon.¹³² Denne

129 Pylkkänen 2009, s. 20.

130 Som nevnt ovenfor kommer begrepet *situert* fra Donna Haraway 1988, s. 575–599.

131 European Commission (1998), *100 Words for Equality: A Glossary of Terms on Equality between Women and Men*.

132 Denne forestillingens fundamentale karakter i amerikansk sammenheng adresseres av Martha Albertson Fineman i boken *The Autonomy Myth. A Theory of Dependency*, The New Press 2004.

forestillingen har sine røtter i Kants filosofi om at hvert enkelt menneske forutsettes å ha en autonom sfære der den frie viljen virker uten ytre påvirkning. Ifølge Kant er alle mennesker like og moralsk frie, og bør derfor få utvikle seg fritt.

Hvordan abstraksjonen om det autonome jeget kan forenes med staten, sivilsamfunnet og naturen, er en lang historie. En kortfattet måte å beskrive det på er at den frie viljen er fornuftig nok til å begrense seg og skille seg ut. Slik oppstår et selvdefinerende subjekt som forener privat-autonomien med de interesseavveiningene som må gjøres i en sammenlutning av menneskelig fellesskap. Fornuften er bindeleddet mellom det private og det allmenngyldige og utgjør grunnlaget for synet på rasjonalitet. Allmenngyldigheten må være forenlig med privatautonomien, som betyr at når alle individer er frie og likestilte, må likebehandling være et fundament for en sammenslutning av mennesker som staten.¹³³

Det autonome enkeltmenneske står sentralt i den liberale rettsstatlige ideologien som ideen om individuelle menneskerettigheter er basert på. De individuelle rettighetene gjelder opprinnelig i relasjon til staten, men det er også staten som garanterer at de opprettholdes. Under innflytelse av privatautonomiens rasjonalitet har formell likebehandling blitt en selvfølgelig grunnsetning som ikke trenger å bevises, et såkalt postulat, særlig innenfor den rettsstatlige tradisjonen, men også innenfor den velferdsstatlige. Formell likebehandling fremstår som en verdifri grunnsetning, men den forutsetter et rettssubjekt som er et offentlig, fritt, likestilt og kjønnsløst individ. Forestillingen om retten som rasjonell i betydningen fornuftig, upartisk og objektiv er således kjønnsnøytral. Denne kjønnsnøytraliteten er imidlertid et paradoks ettersom nettopp fiksjonen om det offentlige, frie og likestilte mennesket som et ideal eller et forbilde for et menneskesyn bunner i en liberal rettferdighetsteoretisk tradisjon som bare omfatter mennesker som tildeles en offentlig identitet.

Konsekvensen av at alle formelt sett skal behandles likt ut fra tanken om at alle har lik verdi, innebærer en usynliggjøring av at det mannlige kjønn lenge har vært det objektive og allmenngyldige i den rettslige

133 Bo Wennström, *Rättens individualisering: Mot en ny juridisk antropologi*, Uppsala universitet 2005.

normdannelsen. Kvinner gjøres i og av retten til «det annet kjønn», for å bruke Beauvoirs uttrykk. Kvinner gjøres til det subjektive og ikke-allmenngyldige. Når kvinner ikke passer inn i malen (for det abstrakte og autonome rettssubjektet), blir de definert som problemet.¹³⁴ Det den feministiske rettsfilosofien har bidratt med, er å flytte søkelyset til malen, som ensidig og som problematisk. Det autonome enkeltindividet, og dermed rettssubjektets autonomi, trekkes i tvil i stadig større grad.

Et syn på mennesket som i første rekke relasjonelt innebærer etter min mening at det drives av to motvirkende krefter: på den ene siden søker mennesket etter å inngå i relasjoner av forskjellige slag, og på den annen side strever det samtidig etter å skilles ut som individ. Denne dobbelheten har i psykologien særlig blitt vektlagt for kvinner, men mitt syn er at dette gjelder alle mennesker, uansett kjønn, og at det er et av menneskets grunnvilkår.¹³⁵ Jennifer Nedelsky, professor i jus og statsvitenskap, mener på tilsvarende måte at den relasjonelle dimensjonen i den menneskelige erfaringen er sentral, og hun utvikler en generell teori som lar denne innsikten forme de begrepene og institusjonene som vi organiserer våre kollektive liv rundt, der retten er sentral.¹³⁶

Med dette som utgangspunkt «innebærer det at den relasjonen som rettssubjektet inngår i, er essensielle tolkningsdata for vurdering av så vel rettssubjektets status som de ulike hendelsene og intensjonene som danner faktagrunnlaget ved den rettslige prøvingen. Rettssubjektene inngår i en relasjon [...] belastet av en mengde forskjellige institusjonelle, metafysiske, historisk overførte forståelser som påvirker den individuelle handlemåten, og må derfor ved en rettslig prøving ikke betraktes som frittstående kategorier».¹³⁷ En hendelse må plasseres i sin sammenheng for at vi skal forstå og riktig kunne vurdere hva som har skjedd, og hvorfor. Rettens reduksjonistiske trekk, der kompliserte hendelsesforløp deles opp i avgrensbare fakta, og dens syn på rettssubjektet som autonomt med

134 Hirdman 1990.

135 Svensson, *Genus och rätt*, 1997.

136 Jennifer Nedelsky, *Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford University Press 2011.

137 Svensson, *Genus och rätt*, 1997.

en fri vilje, risikerer å få negative effekter for mennesker som handler ut fra en sammenheng der de ikke er totalt avgrenset fra andre.

Martha Albertson Fineman, politisk filosof og jusprofessor, mener at samfunnet bør organiseres ut fra at mennesker inngår i omsorgsrelasjoner, i stedet for ut fra idealer om selvforsørgelse og autonomi.¹³⁸ I nordisk sammenheng, der så vel velferdsstats- som likestillingsideal er basert på at alle voksne individer skal kunne forsørge seg selv og stå fritt til å velge om de vil gå ut av en relasjon, kan dette synes provoserende, men denne tanken har også vært fremført i nordisk rettsvitenskap.¹³⁹ Anu Pylkkänen, Kirsten Ketscher og Hege Brækhus, professor i rettsvitenskap, er noen eksempler på forskere som har fremhevet behovet for å gå ut fra at mennesket er relasjonelt og inngår i ulike typer omsorgsrelasjoner.¹⁴⁰ Også i norsk diskrimineringsrettslig teori anlegges et relasjonelt perspektiv på diskrimineringsrettens subjekt.¹⁴¹ Det som synes å være en motsetning mellom autonomi og relasjonelitet, er imidlertid en spesifikk forståelse av individualiteten, nemlig en liberal sådan. I likhet med Nedelsky mener jeg at utgangspunktet for retten og samfunnets institusjoner må være menneskers relasjonelitet, og at nettopp derfor bør muligheten til selvstendighet og autonomi sikres, slik at ingen tvinges til å bli værende i en relasjon som er negativ for ham eller henne. Med begrepet relasjonell autonomi mener Nedelsky at autonomi kan realiseres gjennom og ikke til tross for andre menneskers innvirkning. Dette er en omskrivning av det liberale autonomibegrepet, som blant annet er forankret i den levde erfaringen med vennskapets styrkende nærhet.¹⁴²

138 Martha Albertson Fineman, «Vulnerability and Inevitable Inequality», *Oslo Law Review*, vol. 4, nr. 3, 2017, s. 133–149; Fineman 2004.

139 Se Vibeke Blaker Strand og Ingunn Ik Dahl, «Responding to Disadvantage and Inequality through Law», *Oslo Law Review*, vol. 4, nr. 3, 2017, s. 124–132.

140 Brækhus 2011; Kirsten Ketscher, «Relationsret – en ny rettsvitenskapelig optik? Fra ægteskabs- og familieret mod en inkluderende relationsret», *Retfærd*, vol. 35, nr. 136, 2012, s. 81–98; Pylkkänen 2011.

141 Hellum 2021; Ik Dahl, «Før ble de absorbert av storfamilien ...», 2019.

142 Nedelsky 2011.

12.5 Oppsummering

Feministisk rettsfilosofi har sammen med andre kritiske teorier bidratt til å utvide faget rettsfilosofi ved å stille andre og flere spørsmål enn det tidligere rettsfilosofiske posisjoner har gjort, og ved å utfordre visse grunnleggende antakelser, for eksempel om rettssubjektets natur og om retten som et lukket system, men også om de grensene som er satt for hva som omfattes av faget rettsfilosofi. Den feministiske rettsfilosofien søker ikke etter abstrakte definisjoner av retten og dens begreper, men strever etter å løse opp skillet mellom teori og praksis. Den ligger dermed ofte nært det som pleier å kalles anvendt rettsfilosofi, der teoretiske perspektiver brukes på spesifikke rettsområder eller rettslige spørsmål, og retts sosiologi, der konsekvensene av en viss rettslig konstruksjon studeres. Dessuten har synet på den nære koblingen mellom teori og praksis synliggjort at påvirkning også skjer i motsatt retning, slik at rettsfilosofien påvirkes av praksis. Nye begreper er utviklet for å forstå og forklare hvordan retten er formet, ut fra et bestemt perspektiv. Interaksjonen er fortsatt viktig for at feministisk rettsfilosofi skal fortsette å være et dynamisk kunnskapsfelt som utvikler seg i takt med, eller til og med forut for, sin samtid.

Litteratur

- Bentzon, Agnete Weis mfl. *Pursuing Grounded Theory in Law. South-North Experiences in Developing Women's Law*. Mond Books, 1998.
- Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doublet. «Norsk rettsteori mellom rettspositivisme og ny-normativisme». I *Retlig Polycentri*. Peter Blume og Hanne Petersen red., Akademisk Forlag, 1993, s. 115–147.
- Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doublet. *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*. Fagbokforlaget, 1998.
- Björling, Erik og Eva-Maria Svensson. «The Role of Legal Theory in Legal Education: A Reflection on Professional and Academic Ideals in Nordic Legal Education». *Nordic Journal on Law and Society (NJOLAS)* vol. 4, nr. 3 (2021) s. 1–31.
- Bladini, Moa. *I objektivitetens sken – en kritisk granskning av objektivitetsideal, objektivitetsanspråk och legitimeringsstrategier i diskurser om dömande i brottmål*. Makadam, 2013.
- Bottomley, Anne. «Theory is a Process not an End: A Feminist Approach to the Practice of Theory». I *Feminist Perspectives on Law & Theory*. Janice Richardson og Ralph Sandland red., Cavendish Publishing, 2000, s. 25–51.

- Bratholm, Anders, Torkel Opsahl og Magnus Aarbakke (red.). *Samfunn, rett, rettferdighet: Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*. Tano, 1986.
- Brækhus, Hege. «Diskriminering i private og personlige relasjoner». I *På vei. Kjønn og rett i Norden*. Eva-Maria Svensson mfl. red., Makadam, 2011, s. 248–272.
- Brännström, Leila. *Förrättsligande. En studie av rättens risker och möjligheter med fokus på patientens ställning*. Bokbox Förlag, 2009.
- Burman, Monica. *Straffrätt och mäns våld mot kvinnor. Om straffrättens förmåga att producera jämställdhet*. Iustus Förlag, 2007.
- Burman, Monica og Åsa Gunnarsson (red.). *Familjeföreställningar. Om familjens betydelse inom juridik, ekonomi och forskning*. Iustus Förlag, 2001.
- Conaghan, Joanne. «Reassessing the Feminist Theoretical Project in Law». *Journal of Law and Society* vol. 27, nr. 3 (2000) s. 351–385.
- Crenshaw, Kimberlé. «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics». *University of Chicago Legal Forum* nr. 1, artikkel 8 (1989).
- Dahl, Tove Stang (red.). *Kvinnerett I*. Universitetsforlaget, 1985.
- Dahl, Tove Stang (red.). *Kvinnerett II*. Universitetsforlaget, 1985.
- Dahlberg, Anita. «Jämställdhetslagen som paradox och dekonstruktion». I *13 kvinnoperspektiv på rätten*. Gudrun Nordborg red., Iustus förlag, 1995.
- Dahlberg, Anita, Gudrun Nordborg og Elvy Wicklund. *Kvinnors rätt*. Tidens förlag, 1990.
- Davies, Margaret. *Asking the law question*. 4. utgave. Thomson Reuters, 2017.
- Davies, Margaret. *Law unlimited. Materialism, Pluralism, and Legal Theory*. Routledge, 2017.
- Davies, Margaret. «Notes Towards an Optimistic Feminism: A Long View». I *Exploiting the Limits of Law: Swedish Feminism and the Challenge to Pessimism*. Åsa Gunnarsson, Eva-Maria Svensson og Margaret Davies red., Ashgate, 2007, s. 213–229.
- de los Reyes, Paulina og Diana Mulinari. *Interseksjonalitet, Kritiska reflektioner över (o)jämlighetens landskap*. Liber, 2005.
- Doublet, David R. *Rett, vitenskap og fornuft*. Alma Mater Forlag, 1995.
- Eckhoff, Torstein. «Rett og rettferdighet». *Tidsskrift for Rettsvitenskap* vol. 102, nr. 1 (1989) s. 1–12.
- Eduards, Maud Landby mfl. «Från redaktionen». *Kvinnovetenskaplig tidskrift* årg. 11, nr. 3 (1990) s. 1–3.
- Eng, Svein. *Rettsfilosofi*. Universitetsforlaget, 2007.
- Engelstad, Fredrik og Mari Teigen (red.). *Firms, Boards and Gender Quotas: Comparative Perspectives*. Emerald Publishing Limited, 2012.
- Eriksen, Christoffer C. *Kritikk. Konfrontasjoner med rett og makt*. Universitetsforlaget, 2016.

- Eriksson, Susanna. «Masculinities, Violence and Self-Defence in Swedish Supreme Court Cases». *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung* nr. 3 (2014) s. 312–327.
- European Commission. *100 Words for Equality: A Glossary of Terms on Equality between Women and Men*. European Commission, 1998.
- Fastvold, Marianne. *Fødsels- og omsorgsrett for foreldre. Juss og verdier ved svangerskap, fødsel og omsorg*. Grødahl og Dreyer, 1990.
- Fineman, Martha Albertson. *The Autonomy Myth. A Theory of Dependency*. The New Press, 2004.
- Fineman, Martha Albertson. «Vulnerability and Inevitable Inequality». *Oslo Law Review* vol. 4, nr. 3 (2017) s. 133–149.
- Fjortoft, Kjersti. «Martha Nussbaums rettferdighetsteori». I *Rettferdighet*. Beatrice Halsaa og Anne Hellum red., Universitetsforlaget, 2010.
- Fransson, Susanne. *Lönediskriminering. En arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*. Iustus Förlag, 2000.
- Gavanas, Anna og Catharina Calleman (red.). *Rena hem på smutsiga villkor? Hushållstjänster, migration och globalisering*. Makadam, 2013.
- Gilligan, Carol. *Med kvinnors röst: Psykologisk teori og kvinnors utveckling*. Prisma, 2001.
- Grahn-Farley, Maria. «Critical Race Theory sett genom tre rättsfall». I *Juridisk metodlära*. Maria Nääv og Mauro Zamboni red., Studentlitteratur, 2018, s. 317–348.
- Grbich, Judith. «The Body in Legal Theory». *University of Tasmania Law Review* vol. 11 (1992) s. 26–58.
- Gunnarsson, Åsa (red.). *Tracing the Women-Friendly Welfare State. Gendered Politics of Everyday Life in Sweden*. Makadam, 2013.
- Gunnarsson, Åsa og Eva-Maria Svensson. *Genusrättsvetenskap*. Studentlitteratur, 2009.
- Gunnarsson, Åsa mfl. *Genusrättsvetenskap*. Studentlitteratur, 2018.
- Gustafsson, Håkan. *Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter og rättssäkerhet*. Lunds universitet, Sociologiska institutionen, 2002.
- Hammerslev, Ole og Henrik Palmer Olsen (red.). *Retsfilosofi. Centrale tekster og temaer*. 2. utgave. Hans Reitzels Forlag, 2019.
- Haraway, Donna. «Situated knowledges: The science question in feminism and the privilege of partial perspective». *Feminist Studies* vol. 14, nr. 3 (1988) s. 575–599.
- Held, Virginia. *The Ethics of Care: Personal, Political, and Global*. Oxford University Press, 2005.
- Hellum, Anne. «Den globale likestillingsnormen». I *På vei. Kjønn og rett i Norden*. Eva-Maria Svensson mfl. red., Makadam, 2011, s. 24–50.
- Hellum, Anne. «Kvinnerettslige utviklingslinjer: Forståelser av kvinner, kjønn og rett – nedenfra og ovenfra». *Tidsskrift for kjønnsforskning* vol. 36, nr. 2 (2012) s. 131–148.

- Hellum, Anne. «Hvem er likestillings- og diskrimineringsrettens subjekt? Om kjønn som diskrimineringsgrunnlag». I *Livsfellesskap – Rettsfellesskap: Festskrift til Tove Sverdrup 70 år*. John Asland mfl. red., Gyldendal, 2021, s. 250–263.
- Hellum, Anne og Henriette Sinding Aasen (red.). *Women's Human Rights. CEDAW in International. Regional and National Law*. Cambridge University Press, 2013.
- Hellum, Anne og Julia Köhler-Olsen (red.). *Like rettigheter og ulike liv – rettslig kompleksitet i kvinne-, barne- og innvandrerperspektiv*. Gyldendal, 2016.
- Hernes, Helga. *Welfare State and Woman Power. Essays in State Feminism*. Norwegian University Press, 1987.
- Hirdman, Yvonne. «Genussystemet». I *SOU 1990:44 Demokrati och makt i Sverige, Maktutredningens huvudrapport*, 1990.
- Hirdman, Yvonne. «Genussystemet – reflexioner kring kvinnors sociala underordning». *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr. 3 (1988) s. 49–63.
- Ikdahl, Ingunn. «'Før ble de absorbert av storfamilien ...' Individuer og relasjoner i folketrygdlovens etterlatteytelser». I *Dette brenner jeg for! Festskrift til Hege Brækhus 70 år*. Trude Haugli mfl. red., Fagbokforlaget, 2019, s. 161–181.
- Ikdahl, Ingunn. «Om kvinnerett og kjønnsperspektiv». I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Universitetsforlaget, 2019, s. 659–682.
- Jørgensen, Stine. «Feministisk retsteori». I *Retsfilosofi. Centrale tekster og temaer*. Ole Hammerslev og Henrik Palmer Olsen red., 2. utgave, Hans Reitzels Forlag, 2019, s. 709–732.
- Ketscher, Kirsten. «Flere slags socialret». I *Retlig Polycentri*. Peter Blume og Hanne Petersen red., Akademisk Forlag, 1993, s. 367–378.
- Ketscher, Kirsten. «Mod en argumentativ ret». *Jussens venner* nr. 5–6 (2000) s. 272–287.
- Ketscher, Kirsten. «Relationsret – en ny retsvidenskabelig optik? Fra ægteskabs- og familieret mod en inkluderende relationsret». *Retfærd* vol. 35, nr. 136 (2012) s. 81–98.
- Kinander, Morten. «Er det grunnlag for et normativt korrektiv til retten ut fra Eckhoffs rettsteori?». *Tidsskrift for Rettsvitenskap* vol. 113, nr. 1–2 (2000) s. 324–368.
- Käll, Jannice. *Converging Human and Digital Bodies. Posthumanism, Property, Law*. Juridiska institutionens skriftserie, Göteborgs universitet, 2017.
- Lindahl, Björn. «Så ska jämställdheten öka i Norge». *Arbeidsliv i Norden* (2012). <http://www.arbeidslivinorden.org/nyheter/nyheter-2012/article.2012-10-08.5000271218>. Lundström, Karin. *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten: en feministisk analys*. Iustus Förlag, 1999.
- MacKinnon, Catharine. «Plädering för en feministisk rättsfilosofi». *Kvinnovetenskaplig Tidskrift* nr. 1 (1991) s. 16–26.
- Martinsson, Lena, Gabriele Griffin og Katarina Giritli Nygren (red.). *Challenging the Myth of Gender Equality in Sweden*. Policy Press, 2016.

- Mæhle, Synne Sæther. *Grenser for rettsanvendelsesskjønn: Om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern*. Gyldendal Akademisk, 2005.
- Naffine, Ngairé og Rosemary Owens. *Sexing the Subject of Law*. Sweet & Maxwell, 1997.
- Nordisk ministerråd. *Nordiskt samarbetsprogram för jämställdhet 2019–2022*. Nordiska ministerrådet, 2019. <https://norden.diva-portal.org/smash/get/diva2:1283597/FULLTEXT01.pdf>.
- Nedelsky, Jennifer. *Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*. Oxford University Press, 2011.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna. «The Reforms of Sex Crime Law and the Gender-Neutral Subject». I *Nordic Equality at the Crossroads. Feminist Legal Studies Coping with Difference*. Eva-Maria Svensson, Anu Pylkkänen og Johanna Niemi-Kiesiläinen red., Ashgate Publishing, 2004.
- NOU 2003: 19 *Makt og demokrati*.
- Nousiainen, Kevät. «Den universellt fria kvinnan?». *Retfærd* nr. 49 (1990) s. 4–19.
- Nousiainen, Kevät mfl. (red.). *Responsible selves. Women in the Nordic Legal Culture*. Ashgate Publishing, 2001.
- Nussbaum, Martha C. *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. Cambridge University Press, 2000.
- Okin, Susan Moller. *Justice, Gender and the Family*. Basic Books, 1989.
- Peczenik, Aleksander. *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Norstedts Juridik, 1995.
- Petersen, Hanne. *Informel ret på kvindearbejdspladser. En retsteoretisk og empirisk analyse*. Akademisk Forlag, København, 1991.
- Petersen, Hanne. «Retskultur og køn i forandring». I *På vei. Kjønn og rett i Norden*. Eva-Maria Svensson mfl. red., Makadam, 2011, s. 350–385.
- Pylkkänen, Anu. «Regleringen av nära relationer – en fråga om sexualitet eller omsorg?». I *På vei. Kjønn og rett i Norden*. Eva-Maria Svensson mfl. red., Makadam, 2011, s. 230–247.
- Pylkkänen, Anu. *Trapped in Equality. Women as Legal Persons in the Modernisation of Finnish Law*. Suomalaisen Kirjallisuuden Seura/Finnish Literature Society, 2009.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Harvard University Press, 1971.
- Regjeringen. *Regjeringens likestillingspolitiske redegjørelse 2020: Kultur- og likestillingsministerens redegjørelse for Stortinget, 28.04.2020*. <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/likestillingspolitisk-redegjorelse-2020/id2700156/>.
- Ross, Alf. *Om ret og retferdighet*. Gyldendal, 2013 [1953].
- Sand, Inger Johanne. *Rett, samfunn og legitimitet*. Universitetsforlaget, 2019.
- Schömer, Eva. *Konstruktion av genus i rätten och samhället; en tvärvetenskaplig studie av svenska kvinnors rätt till jämställdhet i ett formellt jämlikt rättssystem*. Iustus förlag, 1999.

- Skjeie, Hege. *Den politiske betydningen av kjønn. En studie av norsk topp-politikk*. Institutt for Samfunnsforskning, Universitetet i Oslo, 1992.
- Smart, Carol. *Feminism and the power of law*. Routledge, 1989.
- Stensöta, Helena Olofsdotter. «Spelar jämställda riksdagsmän någon roll?». *SNS analys* nr. 37. juni (2016).
- Strand, Vibeke Blaker og Anne Hellum. «Solberg-regjeringens forslag til reformer på diskrimineringsfeltet: Uniformering, individualisering, privatisering og avrettsliggjøring». *Kritisk Juss* vol. 43, nr. 1 (2017).
- Strand, Vibeke Blaker og Ingunn Ikdahl. «Responding to Disadvantage and Inequality through Law». *Oslo Law Review* vol. 4, nr. 3 (2017) s. 124–132.
- Svedberg, Wanna. *Ett (o)jämnt transportsystem i gränslandet mellan politik och rätt*. Bokbox Förlag, 2013.
- Svensson, Eva-Maria. «Avskiljandets logik – en nödvändighet och en begränsning». I *Rätt i förändring. Om kristendenser i svensk rätt*. Håkan Hydén og Alf Thoor red., Sociologiska institutionen, Lunds universitet, 1997, s. 95–103.
- Svensson, Eva-Maria. «De lege interpretata – om behovet av metodologisk reflektion». *Juridisk publikation Jubileumsnummer (2014)*, s. 211–226.
- Svensson, Eva-Maria. «Formering och transformering av ett kunskapsfält». I Eva-Maria Svensson mfl. red., *På vei. Kjønn og rett i Norden*, Makadam, 2011, s. 437–467.
- Svensson, Eva-Maria. *Genus och rätt. En problematisering av föreställningen om rätten*. Iustus förlag, 1997.
- Svensson, Eva-Maria. «Genusrättsvetenskap och juridiska metoder». I *Juridisk metodlära*. Maria Nääv og Mauro Zamboni red., Studentlitteratur, 2018, s. 275–316.
- Sverdrup, Tone. «Passer avtalemodellen til livsfellesskapets logikk?». I *Velferd og rettferd. Festskrift til Asbjørn Kjønstad 70 år*. Aslak Syse mfl. red., Gyldendal Juridisk, 2013, s. 575–601.
- Sverdrup, Tone. «Å skulle seg til penger – eller gifte seg til fattigdom?». I *Dette brenner jeg for! Festskrift til Hege Brækhus 70 år*. Trude Haugli mfl. red., Fagbokforlaget, 2019, s. 467–481.
- Wennberg, Lena. *Social security for solo mothers in Swedish and EU law: on the constructions of normality and the boundaries of social citizenship*. Umeå universitet, 2008.
- Wennström, Bo. *Rättens individualisering: Mot en ny juridisk antropologi*. Uppsala universitet, 2005.
- Westerhäll-Gisselsson, Lotta. *Kvinnor och rätt. Översikt över de viktigare sambanden mellan kvinnokön och rättsregler*. Publica, 1979.
- Young, Iris Marion. *Att kasta tjejkast. Texter om feminism och rättvisa*. Atlas, 2000.
- Aasen, Henriette Sinding mfl. (red.). *Juridification and Social Citizenship in the Welfare State*. Edward Elgar, 2014.

Kjønn, makt og rett. Samfunnsfaglige perspektiver på og i kvinneretten

Anne Hellum, Kristin Bergtora Sandvik og May-Len Skilbrei

13.1 Innledning

Likhet for loven er et rettslig grunnprinsipp. Selv om lovgivningen på papiret er lik for alle, gjør sosiale, økonomiske og kulturelle forskjeller mellom personer med ulikt kjønn og mellom individer av samme kjønn at retten virker ulikt, at man har ulik tilgang til retten og at retten skaper nye ulikheter. Industriarbeider Grzegorz og omsorgsarbeider Maria kan ha samme utdanningsnivå og arbeidstid, men ikke samme lønn. Samboerparet Jamie og Ole kommer ulikt ut pensjonsmessig fordi Jamie har jobbet deltid. Selv om de ifølge norsk rett har samme rett til skilsmisse, er det vanskeligere for Fatima enn Mohammed å få skilsmissen akseptert i storfamilien og det religiøse fellesskapet de tilhører. Hans Kristian kommer dårligere ut enn Natasha i barnefordelingssaker. Ekteparene Adam og Rosa, Benedicte og Imani, og Nelson og Kåre har ulike rettigheter til hjelp med å få barn – og til foreldreskapet til sine egne barn. Formålet med dette kapittelet er å gi deg som leser en grunnleggende forståelse av hvordan samspillet mellom ulike forståelser av kjønn og rettslige verdier påvirker fordeling av ressurser, plikter og rettigheter.

For å forstå hvordan grunnleggende rettsprinsipper – som retten til likhet, frihet og integritet – omsettes til praksis, skal vi se nærmere på forholdet mellom kjønn, makt og retten. Dette gjør vi i et kvinneverrettslig perspektiv. Mens andre kapitler i denne boken tar for seg hvordan et kvinne- eller kjønnsperspektiv kan hjelpe oss til å identifisere rettslige problemstillinger og foreta juridiske analyser, tar vi i dette kapitlet et annet grep: Vi bruker innsikter og tilnærminger fra rettssosiologi, rettsantropologi og kriminologi for å utforske og videreutvikle perspektiver i det tverrfaglige kvinneverrettsfaget som setter retten inn i en bredere samfunnsmessig sammenheng.¹ En innsikt i alle disse fagene er at retten samvirker med livet ellers, og det er et perspektiv vi trenger når vi skal forstå hvordan retten virker og kan virke i folks liv. Opprinnelig handlet kvinneverretten om å beskrive og vurdere retten fra ulike grupper kvinners perspektiv.² Kvinneverretten har utviklet seg til å handle om forholdet mellom kjønn, makt og retten i bredere forstand. Den bidrar til å skape en forståelse av hvordan kjønn påvirker rettens utvikling og håndheving. Dette gjør kvinneverretten gjennom å aktivt bruke empiriske studier som kan gi innsikt i rettens virkninger og peke på ting som ikke fungerer eller utvikle modeller for en mer rettferdig rettsorden.

Kjønn, makt og retten påvirker hverandre, både på legitime måter som er intenderte, og på illegitime og ikke-intenderte måter. Formell og legitim makt utøves gjennom retten, og retten er utformet for å kontrollere og motvirke illegitim makt.³ Samtidig betyr maktulikhet i samfunnet at ulike grupper har ulik mulighet til å påvirke lovgivningen og at rettslig praksis kan slå ut ulikt, slik som i eksemplene over.

Samfunnsvitenskapelige perspektiver på kjønn, makt og rett er viktig for jurister. En slik forståelse kan gi en bedre forståelse av retten i kontekst, og hjelper jurister med å reflektere over egen rolle og profesjonsmakt. Retten spiller en sentral rolle i det arbeidet politikere, sosiale bevegelser og andre samfunnsaktører, som virksomheter og arbeidstakere gjør for

1 Kapitlet bygger på forfatternes forskning og bakgrunn. De utvalgene vi gjør er naturligvis subjektive og ikke de eneste mulige perspektivene.

2 Tove Stang Dahl, «Kvinneverett som rettsvitenskap», i Tove Stang Dahl (red.), *Kvinneverett I*, Universitetsforlaget 1985, s. 29–38.

3 Inger-Johanne Sand, *Rettsvitenskap og legitimitet*, Universitetsforlaget 2017.

å bekjempe vold, diskriminering og trakassering på grunnlag av kjønn, seksuell orientering og kjønnsidentitet eller samspillet mellom kjønn, etnisitet og nedsatt funksjonsevne på ulike livs- og samfunnsområder. I kraft av sin ekspertise og status har jurister derfor makt over hva som settes på agendaen og hvordan.⁴ Jurister bidrar ofte som eksperter i offentlige utredninger og i debatten om de kjønnsmessige konsekvensene av endringer i lovgivningen. De spiller en sentral rolle i ulike departementers lovgivningsarbeid og som rådgivere for organisasjoner som driver samfunnsdebatten, for eksempel Landsorganisasjonen (LO), Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO), sivilsamfunnsorganisasjoner som Amnesty Norge og ulike kvinneorganisasjoner.

Dette kapitlet er organisert i tre deler. I neste del presenterer vi ulike metodiske og teoretiske grep som kan hjelpe oss i studiet av rettens kjønne virkninger. Deretter presenterer vi tre norske og anglo-amerikanske teoretiske bidrag med stor betydning for kvinnerettslige perspektiver i en norsk kontekst: Tove Stang Dahl, Carol Smart og Catharine MacKinnon. I den siste delen viser vi hvordan kjønnsperspektiver kan hjelpe oss å identifisere og forstå problemstillinger rundt arbeid, familieliv, kropp, seksualitet, rettshjelp og rettighetsinformasjon.

13.2 Metodiske og analytiske perspektiver

13.2.1 Empiri og teori

Da kvinneretten vokste fram som et eget fag, tok den i bruk empiriske kilder med et mål om å dokumentere kvinners problemer og behov og samtidig analysere negative konsekvenser av enkeltregler eller sammenhengen mellom ulike regler.⁵ Empirisk kunnskap ble dels brukt som dokumentasjon og dels som utgangspunkt for å utvikle en mer generell forståelse av retten, for eksempel teorien om den kjønnsnøytrale rettens kjønnsskjevne virkninger. Dette teoretiske rammeverket bygget ikke bare

4 Om juristenes egen makt, se Thomas Mathiesen, *Retten i samfunnet. En innføring i retts sosiologi*, 6. utgave, Pax Forlag 2011, s. 158–164.

5 Bruken av JURKs empiriske saksmateriale er beskrevet i Bjørk Gudmundsdottir Jonassen: «Juridisk rådgivning for alle kvinner – et praksisbasert kvinneperspektiv», kapittel 11 i denne boken.

på empiri, men trakk veksler på retts sosiologiens kritikk av idealet om likhet for loven samt feministisk rettsteori og feministisk rettsøkonomi.⁶ I dette kapittelet viser vi hvordan dagens tverrfaglige kvinneverett har utviklet seg i dialog med samfunnsvitenskapelige fag som retts sosiologi, rettsantropologi og kriminologi, hvor empiri ikke bare forstås som noe som dokumenterer status quo, men først og fremst er noe man tolker for å forstå videre sammenhenger.⁷

Samfunnsvitere setter opp problemstillinger som de søker å besvare gjennom empiriske studier.⁸ Slike studier kan enten være kvalitative, som innebærer at de er orientert mot å skape kunnskap om prosesser og meningssammenhenger, eller de kan være kvantitative, som betyr at de er orientert mot å skape kunnskap om omfang, sammensetning og samvirkning mellom ulike faktorer. De konkrete funnene som produseres gjennom slike metoder drøftes så opp mot et teoretisk rammeverk. Dette gjør man for å kunne utvikle kunnskap som sier noe om mer enn akkurat det som konkret framgår av empirien som er samlet inn; teori gir forskeren en modell for eller tenkning om forholdet mellom den empiriske enheten og den større helheten. Teoretiske forklaringsmodeller ligger på tre ulike nivåer: De er orientert mot å gi forklaringer som ligger på individnivå, gruppenivå og samfunnsnivå. Forholdet mellom kjønn, makt og rett kan undersøkes på alle disse tre nivåene, og alle er relevante for å undersøke rettens funksjon og innhold.

13.2.2 Kjønn og makt

Hva er konsekvenser av at folk klassifiseres og møtes av andre på bakgrunn av kjønn? Kjønn er en grunnleggende egenskap ved *alle* mennesker. Det kan forstås som en kroppslig, rettslig og sosial størrelse. Det dreier seg om konsekvenser som kan være individuelle, kulturelle eller

6 Se Eva-Maria Svensson «Feministisk rettsfilosofi», kapittel 12, og Jukka Mähönen «Kjønnsperspektiv i rettsøkonomi», kapittel 14 i denne boken.

7 Se f.eks. Anniken Sørli, «Legal Gender Meets Reality: A Socio-Legal Childrens's Perspective», i Anne Hellum (red.), *Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity*, Routledge 2017, s. 77–103.

8 For en innføring, se May-Len Skilbrei, *Kvalitative metoder. Planlegging, gjennomføring og etisk refleksjon*, Fagbokforlaget 2019.

strukturelle. Alle disse aspektene ved hvordan kjønn erfares og påvirker individuelle handlinger og offentlige beslutninger i dagens Norge, er relevante når vi skal forstå forholdet mellom kjønn, makt og retten.

Kvinneretten har vært særlig fokusert på to aspekter ved forholdet mellom kjønn og makt. Det første er hvordan rettsregler, som presenteres som allmenne og nøytrale, kan ha ulike virkninger for kvinner og menn, heterofile og lesbiske eller transpersoner, og hvordan dette henger sammen med og er med på å videreføre skjeve maktforhold. Dette handler om hvordan retten gjennom sitt innhold og sin form bidrar til å opprettholde fordelingen av makt mellom og innen ulike grupper, særlig ulikheter i samfunnsdeltakelse og tilgang på økonomiske og rettslige ressurser.

Det andre aspektet er hvordan retten fungerer som et ledd i kjønnets maktutøvelse. Thomas Mathiesen retter i sin analyse av forholdet mellom rett og makt oppmerksomheten mot to dimensjoner, retten som makt og retten som motmakt.⁹ Maktforskeren Steven Lukes bruker henholdsvis begrepene *makt over* og *makt til* om disse to sidene av makt.¹⁰ I dette kapitlet ser vi retten som en form for maktutøvelse. At rett handler om makt er særlig tydelig der retten direkte eller indirekte skaper kategorier som er avgjørende med hensyn til rettigheter og plikter for kvinner, menn, heterofile, homofile og transpersoner. Samtidig kan retten brukes som redskap til å endre regler og praksiser som påvirker den kjønnete fordelingen av makt og ressurser i samfunnet. Debatten om legalstrategiers¹¹ muligheter og begrensninger må altså også forstås i et kjønnsperspektiv.

13.2.3 Hva er rett og hva er kjønn?

Tradisjonell rettsvitenskap retter fokus mot rettssystemet (internasjonale konvensjoner, nasjonale lover, dommer og forvaltningspraksis). I studier av hvordan kjønn påvirker rettens utvikling og håndheving, rettes

9 Mathiesen 2011, s. 142–143.

10 Steven Lukes, *Power: A Radical View*, 2. utgave, Red Globe Press 2005.

11 Legalstrategier er når bevegelser, pressgrupper og organisasjoner bruker rettslige midler for å fremme sine politiske mål. Om legalstrategier, se Mathiesen 2011, s. 176–210.

oppmerksomheten mot samspillet mellom lovgivning og sosiale og kulturelle normer som finner sted innenfor konteksten av rettslige eller sosiale institusjoner som familien, arbeidsplassen eller ulike organisasjoner. Når vi snakker om «retten» her er det ikke som et sammenhengende og ensartet normsystem som håndheves gjennom formelle rettslige institusjoner. Her ses retten som en prosess hvor sameksisterende rettslige, sosiale og kulturelle normer mobiliseres av aktører for å forsvare ulike interesser på ulike sosiale og rettslige arenaer. Utkommet av dette samspillet betegnes som rettslig pluralisme.¹²

En pluralistisk rettsforståelse er av stor betydning for å forstå forholdet mellom kjønn, makt og rett i dagens transnasjonale og flerkulturelle samfunn. Dette henger sammen med at rettens subjekter ofte har tilhørighet i flere grupper som opererer med ulike normer og forventninger. For å forstå minoriteters rettsstilling er det for eksempel viktig å se på samspillet mellom deres rettigheter som norske statsborgere og som medlemmer av ulike etniske, sosiale og religiøse grupper som har sine egne interne regler for hva personer med ulike kjønn eller seksualiteter skal, kan og bør gjøre.¹³ Det er i en slik sammenheng ikke gitt at lovgivning og politikk som har som formål å skape kjønnslikestilling gir samme utslag for alle. Det betyr at å forholde seg til de store generelle og endimensjonale kategoriene «kvinner» og «menn» når man skal undersøke forholdet mellom kjønn, makt og rett, ikke er tilstrekkelig.

Et sentralt begrep når det gjelder å forstå hva personers sammensatte identiteter og tilhørigheter betyr for deres rettslige og samfunnsmessige stilling, er interseksjonalitet. Dette begrepet ble introdusert av den afrikansk-amerikanske juristen Kimberlé Crenshaw for å fange måten ulikhetsskapende mekanismer og diskriminering på ulike grunnlag som kjønn, rase og klasse virket sammen.¹⁴ Crenshaw tok utgangs-

12 Anne Griffiths, «Legal Pluralism», i Reza Banakar og Max Travers (red.), *An Introduction to Law and Social Theory*, Hart Publishing 2002, s. 289–310.

13 Om bruken av rettslig pluralisme som analyseredskap i skandinavisk og afrikansk kontekst, se Anne Hellum, «Legal Pluralist Perspectives in Scandinavian and African Women's Law», i Knut-Erich Papendorf, Anne Hellum og Stefan Machura (red.), *Eugen Ehrlich's Sociology of Law*, LIT Verlag 2014, s. 95–114.

14 Kimberlé Crenshaw, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989, nr. 1, 1989 s. 139–167.

punkt i observasjonen om at man når man (i amerikansk kontekst) snakket om kvinner, snakket man vanligvis om hvite kvinner, og når man snakket om svarte, snakket man om som oftest om svarte menn. Ifølge Crenshaw er det de mest privilegerte innad i hver kategori som får forrang, og som derfor best får sine interesser ivaretatt. I dette tilfellet betød det at svarte kvinners interesser verken ble ivaretatt av kvinnebevegelsen, anti-rasistiske organisasjoner eller rettsvesenets behandling av diskrimineringsaker.¹⁵

Begrepet interseksjonalitet kan hjelpe oss å forstå kontekster hvor rettighetene til personer som tilhører flere utsatte grupper ikke blir fanget opp, eller hvordan privilegerte posisjoner skapes gjennom kombinasjoner av identiteter. En viktig innsikt som følger av interseksjonalitet som perspektiv, er at en identitet som kan gi en svak posisjon på én samfunnsarena, kan styrke posisjonen på en annen (Mens Hans Kristian kommer dårligere ut når det gjelder barnefordelingssaker enn Natasha, er sjansen stor for at han som mann får høyere lønn som forretningsadvokat). Senere har begrepet blitt brukt i empirisk forskning og teoriutvikling for å fange opp hvordan ulike samfunnsmessige mekanismer eller prosesser virker sammen, ikke bare i spørsmål om rettigheter og diskriminering, men også for å undersøke maktmekanismer, ressursulikhet og identitet i samfunnet.

I norsk sammenheng har begrepet blitt brukt i diskusjoner om rettsvern og diskrimineringsvern som tar hensyn til samvirke mellom flere identitetsmarkører – for eksempel kjønn, etnisitet, alder, funksjons- evne, geografisk opprinnelse, og kropp.¹⁶ Her har samspeillet mellom norsk rett og ulike sosiale, kulturelle og religiøse normer betydning for individets stilling. Det er ofte snakk om situasjoner der intensjonene bak kjønnsnøytralisert lovgivning og politikk møter sosiale og religiøse

15 Se Ronald Craig, «Systemisk diskriminering i arbeidslivet og proaktive forpliktelser – et komparativt perspektiv», i Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.) *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Universitetsforlaget 2008, s. 357–376 og s. 364–365.

16 Solveig Laugerud, «Common sense, (Ab)normality and bodies in Norwegian rape verdicts», *NORA: Nordic Journal of Feminist and Gender Research*, vol. 28, nr. 1, 2020, s. 18–29. DOI: <https://doi.org/10.1080/08038740.2019.1697748>; Mali Gulbrandsen Asmyhr, «Aktivitets- og redegjørelsesplikten sett i et interseksjonelt perspektiv», i Anne Hellum og Julia Köhler-Olsen (red.), *Like rettigheter og ulike liv. Rettslig kompleksitet i kvinne-, barne- og innvandrerperspektiv*, Gyldendal 2014, s. 197–218.

normer som vektlegger forskjeller mellom kvinner og menn. Eksempler på dette er diskusjoner om bruk av religiøse hodeplagg og kjønnssegregering i skolen og i organisasjonslivet.

13.2.4 Sentrale begrepspar: privat/offentlig, autonomi/beskyttelse og individ/struktur

Tre begrepspar er særlig nyttige i analysen av forholdet mellom kjønn, rett og makt. Dette er:

- forholdet mellom den private og den offentlige sfære
- forholdet mellom autonomi og beskyttelse
- forholdet mellom individ og samfunn

Begrepsparet offentlig/privat viser til hvordan lovgivning og håndheving forholder seg til grensen mellom den sfære som individer har en rett til å hegne om som privat, og den sfære der det offentlige har en rett og plikt til innsyn og til å gripe inn i. Denne grensen er fundamental for en rettsstat,¹⁷ men den er ikke absolutt, den utvikler seg over tid. De siste 40 årene har det skjedd store endringer i hva som i henhold til sosiale og rettslige normer regnes som privat. Et eksempel på dette er at forholdet mellom foreldre og barn er regulert annerledes nå enn tidligere, hvor det fram til 1972 var slik at foreldrene hadde stor makt til å selv bestemme hvilke virkemidler de brukte i barneoppdragelsen, inkludert fysisk avstraffelse. I dag gjelder straffelovens forbud mot vold også vold i familien. Mens samboerskap var forbudt fram til 1972, er samboerskap i dag ikke bare tillatt, men er i mange sammenhenger sidestilt med ekteskap. Indre forhold i trossamfunn var inntil 2010 unntatt fra diskrimineringsvernet. Likestillings- og diskrimineringsloven som ble vedtatt i 2017 gjelder på alle samfunnsområder, men skal ikke håndheves i familieliv og

17 Rebecca Johnson, «Gender, Race, Class and Sexual Orientation: Theorizing the Intersections», i Gayle MacDonald, Rachel L. Osborne og Charles C. Smith (red.), *Feminism, Law, Inclusion: Intersectionality in Action*. Sumach Press, 2005.

personlige forhold.¹⁸ Hvor skillet settes mellom det offentlige og private er derfor viktig for rettigheter og beskyttelse.

Et beslektet begrepspar er forholdet mellom autonomi og beskyttelse. Dette begrepsparet er forbundet med grensedragningen mellom offentlig og privat og mellom individet og samfunnet. Det kommer til uttrykk gjennom to ulike prinsipper for lovgivning, som vernet av henholdsvis «retten til» og «frihet fra». Mens noe lovgivning har som målsetting å etablere rettigheter og frihet for individet, handler annen lovgivning om å beskytte individer mot andres handlinger i det private eller det offentlige rom. Krisesenterlova fra 2009 viser hvordan prinsippet om frihet fra vold i personlige relasjoner i dag kommer til uttrykk gjennom en rett til krisesenteropphold for kvinner, menn og barn som utsettes for vold i hjemmet.¹⁹

Det tredje sentrale begrepsparet er individ og samfunn. Individet er ikke en frittstående enhet, men et resultat av at personlige forutsetninger og ressurser utvikles eller hemmes i den samfunnsmessige konteksten individet befinner seg i. Forholdet mellom individet og samfunnet – og hva som vektlegges som viktigst – er også politisk og ideologisk. I kollektive rettighetskamper, enten det er snakk om kvinnebevegelsen, anti-rasisme, LHBTQI-bevegelsen²⁰ eller andre, må nettopp hensynet til den enkelte vektes opp mot hvilke prioriteringer som vil være bra for gruppen som helhet.

18 En analyse av debattene om likestillings- og diskrimineringslovens håndheving finnes i Anne Hellum og Vibeke Blaker Strand, *Likestillings- og diskrimineringsrett*, Gyldendal 2022, se kapittel 4.

19 Anne Hellum, «Mellom kjønnsespesifikk og kjønnsnøytral rettighetsfesting: Krisesenterloven», i Ingunn Ikdahl & Vibeke Blaker Strand (red.), *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*. Gyldendal Juridisk, 2016 s. 203–225.

20 Dette akronymet brukes ofte i dag for å romme rettighetskamper og identitetskamper for lesbiske, homofile, bifile, transpersoner, personer som regner seg som *queer*, eller det som ofte kalles 'skeive' på norsk, og intersex-personer, dvs. personer som ved fødselen har en uklar kjønnsidentitet.

13.3 Feministisk teori: noen sentrale perspektiver på retten og dens virkninger

I det følgende bruker vi norsk og internasjonal feministisk teori for å illustrerer ulike forklaringsmodeller som blir brukt for å undersøke forholdet mellom kjønn, makt og rett.²¹ Forfatterne vi har valgt ut skriver innenfor tre svært ulike jurisdiksjoner med ulike samfunnsmodeller (Norge, Storbritannia og USA). Bidragene deres har allikevel hatt stor innflytelse på feministisk rettstenkning både globalt og her hjemme. Videre utgjør de viktige referansepunkter for både kvinneretten og for retts sosiologisk, kriminologisk og kvinnerettslig forskning om kjønn, rett og makt.

Disse teoriene er valgt ut fordi de er ulike i om de vektlegger rettens potensial («rettsoptimisme») eller dens begrensninger og farer («rettspesimisme»). De reflekterer også ulike syn på hvilke funksjoner retten ivaretar; om den er et uttrykk for samfunnsmessig konsensus og som sådan fungerer som samfunnslim, eller om den er et uttrykk for interessekonflikt, hvor rettens (og juristenes) funksjon er å opprettholde privilegier i samfunnet. Disse ulike forklaringsmodellene har både fellestrekk og viktige forskjeller seg imellom. De er ikke gjensidig utelukkende, men er perspektiver som kan brukes til å belyse ulike sider av forholdet mellom kjønn, makt og retten. Det er viktig å ha for øye at disse teoriene utgjør idealtypiske måter å forstå retten på som er utviklet under ulike historiske, sosiale, økonomiske og rettslige forhold. Etter å ha presentert dem ser vi kort på hvordan disse forklaringsmodellene snakker til hverandre.

13.3.1 Tove Stang Dahl

Den norske juristen Tove Stang Dahl har hatt stor betydning for utvikling av forståelsen av forholdet mellom kjønn, makt og rett i en norsk kontekst. Hun er spesielt kjent for å ha vist hvordan møtet mellom en rett som framstår som kjønnsnøytral på papiret og en kjønnen virkelighet

²¹ For et bredere spekter teorier og deres betydning for forskningsfeltene kvinnerett og kjønn og rett i Norden, se Eva-Maria Svensson, «Feministisk rettsfilosofi», kapittel 12 i denne boken.

har fått ulike virkninger for kvinner og menn.²² Stang Dahl tok i sin analyse av forholdet mellom retten og samfunnet utgangspunkt i empiri om kvinners og menns ulike levekår. Hun videreutviklet på denne måten den empiribaserte norske retts sosiologitradisjonen som ble etablert av forskere som Vilhelm Aubert og Thomas Mathiesen. Fordi hun fokuserte på virkningen av rettsregler, *law in action*, brukte hun kilder som familiepraksis, retthjelpspraksis og forvaltningspraksis. Disse kildene ga, til forskjell fra kilder som lovttekster og høyesterettspraksis, innblikk i den praktiserte rett.²³ Som et ledd i å endre retten tok Stang Dahl utgangspunkt i kvinnerettslige hensyn som frihet, likhet, selvbestemmelse og integritet. Disse verdiene ble gitt et innhold som bygget på empiri om kvinners problemer, ønsker og behov. De sto sentralt både i fortolkningen, kritikken og endringen av gjeldende rett.²⁴

Stang Dahl var opptatt av å undersøke hvordan retten bidro til å skape og opprettholde ulikhet mellom menn og kvinner i samfunnet. Hun tok utgangspunkt i situasjonen til ulike kategorier kvinner med fokus på hva de som gruppe hadde til felles i motsetning til menn. Stang Dahl la derfor ikke vekt på forskjeller mellom kvinner i utsatthet og tilgang til ressurser, men i stedet hva ulike sosiale normer for menn og kvinner betød for håndhevingen og virkningen av rettsregler.

Denne forskningen hadde betydning for forholdet mellom kjønn, makt og rett på flere måter. Kunnskap om den «nøytrale rettens kjønnskjeve virkninger» bidro for det første til å avdekke det som i maktforskningen betegnes som usynlig makt. For det andre bidro den med kunnskap som var relevant for å endre retten – både lovgivning og praksis. Stang Dahls analyse bygget på en antakelse om at kunnskap om rettens kjønnskjeve virkninger kunne bidra til å motvirke ulikhet, og utgjorde en form for mektiggjøring. Hun så med andre ord retten som en form for motmakt som kan brukes av kvinner i kampen for likhet og rettferdighet. Denne forståelsen av forholdet mellom rett og makt har mye til felles med

22 Tove Stang Dahl, «Innledning til kvinneretten», i Tove Stang Dahl (red.), *Kvinnerett I*, Universitetsforlaget 1985, s. 15–106.

23 Dahl 1985, s. 55–80.

24 Dahl 1985, s. 81.

Mathiesens analyse av retten som en form for motmakt som blant annet bygger på Max Webers maktteori.²⁵

Gjennom måten hun satte kvinners erfaringer og kjønnede konsekvenser av rettslig praksis på kartet, fikk Stang Dahl stor betydning for kvinneverettslig forskning som har hatt som formål å endre lovgivning slik at den bedre reflekterer kvinners liv og behov, blant annet familieavgjøring, arbeidslivslovgivning, trygdelovgivning og likestillingslovgivning.

13.3.2 Carol Smart

Den britiske sosiologen Carol Smart har forsket på forholdet mellom kjønn, makt og britisk rett gjennom studier av både straffelovgivning og sivillovgivning innen områder som vold, prostitusjon, skilsmisse og barnefordeling.²⁶ Smart var mer opptatt enn Stang Dahl av hvordan retten strukturerer erfaringer og former sosiale normer, heller enn omvendt. Smart undersøker hvilke forståelser av kjønn som kommer til uttrykk i engelske lovtekster, dommer og forarbeider. Hun utvikler på denne bakgrunn en teori om hvordan retten utgjør en form for kunnskap som skaper vår forståelse av kjønn. Hvorvidt og i hvilken grad teori, som bygger på en konservativ engelsk *common law*-tradisjon, er relevant for forståelsen av forholdet mellom kjønn, makt og rett i konteksten av den «kvinnevennlige» norske velferdsstatens lovgivningspolitikk, er omstridt.²⁷

Smart tar utgangspunkt i det faktum at retten opprinnelig ble skapt av menn for å løse konflikter mellom menn. Dette skyldes at kvinner langt senere enn menn fikk status som for eksempel borgere, arvtakere og eiere. Smart hevder at dette utgangspunktet er noe som har konsekvenser også for nyere engelsk rett. Hun er derfor ganske pessimistisk i synet på hva retten kan gjøre for å sikre likhet, autonomi og beskyttelse for kvinner. Hennes argument er at kvinners livserfaringer og behov skiller seg fra menns på sentrale områder, og at det at retten grunnleggende er

²⁵ Mathiesen 2011, s. 142.

²⁶ Carol Smart, *Feminism and the power of law*, Routledge 1989.

²⁷ Tove Stang Dahls teori om kjønn, makt og rett stod på skuldrene av Helga Hernes tese om den kvinnevennlige velferdsstaten. Se Helga Hernes, *Welfare State and Woman Power. Essays in State Feminism*, Norwegian University Press 1987.

organisert rundt menns behov, betyr at kvinners interesser ikke ivaretas tilstrekkelig. Det handler for eksempel om at retten har som utgangspunkt at individer *kan* handle autonomt, og ikke i stedet legger vekt på kontekstuelle faktorer som former hva individer velger. Videre viser hun til at læren om hvilke kilder som regnes som autoritative, ikke fanger opp empiri om kvinners virkelighet. Ikke minst handler dette om hvordan man i engelsk rett prioriterer individet og de hendelsesnære forholdene en handling har funnet sted under. Dette innebærer, i henhold til Smart, at kulturelle og strukturelle årsaker til for eksempel et overgrep, ikke anses rettslig relevante. I engelsk rettslig kontekst har kvinners vitnemål telt lite, og rettens aktører har hovedsakelig vært menn. Smart argumenterer for at denne (engelske) arven har konsekvenser for hvordan kvinner behandles som fornærmede i for eksempel straffesaker.²⁸

Smart har med andre ord forsket på hvordan ulike rettslige teknikker systematisk avskjærer kunnskap om rettens kjønnete konsekvenser, både individuelt og strukturelt. Hun kombinerer kunnskap om ulikheter mellom menns og kvinners erfaringer og ressurser med Michel Foucaults teori om vitenskapen som et maktbevarende kunnskapssystem. Hun mener at rettslig maktutøvelse ikke skjer gjennom rettslige institusjoner som politi og rettsvesen, men i form av et rettslig kunnskapssystem som diskvalifiserer andre former for erfaring og kunnskap.²⁹ Smarts perspektiv er derfor et konfliktperspektiv, hvor retten først og fremst ses på som et system som ivaretar menns behov og beskytter deres privilegier.

Smart har hatt stor betydning for utviklingen av rettssosiologisk og kriminologisk forskning på forholdet mellom kjønn, makt og rett, spesielt hvordan hun retter søkelys på systemiske overordnede utfordringer som noe som peker ut over enkeltindividers handlinger og motiver. Rettssosiologisk og kriminologisk forskning er typisk opptatt av hvordan forståelsen av et fenomen, reflektert i hvilke begreper som brukes og hvordan grenser trekkes opp, har konsekvenser både for hva samfunnet finner straffeverdige og for hvordan rettsregler implementeres. Dette

28 Norge er det eneste land i verden som har 50/50 fordeling mellom kjønnene når det gjelder meddommere (og tidligere i juryen).

29 Smart 1989, s. 9–11.

medfører en kritikk mot troen på at rettslige virkemidler (alene) kan løse komplekse sosiale problemer.

13.3.3 Catharine MacKinnon

Catharine MacKinnon er en amerikansk jurist som er spesielt kjent for sin analyse av forholdet mellom lovgivning som tar utgangspunkt i idealet om frie og like individer, og patriarkalske strukturer som skaper kjønne over- og underordningsrelasjoner. Hun analyserer ulike former for vold mot kvinner og seksuell trakassering som et strukturelt og ikke et individuelt fenomen.³⁰ Selv om det er individer som krenker hverandre, viser hun til at det er en grunnleggende ulikebehandling av kvinner og menn i samfunnet som muliggjør det.³¹ I dette ligger en kritikk av liberal samtykketeori – altså enkeltmenneskets mulighet til frivillig å samtykke til å inngå i relasjoner og praksiser som potensielt er skadelige. Argumentet hennes er at ideen om et autonomt individ ikke fanger opp strukturelle forhold som for eksempel er viktige for at kvinner selger sex eller blir i voldelige forhold. MacKinnons hovedtese er at vern mot slike overgrep er avhengig av rettslig anerkjennelse av den samfunnsmessige tvangssituasjonen kvinner befinner seg i. Hvis vi bruker begrepsparene over, kan vi si at hun har vært opptatt av at rettighetsbevegelsers kamp for «frihet til» har gått på bekostning av kvinners behov for «beskyttelse fra».

MacKinnons forskning har fått stor betydning for internasjonal rettsutvikling. Hennes analyse av vold mot kvinner som en form for diskriminering fikk gjennomslag i FNs kvinnekomités definisjon av vold, trakassering og seksuell trakassering som en form for diskriminering av kvinner. Denne definisjonen har siden forplantet seg til EUs likestillingsdirektiv som omfatter kjønnstrakassering og seksuell trakassering.³² MacKinnons analyse av strukturell tvang har for eksempel fått betydning for framveksten i flere land av synet at prostitusjon som en form for vold mot kvinner. I Norge ble dette perspektivet løftet fram av kriminologene Cecilie Høigård og Liv Finstad, som brukte menns strukturelle

30 Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women*, Yale University Press 1979.

31 MacKinnon 1979, s. 3.

32 Se Hellum og Blaker Strand 2022, kapittel 7.

maktposisjon som argument for at sexkjøp burde forbys, noe som ble en realitet i 2009.³³ Premisset at prostitusjon er en form for vold som alltid er skadelig har blitt problematisert i senere forskning. Basert på studier i ulike segmenter av prostitusjonsmarkedet har May-Len Skilbrei argumentert med at personer som selger sex kan befinne seg i svært ulike situasjoner og ha med seg ulike ressurser, og at det er like relevant å snakke om retten til å selv kunne velge å løse økonomiske utfordringer gjennom prostitusjon som det er å snakke om retten til å vernes mot prostitusjon. Mens MacKinnon mener at den grunnleggende maktstrukturen bak prostitusjon er en kjønnsmaktordning, peker Skilbrei på at prostitusjon handler om klasseforskjeller nasjonalt og global sosial ulikhet.³⁴

13.3.4 Hvordan snakker disse forklaringsmodellene til hverandre?

Skaper kjønn retten? Stang Dahls teori ser det slik at retten skapes av kjønnede individer gjennom sosial og politisk samhandling. Hun anser retten som et åpent system som på ulike måter tar inn politiske, sosiale og kulturelle endringer i samfunnet. Hun mener derfor at kvinner ved bruk av legalstrategier kan endre den asymmetriske fordelingen av makt og ressurser. Som nevnt over, støtter hun seg i dette spørsmålet på retts-sosiologisk motmaktsteori som mener retten under visse forutsetninger kan være et redskap for sosiale bevegelser som arbeider for likestilling og frigjøring. Denne antakelsen om rettens muligheter kommer til uttrykk i kvinnerettsfagets eksplisitte målsetting om å beskrive, forstå og forklare kvinners stilling i retten og samfunnet med sikte på å forbedre kvinners stilling i retten og samfunnet.³⁵

Skaper retten kjønn? Smart har en annen posisjon enn Stang Dahl. Hun mener at retten skaper kjønn gjennom rettslige konstruksjoner i juridiske tekster. Studier av kjønn, makt og rett vil, fra dette perspektivet,

33 Cecilie Høigård og Liv Finstad, *Bakgater. Om prostitusjon, penger og kjærlighet*, Pax 1986.

34 May-Len Skilbrei, «Rettighetskamper i prostitusjonsfeltet: Hvem sin rett til hva står på spill?», i Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.), *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*. Gyldendal 2016, s. 183–201.

35 Dahl 1985, s. 15–106.

ta utgangspunkt i juridiske tekster, ikke sosialt/politisk liv. Smart mener at den posisjonen Stang Dahl tar er naiv og undervurderer makten som ligger i den juridiske tenkemåte, særlig den engelske *common law*-tradisjonen.³⁶ En forfatter som forfølger denne tematikken i dag, er Dianne Otto.³⁷ Hun undersøker hvilken forståelse av kjønn internasjonal rett bygger på, og hun viser hvordan binære og heteronormative kjønnsforståelser videreføres i retten uten nærmere refleksjon.

Dynamisk samspill mellom kjønn og rett. MacKinnon ser på det dynamiske samspillet mellom patriarkalske kjønnsstrukturer og rettens ideal om frie og like individer. Hun hevder at det synet på individet som retten bygger på ser bort fra hvordan strukturer påvirker situasjoner og relasjoner mellom individer. Konkret betyr dette at overgrep mot kvinner legitimeres gjennom ideer om statisk samtykke, for eksempel ved prostitusjon eller seksuelle overgrep. For at retten skal kunne brukes til å endre kjønnsrelasjoner må den, i henhold til MacKinnon, ta hensyn til strukturelle ulikheter. I praksis er denne teorien i mange land (herunder Sverige og Norge) omsatt til lovgivning som bygger på en forståelse av prostitusjon som et resultat av manglende kjønnslikestilling i samfunnet og som et uttrykk for eller form for vold mot kvinner, eller lovgivning som definerer voldtekt som situasjoner hvor partene ikke eksplisitt samtykker.³⁸

13.4 Tematiske undersøkelser

Ved å ta utgangspunkt i eksempler fra tematiske områder – fra arbeids- og familieliv, seksualitet og kropp og rettighetsinformasjon og rettshjelp, vil vi rette fokus mot noen temaer/dimensjoner som er sentrale i forståelsen av forholdet mellom kjønn, makt og rett.

³⁶ Smart 1989, s. 23–25.

³⁷ Dianne Otto, «Queering Gender (Identity) in International Law», i Anne Hellum (red.) *Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity*, Routledge 2017, s. 23–42.

³⁸ Det har de siste tiårene vokst fram en betydelig litteratur som undersøker og analyserer levekårene til menn og LHBTQI-personer som selger sex. Denne litteraturen utfordrer hvordan feministisk litteratur analyserer prostitusjon som et uttrykk for menns makt over kvinner.

13.4.1 Likestilling, arbeid og familieliv

Å sikre like muligheter til familie- og arbeidsliv for kvinner, menn, lesbiske, homofile og transpersoner har vært en viktig kampsak for kvinnebevegelsen og seksuelle frigjøringsbevegelser, og det har etter hvert også blitt et prioritert anliggende for norske myndigheter. Store endringer, som framveksten av et mangfold av kjønns-, seksualitet- og familieformer og nye måter å balansere hus-, omsorgs- og lønnsarbeid på, har funnet sted. I det følgende skal vi se nærmere på hvordan kvinneverk forskning har inngått i kampen for likhet og rettferdighet.

Historisk sett er det en tett sammenheng mellom den sosiale og rettslige reguleringen av forholdet mellom kjønn, kjønnsidentitet og seksuell orientering, familieliv og arbeidsliv. Den heterofile familien var, inntil kvinners inntreden på arbeidsmarkedet på 1970-tallet og utover, en sosial og økonomisk enhet hvor ektefellene, i form av kvinner og menn, hadde ulike rettigheter og ulike plikter. Likestillingen mellom penge-, omsorgs- og naturalforsørgelse gjorde det mulig for kvinner som ikke hadde lønnsarbeid å oppfylle underholdsplikten gjennom hus- og omsorgsarbeid eller gjennom dyrking av mat til familien. Den kjønnede arbeidsfordelingen utgjorde et viktig bakteppe for reguleringen av retten til arbeid, særlig arbeids- og lønnsvilkår og oppsigelser. Arbeidsgivere hadde en vid adgang til å forskjellsbehandle på grunnlag av kjønn fordi menn faktisk og rettslig ble ansett som familiens hovedforsørgere. Arbeidervern-lovgivningen inneholdt kjønns spesifikke beskyttelsesrettigheter som førte til at kvinner, på grunn av sin reproduktive rolle, ble skjøvet ut av arbeidslivet. Det var konflikter mellom sosiale bevegelser som var opptatt av hvordan kvinners arbeidsliv skulle reguleres. Den borgerlige kvinnebevegelsen var mot regler som skulle beskytte kvinnelige arbeidstakere. Som et ledd i å argumentere for likestilling på ulike samfunnsområder var deres perspektiv at menn og kvinner var like. Arbeiderkvinnebevegelsen ønsket regler som beskyttet kvinner som arbeidstakere, for eksempel ved at de støttet forbud mot nattarbeid for kvinner. Denne motsetningen får fram et grunnleggende interseksjonelt perspektiv; borgerlige kvinner som ikke selv måtte jobbe om natten på fabrikk, mente kvinner hadde en rett til slikt arbeid, mens kvinner som jobbet på fabrikk, ønsket å slippe de hardeste

og mest kvinnefiendtlige vilkårene.³⁹ Dette eksempelet viser også at den borgerlige kvinnebevegelsen så kvinner som autonome individer i stand til å konkurrere i et marked på samme vilkår som menn, mens arbeiderkvinnebevegelsen la vekt på at kvinners livsbetingelser skapte mer behov for beskyttelse fra markedet enn rett til å operere uten formelle hindre i det.

Arbeidsgivers adgang til å forskjellsbehandle på grunnlag av kjønn har sakte, men sikkert blitt innskrenket – først gjennom spesifikke diskrimineringsforbud i arbeidsmiljøloven, og siden gjennom lov om likestilling mellom kjønnene fra 1978 som innførte et generelt forbud mot kjønnsdiskriminering. Det første lovutkastet, som ble lagt fram i 1974, ble møtt med sterk kritikk fra kvinneverettsforskere og kvinnebevegelse fordi det i stor grad var tuftet på et formelt likhetsbegrep som ikke var egnet til å endre strukturene som skapte og opprettholdt den kjønnskjeve makt- og ressursfordelingen i samfunnet. For at kvinner skulle få reell likestilling innen utdanning, arbeid og politikk, var det nødvendig med en lov som krevet proaktive tiltak og positiv særbehandling.⁴⁰ Et annet kvinneverettslig ankepunkt, som tok utgangspunkt i forskning som dokumenterte vold og diskriminering av kvinner i hjemmet og i religiøst liv, var at likestillingsloven ikke skulle håndheves i familielivet og at den unntok religiøse samfunn. Mens unntaket for religion i dag er opphevet, er det fremdeles slik at loven ikke skal håndheves i familielivet.⁴¹ Denne debatten, som har pågått fra 1970-tallet fram til i dag, viser muligheter og begrensninger i å bruke retten som et virkemiddel til å endre grenseoppgangen mellom hva som regnes som offentlig og hva som regnes som privat.

Et annet trekk ved rettsutviklingen på 1970- og 1980-tallet var at familie-, ekteskaps- og trygderettslig lovgivning, som var myntet på kvinner som var økonomisk avhengig av menn, ble opphevet i likestillingens

39 Gro Hagemann, *Særbeskyttelse av kvinner – arbeidervern eller diskriminering? Striden om forbud mot nattarbeide for kvinner, med hovedvekt på diskusjonen i Norge til og med stortingsdebatten i 1909*, Universitetet i Oslo (UiO) 1973.

40 Tove Stang Dahl mfl., *Juss og juks. En arbeidsbok for likestilling*, Pax 1975.

41 Vibeke Blaker Strand, *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse. Hvor langt rekker individvernet?*, Gyldendal Juridisk 2012; Hege Brækhus, «Diskriminering i private og personlige relasjoner», i Eva-Maria Svensson mfl. (red.), *På vei. Kjønn og rett i Norden*, Makadam forlag 2011, s. 248–273; Hellum og Blaker Strand 2022, kapittel 4.

navn. Hvorvidt dette utgjorde en form for «frihet til» som skjedde på bekostning av kvinners behov for «beskyttelse fra», var et sentralt tema i den tids kvinnerettsforskning. En rekke kvinnerettslige forskningsarbeider advarte, med utgangspunkt i empirisk kunnskap om de skjeve maktforholdene i ekteskapet, mot å oppheve økonomiske beskyttelsesregler.⁴² Lovgivningen har, til tross for denne kritikken, blitt brukt til å gjennomføre en likestillingspolitisk uavhengighets- og arbeidslinje. Dagens likestillingspolitikk har som formål å få alle i lønnet arbeid og samtidig sørge for likedeling av hus- og omsorgsarbeidet i hjemmet. Likedeling av foreldrepermisjon gjennom kvoteordninger som gjelder for både ulikekjønnede og likekjønnede foreldre er et sentralt rettslig virkemiddel. Her ser vi at forholdet mellom individ og samfunnet blir aktualisert ved at det antas at individuelle valg om fordeling av permisjon vil kunne stå i konflikt med samfunnets overordnede mål om mer lik fordeling av omsorgsoppgaver i familien. En utilsiktet virkning av likestillingsstrategien er at omsorgspersoner har blitt en sårbar gruppe ved ansettelser, forfremmelser eller oppsigelser.⁴³ En oppgave for dagens forskere er å studere hvorvidt og i hvilken grad det styrkede diskrimineringsvernet påvirker praksis på offentlige og private arbeidsplasser.

Et viktig forskningsfelt er særlig sårbare grupper kvinnelige arbeidstakere – kvinner som arbeider i privates hjem – tidligere som hushjelper og i våre dager som au pairer. En rekke reguleringer som strekker seg fra hushjelploven på 1950-tallet til strengere regulering av au pairers arbeids- og lønnsforhold viser hvordan synet på hva som er privat og hva som er offentlig ansvar endrer seg. Hvor langt lovgivningen skal gå i å beskytte den sosialt og økonomisk svake part er et tema som står sentralt i rettsososiologisk forskning om lovers tilsiktede og utilsiktede

42 Anne Hellum, «Penger og verdighet etter ektefellelovens § 1», i Tove Stang Dahl (red.), *Kvinnerett II*, Universitetsforlaget 1985, s. 49–94; Tone Sverdrup, «Norway: Equal rights at any cost?», i Elaine E. Sutherland (red.), *The Future of Child and Family Law: International Predictions*, Cambridge University Press 2012, s. 296–329. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139035194.011>.

43 Karin Widerberg, «Reformer for kvinner på mannens premisser. Den svenske lovgivningen vedrørende omsorgspermisjon for foreldre», *Jussens venner*, 1991, s. 314–322; Elisabeth Vigerust, «Vern mot graviditetsdiskriminering i arbeidsforhold», i Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.), *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Universitetsforlaget 2008, s. 187–210; Hellum og Blaker Strand 2021, kapittel 5.

virksomheter, og det er nyttig å hente perspektiver derfra.⁴⁴ Et særlig godt eksempel er debatten om au pair-ordningen fortsatt bør ses som en kulturutvekslingsordning med forankring i utlendingsloven med tilhørende forskrifter om vertsfamiliens forpliktelser, eller regnes som arbeid og derfor gjøres til gjenstand for arbeidsrettslig regulering. En rekke kvinnerettslige forskningsbidrag har konkludert med at den sterke risikoen for misbruk og utnyttelse av au pairer taler for innføring av arbeidsrettslig regulering.⁴⁵ Denne forskningen viser til at au pair-ordningen ikke lenger er en kulturutvekslingsordning, men utgjør grunnlag for et omreisende sjikt av underbetalte omsorgsarbeidere fra fattige land i sør som mangler andre legale migrasjonskanaler. Dens empiriske grunnlag er blant annet rettssaker som gjelder økonomisk utnyttning av au pairer og erfaringer og undersøkelser i regi av Juridisk rådgivning for kvinner.⁴⁶ Kriminologen Ragnhild Sollund, som har undersøkt de transnasjonale familienettverkene som au pairer inngår i, viser på den annen side at au pair-ordningen også kan gi en åpning for fattige kvinner til mobilitet og inntekt, noe som bedrer mulighetene til et godt liv både for kvinnene og deres familier.⁴⁷ I Hurdalsplattformen for regjeringens periode 2021–2025, listes det å utvikle au pair-ordningen som et av tiltakene utviklet for å bekjempe sosial dumping og arbeidslivskriminalitet.⁴⁸ Selv om det er gode grunner til å tilby au pairer bedre beskyttelse, velger man nå å fjerne ordningen, framfor å revidere den og slik sørge for en trygg

-
- 44 Vilhelm Aubert, Knut Sveri og Torstein Eckhoff framhevet i sin retts sosiologiske studie av hushjelploven behovet for sanksjoner ved brudd på loven, *En lov i søkelyset. Sosialpsykologisk undersøkelse av den norske hushjelplov*, Universitetsforlaget 1952. Tone Sverdrups studie *Lovvern for arbeidstakere i private hjem*, Kvinnerettslige arbeidsnotater nr. 31, Universitetet i Oslo 1984, som tok utgangspunkt i særtrekk ved arbeidsforhold i private hjem, påpekte behovet for virkemidler som var tilpasset arbeidsforholdets egenart. Mathiesen 2011, s. 89–90 framhever hvordan hushjelploven hadde ulike funksjoner; særlig kombinasjonen av en symbolfunksjon og en tilslørende funksjon.
- 45 Helga Aune og Lene Løvdal, «Au pair-ordningens rettslige konstruksjon – sårbarhet i et arbeids- og strafferettslig perspektiv», i Anne Hellum og Julia Köhler Olsen (red.), *Like rettigheter og ulike liv. Rettslig kompleksitet i kvinne-, barne- og innvandrerperspektiv*, Gyldendal 2014, s. 219–258.
- 46 Lene Løvdal, «Au-pairer i Norge. Rettigheter og rettighetsinformasjon», *JURK rapport nr. 64*, 2012. Tilgjengelig på: <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/au-pair-rapport.pdf>.
- 47 Ragnhild Sollund, «Migrant au pairs in the Norwegian welfare state: Care chains and transnational care», *The Journal of Social Criminology*, vol. 1, nr. 1, 2009, s. 122–148.
- 48 Regjeringen. «Hurdalsplattformen. For en regjering utgått fra Arbeiderpartiet og Senterpartiet» (u.å). <https://www.regjeringen.no/contentassets/cboadb6c6fee428caa81bd5b339501bo/no/pdfs/hurdalsplattformen.pdf>.

migrasjonskanal for personer som ellers har få muligheter til å komme til Norge. Her ser vi at politikk utvikles i lys av et høyst reelt behov for bedre beskyttelse, men at denne beskyttelsen samtidig fjerner en mulighet til inntekt, mobilitet og livsutfoldelse.

13.4.2 Kropp og seksualitet

Over har vi beskrevet hvordan retten har blitt brukt som et instrument for å endre lovgivning, holdninger og praksis i samfunnet. Lover er tenkt å virke regulerende for handlinger, spesielt på områder der det kan være motstridende interesser eller motstridige tradisjoner. Retten har ikke bare en slik instrumentell funksjon, den er også ment å virke normativt. Gjennom å dra opp grensen og prioritere spesielle områder, ønsker lovgiver å bruke lovverket til å endre normer. Gjennom kriminalisering av seksuelle handlinger og situasjoner, gir ikke bare lovgiver politiet og påtalemyndigheten mandat til å gripe inn; den sender samtidig signaler om hva som er ønskelige handlinger og situasjoner. Dette er det som ofte omtales som rettens symbolfunksjon.⁴⁹ Det varierer mellom land hvor legitimt og utbredt det er å bruke lovverket på denne måten, altså å lovgi ut fra videre hensyn enn bare hva som kan håndheves konkret. I de nordiske landene har for eksempel straffeloven vært et sentralt likestillingspolitisk virkemiddel. Straffelovgivningen er ikke bare brukt for å på kort sikt forebygge og straffeforfølge handlinger, men også for å på lang sikt forme holdninger til kjønn og seksualitet.⁵⁰

Sosiale normer og praksiser har endret seg mye de siste 40 årene, ikke minst hva angår kropp og seksualitet. Individens kroppslige autonomi og seksuelle integritet vernes i dag rettslig på en annen måte enn tidligere. Homofili og samboerskap ble avkriminalisert i 1972. Norsk rett har fra 1974 anerkjent at voldtekt kan finne sted i ekteskapet. Fri abort fram til svangerskapets 12. uke ble tillatt i 1979. Denne utviklingen peker i retning av at forholdet mellom det som regnes som offentlig og det som regnes

49 Mathiesen 2011, s. 89–90.

50 Monica Burman, «Rethinking rape law in Sweden: Coercion, consent and non-voluntariness?», i Clare McGlynn og Vanessa Munro (red.), *Rethinking Rape Law: International and Comparative Perspectives*, Routledge 2010.

som privat ikke er gitt, men i stadig endring. På seksualitetens område kan man på den ene siden si at lovgivningen har blitt brukt som et virkemiddel for å endre samfunnsnormer og praksis. På den andre siden kan man si at lovgivningen først har blitt endret etter at sosiale normer og praksis allerede er etablert. Det gjelder spesielt spørsmålet om avkriminalisering av homofili og samboerskap. Høyesteretts dom, som i 1974 stadfestet at voldtekt kunne finne sted innenfor rammene av et ekteskap, må for eksempel ses i lys av at samfunnets syn på forholdet mellom menn og kvinner og mellom ektefeller hadde endret seg.⁵¹

Med disse og andre endringer ble grensen mellom hva som ble regnet som privat og hva som ble regnet som offentlig trukket opp på en ny måte. At noen har sex med noen av samme kjønn eller bor sammen med noen de ikke er gift med, ble med disse rettslige endringene ikke lenger ansett å være av offentlig interesse. Dette ble omdefinert til å tilhøre privatsfæren. Motsatt med kriminalisering av voldtekt i ekteskapet i 1974; med dette ble noe som tidligere ble sett på som privat omgjort til et offentlig anliggende.

De nordiske kvinnebevegelsene er historisk kjent for å ha en sterk allianse med og tilstedeværelse i statsapparatet. Dette betegnes av statsviteren Helga Hernes som «statsfeminisme».⁵² I tillegg til at dette handlet om innføring av regelverk og ordninger for å sikre tilstedeværelse og tilrettelegging på ulike arenaer, har kvinnebevegelsen vendt seg til straffeloven for å sikre «retten til» og «frihet fra». Med avkriminalisering av homofili, samboerskap og abort ble den kroppslige autonomien styrket, men siden har det foregått flere endringer som kan forstås som en styrking av beskyttelsen av den seksuelle integriteten, etableringen av en «frihet fra» visse handlinger. De siste tre tiårene har derfor straffeloven vært et virkemiddel for å skape beskyttelse mot handlinger som regnes som krenkende for kjønnsrelasjoner og seksuell integritet gjennom nykriminalisering

51 I 1973 tok studentene i Kvinnesaksgruppe på juss, under Hege Brækhus' ledelse, ansvar for produksjonen av Juristforeningens TV-serie «Retten er satt». Temaet, som tok utgangspunkt i en fiktiv rettsak, var voldtekt i ekteskapet. TV-saken, hvor mannen ble dømt til voldtekt, brøt den juridiske og politiske stillheten om vold mot kvinner i ekteskapet. Det ble i kjølvannet av sendingen holdt seminarer hvor en rekke høyesterettsdommere deltok. Se <https://tv.nrk.no/serie/retten-er-satt/1973/FOLA01003973>.

52 Hernes 1987.

(for eksempel strl. § 282 om mishandling i nære relasjoner og strl. § 291 bokstav b, hvor voldtekt ble utvidet til å inkludere såkalt «sovevoldtekt»), med mål om å «avnormalisere» handlinger gjennom å eksplisitt kriminalisere dem.

Den norske kvinnebevegelsen har vært sentral i å rette oppmerksomheten mot vold i nære relasjoner og slik forskyve statens ansvar.⁵³ Dette framstår som en seier for den kampen kvinnebevegelsen har ført for å vide ut, snevre inn og omdefinere samfunnets ansvar. Seksuallovbruddene er kanskje det kapittelet i straffeloven som har endret seg mest. Den største endringen har reguleringen av prostitusjon gjennomgått. I 1999, før den store seksuallovbruddsrevisjonen som ble gjennomført i 2000,⁵⁴ var det kriminalisert å selge seksuelle tjenester (gjennom en kombinasjon av løsgjengerloven § 4 og strl. (1902) § 378). Det å kjøpe seksuelle tjenester var fullt ut lovlig, og prostitusjon var definert som «utuktig erverv». I dag er det fullt ut avkriminalisert å selge seksuelle tjenester, samtidig som det i 2009 ble innført et forbud mot å kjøpe seksuelle tjenester, strl. § 316. I løpet av 20 år er altså hele problemforståelsen snudd på hodet, straffeverdigheten, i det minste i loven, er skiftet fra selger til kjøper.

Det er imidlertid også nødvendig å undersøke hva slags uintenderte konsekvenser disse endringsprosessene, som er beskrevet over, kan ha medført. Formålet med rettsprosessen er å fatte en klar avgjørelse, og som Smart viste, kan viktige nyanser bli tapt i den prosessen. Med innsikter fra Smart og MacKinnon kan vi si at ansvar, makt og relasjoner er komplekse spørsmål som ikke alltid fanges av rettens logikk.⁵⁵ For eksempel finnes det de som spør om ikke kvinnebevegelsen har vært for ukritisk overfor den alliansen med staten som ligger bak, og de straffepolitiske konsekvensene de har gitt.⁵⁶ Kristin Bumiller er en av de som har advart

53 Kristin Skjorten mfl., «Vold i nære relasjoner – et felt i bevegelse», i Kristin Skjorten mfl. (red.), *Vold i nære relasjoner: Forståelser, konsekvenser og tiltak*, Universitetsforlaget 2019, s. 13–29.

54 I 2000 gjennomgikk kapittelet en gjennomgripende endring som en oppfølging av NOU 1997: 23 *Seksuallovbrudd*.

55 Se f.eks. Sandra Walklate mfl., «Is more law the answer? Seeking justice for victims of intimate partner violence through the reform of legal categories», *Criminology & Criminal Justice*, vol. 18, nr. 1, 2018, s. 115–131. DOI: <https://doi.org/10.1177%2F1748895817728561>.

56 Kristin Skjorten, «Rettsoptimisme og seksualisert vold», *Materialisten. Tidsskrift for forskning, fagkritikk og teoretisk debatt*, vol. 24, nr. 1–2, 1996, s. 21–39; Chloë Taylor, *Foucault, Feminism, and Sex Crimes: An Anti-Carceral Analysis*, Routledge 2019.

mot å se mer politisk oppmerksomhet og mer straff som «kvinne-vennlig» og mener at man også må se på hvordan det å vende seg til straffetretten for løsning på kompliserte problemer kan minske fokuset på å løse de underliggende problemene.⁵⁷ Straffeloven er typisk et instrument som individualiserer problemer og leter etter individers skyld. Hvordan individer handler i en kontekst av sosial ulikhet og kulturelle normer, blir ikke løst av at enkeltindivider straffes. I tillegg, hevder Bumiller, kan en ikke-intendert konsekvens av å innføre særskilte beskyttelsesmekanismer og kjønnete argumenter for straffeverdighet medføre at synet på kvinner som grunnleggende annerledes, og mer sårbare, enn menn normaliseres, eller at spesielle måter å være offer på anerkjennes, mens andre ikke gjør det.⁵⁸ Eksempelet over om uenigheter mellom ulike deler av kvinnebevegelsen i om det var mest nyttig å argumentere med likebehandling eller særbehandling av kvinner, synliggjør dette siste poenget. Samtidig viser Skilbreis kritikk av kvinnebevegelsens kamp for å stoppe prostitusjon til den motsatte posisjonen: De bakenforliggende problemene som skaper et marked for prostitusjon og som gjør at personer selger sex, blir ikke borte av at man bruker strafferetten som virkemiddel til å bekjempe det.⁵⁹ Dette har også vært et viktig argument for rettighetsbevegelsen som ofte kalles sexarbeiderbevegelsen: Feministers kamp mot prostitusjon tar levebrødet fra kvinner som er fattigere og mer marginaliserte enn dem selv.

Reguleringen av seksualitet og kropp handler ikke bare om å beskytte mot vold og skade, det handler også om å regulere reproduksjon. Den rettslige reguleringen av reproduksjonen handler om å definere når og hvordan man kan avslutte uønskede svangerskap, og den definerer hvilke kategorier ufrivillig barnløse som har rett til hvilken hjelp til å starte og gjennomføre ønskede svangerskap. Teknologiske og medisinske nyvinninger muliggjør nye former for foreldreskap som bryter med den binære og heteronormative tokjønnsmodellen. Dette gir opphav til brytninger mellom ulike forståelser av kjønn og mellom ulike rettslige verdier som

57 Kristin Bumiller, *In an abusive state. How Neoliberalism Appropriated the Feminist Movement against Sexual Violence*, Duke University Press 2008.

58 *Ibid.*

59 Skilbrei 2016.

hensynet til likhet, frihet og barnets beste.⁶⁰ Et karakteristisk trekk ved utviklingen på dette området er at nye medisinske muligheter åpner seg opp før lovgiver er klar med regulering. Dette viser det stadige behovet for empiribasert forskning om kjønn, makt og rett.

13.4.3 Rettighetsrealisering og rettighetsinformasjon

Teori og bredere samfunnsvitenskapelige perspektiver hjelper oss også til å forstå de kjønnede aspektene ved hvordan borgere forholder seg til rettsregler, institusjoner, prosesser – og til jurister. I det følgende skal vi se nærmere på forholdet mellom rettighetsrealisering, rettighetsinformasjon og rettighetsbevissthet med fokus på utfordringer som oppstår i lys av at individer har tilhørighet i ulike grupper som kan være bærere av sosiale normer som står i konflikt med hverandre og/eller med retten. Dette er et tema som reiser en rekke spørsmål om forholdet mellom den private og offentlige sfære: særlig spørsmålet om hva som skal til og hvem som har ansvaret for at rettigheter forstås og realiseres.

Rettighetsinformasjon og rettshjelp er viktige verktøy i arbeidet med å styrke stillingen til personer og grupper som av ulike grunner har utfordringer med å få tilgang til rettslige problem- og konfliktløsingsmekanismer eller velferdsytelser. Kunnskap om formelle rettigheter er nødvendig for å ha reelle rettigheter og derigjennom være en fullverdig samfunnsborger. Rettighetsinformasjon handler om å gi individer mulighet til å kartlegge sin egen juridiske posisjon for lettere å kunne hevde sine rettigheter ellers søke rettslig assistanse i form av rettshjelp. Rettshjelpsordninger bidrar med økonomisk støtte til advokat, og til å formidle juridiske tjenester.

Fra et menneskerettslig *access to justice*-perspektiv er det krav om at rettighetsinformasjon skal være forståelig, tilgjengelig og anvendelig.⁶¹

60 Anniken Sørli, «Lov om endring av juridisk kjønn, bioteknologiloven og barnelova – reproduksjon og foreldreskap i kontinuitet og endring», i Anne Hellum og Anniken Sørli (red.), *Frihet, likhet og mangfold. Kjønnsideitet og seksuell orientering i rettslig, medisinsk og samfunnsvitenskapelig kontekst*, Gyldendal 2021, kapittel 4.

61 Tina Storsletten Nordstrøm og Anne Hellum «Innvandrerkvinnens rett til rettighetsinformasjon. Fra internasjonale menneskerettigheter til norsk lovgivning, politikk og praksis», i Anne Hellum og Julia Köhler Olsen, *Like rettigheter – ulike liv. Rettslig kompleksitet i kvinne-, barne- og innvandrerperspektiv*, Gyldendal 2014, s. 357–388.

Disse kravene er utviklet i respons til forskning som viser hvordan sosiale, økonomiske, kulturelle og språklige barrierer gjør at marginaliserte og stigmatiserte grupper ikke får den beskyttelsen de har krav på.⁶² Med «forståelig» menes at informasjonen må oversettes både språklig og kulturelt. For å nå fram med informasjon kan det for eksempel være nødvendig å sammenligne rettigheter etter norsk rett med tilsvarende moralske eller religiøse normer fra mottakerens sosiale miljø. Med «tilgjengelig» menes at informasjonen må være tilgjengelig der den aktuelle brukergruppen oppholder seg – på krisesentre, i fengsel eller i egne kvinnegrupper. Med «anvendelig» menes at det må gis informasjon om hvordan man kan gå fram for å hevde sine rettigheter. Disse kravene bygger på en antakelse om at tilgang til informasjon medfører handling og endring. Et sentralt spørsmål er i denne sammenheng derfor hva som påvirker en persons og en gruppes rettighetsbevissthet. Forståelsen av dette krever innsikt i forholdet mellom kjønn, makt og rett.

I et interseksjonelt kjønnsperspektiv er det viktig å undersøke om rettslige tiltak, som har som formål å fremme lik tilgang til rettslige ressurser, har en kjønnslagside. Å fange opp kvinner som tilhører etniske minoriteter, kjønnsminoriteter og seksuelle minoriteter er for eksempel en utfordring for Juridisk rådgivning for kvinner (JURK).⁶³ Videre vet vi at flertallet av kjønnsdiskrimineringsaker som behandles av Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda kommer fra etnisk norske kvinner med utdanning, mens flertallet av saker som gjelder etnisk diskriminering er fremmet av menn fra minoritetsbefolkningen.⁶⁴ Dette tyder på at informasjons-, veilednings- og konfliktløsningstiltak som har som formål å mektiggjøre kvinner ikke slår

62 United Nations Commission on Legal Empowerment of the Poor (UNDP). *Making the Law Work for Everyone. Report of the Commission on Legal Empowerment of the Poor*. 2008. https://www.un.org/ruleoflaw/files/Making_the_Law_Work_for_Everyone.pdf.

63 En beskrivelse av JURKs undersøkelser som lå til grunn for utviklingen av et rettsinformasjonsprogram som hadde ulike grupper innvandrerkvinner som målgruppe finnes i Tina Storsletten Nordstrøm, «Rettsinformasjon og rettshjelp: Virkemidler for å skape et reelt diskrimineringsvern for innvandrerkvinner», i Eva-Maria Svensson mfl. (red.), *På vei. Kjønn og rett i Norden*, Makadam forlag 2011, s. 94–115. JURKs videreføring av dette arbeidet er beskrevet i Bjørk Gudmundsdottir Jonassen, «Juridisk rådgivning for alle kvinner – et praksisbasert kvinneperspektiv», kapittel 11.

64 NOU 2012: 15 *Politikk for likestilling*. Jf. situasjonen som var utgangspunktet for utviklingen av interseksjonalitetsbegrepet, Crenshaw 1989.

likt ut for kvinner og menn eller for ulike grupper kvinner. Norske myndigheters helseinformasjonstiltak i covid-19-pandemiens første fase ble kritisert for å overse forskjeller mellom kvinner fra majoritets- og minoritetsbefolkningen.⁶⁵

13.5 Oppsummering og konklusjon

Formålet med dette kapittelet har vært å gi deg som leser en grunnleggende forståelse av hvordan ulike forståelser av kjønn spiller sammen med rettslige verdier, normer og praksiser og således påvirker grunnlag for fordeling av ressurser, plikter og rettigheter. Vi har tatt fire grep her: for det første har vi brukt samfunnsfaglige perspektiv for å utbrodere den kvinnerettslige tilnærmingen. For det andre har vi presentert et sett analytiske perspektiver som kan hjelpe deg til å gjøre analyser av kjønn, makt og retten. For det tredje har vi presentert en idéhistorisk oversikt over viktige feministiske teoretikere og hvordan de snakker til hverandre. For det fjerde har vi presentert et knippe tematiske undersøkelser, hvor vi både har benyttet oss av den analytiske verktøykassen og av innsikter fra den feministiske teorien.

Forskning om forholdet mellom kjønn, makt og retten kaster viktig lys over hvordan grunnleggende rettsprinsipper som gjelder på alle retts- og livsområder – særlig retten til likhet, frihet og integritet – omsettes til praksis. Eksemplene har vist hvordan empiriske og rettslige kilder i dialog med feministisk teori, feministiske perspektiver og begreper fra samfunnsfagene kan brukes til å utvikle kunnskap som har som formål å gjøre retten bedre egnet til å fremme reell likestilling av personer som utsettes for marginalisering og forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn, seksuell orientering og kjønnsidentitet i samspill med andre gruppekjennetegn som etnisitet, religion, klasse, funksjonsnedsettelse eller alder.

65 Se Anne Hellum mfl., *Korona, minoritetsvern og statens plikt til å gi helseinformasjon*. Rett24.no (10.04.2021). <https://rett24.no/articles/korona-minoritetsvern-og-statens-plikt-til-a-gi-helseinformasjon>.

Litteratur

- Asmyhr, Mali Gulbrandsen. «Aktivitets- og redegjørelsesplikten sett i et interseksjonelt perspektiv». I *Like rettigheter og ulike liv. Rettslig kompleksitet i kvinne-, barne- og innvandrerperspektiv*. Anne Hellum og Julia Köhler-Olsen red., Gyldendal, 2014, s. 197–218.
- Aubert, Vilhelm, Knut Sveri og Torstein Eckhoff. *En lov i søkelyset. Sosialpsykologisk undersøkelse av den norske hushjelplov*. Universitetsforlaget, 1952.
- Aune, Helga og Lene Løvdal. «Au pair-ordningens rettslige konstruksjon – sårbarhet i et arbeids- og strafferettslig perspektiv». I *Like rettigheter og ulike liv. Rettslig kompleksitet i kvinne-, barne- og innvandrerperspektiv*. Anne Hellum og Julia Köhler Olsen red., Gyldendal, 2014, s. 219–258.
- Brækhus, Hege. «Diskriminering i private og personlige relasjoner». I *På vei. Kjønn og rett i Norden*. Eva-Maria Svensson mfl. red., Makadam forlag, 2011, s. 248–273.
- Bumiller, Kristin. *In an abusive state. How Neoliberalism Appropriated the Feminist Movement against Sexual Violence*. Duke University Press, 2008.
- Burman, Monica. «Rethinking rape law in Sweden: Coercion, consent and non-voluntariness?». I *Rethinking Rape Law: International and Comparative Perspectives*. Clare McGlynn og Vanessa Munro red., Routledge, 2010.
- Craig, Ronald. «Systemisk diskriminering i arbeidslivet og proaktive forpliktelser – et komparativt perspektiv». I *Diskriminerings- og likestillingsrett*. Anne Hellum og Kirsten Ketscher red., Universitetsforlaget, 2008, s. 357–376.
- Crenshaw, Kimberlé. «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics». *University of Chicago Legal Forum* nr. 1 (1989) s. 139–167.
- Dahl, Tove Stang. «Innledning til kvinneretten». I *Kvinnerett I*. Tove Stang Dahl red., Universitetsforlaget, 1985, s. 15–106.
- Dahl, Tove Stang. «Kvinnerett som rettsvitenskap». I *Kvinnerett I*. Tove Stang Dahl red., Universitetsforlaget, 1985, s. 29–38.
- Dahl, Tove Stang mfl. *Juss og juks. En arbeidsbok for likestilling*. Pax, 1975.
- Griffiths, Anne. «Legal Pluralism». I *An Introduction to Law and Social Theory*. Reza Banakar og Max Travers red., Hart Publishing, 2002, s. 289–310.
- Hagemann, Gro. *Særbeskyttelse av kvinner – arbeidervern eller diskriminering? Striden om forbud mot nattarbeide for kvinner, med hovedvekt på diskusjonen i Norge til og med stortingsdebatten i 1909*. Universitetet i Oslo (UiO), 1973.
- Hellum, Anne. «Legal Pluralist Perspectives in Scandinavian and African Women's Law». I *Eugen Ehrlich's Sociology of Law*. Knut-Erich Papendorf, Anne Hellum og Stefan Machura red., LIT Verlag, 2014, s. 95–114.

- Hellum, Anne. «Mellom kjønnsnesifikke og kjønnsnøytrale rettighetsfesting: Krisesenterloven». I *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*. Ingunn Ik Dahl & Vibeke Blaker Strand red., Gyldendal Juridisk, 2016 s. 203–225.
- Hellum, Anne. «Penger og verdighet etter ektefellelovens § 1». I *Kvinnerett II*. Tove Stang Dahl red., Universitetsforlaget, 1985, s. 49–94.
- Hellum, Anne, mfl. *Korona, minoritetsvern og statens plikt til å gi helseinformasjon*. Rett24.no (10.04.2021). <https://rett24.no/articles/korona-minoritetsvern-og-statens-plikt-til-a-gi-helseinformasjon>.
- Hellum, Anne og Vibeke Blaker Strand. *Likestillings- og diskrimineringsrett*. Gyldendal, 2022.
- Hernes, Helga. *Welfare State and Woman Power. Essays in State Feminism*. Norwegian University Press, 1987.
- Høigård, Cecilie og Liv Finstad. *Bakgater. Om prostitusjon, penger og kjærlighet*. Pax, 1986.
- Johnson, Rebecca. «Gender, Race, Class and Sexual Orientation: Theorizing the Intersections». I *Feminism, Law, Inclusion: Intersectionality in Action*. Gayle MacDonald, Rachel L. Osborne og Charles C. Smith red., Sumach Press, 2005.
- Laugerud, Solveig. «Common sense, (Ab)normality and bodies in Norwegian rape verdicts». *NORA: Nordic Journal of Feminist and Gender Research* vol. 28, nr. 1 (2020) s. 18–29. DOI: <https://doi.org/10.1080/08038740.2019.1697748>.
- Lukes, Steven. *Power: A Radical View*. 2. utgave. Red Globe Press, 2005.
- Løvdal, Lene. «Au-pairer i Norge. Rettigheter og rettighetsinformasjon». *JURK rapport nr. 64*. Oslo: 2012. <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/au-pair-rapport.pdf>.
- MacKinnon, Catharine A. *Sexual Harassment of Working Women*. Yale University Press, 1979.
- Mathiesen, Thomas. *Retten i samfunnet. En innføring i rettssosiologi*. 6. utgave. Pax Forlag, 2011.
- Nordstrøm, Tina Storsletten. «Rettighetsinformasjon og rettshjelp: Virkemidler for å skape et reelt diskrimineringsvern for innvandrekvinner». I Eva-Maria Svensson mfl. red., *På vei. Kjønn og rett i Norden*. Makadam forlag, 2011, s. 94–115.
- Nordstrøm, Tina Storsletten og Anne Hellum. «Innvandrekvinner rett til rettighetsinformasjon. Fra internasjonale menneskerettigheter til norsk lovgivning, politikk og praksis». I *Like rettigheter – ulike liv. Rettslig kompleksitet i kvinne-, barne- og innvandrerperspektiv*. Anne Hellum og Julia Köhler Olsen, Gyldendal 2014, s. 357–388.
- NOU 1997: 23 *Seksuallovbrudd*.
- NOU 2012: 15 *Politikk for likestilling*.

- Otto, Dianne. «Queering Gender (Identity) in International Law». I *Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity*. Anne Hellum red., Routledge, 2017, s. 23–42.
- Regjeringen. «Hurdalsplattformen. For en regjering utgått fra Arbeiderpartiet og Senterpartiet» (u.å). <https://www.regjeringen.no/contentassets/cboadb6c6fee428caa81bd5b339501bo/no/pdfs/hurdalsplattformen.pdf>
- Sand, Inger-Johanne. *Rett, samfunn og legitimitet*. Universitetsforlaget, 2017.
- Skilbrei, May-Len. *Kvalitative metoder. Planlegging, gjennomføring og etisk refleksjon*. Fagbokforlaget, 2019.
- Skilbrei, May-Len. «Rettighetskamper i prostitusjonsfeltet: Hvem sin rett til hva står på spill?». I *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*. Ingunn Ikdhahl og Vibeke Blaker Strand red., Gyldendal, 2016, s. 183–201.
- Skjørten, Kristin. «Rettsoptimisme og seksualisert vold». *Materialisten. Tidsskrift for forskning, fagkritikk og teoretisk debatt* vol. 24, nr. 1–2 (1996) s. 21–39.
- Skjørten, Kristin mfl. «Vold i nære relasjoner – et felt i bevegelse». I Kristin Skjørten mfl. red., *Vold i nære relasjoner: Forståelser, konsekvenser og tiltak*. Universitetsforlaget, 2019, s. 13–29.
- Sollund, Ragnhild. «Migrant au pairs in the Norwegian welfare state: Care chains and transnational care». *The Journal of Social Criminology* vol. 1, nr. 1 (2009) s. 122–148.
- Strand, Vibeke Blaker. *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse. Hvor langt rekker individvernet?* Gyldendal Juridisk, 2012.
- Sverdrup, Tone. *Lovvern for arbeidstakere i private hjem*. Kvinnerettslige arbeidsnotater nr. 31, Universitetet i Oslo, 1984.
- Sverdrup, Tone. «Norway: Equal rights at any cost?». I *The Future of Child and Family Law: International Predictions*. Elaine E. Sutherland red., Cambridge University Press, 2012, s. 296–329. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139035194.011>.
- Smart, Carol. *Feminism and the power of law*. Routledge, 1989.
- Sørli, Anniken. «Legal Gender Meets Reality: A Socio-Legal Childrens's Perspective». I *Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity*. Anne Hellum red., Routledge, 2017, s. 77–103.
- Sørli, Anniken. «Lov om endring av juridisk kjønn, bioteknologiloven og barnelova – reproduksjon og foreldreskap i kontinuitet og endring». I *Frihet, likhet og mangfold. Kjønnsideidentitet og seksuell orientering i rettslig, medisinsk og samfunnsvitenskapelig kontekst*. Anne Hellum og Anniken Sørli red., Gyldendal, 2021, kapittel 4.
- Taylor, Chloë. *Foucault, Feminism, and Sex Crimes: An Anti-Carceral Analysis*. Routledge, 2019.

- United Nations Commission on Legal Empowerment of the Poor (UNDP). *Making the Law Work for Everyone. Report of the Commission on Legal Empowerment of the Poor*. 2008. https://www.un.org/ruleoflaw/files/Making_the_Law_Work_for_Everyone.pdf.
- Vigerust, Elisabeth. «Vern mot graviditetsdiskriminering i arbeidsforhold». I *Diskriminerings- og likestillingsrett*. Anne Hellum og Kirsten Ketscher red., Universitetsforlaget, 2008, s. 187–210.
- Walklate, Sandra mfl. «Is more law the answer? Seeking justice for victims of intimate partner violence through the reform of legal categories». *Criminology & Criminal Justice* vol. 18, nr. 1 (2018) s. 115–131. DOI: <https://doi.org/10.1177%2F1748895817728561>.
- Widerberg, Karin. «Reformer for kvinner på mannens premisser. Den svenske lovgivningen vedrørende omsorgspermisjon for foreldre». *Jussens venner* (1991) s. 314–322.

Kjønnsperspektiv på og i rettsøkonomi

Jukka Mähönen

14.1 Innledning

Rettsøkonomi er et fag¹ som handler om hvordan normative begrensninger, for eksempel forskjellige rettsregler, sosiale normer samt politiske og økonomiske institusjoner, påvirker menneskelig atferd.² Rettsøkonomi kombinerer økonomiske og juridiske forskningstradisjoner. Forskningen innenfor rettsøkonomi retter seg spesielt mot markedene og hvordan de former samfunnet og forholdet mellom borgerne, samt hvordan regulering påvirker markedene og omvendt. Tre store forskningsfelt innen

-
- 1 I kapitlet legges til grunn at leseren har basiskunnskaper om rettsøkonomi. Om rettsøkonomi se f.eks.: Louisa Børresen, Andrea Dahlum og Joachim Thøgersen, *Rettsøkonomi: En eksamensrettet innføring*, Gyldendal, 2020; Erling Eide og Endre Stavang, *Rettsøkonomi*, 2. utgave, Cappelen Damm, 2018. De ledende internasjonale lærebøkene i rettsøkonomi er for eksempel Robert B. Cooter Jr. og Thomas Ulen, *Law and Economics*, 6. utgave, Pearson, 2014; A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, 5. utgave, Wolters Kluwer, 2019. Hvis ikke noe annet er oppgitt, finnes grunnteoriene i rettsøkonomi som det henvises til i dette kapitlet, i disse lærebøkene, særlig i boken til Eide og Stavang.
 - 2 Regulering er derfor ikke bare retten, men totaliteten og kompleksiteten av forskjellige typer begrensninger som påvirker atferd. Dette er beslektet med det rettsantropologi kaller «rettspluralisme», se Anne Hellum, Kristin Bergtora Sandvik og May-Len Skilbrei, kapittel 13 i denne boken, og også Anne Griffiths, «Legal Pluralism» i Reza Banakar og Max Travers (red.), *An Introduction to Law and Social Theory*, Hart Publishing, 2002, s. 289–310.

Sitering: Mähönen, J. (2022). Kjønnsperspektiv på og i rettsøkonomi. I I. Ikdahl, A. Hellum, J. Asland, H. Bruserud, M. A. Hjort, B. G. Jonassen og M.-L. Skilbrei (red.), *Kjønn og rett: Kvinne-, kjønns- og likestillingsperspektiver i jusstudiet* (Kap. 14, s. 393–426). Cappelen Damm Akademisk. <https://doi.org/10.23865/noasp.164.ch14>
Lisens: CC BY-NC-ND 4.0

økonomien, og dermed også rettsøkonomien, er pristeori, velferdsteori og *public choice*-teori.³

Ettersom forholdet mellom borgerne i et samfunn styres av normer og institusjoner, for eksempel kontraktsrettslige og erstatningsrettslige normer og markedsregler, må det tas hensyn til virkningen av disse normene og institusjonene. Akkurat som økonomifaget generelt er rettsøkonomi etter sin natur metodisk både teoretisk og empirisk: Teorien utvikles med utgangspunkt i grunnleggende forestillinger om økonomi, særlig mikroøkonomi og økonometri, mens empirien særlig består i anvendelse av kvantitativ og statistisk analyse.

Rettsøkonomi benytter generelt en konvensjonell⁴ økonomisk tilnærming til rettsanalyse,⁵ basert på den samme liberale politiske filosofien til Jeremy Bentham og J.S. Mill som normative rettferdighetsteorier, med fokus på ressursfordelingen i et samfunn.⁶ Dessuten er rettsøkonomi, i liberalismens og den konvensjonelle økonomis ånd, basert på *individualisme* og *rasjonalitet*.⁷ I prinsippet betraktes enkeltmennesker som like, og i lærebøkene har *kjønn* derfor ikke noen dominerende rolle i konvensjonell rettsøkonomi. Dette betyr imidlertid ikke at man i moderne økonomi helt ser bort fra kjønn. Når det legges stadig mer vekt på samfunnsmessige og økonomiske begrensninger som er påført svakere parter som følge av maktubalanse i samfunnet og markedene, blir også kjønn og kjønnsbaserte normer viet stadig mer interesse. Som eksempel kan man nevne økonomiske analyser vedrørende omsorg for barn, eldre og andre sårbare grupper.⁸

3 David Friedman, «Law and Economics», i Palgrave Macmillan (red.) *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Palgrave Macmillan, 1987, s. 1. DOI: https://doi.org/10.1057/978-1-349-95121-5_693-1.

4 Selv om det er en forbindelse mellom rettsøkonomi og nyklassisk økonomi, bruker jeg i dette kapitlet uttrykket konvensjonell økonomi for å beskrive den tradisjonelle hovedstrømmen i økonomi som et fag, i stedet for nyklassisk økonomi, et begrep som ofte (mis)brukes.

5 Jeanne M. Dennis, «Lessons of Comparable Worth: A Feminist Vision of Law and Economic Theory», *UCLA Women's Law Journal*, vol. 4, 1993, s. 1–36, 16–17.

6 Se flere detaljer hos Eva-Maria Svensson, kapittel 12, i denne boken.

7 Se Alice Belcher, «A Feminist Perspective on Contract Theories from Law and Economics», *Feminist Legal Studies*, vol. 8, 2000, s. 29–46, 33.

8 Se Kari Wærness, «The Invisible Welfare State: Women's Work at Home», *Acta Sociologica*, vol. 21, 1978, s. 193–207; Susan Himmelweit, «The prospects for caring: Economic theory and policy analysis», *Cambridge Journal of Economics*, vol. 31, nr. 4, 2007, s. 581–599; Andrew Cumbers, John Davis og Robert McMaster, «Theorizing the Social Provisioning Process Under Capitalism:

I norsk og nordisk sammenheng er det viktig å ha for øye at rettsøkonomi er et fagfelt som oppstod i USA. I USA har rettsøkonomi først og fremst utviklet seg ved University of Chicago, og det i så stor grad at den har blitt omtalt som «Chicago-skolen». I fotsporene til fagfolk som Ronald Coase, Gary Becker, Guido Calabresi og Richard Posner har rettsøkonomi blitt utvidet til å omfatte ulike rettsområder i et slikt omfang at de fleste av fakultetets medlemmer ble engasjert i arbeidet med dette.⁹ I USA har rettsøkonomisk forskning blitt beskyldt for å være anti-egalitær og finansiert av organisasjoner som motarbeider kamp for likestilling og sosial rettferdighet.¹⁰ Det er ikke overraskende at den feministiske kritikken mot rettsøkonomien har vært sterk. Kritikken retter seg direkte mot den konvensjonelle økonomiens grunnpremisser og hvordan den ser på de samfunnsmessige målene for regulering av markeder og menneskelig interaksjon.¹¹

I Norge og i Norden generelt er rettsøkonomiens rolle svært forskjellig fra i USA. For det første er fagfeltet ikke finansiert i særlig stor grad av private aktører, men konkurrerer med andre fag om ressurser på statlig finansierte universiteter. For det andre er kritikken i Norge vedrørende kjønnsulikhet ikke rettet mot økonomi som fagfelt, men mot de dominerende makt- og markedsstrukturene.¹²

I dette kapittelet vil jeg derfor ikke begrense diskusjonen av kjønn i rettsøkonomifaget til feministisk kritikk av rettsøkonomifaget i USA. Jeg vil heller diskutere betydninger av kjønn i transaksjoner både i og utenfor markedet, hvordan rettssystemet påvirker den sosioøkonomiske stillingen til mennesker av ulike kjønn, og hvordan økonomifaget på en bedre

Developing a Veblenian Theory of Care for the Twenty-First Century», *Journal of Economic Issues*, vol. 49, nr. 2, 2015, s. 583–590.

9 Cass R. Sunstein, «On Academic Fads and Fashions», *Michigan Law Review*, vol. 99, 2001, s. 1251–1264, s. 1256.

10 Martha T. McCluskey, «Law and Economics Against Feminism», i Deborah Brake, Martha Chamallas og Verna Williams (red.), *The Oxford Handbook of Feminism and Law in the United States*, Oxford Handbooks Online, juni 2021. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780197519998.013.20.

11 I tillegg til McCluskey, 2021, se Marianne A. Farber og Julie A. Nelson (red.), *Feminist Economics Today: Beyond Economic Man*, University of Chicago Press, 2003; Margunn Bjørnholt og Ailsa McKay (red.), *Counting on Marilyn Waring: New Advances in Feminist Economics*, 2. utgave, Demeter Press, 2014.

12 Se for eksempel Beate Sjøfjell, kapittel 7 i denne boken, om aksjeselskaper.

måte kan inkludere kjønnsperspektiver. Dette kapittelet handler derfor ikke primært om feministisk økonomisk teori.¹³

Kapittelet er bygget opp slik:

I punkt 14.2 diskuterer jeg noen av den konvensjonelle økonomiske teoris hovedpostulater knyttet til tenkning om prisdannelse og markeder, og hvordan de påvirker rettsøkonomiens syn på regulering. Oppmerksomheten rettes mot pristeori og dens forhold til velferdsøkonomi, altså hvordan markedene skal organiseres for å få effektiv fordeling av ressursene i et samfunn. Dette er spørsmål som er viktige for å lære om rettsøkonomi og dens svakheter sett i et kjønnsperspektiv.

I punkt 14.3 gir jeg en kort beskrivelse av et hovedpremiss i den konvensjonelle økonomien, *homo oeconomicus*, forestillingen om en rasjonell mann. Jeg forklarer hvorfor konvensjonell økonomi kan betraktes som en ikke-kjønnsnøytral praksis, og hvilke nye synspunkter en feministisk tilnærming kan gi til økonomisk tenkning og til rettsøkonomien. Et sentralt angrepspunkt for kjønnsbasert kritikk er den konvensjonelle økonomiens forestilling om mennesket som en rasjonell mann og menneskelig rasjonalitet som rasjonell mannlighet.

I punkt 14.4 presenterer jeg kjønnsbaserte tilnærminger til konvensjonell økonomisk teori. Oppmerksomheten rettes her mot betydningen av eiendomsrettigheter og deres betydning for fordeling av ressurser i et samfunn.

I punkt 14.5 gir jeg eksempler på konvensjonell økonomisk argumentasjon og den feministiske kritikken mot denne, med fokus på spørsmål som gjelder eiendomsrett, menneskelige relasjoner, kontrakter og erstatning.

Kapittelet avsluttes med et sammendrag.

13 Om feministisk økonomi se primært Lourdes Beneria, Günseli Berik og Maria Floro, *Gender, Development and Globalization: Economics as if All People Mattered*, Routledge, 2015. Om en feministisk tilnærming til økonomi se Marianne A. Farber og Julie A. Nelson (red.), *Beyond Economic Man: Feminist Theory and Economics*, The University of Chicago Press, 1993.

14.2 Økonomisk teori og rettslig analyse

Ryggraden i konvensjonell økonomi¹⁴ er *pristeorien*: Samfunnsforholdene anses for å være resultater av markedshandlinger basert på likevekt mellom tilbud og etterspørsel, og verdisetningen av nytte og kostnader baseres på denne likevekten. En endring i reglene som styrer transaksjonene – enten gjennom lovendring eller endring i kontraktsvilkårene – vil uunngåelig påvirke kostnadene og nytten som fås fra dem. Derfor vil en lovpålagt endring i vilkårene i en kontrakt alltid resultere i endring av markedsprisen, endring i verdisetningen av goder og endring i fordelingen av ressurser mellom borgerne i samfunnet.¹⁵

Dette synet har imidlertid sine begrensninger når vi står overfor menneskelige interaksjoner. For det første skiller det mellom transaksjoner i og utenfor markedet. Økonomisk analyse basert på de vestlige rettssystemene og de sosiale normene som den har blitt utviklet i, ser transaksjoner som markedstransaksjoner av overførbare formuesgoder for økonomisk gevinst. Den har vansker med å gjenkjenne transaksjoner utenfor markedet, for eksempel ved foreldres omsorg for barn.¹⁶ Markedet er derfor ikke en nøytral og separat sfære som eksisterer utenfor samfunnet, men en mekanisme som forstyrrer prising – og bredere: oppfatningen – av både markedsvare og goder som ikke omsettes på et marked.

For det andre forutsetter økonomien at individualistisk rasjonelle mennesker verdsetter tingene rundt seg som gjenstander som kan utveksles, som har en pris og derfor en verdi. Ting som ikke kontrolleres av et individ eller et firma og dermed ikke kan utveksles, har ingen pris og dermed ingen verdi knyttet til seg: For eksempel har miljøet rundt oss en pris først når det er etablert rettigheter¹⁷ til det, av en type som kan omsettes på markedet.¹⁸ Eksempel kan være eiendomsrett til vann som

14 Slik det også er når det gjelder bedriftsregnskap, se Gray, 1992, s. 402. Problemene som beskrives her, finnes også i selskapsretten der det legges stor vekt på regnskap. Se Beate Sjøfjell, kapittel 7 i denne boken.

15 Friedman, 1987, s. 2.

16 Himmelweit, 2007.

17 I internasjonal litteratur «property rights». Se Guido Calabresi og Douglas Melamed, «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, s. 1089–1128.

18 Rob Gray, «Accounting and Economics: The Psychopathic Siblings: A Review Essay», *The British Accounting Review*, vol. 22, 1990, s. 373–388, s. 377, 382.

brukes til produksjon og forbruk, rettigheter til fiske og jakt, samt utvinningsrettigheter til mineraler.¹⁹ Når det er snakk om verdien av naturressurser for familier, blir disse imidlertid ofte oversett til ugunst for kvinner – særlig kvinner i marginaliserte posisjoner.²⁰

Forutsetninger om individuell rasjonalitet er grunnlaget for hele rettsøkonomien, som tradisjonelt omfatter fire separate, men beslektede forsknings- og utdanningsmål: (1) å *forutsi* de individuelle atferdseffektene av rettsregler, (2) å *fastlegge* normativt hvilke rettsregler som er økonomisk effektive (effektive her i betydningen effektiv fordeling av ressurser i et samfunn), (3) å *anbefale* hva rettsreglene burde være, og (4) å *forutse* hva rettsreglene vil være i fremtiden hvis lovgiverne opptrer rasjonelt.²¹ Ettersom økonomisk teori har problemer med å verdsette goder som ikke har markedsverdi, lykkes den ikke med å tilby en effektiv løsning av ressursallokering i samfunnet.²² Så om en markedstransaksjon mellom medkontrahentene forårsaker negative virkninger for samfunnet, for eksempel skader miljøet, blir dette ignorert av markedsmekanismen og ansett som anomalier, som kalles *eksternaliteter* i rettsøkonomien. Rettssystemet prøver å ta hensyn til eksternaliteter, men som et unntak. Miljøskader tas hensyn til via regulering som ofte innebærer at de prises og gis en verdi i markedene, for eksempel gjennom skattlegging eller handel med forurensningstillatelser. Det er også opprettet immaterielle rettigheter som skal fungere som insentiv til å skape, kommersialisere og utveksle informasjon, som ellers er offentlige varer som ikke kan markedsføres.²³ I individualistisk økonomisk tenkning basert på egeninteresse blir eksternaliteter imidlertid ikke ansett som særlig interessante.

Prising basert på balanse mellom tilbud og etterspørsel er ikke bare et spørsmål om effektiv verdivurdering. Det er også en beskrivelse av en

19 Se Eide og Stavang, 2018, s. 295–345.

20 Anne Hellum, «Over bekken etter vann? Retten til vann for livsopphold i Zimbabwe», i Hans Christian Bugge mfl. (red.), *Lov, liv og lære*, Universitetsforlaget, 2016, s. 255–270; Anne Hellum, «Engendering the human right to water and sanitation: Integrating the lived experiences of women and girls», i Malcolm Langford og Anna Russell (red.), *The Human Right to Water: Theory, Practice and Prospects*, Cambridge University Press, 2017.

21 Se Eide og Stavang, 2018, s. 21.

22 Marilyn Power, «Social Provisioning as a Starting Point for Feminist Economics», *Feminist Economics*, vol. 10, nr. 3, 2004, s. 3–19.

23 Se Eide og Stavang, 2018, s. 231–239.

viss idé om et godt samfunn, som er basert på *markeder* som stedet for samfunnsmessig interaksjon. Et slikt samfunn bygger på fri utveksling av goder som har verdi (inkludert ideer og innovasjoner), pris- og verdissatt på markedet. Hvis et gode ikke utveksles, har det ingen verdi for samfunnet. Velferden i samfunnet anses å være basert på denne utvekslingen av goder. Velferd anses for å bli skapt i prosesser som forstås som frivillig utveksling, der frie og individualistiske parter antas å øke sin gjensidige velferd relativt til deres stilling før utvekslingen. Effektiv fordeling av ressurser er grunnlaget for *velferdsøkonomien* og utvekslingsbasert fordeling.²⁴

Det fremste formålet for velferdsøkonomien er *fordelingseffektiviteten*: fordelingen av ressurser til samfunnets høyest verdsette bruk. Effektivitetskonseptet som er mest relevant i økonomisk teori for effektiv allokering av individuelle markedsutvekslinger i en markedsammenheng, er *Pareto-effektivitet*. Pareto-forbedringer krever at alle som er involvert, skal få det bedre (eller i det minste skal ingen få det verre).²⁵ Én *potensiell* Pareto-forbedring kalles *Kaldor-Hicks-forbedring*: et tiltak som skaper store nok verdier på vinnernes hender til at taperne kan bli kompensert, skal gjennomføres. Så alle konkrete Pareto-forbedringer, for eksempel med markedstransaksjoner, er Kaldor-Hicks-forbedringer, men ikke alle Kaldor-Hicks-forbedringer er Pareto-forbedringer, for eksempel ved ekspropriasjon om ekspropriasjonserstatningen er mindre enn eierens verdsettelse.

Kaldor-Hicks er en måte å vurdere potensielle forbedringer fra offentlig tiltak på, for eksempel en rettsendring, opp mot et mål om effektivitet, og er mye brukt i velferdsøkonomi. Det utgjør et underliggende rasjonale for *kost-nytte-analyse* av regulering.²⁶ I økonomisk teori blir forstyrrelse av markedsprisene kalt *markedssvikt*, og dette skyldes normalt eksistensen av monopol, tvang, informasjonsunderskudd og de ovennevnte eksterneffektene. Fokuset ligger også på frivillige transaksjoner mellom frie personer. Regulering anses bare berettiget for å korrigere markedssvikt

24 Se Eide og Stavang, 2018, s. 95–130.

25 Om Pareto- og Kaldor-Hicks-effektivitet se Eide og Stavang, 2018, s. 109–112.

26 Se Eide og Stavang, 2018, s. 112–119. For en mer detaljert fremstilling se også Jules L. Coleman, «Efficiency, Utility, and Wealth Maximization», *Hofstra Law Review*, vol. 8, 1980, s. 509–551.

og primært for å øke konkurransen mellom individer. De problematiske sidene ved konvensjonell økonomisk teori ses tydeligst i idealet om markedskonkurransen om ressursene mellom selvstendige individer, i stedet for samarbeid i fellesskap, slik vi ser i eksempelet om markedsbasert og ikke-markedsbasert levering av omsorgstjenester.²⁷

Regulering er imidlertid ikke alltid rasjonelt (sett fra en konvensjonell økonomisk synsvinkel), selv om menneskene bak den antas å være det. Gjennom den tredje viktige teorien ved siden av pristeori og velferdsteori, *public choice*-teorien, ble markedstenkingen innført i politikken, og dermed ble samfunnet kolonialisert av økonomisk teori: Også retten er en vare, et resultat av et politisk marked der interessegrupper søker private mål gjennom myndighetenes virkemidler. Imidlertid er midlene en gruppe er villig til å bruke på å få den retten den ønsker, ikke bare avhengig av verdien av retten for den gruppen, men også av gruppens evne til å løse samfunnsproblemet med det som er best for fellesskapet ved å få medlemmene til å bidra. Dermed vil ikke oppofrelsene på det politiske markedet nøyaktig gjenspeile verdien av loven for dem som berøres, og ineffektive lover – målt mot Kaldor-Hicks-effektivitet – som skader taperne i større grad enn de tjener vinnerne, kan godt tenkes vedtatt, og effektive lover kan godt slå feil.

Den mest opplagte implikasjonen av *public choice*-teorien er at lovene vil ha en tendens til å favorisere konsentrerte interesser på bekostning av spredte interesser, siden de førstnevnte lettere vil klare å skaffe penger fra sine medlemmer til å drive lobbyvirksomhet for de lovene de foretrekker.²⁸ Derfor kan de som har markedsmakten utvide denne til også å omfatte politisk makt, og dermed vil markedsmakten kolonialisere den demokratiske makten.

Normativt vil den økonomiske teorien vi har diskutert i rettøkonomien, basert på pristeori, velferdsteori og *public choice*-teori, presentere de veiledende prinsippene for organisering av produksjon og markeder, og mer generelt, samfunnet og dets antakelser, verdier og meninger som styrer politisk og sosial atferd.

27 Se Himmelweit 2007; Cumbers mfl. 2015; se også Joan C. Tronto, *Caring Democracy: Markets, Equality, and Justice*. New York University Press, 2013.

28 Friedman, 1987, s. 6.

I et kjønnsperspektiv er dette hovedsvakheten ved konvensjonell økonomisk teori, og den viktigste grunnen til det er den individualistiske oppfatningen av menneskeheten, der mennesker anses som *rasjonelle menn*.

14.3 Homo oeconomicus

Økonomisk teori er først og fremst en atferdsvitenskap. Det man er interessert i, er atferden til økonomisk aktive *aktører*, enkeltpersoner og grupper av enkeltpersoner som fungerer som en enhet (for eksempel som bedriftsaktør) hvis atferdsvalg er relevante for det økonomiske resultatet av en handlingssituasjon, beskrevet som likevekt mellom tilbud og etterspørsel i markedene. Alle økonomiske analyser av atferd på mikronivå er basert på implisitte eller eksplisitte teorier eller modeller vedrørende aktører i handlingssituasjonene. Analysene gjør antakelser om deltakernes verdier; deres ressurser, informasjon og meninger; deres evne til informasjonsbehandling; og deres interne mekanismer for strategivalg. Målet er å kunne slutte seg til den sannsynlige atferden til hver aktør i en situasjon og dermed det felles atferdsmønsteret.²⁹ Aktørenes valg avhenger av hvordan de oppfatter og vurderer nytten og kostnadene ved de ulike strategiene og de sannsynlige resultatene av dem.³⁰

Når man analyserer disse aktørenes atferd, hviler den økonomiske teorien, og derfor rettsøkonomien, på tre hovedantakelser om aktørenes atferd: (1) Aktørene har rasjonelle preferanser for resultater som kan identifiseres og forbindes med verdier. (2) Individuelle aktører maksimerer nytten av valgene sine, og bedrifter maksimerer fortjenesten av produksjonen sin. (3) Aktørene opptrer uavhengig av hverandre, og valgene er basert på full og relevant informasjon.³¹ Disse antakelsene er basert på

29 Elinor Ostrom, «The Institutional Analysis and Development Approach», i Edna Tusak Loehman og D. Marc Kilgour (red.) *Designing Institutions for Environmental and Resource Management*, Edward Elgar, 1998, s. 68–90, 70.

30 Gerard Radnizky, «Cost-Benefit Thinking in the Methodology of Research: the 'Economic Approach' Applied to Key Problems of the Philosophy of Science», i Gerard Radnizky og Peter Bernholz (red.) *Economic Imperialism: The Economic Approach Applied Outside the Field of Economics*, Paragon House, 1987, s. 283–334.

31 Eide og Stavang, 2018, s. 618–621. I detalj se E. Roy Weintraub, «Neoclassical Economics», i David R. Henderson (red.) *The Concise Encyclopedia of Economics*, Liberty Fund, Inc., 2002. <https://www.econlib.org/library/Enc1/NeoclassicalEconomics.html>.

en formell modell av en aktør, *homo oeconomicus*, den rasjonelle økonomiske mannen. Den ideelle typen av *homo oeconomicus* ble utviklet i nyklassisk økonomisk teori og spillteori, og brukes i konvensjonell økonomisk teori og rettsøkonomi: «økonomisk mann». Den økonomiske mannen – og det er en mann i rettsøkonomisk litteratur³² – er den best tilpassede som overlever i et slikt konkurransepreget markedsmiljø som beskrevet i den forutgående delen.³³ Han er rasjonell, sterk, nøyaktig, individuell, selvstendig og selvsikker, maskulin – noe helt annet enn de feminine «andre»³⁴ som er irrasjonelle og ulogiske, svake, vage, ubestemte og ettergivende.³⁵

Begge disse beskrivelsene av maskulin og feminin menneskenatur er selvfølgelig stereotyper, men samtidig forsøk på å forstå tankegangen bak idealtypen den økonomiske mannen som råder grunnen ved forståelsen av menneskelig rasjonalitet og individualitet. Individuell autonomi, ønsket om å beskytte privat eiendom og forsøket på å øke sin personlige makt og rikdom, er hans karakteristiske egenskaper.³⁶ Han vet hva som vil maksimere hans nytte eller tilfredshet i livet, og er motivert til å søke det. Preferansene hans er stabile, men alltid begrensede ved at tilfredsstillelsen av noen ønsker må komme på bekostning av andre. Han er verken naturlig overlegen eller underlegen andre økonomiske menn, men på likefot med dem. Det er derfor ingen svakere eller sterkere parter hvis de ikke påvirker de andre aktørenes atferd med for eksempel tvang, som er en markedssvikt som må korrigeres.

Primært er han en markedsaktør. Han verdsetter sine preferanser (det han liker og misliker) basert på viljen til å betale for dem i markedet. Sammen skaper de rasjonelle mennene etterspørsel for sine preferanser som prises på markedet gjennom likevekt mellom deres etterspørsel og

32 Se for eksempel Friedman, 1987, der en økonomisk aktør alltid er en mann.

33 Ostrom, 1998, s. 70–71.

34 Om kvinner som «andre», se Jane Ussher, *Women's Madness: Misogyny or Mental Illness*, Harvester Wheatsheaf, 1991.

35 Belcher, 2000, s. 34.

36 Ronnie Cohen, «Feminist Thought and Corporate Law: It's Time to Find Our Way Up From the Bottom (Line)», *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 2, nr. 1, 1993, s. 1–36, 23.

tilbudet av preferansene. Hans verdenssyn er dominert av markedstransaksjoner og byttehandel.³⁷

I feministisk kritikk av økonomisk teori og rettsøkonomi er et hovedangrepspunkt dette synet på enkeltpersoner som rasjonelle, økonomisk frie, eiendomsbesittende menn. I henhold til kritikken er det å ignorere hvordan kjønn, etnisitet og sosial status definerer vår stilling i markedet og i samfunnet som helhet, teoriens grunnleggende svakhet. Den økonomiske stillingen til medlemmene i en familie er ikke nødvendigvis balansert, noe som påvirker ikke bare ekteskap og barneomsorg, men også arbeidsmarkedet, for eksempel arbeidsvilkårene i kvinne- og mannsdominerte bransjer.

Kritikken er også rettet mot den individualistiske ideen om menneskelig samarbeid, redusert til markedstransaksjoner, som ofte ignorerer de viktige relasjonene i samfunnet som ikke er markedsbaserte. Transaksjonene i et samfunn er ikke bare basert på markedstransaksjoner, men også på deling og omsorg. Det er ikke alle relasjoner i en familie som er markedsbasert, selv om ekteskapslovgivningen har en tendens til å fokusere på økonomiske forhold mellom ektefellene og ved oppløsning av ekteskapet gjennom død eller skilsmisse.

Når man analyserer feministiske perspektiver på økonomisk teori og rettsøkonomi, er det viktig å forstå dem både som generelle motargumenter mot konvensjonelle postulater i den økonomiske teorien – som andre alternative tilnærminger til konvensjonell økonomisk teori – og som feministiske argumenter. Derfor kan kritikken mot den idealtypiske økonomiske mannen ses på både som generell kritikk, uavhengig av kjønn, og som feministisk kritikk, som tydelig kjønnsbasert, med fokus på rollen og stillingen til kvinner i transaksjoner både i og utenfor markedet.

Det teoretiske nivået på og dybden i kritikken varierer også. Noen feministiske teoretikere er tilbøyelige til å avfeie hele den økonomiske teorien, både de normative og positive formene for analyse, som «malestream»³⁸ og derfor avvise all slags økonomibasert prediksjon uansett hvor objektivt og vitenskapelig det gir seg ut for å være. Andre mener at

37 Wieggers, 1992, s. 170.

38 *Malestream* er et uttrykk fra feministisk teori som beskriver forskning der et mannlig perspektiv gjøres universelt, jf. også uttrykk som «den mannlige norm».

selv om økonomisk analyse basert på pristeori og velferdsteori kan være et utgangspunkt som sådan, vil resultatene på grunn dens maskuline utgangspunkt alltid være partielle og begrensede, og at en mer «sosiologisert», kontekstuell og empirisk sensitiv form for analyse kan være nyttig i enkelte sammenhenger.³⁹

I den følgende delen gir jeg eksempler på det sistnevnte – hvordan feministiske tilnærminger kan berike økonomisk analyse og gjøre den mer sensitiv for kjønn og menneskelige fellesskap. For det første diskuterer jeg rollen til privat eiendomsrett i økonomisk tankegang og hvordan den er koblet til den økonomiske mannen. Deretter diskuterer jeg utfordringene i velferdsøkonomien.

14.4 Kjønnsperspektiv i økonomiske og juridiske problemer

14.4.1 Hvordan rettigheter bør styres

For å muliggjøre markedstransaksjoner må vi vite hvem som har rådigheten over det som utveksles.⁴⁰ For å overføre eierskap til en ting må selgeren inneha retten til overføring. Avhengig av retten som kommer til anvendelse og kontraktuell forføyning over rettighetene, kan eierskapet tilhøre én part eller være delt mellom ulike aktører.⁴¹ Det som er viktig, er at vi vet hvem som har rådigheten, og dermed retten til å overføre den og ha fordelene ved å utnytte den. I henhold til konvensjonell rettsøkonomi er en av de mest fundamentale forutsetningene for et velfungerende marked at rettigheter er godt definert.⁴² En av de mest berømte økonomiske teoriene er «*allmenningens tragedie*» av Garrett Hardin.⁴³ Hvis rettighetene ikke er godt etablert, vil det i henhold til denne teorien utvikle seg til en konkurranse om å utnytte en felles ressurs etter prinsippet om at den som kommer først til mølla, får først male. Dette fører til overforbruk av ressursen (for eksempel felles beite eller fiske), og gir ikke noe insentiv til

39 Wieggers, 1992 s. 206.

40 Om rådigheter se Eide og Stavang, 2018, s. 62–64.

41 Se Eide og Stavang, 2018, s. 165–166.

42 Se Eide og Stavang, 2018, s. 167–171.

43 Garrett Hardin, «The Tragedy of Commons», *Science*, vol. 162, nr. 3859, 1968, s. 1243–1248.

å investere for å forbedre ressursen (siden noen andre kunne bruke den gratis uten å betale investorens kostnader). Allmenningens tragedie er brukt som argument for privat eiendomsrett: Hvis eiendomsrettighetene er klart definert, må du betale eieren hvis du ønsker å bruke ressursen. På den annen side kan du nyte fruktene av investeringene i eiendommen.

14.4.2 Fra økonomiske menn til samarbeidende mennesker

Elinor Ostrom har utfordret den konvensjonelle økonomiske teorien som hevder at privat eiendomsrett er mer økonomisk effektivt enn felles eiendomsrett. I stedet for å gjøre noe med den antatte allmenningens «tragedie» gjennom privat eierskap for enkeltpersoner foreslår hun, basert på empiriske undersøkelser, felleskapet som oppstår blant brukere av en ressurs som utgangspunkt for kollektiv handling.⁴⁴ Slik utfordrer hun også økonomenes syn på samfunnet som bare et sted for markeds-transaksjoner. I stedet for å være et økonomisk «problem» kan allmenningen betraktes mer som et samfunnsparadigme basert på samarbeid i fellesskap.

I boken sin identifiserte Ostrom åtte «designprinsipper» for stabil lokal forvaltning av felles ressurser:⁴⁵

- Klart definert (klar definisjon av innholdet i den felles ressursen og effektiv utestengning av eksterne aktører uten rettigheter)
- Disponering og avsetning av felles ressurser som er tilpasset lokale forhold
- Kollektive beslutningsordninger som lar de fleste som avsetter ressurser delta i prosessen for beslutningstaking
- Effektiv overvåking utført av noen som er en del av, eller som er ansvarlige overfor, dem som avsetter ressursene

44 Elinor Ostrom mfl., «Revisiting the Commons: Local Lessons, Global Challenges», *Science*, vol. 284, nr. 5412, 1999, s. 278–282.

45 Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990.

- Graderte sanksjoner for de som avsetter ressurser og bryter felleskapets regler
- Mekanismer for konfliktløsning som er rimelige og enkle å bruke
- Selvbestemmelse i samfunnet anerkjent av myndigheter på høyere nivå
- Når det gjelder større felles ressurser: organisering i form av flere lag av sammenknyttede enheter med små lokale felles ressurser på grunnplan

Disse grunnleggende prinsippene har senere blitt modifisert og utvidet til å omfatte flere andre variabler som antas å påvirke suksessen til egenorganiserte styringssystemer, inkludert effektiv kommunikasjon, intern tillit og gjensidighet samt egenarten ved ressursystemet som helhet.⁴⁶

Det som kanskje er viktigst, er at søkelyset på kollektivet utfordrer den grunnleggende forutsetningen for den økonomiske teorien som ble utviklet på 1700- og 1800-tallet: den økonomiske mannen, som vår konvensjonelle økonomiske teori og rettsøkonomi er basert på. Muligheten for kollektiv handling viser at mennesker essensielt sett ikke er de egoistiske, nyttemaksimerende individene, de rasjonelle økonomiske menn, som konvensjonell økonomi antar at de er. Mennesker har mange flere og komplekse egenskaper, som har konsekvenser for den økonomiske aktiviteten og for livet. Mens folk utvilsomt er egennyttige og konkurransepregede i mange aspekter av livet, slik konvensjonell økonomisk teori hevder, er de *også* sterkt opptatt av rettferdighet, deltakelse, sosiale forbindelser og anerkjennelse fra sine likemenn og -kvinner. Alle disse menneskelige trekkene ligger i hjerterøttene hos alminnelige mennesker. Likevel ser de fleste økonomer slike trekk som mindre viktige for markedstransaksjoner, den høyt vurderte «hovedakten» for å skape rikdom, fordi de har en tendens til ikke å samsvare med den grunnleggende logikken til *homo oeconomicus* og økonomisk markedsteori.⁴⁷

46 Janssen Poteete og Elinor Ostrom, *Working Together: Collective Action, the Commons, and Multiple Methods in Practice*, Princeton University Press, 2010.

47 David Bollier, «Global Citizenship: Plausible Fears and Necessary Dreams», s. 3, april 2014. https://greattransition.org/images/Bollier_Commons_as_a_Template_for_Transformation.pdf.

Kvinnerettslig teori har diskutert denne tematikken i afrikansk sammenheng, der «felleseiendom» har stor betydning for fattige kvinner som ikke har private rettigheter til jord.⁴⁸ Samtidig har utviklingspolitikk, også norske initiativ, fokusert på konvensjonell økonomisk teori i sin vektlegging av behovet for enkle, rettslige prosedyrer for å registrere, omsette og pantsette private eiendommer som en del av veien til økonomisk utvikling.⁴⁹

En talsperson for en *homo oeconomicus*-tilnærming antar at aktørene har komplette og velordnede preferanser og fullstendig informasjon, og at de foretar valg for å maksimere sin netto forventede avkastning. Alle disse antakelsene er kontroversielle fra et økonomisk synspunkt. Mange institusjonelle økonomer, ikke bare Ostrom, anlegger et bredere syn på rasjonalitet hos individuelle aktører, for eksempel at et rykte for å være pålitelig og tillitsverdig kan forstås som nytte, eller anvendelse av tid og ressurser til å etablere og opprettholde relasjoner som kostnad.⁵⁰ *Homo oeconomicus* er imidlertid konstruert som om han hadde komplett informasjon om alle relevante variabler. I sterkt konkurransepregede miljøer blir enkeltpersoner som greier seg ofte ansett for å kunne maksimere noen viktige variabler forbundet med overlevelse, for eksempel profit eller egnethet. Begrenset maksimering kan være en adekvat beskrivelse av atferd kun i enkle beslutningssituasjoner med komplett og nøyaktig informasjon generert av institusjoner.⁵¹ I tillegg har den antatte risikonøytraliteten til rasjonelle individer integrert i standarden for den økonomiske mannen en tendens til å gjenspeile idealtypiske maskuline holdninger til risiko, heller enn feminine. I stedet for risikonøytralitet har for eksempel noen feministiske teoretikere foreslått en standard for «fornuftig risikoavers person» som alternativ.⁵²

48 Se f.eks. Ingunn Ikdahl mfl., «Human rights, formalisation and women's land rights in southern and eastern Africa», *Studies in Women's Law*, nr. 57, 2005, Universitetet i Oslo. <https://www.jus.uio.no/iior/forskning/omrader/kvinnerett/publikasjoner/skriftserien/dokumenter/noradrapport.pdf>.

49 Ingunn Ikdahl, *Securing women's homes: The dynamics of women's human rights at the international level and in Tanzania*. Doktorgradsavhandling, Universitetet i Oslo, 2010.

50 Ostrom 1998, s. 71.

51 Ostrom, 1998, s. 71.

52 Diane Klein, «Distorted Reasoning: Gender, Risk-Aversion and Negligence Law», *Suffolk University Law Review*, vol. 30, 1997, s. 629–670. Om problemene med risikonøytralitet ved

Vi bør legge til grunn at mennesker ikke er perfekte eller enkelt kan defineres. Samfunnet kan ikke være sikker på at menneskers vurderinger av nytte og kostnader er ufeilbarlige, og det er usikkert om mennesker lærer av feil som begås. Individmodeller som rommer feilbarlighet og evnen til å lære, er gjerne mer treffende enn *homo oeconomicus*. Forskjellige institusjonelle ordninger for å styre og forvalte felles ressurser kan tilby ulike muligheter til å lære.⁵³ Konklusjonen om effektiviteten av kollektiv handling som gis av institusjonelle økonomer, kan også tuftes på ideer om feminine verdsettelse basert på konsensus, samarbeid, omsorg og ansvar for og harmoni med naturen, til forskjell fra et rasjonelt maskulint fokus på skjønnsmessige private valg av autonome aktører og individualistiske mannlige preferanser generalisert som aggregering av preferanser basert på effektivitet og markedskonkurranse.⁵⁴

14.4.3 Om eksternaliteter

I konvensjonell økonomisk teori er miljøet, og delvis samfunnet i seg selv, per definisjon *eksternt* i forhold til individer og bedrifter som gjennomfører transaksjoner i markedet. Ved analyser av forholdet mellom enkeltpersoner, bedrifter, markeder, samfunnet og miljøet anser konvensjonell økonomisk teori eksternaliteter som forurensning og samfunnsmessig urettferdighet som anomaliteter og unntak, ikke som en hovedregel for menneskelig aktivitet.⁵⁵ Selve miljøet anses som kapital («naturlig kapital»), en ressurs for produksjonsfaktorer, ikke som en forutsetning for selve eksistensen til mennesket, og derfor i høyeste grad som en «internalitet».⁵⁶

Som et alternativ til denne forståelsen i konvensjonell økonomisk teori, kan imidlertid eksternaliteter bli sett på ikke som unntaket, men som

tilbud om forsikringsprodukter se Bull og Wilhelmssen, kapittel 6 i denne boken.

53 Ostrom, 1998 s. 70–71.

54 Se også Paula England, «The Separative Self: Androcentric Bias in Neoclassical Assumptions», i Marianne A. Ferber og Julie A. Nelson, *Beyond Economic Man: Feminist Theory and Economics*, University of Chicago Press, 1994, s. 37–43.

55 Bernard J. Reilly og Myroslaw Kyj, «Economics and Ethics», *Journal of Business Ethics*, vol. 9, nr. 9, 1990, s. 691–698, 6945696.

56 Gray, 1992 s. 403.

normen. Nesten hver eneste transaksjon kan sies å generere signifikante tredjepartseffekter, for eksempel for miljøet og fellesskapene der varene produseres eller forbrukes (for eksempel vil salget av personbiler i stedet for bruk av kollektive transportmidler føre til trafikk-korker, eller trendsetternes valg ha følger for tradisjonell forbrukeratferd). Hvis preferansene for enkeltmennesker ikke anses som eksogene, men som uunngåelig påvirket eller formet av sosial praksis og institusjoner, har hver lovlig transaksjon evnen til å forme eller forsterke fremtredende sosiale og kulturelle verdier. Feministiske bekymringer når det gjelder økonomisk teori, gjenspeiler de normative forutsetningene om verdien av verdighet, likhet, autonomi og hva som burde regnes som «skade».⁵⁷ Jeg diskuterer dette nærmere nedenfor i punkt 14.5.

14.4.4 Er Pareto nok?

Det er imidlertid ikke bare den «økonomiske mannen» kritikken med kjønnsperspektiv retter seg mot; kritikken går dypere. Rettsøkonomien har en tendens til å se bort fra verdier og interesser som er viktige for kvinner og gjør det delvis gjennom dikotomien offentlig og privat.⁵⁸ Som eksempler nevnte jeg over omsorg som ikke er markedsbasert, og retten til vann som fellesskapsressurs. Kritikken kan utformes generelt mot syn på rasjonalitet som bygger på forenklete forståelser av de «riktige» målene og formålene med handling (for eksempel verdien av effektivitet eller rikdom), og som ser bort fra den sosiale konteksten for kjønnsulikhet.⁵⁹

I stedet for å være sensitiv til den samfunnsmessige konteksten for ressursbruk, fremhever konvensjonell økonomisk teori aktørenes evne til *Pareto-effektiv* forhandling som beskrevet i punkt 14.2 over. Siden et Pareto-optimalt resultat hypotetisk sett bare vil gjøre at folk får det bedre, vil konvensjonell økonomisk teori anta at Pareto-effektivitetsstandarden er etisk og politisk ukontroversiell. Imidlertid har den en tendens til implisitt å anta at de valgene som foretas av partene i en transaksjon, er frivillige og autonome – med mindre de er tydelige resultater av tvang

57 Wieggers, 1992, s. 183.

58 Wieggers, 1992, s. 205.

59 Wieggers, 1992, s. 187.

eller direkte begrensninger. Ved å se bort fra de forskjellige gradene og typene av frihet basert på kjønn og sosial status som valgene foretas under, er en slik synsvinkel ikke i stand til å adressere den sosiale konteksten der ulikhet både direkte og indirekte begrenser, og systematisk påvirker, valg. Den konvensjonelle økonomiske teoriens avhengighet av å bruke villigheten til å betale som et mål på verdien knyttet til en frivillig transaksjon, unndrar seg de opplagte begrensningene som ligger i at rikdom er ulikt fordelt.⁶⁰ Fra et kjønnsperspektiv er det sentralt at Pareto ser bort fra ulikhetene i forhandlingsmakt, basert på strukturell kjønnsulikhet, noe som legitimerer et undertrykkende system ved å si at eksisterende ulikheter skyldes enkeltkvinneres svikt eller valg.⁶¹ I stedet for fordelings effektivitet bør oppmerksomheten rettes mot rettferdig fordeling, noe som krever samfunnsmessige vurderinger av verdi i stedet for markedspriser.

Pareto-effektivitet tilslører også i hvilken grad kvinners valg gjenspeiler en strukturert ulikhet i levevilkårene. Økonomisk teori ser tradisjonelle kjønnskiller i arbeidsmarkedet som resultat av en frivillig og Pareto-effektiv utveksling, og ser bort fra rotfestede barrierer mot lik deltakelse av kvinner på arbeidsplassen, for eksempel ulik lønn, kjønnsdiskriminering og et kjønnssegregert arbeidsmarked, samt menns og mannsdominerte institusjoners avvisning av å legge til rette for, støtte og ta del i omsorg for barn. Teorien validerer og styrker markedsresultatene ved å presentere dem som konsensus, eller som følge av «frie» valg.⁶²

14.4.5 Rettferdig eller bare Pareto-effektivt?

Konvensjonell økonomisk teori ser også bort fra mange spørsmål som gjelder rettferdig organisering og fordeling av makt og rikdom i samfunnet. Det er grenser for hvordan ressursene kan omfordeles dersom dette skal skje som resultat av «frivillige» Pareto-effektive transaksjoner. Dette avhenger av en forhåndsbestemt fordeling av goder helt fra fødselen, som ikke nødvendigvis er rettferdig eller lik. Hvis nesten alle ressursene i

60 Wieggers, 1992, s. 191.

61 Wieggers, 1992, s. 205.

62 Wieggers, 1992, s. 191–192.

samfunnet eies av en liten gruppe enkeltpersoner, er det strenge grenser for hvordan ressursene kan omfordeles via Pareto-effektive transaksjoner til dem som har mindre. Det som er enda viktigere, er at spørsmålet om rettferdig fordeling av rikdom og goder vanligvis betraktes som irrelevant for spørsmål om effektivitet. Dette gjenspeiler antakelsene i konvensjonell økonomisk teori om at Pareto-rammeverket for transaksjoner er nøytralt i en samfunnsmessig sammenheng. Det antas dermed at fordelingen av ressurser ikke er avhengig av at man løser komplekse etiske og fordelingsmessige spørsmål. Det kan også hevdes at spørsmålet om rettferdighet rett og slett ligger utenfor økonomenes ekspertise, men dermed sementerer man den nåværende fordelingen av makt og rikdom.

Ved å gjøre dette, ekskluderer konvensjonell økonomisk teori de inngående fordelingsstudier, for eksempel av fordelene ved en mer egalitær fordeling og de virkelige samfunnsmessige kostnadene ved de nåværende ulikhetene i et samfunn. Den utelater verdien av ønsker om fellesskap, kreativt arbeid og annet som ikke direkte kan måles i penger, eller som ikke direkte kan fanges opp på et marked som tilbud og etterspørsel. Som eksempel på temaer som ikke tas inn, kan man nevne sosial uro og risiko forbundet med dette for samfunnet og markedene, kriminalitet og misbruk av arbeidsstokken, problemer som rammer de mest sårbare, inkludert kvinner og barn, hardest.

Disse svakhetene er imidlertid ikke unntak fra teorien, men tilhører dens hovedtrekk.⁶³ Pareto-effektivitet er et verktøy for å bevare *status quo*, den tjener til å tilsløre og ufarliggjøre den konflikten som ligger latent i en ulik maktfordeling.⁶⁴ Forsøket på å gi normativ betydning til et valg, uten hensyn til valgets samfunnsmessige kontekst, kan systematisk svekke vår forståelse av situasjonen og de gjennomtrengende effektene av sosial ulikhet. Økonomenes eksklusive oppmerksomhet på effektivitet kan implisitt og på en kraftfull måte legitimere *status quo* i

63 Wieggers, 1992, s. 197.

64 Duncan Kennedy, «Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power», *Maryland Law Review*, vol. 41, 1982, s. 563–658, 603.

samfunnet og i markedet.⁶⁵ Som sådan er den en bremsekloss for krav om samfunnsreformer.

Spenningen mellom effektivitet og rettferdighet kan ses i en analyse av kontraktsretten, for eksempel regelen i de nordiske avtalelovene § 36 (se under i punkt 14.5.3).

14.5 Universell kommodifisering

14.5.1 Generelt

Ifølge feministisk kritikk er et hovedproblem med konvensjonell økonomisk teori den *universelle kommodifiseringen* eller kommersialiseringen, der alt i samfunnet dreier seg om salg, det være seg goder, ideer eller følelser.⁶⁶ Prinsipielt sett er alt til salgs i økonomisk teori: menneskelige organer, seksuelle tjenester, surrogattjenester. «Chicago-skolens» rettsøkonomi, som dominerer dette området over hele verden, representert ved nevnte pionerer som Ronald Coase, Richard Posner og Gary Becker, er basert på universell kommodifisering, som bygger på ideen om at alle ting som er ettertraktet, er varer – alle verdier kan omgjøres til kroner og øre, og alle sosiale interaksjoner kan forklares som markedstransaksjoner.⁶⁷

Universell kommodifisering styrer den økonomiske tankegangen om eiendomsrett. Som motsetning til den tradisjonelle juridiske ideen om «umistelige rettigheter» – ting som kan gis bort, men ikke selges – for eksempel famøse eksempler som blod⁶⁸ og småbarn,⁶⁹ goder som i henhold til talspersoner for universell kommodifisering bør kunne selges og kjøpes.⁷⁰ Styrken i den økonomiske tankegangen kan ses i form av hvor

65 Wieggers, 1992, s. 198.

66 Se Margaret Jane Radin, *Contested Commodities*, Harvard University Press 1996; Himmelweit, 2013.

67 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 4. utgave, Little, Brown and Company 1992; *Sex and Reason*, Harvard University Press 1992; Gary Becker, *A Treatise on the Family*, Harvard University Press 1981; Radin, 1996, s. 2.

68 Kenneth J. Arrow, «Gifts and Exchanges», *Philosophy & Public Affairs*, vol. 1, nr. 4, 1972, s. 343–362.

69 Elisabeth M. Landes og Richard A. Posner, «The Economics of the Baby Shortage», *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, nr. 2, 1978, s. 323–348.

70 Margaret Jane Radin, «Market-Inalienability», *Harvard Law Review*, vol. 100, nr. 8, 1987, s. 1849–1937, 1850.

ofte de umistelige rettighetene gradvis har blitt utvannet av rettssystemer som for eksempel tillater kommersialisering av assistert befruktning og i det minste delvis legaliserer kommersielle tjenester for bloddonasjon og adopsjonstjenester. Ettersom USA er sentrum for både rettsøkonomien og den feministiske økonomiske teorien, er mange av disse problemene tett forbundet med amerikansk rettsdiskurs. Det er imidlertid en sterk tradisjon for kritikk mot universell kommodifisering også i Norge.⁷¹

Diskusjonen om kommodifisering reiser også større, generelle spørsmål som diskuteres i deler av feministisk diskurs, hvor «umistelighet» (utelukkelse av en rettighet fra markedet) ansees som et regelrett forsvar for «paternalisme». Ifølge denne kritikken er den konvensjonelle økonomiske analysen som forsvarer umistelighet – på grunnlag av økonomisk tenknings ideal om den rasjonelle mannen – i realiteten en videreføring av en paternalistisk tankegang.⁷² Slik pionerene innen rettsøkonomi på erstatningsrettens område, Guido Calabresi og Douglas Melamed, fastslår: «rules of inalienability [do] not only ‘protect’ the entitlement; they may also be viewed as limiting or regulating the grant of the entitlement itself».⁷³ Den feministiske kritikken har argumentert for at umistelighetsreglene viser selve utilstrekkeligheten til et maskulint regime som bygger på besittelse og utveksling. Umistelighet – fjerning av visse ting fra markedet uavhengig av eierens ønsker – kan da forstås som det maskuline svaret på den innbilte skjørheten i feminin integritet – «slørets tvungne blyghet».⁷⁴

14.5.2 Mannlige/kvinnelige relasjoner – privat/offentlig dikotomi

Som eksempel kan man ta rettsinstituttet ekteskap. I konvensjonell økonomi har «den virkelige historien» om kjønnsrelasjoner – om kvinners underordning til menn – ofte også blitt beskrevet som en transaksjon.

71 Wærness, 1978; Charlotte Koren, *Kvinnene i norsk økonomi*. Universitetsforlaget, 2012.

72 Schroeder, 1999, s. 418.

73 Calabresi og Melamed, 1972, s. 1093.

74 Schroeder, 1999, s. 420; med henvisning til Jeanne Lorraine Schroeder, *The Vestal and the Fasces: Hegel, Lacan, Property, and the Feminine*, University of California Press, 1998, s. 232–235.

Gjennom ekteskap har kvinner vekslet seksuell tilgang til kroppen sin, sin reproduktive evne, husarbeid og ofte sitt lønnsarbeid mot fysisk og økonomisk sikkerhet fra menn. Det å se på ekteskapet som en «handel» vil imidlertid feilaktig innebære å antyde at kvinner fikk det de «forhandlet om» i stedet for at de ble tvunget til å leve med det. Den tradisjonelle «garantien om livslang trygghet» for gifte kvinner har ofte betydd en inntekt på eksistensminimum eller mindre, og dessuten fysisk vold og kanskje død. Konseptet om «forhandling» indikerer også at kvinner var «frie» og likeverdige parter i slike ordninger. Men om ikke det er slik med de fleste, så har noen kvinner heller giftet seg av hensyn til økonomisk trygghet enn av kjærlighet, og det har de gjort fordi de har hatt få andre muligheter til å klare seg. Dessuten har ikke kvinner vært likeverdige deltakere i å utforme eller bestemme de begrensede muligheter de har hatt i livet.⁷⁵

Ifølge feministisk kritikk er hovedproblemet i konvensjonell økonomisk teori at den ser bort fra kvinners virkelige stilling. Som alltid i den økonomiske debatten er «virkeligheten» et spørsmål om empirisk bevis. Det er imidlertid trygt å si at kvinner *tradisjonelt* har blitt holdt utenfor markedet til de frie økonomiske menn og har blitt overlatt til et ikke-kommersielt seksuelt, formerings- og hjemmerelatert arbeidsområde – typisk uten kompensasjon. Dette gjenspeiles også i kontraktsretten og ved skadeserstatning, som vi skal se senere. I et slikt idealtypisk bilde er det tilsynelatende arbeidsdeling mellom menn og kvinner:⁷⁶ Frie og rasjonelle menn tilhører den offentlige sfære med markedstransaksjoner, betalt arbeid (med fagforeninger ledet av menn), deltakelse i staten og styring av samfunnet. Kvinner tilhører den private familiesfære med regulert seksualitet, reproduksjon til lav kostnad, arbeidskraft i hjemmet og billig reservearbeidskraft (til bruk for eksempel i krisesituasjoner som krig og pandemi). Fremveksten av kapitalismen (og den konvensjonelle økonomiske teorien) på 1800-tallet bidro ikke bare til å fremmedgjøre arbeiderne fra arbeidet (ved å gjøre dem til produksjonsfaktorer, noe som også har skjedd med miljøet), men også til å skille kommersielt forbruk

75 Wieggers, 1992, s. 190.

76 Wieggers, 1992, s. 198–199.

fra produksjon, familier fra den produktive økonomien og reproduksjon fra den resulterende markedsbaserte offentlige sfære.⁷⁷

Ubetalt husarbeid og annet usynlig kvinnearbeid i samfunnet står sentralt i både feministisk økonomisk teori og kvinneverettslig teori.⁷⁸ Ubetalt husarbeid, dets omfang, fordeling og sammensetning, gir rom for kritisk analyse, både av hvordan slikt arbeid kan vurderes som Pareto-effektive kontrakter (se punkt 14.5.3 om kontrakter) og av hvordan man måler og verdsetter dets rolle i samfunnet (se punkt 14.5.4 om erstatningsrett). Å erstatte husarbeid med markedsbasert arbeid for å lage måltider og ta seg av barn betyr ikke bare økt kommersialisering av familiesfæren, men også mer fundamentale endringer i markedets rolle i den private sfære. Arbeidet har imidlertid forblitt hos kvinner: En stor del av den målbare økonomiske veksten for eksempel i de skandinaviske landene i de siste 50 årene er et resultat av økt kvinnelig deltakelse på arbeidsmarkedet, hovedsakelig i offentlige omsorgstjenester og andre tjenester, som har erstattet ubetalt husarbeid utført av kvinner.⁷⁹

Hvis man går enda dypere i analysen av forholdet mellom den private og den offentlige sfæren, mener noen feministiske teoretikere at selve staten er essensielt patriarkalsk og derfor ute av stand til å generere positive endringer.⁸⁰ Som Barbara Ann White uttaler: «Since the masculinist view

77 Dorothy Smith, «Women, the Family and Corporate Capitalism», *Berkeley Journal of Sociology*, vol. 20, 1975, s. 55–90.

78 Et banebrytende arbeid i norsk sammenheng er Tone Sverdrups doktoravhandling om hjemmearbeid og betaling av forbruksutgifter som grunnlag for erverv av eiendomsrett i ekteskap og samliv. Se Tone Sverdrup, *Stiftelse av sameie i ekteskap og ugift samliv*, Universitetsforlaget 1997. Tove Stang Dahl stilte i sin analyse av kvinners rettsstilling spørsmål om hvordan kvinners ubetalte hus- og omsorgsarbeid kunne verdsettes gjennom en individuell rett til minimumslønn for alle borgere. Se «Kvinnens rett til penger» i Tove Stang Dahl (red.), *Kvinneverett II*, Universitetsforlaget, 1985; Waring, 1988; Julie Aslaksen og Charlotte Koren, «Reflections on Unpaid Household Work, Economic Growth, and Consumption Possibilities», i Margunn Bjørnholt og Ailsa McKay (red.), *Counting on Marilyn Waring: New Advances in Feminist Economics*, 2. utgave, Demeter Press, 2014, s. 55–69; Johanna Varjonen og Leena M. Kirjavainen, «Women's Unpaid Work Was Counted But ...», i Margunn Bjørnholt og Ailsa McKay (red.), *Counting on Marilyn Waring: New Advances in Feminist Economics*, 2. utgave, Demeter Press, 2014, s. 71–86.

79 Aslaksen og Koren, 2014, s. 57.

80 Carrie Menkel-Meadow, «Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or 'The Fem-Crits Go to Law School'», *Journal of Legal Education*, vol. 38, nr. 1–2, 1988, s. 61–85, 73.

is inherently hierarchical in nature, changes within the system to redress any particular ills towards women will only be patchwork in nature.»⁸¹

Ifølge White er dikotomien mellom en feministisk omsorgsetikk⁸² og en maskulin autonomietikk villedende ettersom feministisk omsorgsetikk er en del av selve den patriarkalske strukturen:⁸³

The female ethic of care actually sets women up to be oppressed: oppressed in their bodies through the rigors of childbearing and invasive sex, in their minds through limitations on their intellectual endeavours, in their emotions which are discounted as irrelevant, and in their relationships, in which they are always subordinate to men.

Mellom rasjonelle aktører på (det offentlige) markedet er tvang enten ikke-eksisterende eller en forbudt eksternalitet, men *utenfor* markedet er tvang mot kvinner reelt.⁸⁴ Samtidig henger disse sammen, ved at billig kvinnelig arbeidskraft som reproduseres utenfor markedet kan utnyttes i markedet ved behov.⁸⁵ Dette kan forekomme i krisesituasjoner som kriger og pandemier. Kvinners arbeid i hjemmet blir imidlertid ikke tilstrekkelig betalt, kreditert eller verdsatt. Arbeidet kan til og med nedvurderes, for eksempel ved at barnepass og barselpermisjon stigmatiseres.⁸⁶

Lav alternativkostnad ved betalte hjemmetjenester, altså at ulønnet hjemmearbeid kan være et mulig alternativ, reduserer også verdien av arbeidet til de kvinnene som har sitt lønnsarbeid på dette markedet. Dermed er lave alternativkostnader forbundet med ulik lønn og kjønns-segregering på etablerte markeder og med rase- og klasseskiller.⁸⁷ I amerikansk sammenheng har abortforbud blitt nevnt som eksempel på regulering som er kvinnefiendtlig, men økonomisk fornuftig fordi abortrettigheter er en trussel mot reproduksjon av billig arbeidskraft. Et annet

81 Barbara Ann White, «Feminist Foundations for the Law of Business: One Law and Economics Scholar's Survey and (Re)view», *UCLA Women's Law Journal*, vol. 10, nr. 1, 1999, s. 39–102, 46.

82 White, 1999, s. 48. Se også Ramona L. Paetzold, «Feminism and Business Law: The Essential Interconnection», *American Business Law Journal*, vol. 31, nr. 4, 1994 s. 699–[ii], 710.

83 White, 1999, s. 46.

84 Wiegers, 1992, s. 198.

85 Wiegers, 1992, s. 199.

86 Wiegers, 1992, s. 177.

87 Wiegers, 1992, s. 177.

eksempel er at arbeidervernlover historisk sett har vært til skade ved å øke arbeidsledigheten blant kvinner.⁸⁸

Til slutt ser jeg på to viktige områder for rettsøkonomien: kontraktsretten og erstatningsretten. Kontraktsretten er det viktigste verktøyet for å oppnå effektiv fordeling av ressurser i et samfunn. Inngåelse av avtaler medfører imidlertid transaksjonskostnader, og skaper i en del tilfeller alvorlig markedssvikt. For å oppmuntre til effektiv avtaleinngåelse bør partene få de rette insentivene, som erstatning for kontraktsbrudd.⁸⁹ Erstatningsretten er i seg selv en mekanisme for å minimere kostnadene ved farlig atferd for samfunnet.⁹⁰

14.5.3 Kontraktsrett

Som vi vet fra konvensjonell rettsøkonomi,⁹¹ er en kontrakt et verktøy for rasjonelle aktører å oppnå Pareto-effektive transaksjoner og til slutt Pareto-optimalitet. Ifølge Coase-teoremet, som ble utarbeidet av Ronald Coase,⁹² vil partene i fravær av transaksjonskostnader øyeblikkelig inngå avtaler som umiddelbart overfører alle goder fra den opprinnelige eieren til den som tillegger rådigheten størst verdi, eller som Coase selv sier: «Eternity can be experienced in a split second.»⁹³

Å se Pareto-effektiv avtaleinngåelse fra et alternativt og feministisk synspunkt er et av de mest givende områdene innenfor økonomisk forskning. Vi diskuterte dette allerede i innledningen ved å bruke *relasjonell kontraktsøkonomi* som eksempel. Det andre eksempelet, som er relatert til det første, gjelder forholdet mellom effektivitet og rettferdighet

88 Janet Rifkin, «Toward a Theory of Law and Patriarchy», *Harvard Women's Law Journal*, vol. 3, 1980, s. 83–96. Se også Steinar Holden og Åsa Rosén, «Discrimination and Employment Protection», *Journal of the European Economic Association*, vol. 12, nr. 6, 2014, s. 1676–1699.

89 Eide og Stavang, 2018, s. 347–391.

90 Eide og Stavang, 2018, s. 243–262.

91 Se Eide og Stavang, 2018, s. 349–364.

92 Se Eide og Stavang, 2018, s. 131–159.

93 Ronald H. Coase, «The Firm, the Market, and the Law», i Ronald H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law*, University of Chicago Press, 1988, s. 1–32, 15.

i kontraktinngåelse, som blant annet diskuteres i økonomisk analyse av urimelighetsregelen i de nordiske avtalelovene § 36.⁹⁴

Den relasjonelle egenarten ved kontraktsinngåelse er også et sentralt tema i *atferdsøkonomi*.⁹⁵ Det feministiske økonomer kan tilføre diskusjonen er å vise den idealtypiske «maskuline» egenarten ved det Pareto-effektive idealet, sammenlignet med det «feminine» særpreget i personlige forhold. Det er imidlertid også mulig å analysere kontraktsinngåelse uten denne dikotomien ved å ta i betraktning tillitselementet og fellesskapet der kontraktsinngåelsen finner sted. Også tillits- og fellesskapsbasert kontraktsinngåelse er imidlertid fremdeles rasjonell kontraktsinngåelse og kan dermed skilles fra «emosjonell» kontraktsinngåelse, som er typisk for personlige relasjoner for eksempel i en familie. Sagt med økonomiske begreper er det slik at når aktører i et kontraktsmessig forhold må ta beslutninger, er beslutningsprosessen deres modellert som en *kostnytte*-analyse basert på en sammenligning med Kaldor-Hicks-effektivitet.⁹⁶ Man antar at beslutningstakere bruker eller responderer på rene økonomiske verktøy, som fører tilbake til universell kommodifisering – ettersom det ikke er noe i menneskelige «relasjoner» som ikke kan betraktes som transaksjoner.⁹⁷ Fra et feministisk synspunkt er det derfor – til tross for språket – den maskuline modellen med rasjonell nytteverdi som maksimerer den økonomiske mannen, som ligger i kjernen av kontrakten.⁹⁸

Slik relasjonelle kontraktsteoretikere og institusjonelle økonomer imidlertid har vist, er kontrakter «befengt» (fra et konvensjonelt økonomisk synspunkt) med ikke-rasjonelle forhold og markedssvikt som transaksjonskostnader. Som feministiske kontraktsteoretikere har pekt på, er kontrakter relasjonelle hvis de tar sikte på samarbeid i stedet for å fremme partenes egeninteresse. Selv om det kan finnes ikke-relasjonelle kontrakter (for eksempel kjøp av bensin av et ukjent merke i en fremmed by man ikke forventer å besøke igjen), bygger de fleste kontrakter på eksisterende

94 Se Trine-Lise Wilhelmsen, «Avtalelovens § 36 og økonomisk effektivitet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, nr. 1, 1995, s. 1–240.

95 Om atferdsøkonomi se Eide og Stavang, 2018, s. 617–632.

96 Se Eide og Stavang, 2018, s. 112–119.

97 Belcher, 2000, s. 42.

98 Belcher, 2000, s. 45.

relasjoner mellom partene, inkludert økonomiske betingelser som bygger på sosiale normer mellom dem. Ofte vil kontraktsforhold vare lenger enn kontraktene som styrer dem. For eksempel blir langsiktige kontraktsforhold regulert gjennom en rekke av kortvarige kontrakter.⁹⁹ Dette kan ses på arbeidsmarkedet der mange etterfølgende åremålskontrakter i mange jurisdiksjoner betraktes som et vedvarende arbeidsforhold.

Ett eksempel på den relasjonelle egenarten i kontrakter er det som i feministisk kontraktsteori kalles «seksuelt overførbar gjeld». Som Alice Belcher har pekt på, lykkes ikke økonomisk kontraktsteori i å gjøre noe med «rotet» som er essensen i den emosjonelle forpliktelsen i personlige forhold. Noe av dette rotet gjelder «seksuelt overførbar gjeld», der bankenes offentlige kommersielle bekymringer møter private emosjonelle forhold.¹⁰⁰ Seksuelt overførbar gjeld er et problem som oppleves av ektefeller eller partnere (kausjonister) som stiller sikkerhet for gjelden i virksomheten til den andre ektefellen eller partneren overfor kreditorer eller långivere.¹⁰¹ Dette er først og fremst et problem for kvinner, fordi det hovedsakelig er mannlige partnere som driver næringsvirksomhet som tar opp lån, og som ber kvinnelige partnere om å stille deres del av familiehjemmet som sikkerhet for lånet. Hvis virksomheten går konkurs, vil kausjonisten (konen) oppleve at kreditoren (banken) tar hjemmet hennes. Et nøkkelspørsmål er om rettsreglene noensinne vil åpne for at konen som har stilt kausjon kan slippe unna kontrakten hun har inngått med banken og beholde huset.¹⁰²

14.5.4 Erstatningsrett

«Rotet» i forholdet mellom mennesker gjenspeiles også i diskusjonen om erstatning for skade og økonomisk tap. I økonomisk teori anerkjennes bare gjenoppretting av den økonomiske verdien av den skadede interessen. I henhold til feministisk teori kan begrensningen i økonomisk teori

99 Belcher, 2000, s. 38.

100 Belcher, 2000, s. 42.

101 Misty Bailey, «Sexually Transmitted Debt: Criticisms and Prospects for Reforms», *Auckland University Law Review*, vol. 8, 1999, s. 1001–1032; Belcher, 2000, s. 42–44.

102 Belcher, 2000, s. 42.

særlig ses i det økonomiske konseptet eksternalitet, som utelukker skadekilder som er systemiske trekk ved undertrykkelse og sosial ulikhet.¹⁰³ Som eksempel kan nevnes den økonomiske risikoen for kvinner relatert til barnefødsler.¹⁰⁴ Et annet eksempel er som følger: Selv om den økonomiske verdien av en skadet kroppsdel, for eksempel et ben eller en arm, kan gjenopprettes etter et overfall, betyr det ikke at den psykiske skaden ved å miste kontrollen over eget liv er avhjulpet. Det samme gjelder når noen uten samtykke fratras rådigheten over et formuesgode. I et feministisk perspektiv foreligger det her faktisk to skader: for det første tapet av rådighet som den økonomiske analysen identifiserer; og for det andre skaden på den skadelidtes personlige autonomi.¹⁰⁵ Som Jeanne Schroeder sier:¹⁰⁶

if what is violated is not only the masculine element of possession (injured limb), but also the feminine element of enjoyment (personal autonomy), monetary compensation will not restore the lost experience.

I rettsøkonomien er det imidlertid en tendens til å overse eller se bort fra disse ideelle/ikke-økonomiske verdiene eller skadene.¹⁰⁷ Rettsreglene diskriminerer både når det gjelder hvor tilgjengelige rettsmidlene er og omfanget av rettsmidler som tilbys, og undertrykte kategorier – de fattige, de eldre, kvinnene, barna og de etniske minoritetene – forhindres fra å få erstatning.¹⁰⁸ I nordisk rett er det imidlertid mulig å få delvis erstatning for en ikke-økonomisk skade eller personlig krenkelse (for eksempel *oppreisningserstatning* i skadeserstatningsloven § 3-5) som for eksempel kommer til anvendelse ved diskriminering, krenkelse og seksuell trakassering.¹⁰⁹ Et særlig sterkt vern følger av likestillings- og diskriminerings-

103 Wiegers, 1992, s. 187.

104 Se f.eks. Marianne Fastvold, «Rettsikkerhet under fødsel» i Tove Stang Dahl (red.), *Kvinnerett I*, Universitetsforlaget, 1985.

105 Jeanne L. Schroeder, «Three's a Crowd: A Feminist Critique of Calabresi and Melamed's One View of the Cathedral», *Cornell Law Review*, vol. 84, nr. 2, 1998–1999, s. 394–503, 416–417.

106 Schroeder, 1999, s. 417.

107 Wiegers, 1992, s. 182, se Radin, 1987, s. 1878.

108 Richard L. Abel, «A Critique of American Tort Law», *British Journal of Law and Society*, vol. 8, nr. 2, 1981, s. 199–232, 202.

109 Se Birgitte Hagland, «Individuelt oppreisningsansvar for seksuell krenkelse», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, nr. 2–3, 2018, s. 75–78; Birgitte Hagland, «Erstatningsvern ved personskade på saksområder hvor kvinner er typiske skadelidte», *Tidsskrift for erstatningsrett*,

lovgivningen, som gir ofre for diskriminering, trakassering og seksuell trakassering i arbeidslivet en rett til oppreisning og erstatning på objektivt grunnlag. Det sterke vernet, som har blitt utviklet av EU-domstolen, er begrunnet i at tilgang til arbeid er av stor betydning både fra et individuelt og et samfunnsøkonomisk ståsted.¹¹⁰ På dette samfunnsområdet anses det derfor nødvendig med en særlig effektiv sanksjonering av brudd på diskrimineringslovgivningen.

For det andre er det i økonomisk teori en tendens til å se bort fra forskjellene mellom de sosiale omgivelsene til enkeltpersoner ved vektleggingen av den økonomiske skaden som er påført, og teorien har en tilbøyelighet til å undervurdere verdien av kvinnelige aktiviteter som husarbeid sammenlignet med lønnsarbeid. For eksempel er ikke ubetalt husarbeid inkludert i vanlige økonomiske mål som bruttonasjonalproduktet (BNP). Det har imidlertid vært forsøk på å opprette mål for ubetalt arbeid som en genuin fremdriftsindikator (*genuine progress indicator*, GPI).¹¹¹ Generelt anses BNP å beskrive ikke bare et usaklig, men også et ikke-bærekraftig syn på markedet og samfunnet, siden enhver utgift tolkes som en bidragsyter til velferd, uten å skille mellom velferdsøkende og velferdsreduserende aktivitet, enten det gjelder opprydding etter en miljøkatastrofe, tiden og pengene som medgår for å pendle til jobben eller helseutgifter som skyldes eksponering for luftforurensning. BNP tar heller ikke høyde for forbruk eller forringelse av eiendeler, for eksempel overforbruk av naturressurser, og måler derfor ikke bærekraftig inntekt. Noen kritikere hevder til og med at BNP implisitt er en del av et politisk prosjekt som oppmuntrer til kommodifisering på grunn av sitt fokus på markedsaktivitet, som fremmer utvidelse av markedsrelasjoner

forsikringsrett og trygderett, nr. 2–3, 2018, s. 79–107; Morten Kjelland, «Oppreisningserstatning ved fysiske og psykiske krenkelser – en analyse av høyesterettspraksis og sentrale utviklingslinjer», i Gunnar Bergby mfl. (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling – Festskrift til Tore Schei*, Universitetsforlaget, 2016, s. 703–758.

110 Se Anne Hellum og Vibeke Blaker Strand, *Likestillings- og diskrimineringsrett*, Gyldendal Juridisk, 2022, kapittel 20.

111 Günseli Berik, «Measuring what Matters and Guiding Policy: An Evaluation of the Genuine Progress Indicator», *International Labour Review*, vol. 159, nr. 1, 2020, s. 71–94; Jonas Van der Slycken, *Beyond GDP: alternative measures of economic welfare for the EU-15*, Universiteit Gent, 2021.

og generering av flere profittskapende muligheter, og som usynliggjør de negative eksternalitetene som frembringes av denne prosessen.¹¹²

14.6 Oppsummering

I dette kapittelet har jeg diskutert hovedpostulatene i konvensjonell økonomisk teori som vi kjenner fra undervisning og litteratur i rettsøkonomi, og hvordan alternative og feministiske tilnærminger til økonomisk analyse har oppfattet dem. Disse hovedpostulatene som jeg har diskutert, er individualisme, rasjonalitet, pristeori, velferdsteori og offentlig teori. Kapittelet har vært svært selektivt både når det gjelder økonomisk teori og feministisk teori, siden det er en rekke alternative tilnærminger på begge områdene.

Hovedangrepsmålet for kritikken som er diskutert i dette kapittelet, er idealet med den rasjonelle økonomiske mannen i konvensjonell økonomisk teori, som er utledet fra klassisk liberalisme, og hans markedsatferd med andre rasjonelle økonomiske menn som en idealtipe av markedsbasert atferd. Det normative prosjektet til velferdsøkonomi – effektiv fordeling av ressurser i et samfunn – diskuteres mot denne bakgrunnen og ut fra fundamentale rettsøkonomiske konsepter som eiendomsrett, kontrakten og skadeserstatning.

Ettersom det er mange tilnærminger til økonomisk teori og til feminisme, kan man ikke gi et entydig feministisk alternativ til økonomi, ikke engang til konvensjonell økonomisk teori som det er fokusert på i dette kapittelet. Det samme gjelder rett, rettsteori og rettsøkonomi. Potensialet som ligger i en kritisk, feministisk diskusjon av rettsøkonomi, kan imidlertid heller ikke undervurderes. Gjennom en slik diskusjon kan det oppnås ny innsikt i økonomisk atferd og betydninger av kjønn, og hvilken rolle økonomisk teori har i forståelsen av rett og regulering.

112 Günseli Berik, «To measure and to narrate: Paths toward a sustainable future», *Feminist Economics*, vol. 24, nr. 3, 2018, s. 136–159.

Litteratur

- Abel, Richard L. «A Critique of American Tort Law». *British Journal of Law and Society* vol. 8, nr. 2 (1981) s. 199–232.
- Arrow, Kenneth J. «Gifts and Exchanges». *Philosophy & Public Affairs* vol. 1, nr. 4 (1972) s. 343–362.
- Aslaksen, Julie og Charlotte Koren. «Reflections on Unpaid Household Work, Economic Growth, and Consumption Possibilities». I *Counting on Marilyn Waring: New Advances in Feminist Economics*. Margunn Bjørnholt og Ailsa McKay red., 2. utgave, Demeter Press, 2014, s. 55–69.
- Bailey, Misty. «Sexually Transmitted Debt: Criticisms and Prospects for Reforms». *Auckland University Law Review* vol. 8 (1999) s. 1001–1032.
- Becker, Gary. *A Treatise on the Family*. Harvard University Press, 1981.
- Belcher, Alice. «A Feminist Perspective on Contract Theories from Law and Economics». *Feminist Legal Studies* vol. 8 (2000) s. 29–46.
- Beneria, Lourdes, Günseli Berik og Maria Floro. *Gender, Development and Globalization: Economics as if All People Mattered*. Routledge, 2015.
- Berik, Günseli. «Measuring what Matters and Guiding Policy: An Evaluation of the Genuine Progress Indicator». *International Labour Review* vol. 159, nr. 1 (2020) s. 71–94.
- Berik, Günseli. «To measure and to narrate: Paths toward a sustainable future». *Feminist Economics* vol. 24, nr. 3 (2018) s. 136–159.
- Bjørnholt, Margunn og Ailsa McKay (red.). *Counting on Marilyn Waring: New Advances in Feminist Economics*. 2. utgave. Demeter Press, 2014.
- Bollier, David. «Global Citizenship: Plausible Fears and Necessary Dreams» (april 2014). https://greattransition.org/images/Bollier_Commons_as_a_Template_for_Transformation.pdf.
- Calabresi, Guido og Douglas Melamed. «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral». *Harvard Law Review* vol. 85 (1972) s. 1089–1128.
- Coase, Ronald H. «The Firm, the Market, and the Law». I *The Firm, the Market, and the Law*. Ronald H. Coase, University of Chicago Press, 1988, s. 1–32.
- Cohen, Ronnie. «Feminist Thought and Corporate Law: It's Time to Find Our Way Up From the Bottom (Line)». *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* vol. 2, nr. 1 (1993) s. 1–36.
- Coleman, Jules L. «Efficiency, Utility, and Wealth Maximization». *Hofstra Law Review* vol. 8 (1980) s. 509–551.
- Cumbers, Andrew, John Davis og Robert McMaster. «Theorizing the Social Provisioning Process Under Capitalism: Developing a Veblenian Theory of Care for the Twenty-First Century». *Journal of Economic Issues* vol. 49, nr. 2 (2015) s. 583–590.
- Dahl, Tove Stang. «Kvinnerett til penger». I *Kvinnerett II*. Tove Stang Dahl red., Universitetsforlaget, 1985.

- Dennis, Jeanne M. «Lessons of Comparable Worth: A Feminist Vision of Law and Economic Theory». *UCLA Women's Law Journal* vol. 4 (1993) s. 1–36, 16–17.
- England, Paula. «The Separative Self: Androcentric Bias in Neoclassical Assumptions». I *Beyond Economic Man: Feminist Theory and Economics*. Marianne A. Ferber og Julie A. Nelson, University of Chicago Press, 1994, s. 37–43.
- Farber, Marianne A. og Julie A. Nelson (red.). *Beyond Economic Man: Feminist Theory and Economics*. The University of Chicago Press, 1993.
- Farber, Marianne A. og Julie A. Nelson (red.). *Feminist Economics Today: Beyond Economic Man*. University of Chicago Press, 2003.
- Fastvold, Marianne. «Rettsikkerhet under fødsel». I *Kvinnerett I*. Tove Stang Dahl red., Universitetsforlaget, 1985.
- Friedman, David. «Law and Economics». I *The New Palgrave Dictionary of Economics*. Palgrave Macmillan red., Palgrave Macmillan, 1987. DOI: https://doi.org/10.1057/978-1-349-95121-5_693-1.
- Gray, Rob. «Accounting and Economics: The Psychopathic Siblings: A Review Essay». *The British Accounting Review* vol. 22 (1990) s. 373–388.
- Griffiths, Anne. «Legal Pluralism». I *An Introduction to Law and Social Theory*. Reza Banakar og Max Travers red., Hart Publishing, 2002, s. 289–310.
- Hagland, Birgitte. «Erstatningsvern ved personskade på saksområder hvor kvinner er typiske skadelidte». *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett* nr. 2–3 (2018) s. 79–107.
- Hagland, Birgitte. «Individuelt oppreisningsansvar for seksuell krenkelse». *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett* nr. 2–3 (2018) s. 75–78.
- Hardin, Garrett. «The Tragedy of Commons» *Science* vol. 162, nr. 3859 (1968) s. 1243–1248.
- Hellum, Anne. «Engendering the human right to water and sanitation: Integrating the lived experiences of women and girls». I *The Human Right to Water: Theory, Practice and Prospects*. Malcolm Langford og Anna Russell red., Cambridge University Press, 2017.
- Hellum, Anne. «Over bekken etter vann? Retten til vann for livsopphold i Zimbabwe». *ILov, liv og lære*. Hans Christian Bugge mfl. red., Universitetsforlaget, 2016, s. 255–270.
- Hellum, Anne og Vibeke Blaker Strand. *Likestillings- og diskrimineringsrett*. Gyldendal Juridisk, 2022.
- Himmelweit, Susan. «The prospects for caring: Economic theory and policy analysis». *Cambridge Journal of Economics* vol. 31, nr. 4 (2007) s. 581–599.
- Holden, Steinar og Åsa Rosén. «Discrimination and Employment Protection». *Journal of the European Economic Association* vol. 12, nr. 6 (2014) s. 1676–1699.
- Ikdahl, Ingunn. *Securing women's homes: The dynamics of women's human rights at the international level and in Tanzania*. Doktorgradsavhandling, Universitetet i Oslo, 2010.

- Ikdahl, Ingunn mfl. «Human rights, formalisation and women's land rights in southern and eastern Africa». *Studies in Women's Law* nr. 57 (2005). Universitetet i Oslo. <https://www.jus.uio.no/ior/forskning/omrader/kvinnerett/publikasjoner/skriftserien/dokumenter/noradrapport.pdf>.
- Kennedy, Duncan. «Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power». *Maryland Law Review* vol. 41 (1982) s. 563–658.
- Kjelland, Morten. «Oppreisningserstatning ved fysiske og psykiske krenkelser – en analyse av høyesterettspraksis og sentrale utviklingslinjer». I *Rettsavklaring og rettsutvikling – Festskrift til Tore Schei*. Gunnar Bergby mfl. red., Universitetsforlaget, 2016, s. 703–758.
- Klein, Diane. «Distorted Reasoning: Gender, Risk-Aversion and Negligence Law». *Suffolk University Law Review* vol. 30 (1997) s. 629–670.
- Koren, Charlotte. *Kvinnene i norsk økonomi*. Universitetsforlaget, 2012.
- Landes, Elisabeth M. og Richard A. Posner. «The Economics of the Baby Shortage». *The Journal of Legal Studies* vol. 7, nr. 2 (1978) s. 323–348.
- McCluskey, Martha T. «Law and Economics Against Feminism». I *The Oxford Handbook of Feminism and Law in the United States*. Deborah Brake, Martha Chamallas og Verna Williams red., Oxford Handbooks Online, juni 2021. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780197519998.013.20.
- Menkel-Meadow, Carrie. «Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or 'The Fem-Crits Go to Law School'». *Journal of Legal Education* vol. 38, nr. 1–2 (1988) s. 61–85.
- Ostrom, Elinor. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge University Press, 1990.
- Ostrom, Elinor. «The Institutional Analysis and Development Approach». I *Designing Institutions for Environmental and Resource Management*. Edna Tusak Loehman og D. Marc Kilgour red., Edward Elgar, 1998, s. 68–90.
- Ostrom, Elinor mfl. «Revisiting the Commons: Local Lessons, Global Challenges». *Science* vol. 284, nr. 5412 (1999) s. 278–282.
- Paetzold, Ramona L. «Feminism and Business Law: The Essential Interconnection». *American Business Law Journal* vol. 31, nr. 4 (1994) s. 699–[ii].
- Posner, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 4. utgave. Little, Brown and Company, 1992.
- Posner, Richard A. *Sex and Reason*. Harvard University Press, 1992.
- Poteete, Janssen og Elinor Ostrom. *Working Together: Collective Action, the Commons, and Multiple Methods in Practice*. Princeton University Press, 2010.
- Power, Marilyn. «Social Provisioning as a Starting Point for Feminist Economics». *Feminist Economics* vol. 10, nr. 3 (2004) s. 3–19.
- Radin, Margaret Jane. *Contested Commodities*. Harvard University Press, 1996.

- Radin, Margaret Jane. «Market-Inalienability». *Harvard Law Review* vol. 100, nr. 8 (1987) s. 1849–1937.
- Radnizky, Gerard. «Cost-Benefit Thinking in the Methodology of Research: the ‘Economic Approach’ Applied to Key Problems of the Philosophy of Science». I *Economic Imperialism: The Economic Approach Applied Outside the Field of Economics*. Gerard Radnizky og Peter Bernholz red., Paragon House, 1987, s. 283–334.
- Reilly, Bernard J. og Myroslaw Kyj. «Economics and Ethics». *Journal of Business Ethics* vol. 9, nr. 9 (1990) s. 691–698, 6945696.
- Rifkin, Janet. «Toward a Theory of Law and Patriarchy». *Harvard Women’s Law Journal* vol. 3 (1980) s. 83–96.
- Schroeder, Jeanne Lorraine. *The Vestal and the Fasces: Hegel, Lacan, Property, and the Feminine*. University of California Press, 1998, s. 232–235.
- Schroeder, Jeanne L. «Three’s a Crowd: A Feminist Critique of Calabresi and Melamed’s One View of the Cathedral». *Cornell Law Review* vol. 84, nr. 2 (1998–1999) s. 394–503.
- Smith, Dorothy. «Women, the Family and Corporate Capitalism». *Berkeley Journal of Sociology* vol. 20 (1975) s. 55–90.
- Sunstein, Cass R. «On Academic Fads and Fashions». *Michigan Law Review* vol. 99 (2001) s. 1251–1264.
- Sverdrup, Tone. *Stiftelse av sameie i ekteskap og ugift samliv*. Universitetsforlaget, 1997.
- Tronto, Joan C. *Caring Democracy: Markets, Equality, and Justice*. New York University Press, 2013.
- Ussher, Jane. *Women’s Madness: Misogyny or Mental Illness*. Harvester Wheatsheaf, 1991.
- Van der Slycken, Jonas. *Beyond GDP: alternative measures of economic welfare for the EU-15*. Universiteit Gent, 2021.
- Varjonen, Johanna og Leena M. Kirjavainen. «Women’s Unpaid Work Was Counted But ...». I *Counting on Marilyn Waring: New Advances in Feminist Economics*. Margunn Bjørnholt og Ailsa McKay red., 2. utgave, Demeter Press, 2014, s. 71–86.
- Weintraub, E. Roy. «Neoclassical Economics». I *The Concise Encyclopedia of Economics*. David R. Henderson red., Liberty Fund, 2002. <https://www.econlib.org/library/Enc1/NeoclassicalEconomics.html>.
- Wilhelmsen, Trine-Lise. «Avtalelovens § 36 og økonomisk effektivitet». *Tidsskrift for Rettsvitenskap* nr. 1 (1995) s. 1–240.
- White, Barbara Ann. «Feminist Foundations for the Law of Business: One Law and Economics Scholar’s Survey and (Re)view». *UCLA Women’s Law Journal* vol. 10, nr. 1 (1999) s. 39–102.
- Wærness, Kari. «The Invisible Welfare State: Women’s Work at Home». *Acta Sociologica* vol. 21 (1978) s. 193–207.

Bidragstere

John Asland er professor og instituttleder ved Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo. Han forsker og underviser hovedsakelig i familie- og arverett. Asland er også hovedredaktør for Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål og professor II ved Høgskolen i Innlandet.

Herman Bruserud er førsteamanuensis ved Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo, hvor han er fagansvarlig i kjøpsrett og entrepriserett. Han arbeider hovedsakelig med kontrakts- og avtalerettslige spørsmål, med hovedvekt på entrepriserettslige spørsmål.

Hans Jacob Bull er professor emeritus ved Nordisk institutt for sjørett, Universitetet i Oslo. Hans fagområder er først og fremst forsikringsrett, herunder sjøforsikringsrett, sjørett og veifrakttrett. Han har skrevet en rekke bøker og artikler, til dels sammen med Trine-Lise Wilhelmsen, og har også vært aktiv i lovgivningsarbeid og som voldgiftsdommer.

Katrine Kjørheim Fredwall er førsteamanuensis ved Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo. I sin forskning har hun arbeidet med den økonomiske familierettens virkning i samfunnet, særlig betydningen av kjønn, alder, valg av samlivsform, familietype og grad av felles økonomi med videre. Forfatteren har også hatt ansvar for utvikling av lovgivning på familie-, arve- og personrettens område gjennom om lag 20 år i Justisdepartementets lovavdeling.

Marit Halvorsen er professor ved Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo. Hun har arbeidet særlig med kvinnerett, helserett og rettshistorie. Halvorsen var med på å bygge opp og hadde ansvaret for profesjonsetikkutdanningen på fakultetet fra 2007.

Anne Hellum er professor i kvinnerett ved Institutt for offentlig rett og leder for Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett (KVIBALD) ved Universitetet i Oslo. Hun har opprettet og vært ansvarlig lærer for fagene internasjonal kvinnerett, likestillings- og diskrimineringsrett og rettsantropologi. I tillegg til å lede den fakultetsoppnevnte arbeidsgruppen om integrasjon av kjønn og rett i jusstudiet ved UiO, har hun ledet NORHED I-prosjektet som stod for integrering av kvinne-, kjønns- og likestillingsperspektiv i undervisningen ved fire juridiske fakulteter i sørlige og østlige Afrika.

Ragnhild Hennem er professor ved Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo. Hun har forsket på seksuelle overgrep mot barn, vold og voldtekt. Hoveddelen av Hennems vitenskapelige arbeider befinner seg i skjæringspunktet mellom strafferett/straffeprosess og retts sosiologi.

Maria Astrup Hjort er professor ved Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo. Hun er ansvarlig faglærer i sivilprosess. I tillegg arbeider hun også med fagene rettshistorie og yrkesetikk.

Ingunn Ikdahl er professor ved Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo. Hun er ansvarlig faglærer i velferdsrett og trygderett, og underviser også i diskrimineringsrett, menneskerettigheter og metode. Ikdahl er med i forskningsprosjekter om helsetjenester i fengsel, velferdsstatens rolle etter 22. juli, digital velferdsstat og internasjonal trygderett, og leder forskergruppen Velferd, rettigheter og diskriminering (VERDI).

Björk Gudmundsdottir Jonassen er daglig leder for Juridisk rådgivning for kvinner (JURK) og styreleder i Norges kvinnelobby. Hun har tidligere jobbet som saksbehandler i JURK, hovedsakelig innenfor husleierett og utlendingsrett. Hun har også en LLM i Human Rights, Conflict and Justice fra School of Oriental and African Studies i London.

Jukka Mähönen er professor ved Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo, med spesialområdene selskapsrett, selskapsstyring, regnskapsrett,

revisjonsrett, finansrett og bærekraft samt rettsøkonomi. Han er fagansvarlig for rettsøkonomi på fakultetets master- og ph.d.-program i rettsvitenskap, og er nestleder av fakultetets forskergruppe Selskaper, markeder og bærekraft (Selskapsrettsgruppen). Han er også professor i samvirkerett ved Helsingfors universitet.

Anne Robberstad har vært professor ved Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo, siden 2006, og har lang erfaring som praktiserende advokat. Hun forsker i sivilprosess og straffeprosess, og kombinerer systematisk fremstilling av rettsregler med analyse av grunnleggende prosesssteoretiske spørsmål og kritisk vurdering. Robberstad har publisert en rekke bøker, som *Bistandsadvokaten*, *Mellom tvekamp og inkvisisjon*, *Rettskraft*, *Sivilprosess* og *Hvem har bevisbyrden?*.

Kirsten Sandberg er professor og instituttleder ved Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo. Hun har vært studiedekan og konstituert høyesterettsdommer. Sandberg har i mange år holdt kurs og forelesninger i forvaltningsrett ved fakultetet. Hennes forskning ligger i det vesentlige innenfor barnerett, med særlig vekt på barnevernretten og forskjellige temaer innen barns rettigheter. Hun var medlem av FNs barnekomité 2011–2019, to av årene som komiteens leder.

Kristin Bergtora Sandvik er professor ved Institutt for kriminologi og rettssosiologi, Universitetet i Oslo, og forsker ved Fredsforskningsinstituttet PRIO. Hun har en S.J.D fra Harvard Law School 2008. Hennes forskningsfelt inkluderer humanitære kriser, innovasjon og teknologi, kjønnsbasert vold og 22. juli.

Beate Sjøfjell er professor ved Institutt for privatrett, Universitet i Oslo, med selskapsrett, selskapsstyring og bærekraft som spesialområde. Hun leder fakultetets forskergruppe Selskaper, markeder og bærekraft (Selskapsrettsgruppen), og er initiativtaker og leder av internasjonale forskningsprosjekt og nettverk. Hun er medlem av EU-kommisjonens ekspertgruppe i selskapsrett og gjesteforsker ved College of Europe.

May-Len Skilbrei er professor ved Institutt for kriminologi og rettssosiologi, Universitetet i Oslo. Hun har forsket på temaer som prostitusjon, menneskehandel, migrasjon og voldtekt, både som erfaringer, rettsområder og politikkområder. De siste årene har hun forsket spesielt på forholdet mellom sosiale og rettslige normer om voldtekt, og på hvordan bevis i voldtektssaker formidles og forstås i politietterforskning og rettssak.

Vibeke Blaker Strand er professor ved Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo, og forskningsdekan for perioden 2020–2023. Blaker Strands forskning, veiledning og undervisning omhandler særlig likestillings- og diskrimineringsrett og nasjonale og internasjonale menneskerettigheter. Hun har arbeidet mye med spørsmål om religionsfrihetens grenser i et mer mangfoldig samfunn.

Eva-Maria Svensson er professor i rettsvitenskap på Det juridiske fakultet, Göteborgs universitet, og var i 10 år professor ved Det juridiske fakultet, UiT – Norges arktiske universitet i Tromsø. Hun disputerte i 1997 med avhandlingen *Genus och rätt. En problematisering av föreställningen om rätten*, og skrev sammen med Åsa Gunnarsson læreboken *Genusrättsvetenskap*. Svenssons forskningstemaer omhandler rettsfilosofi, likestilling i styringen av Arktis, ytringsfrihet, aldersdiskriminering og urfolksspørsmål.

Trine-Lise Wilhelmsen er professor i rettsvitenskap ved Nordisk institutt for Sjørett, Universitetet i Oslo. Hennes fagområder er først og fremst forsikringsrett, herunder sjøforsikringsrett, samt erstatningsrett og kontraktsrett. Hun har skrevet en rekke bøker og artikler, til dels sammen med Hans Jacob Bull. Hun deltar også i forskjellige former for tvisteløsningsarbeid (Finansklagenemnda og voldgift) og i arbeid med kontraktskriving og lovarbeid.

Tone Linn Wærstad er professor i familierett ved Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo. Hennes forskning handler hovedsakelig om menneskerettslige utfordringer og diskrimineringsvernet i norsk familierett og internasjonal privatrett på familierettens område. Hun underviser i familie- og arverett, og leder forskergruppen Velferd, rettigheter og diskriminering (VERDI).