

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 rettstilstanden. 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. Eksemplene 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>.

