Høringsuttalelse til NOU 2009:14 - Et helhetlig diskrimineringsvern

Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett (KVIBALD), Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo

1. Generelt

Etter Avdelingens oppfatning danner NOU 2009:14 et solid grunnlag for det videre arbeidet mot en samlet diskrimineringslov i Norge. Utvalgets forslag til ny diskrimineringslov er, etter Avdelingens oppfatning, et skritt på veien for å sikre at ulike grupper får det samme diskrimineringsvern etter norsk rett. Avdelingens vurdering av Diskrimineringslovutvalgets forslag tar utgangspunkt i to overgripende hensyn som er av betydning for utformingen av et ensartet og helhetlig vern. Diskrimineringsvernet bør for det første utformes i tråd med Norges internasjonale forpliktelser og for det andre ikke svekke eksisterende diskrimineringsvern.

2. En felles diskrimineringslov med et felles håndhevingsapparat

Forslaget om en felles diskrimineringslov med et felles håndhevingsapparat er begrunnet i hensynet til et enhetlig vern. Utvalgets forslag til ny diskrimineringslov bidrar til å skape oversikt og konsistens på et rettsområde som hittil har vært fragmentert. En felles diskrimineringslov har utvilsomt administrative effektiviseringsgevinster. Det kan likevel reises spørsmål om dette er den beste måten å sikre ulike gruppers menneskerettslige vern mot individuell og strukturell diskriminering på. Vi viser i denne sammenheng til FNs kvinnekomite's uttalelse til Norges 7. periodiske rapport i 2007. Komiteen, som var bekymret for de prioriteringsmessige konsekvensene av å innføre et felles håndhevingsorgan for alle diskrimineringsgrunnlagene, uttalte:

> "15. While appreciating that the State party has a long-standing policy of gender mainstreaming in all fields covered by its central administration, the Committee notes with some concern that the new scope of action of the Anti-Discrimination and Equality Ombud may result in insufficient focus being given to discrimination against women."

I arbeidet med en felles lov mot diskriminering er det etter Avdelingens oppfatning viktig å ikke tape av syne særlige problemstillinger som knytter seg til de enkelte diskrimineringsgrunnlag.

3. Forslag til ny diskrimineringslov

3.1 Til kapittel 1 Forbud mot diskriminering

Forslaget § 1 Formål
Lovens formål er angitt i forslaget § 1. Avdelingen gjør oppmerksom på at begrensningen "liknende vesentlige forhold" er snevrere formulert enn Norges konvensjonsforpliktelser etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og Den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP). Diskrimineringsbeskyttelsen etter SP artikkel 26 og etter EMK artikkel 14 er ikke begrenset til "liknende vesentlige forhold", men omfatter "stilling forøvrig"/"annen status". Ettersom disse konvensjonene, i henhold til menneskerettsloven, er en del av norsk rett og skal gå foran ved kollisjon med norsk rett mener Avdelingen at betegnelsen "liknende vesentlige forhold" bør erstattes med "annen status, eventuelt "stilling forøvrig".

Vi merker oss utvalgets uttalelse på s. 158 der det heter:

> "Menneskerettighetenes krav om vern mot diskriminering som påberopes under "annen status", er etter utvalgets vurdering gjennomført tilstrekkelig i dag gjennom konvensjoner som er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven... Personer som mener seg diskriminert av grunner som ikke er opplistet i diskrimineringslovgivningen vil kunne påberope seg diskrimineringsbestemmelsene i disse konvensjonene [det vi si EMK, SP og ØSK]. Ikke-diskrimineringsbestemmelsene i konvensjoner tatt inn i menneskerettsloven fungerer som en slags sikkerhetsventil i disse tilfellene."

Avdelingen mener at utgangspunktet bør være at den nasjonale gjennomføring av menneskerettslige forpliktelser er så lik som mulig det beskyttelsesnivået som følger av de menneskerettslige forpliktelsene. Dette vil gi individene det sterkeste diskrimineringsvernet, blant annet fordi ombudet og nemnda vil ha kompetanse til å håndheve den nasjonale loven.

Forslaget § 2 Lovens saklige virkeområde
Lovens saklige virkeområde er angitt i forslaget § 2. Utvalgets flertall foreslår å gjøre unntak for "familieliv og andre rent personlige forhold". Flertallets forslag er en svekkelse av kvinners materielle og prosessuelle beskyttelse mot diskriminering etter eksisterende lovgivning. Likestillingslovens § 2 gjelder på familielivets område samtidig som den unntar familielivet fra likestillingsmyndighetenes håndhevingskompetanse. Likestillingsloven § 2 gjør ingen tilsvarende innskrenkning i domstolenes kompetanse.

En opphevelse av eksisterende beskyttelse mot diskriminering på familie- og privatlivets område, både materielt og prosessuelt, utgjør etter Avdelingens vurdering, en positiv legitimering av diskriminering på familie- og privatlivets område. I lys av familiens grunnleggende betydning for den enkeltes personlige identitet, utvikling, selvutfoldelse, trygghet og velferd utgjør flertallsforslaget en betydelig svekkelse av individets rettsvern på et helt sentralt livs- og rettsområde. Å sende ut signaler om at diskriminering er rettslig og moralsk akseptabelt i nære mellommenneskelige forhold er, etter Avdelingens oppfatning, egnet til å svekke respekten for eksisterende internasjonale og nasjonale

rettsregler som har som formål å beskytte individets menneskerettigheter i familie- og privatlivet. Norsk ekteskapslovgivning, stiller i tråd med kvinnediskrimineringskonvensjonen (KDK) og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), en rekke krav for å sikre frivillighet og likestilling ved inngåelse av ekteskap, under ekteskapet og ved dets oppløsning. Lov om barn og foreldre setter, i tråd med FNs barnekonvensjon (BK), stadig strengere grenser for foreldrenes makt- og myndighetsutøvelse i familielivet. Straffelovgivningen stiller, i tråd med menneskerettighetene, stadig strengere krav om beskyttelse mot vold, incest og voldtekt i familien. Krisesenterloven, som ble vedtatt i 2009, er en lovfesting av det offentliges positive ansvar for å beskytte kvinner mot vold i familien.

Flertallets forslag om å unnta familie- og privatlive fra diskrimineringslovens virkeområde er vanskelig å forene med menneskerettslige bestemmelser som er gjort til en del av norsk rett gjennom menneskerettsloven. FNs kvinnekonvensjon inneholder ingen unntak fra konvensjonens virkeområde, jf. konvensjonens artikkel 2. Dessuten er staten forpliktet til å iverksette tiltak for å avskaffe stereotype kjønnsoppfatninger på alle livs- og rettsområder, jf. artikkel 5 a. Artikkel 16 utdyper, i samsvar med artikkel 1, statens forpliktelse til å gjøre beskyttelsen i familielivet og ekteskapet reell. Bakgrunnen for statsforpliktelsens vide virkeområde er at eksisterende maktforskjeller mellom kvinner og menn og mellom foreldre og barn ofte fører til en skjev kjønnsmessig fordeling av plikter og ressurser innad i familien. Kjønnsurettferdighet som har sitt opphav i familie- og privatliv reproduseres ofte på samfunnsmessig nivå i form av ulik adgang til helse, utdanning, deltakelse og arbeid. Statens positive forpliktelser i familie- og privatliv er begrunnet i hensynet til å sikre og effektivisere disse grunnleggende menneskerettighetene både av hensynet til individet og samfunnet.

Heller ikke SP artikkel 26 om ikke-diskriminering inneholder noe unntak for familie- og privatliv. SP artikkel 17 om retten til privat- og familieliv inneholder positive plikter for statene til å gi det enkelte individ beskyttelse mot krenkelse av privatlivet fra andre private aktører.[1] En slik forståelse av artikkel 17 har fått sin tilslutning av FNs menneskerettskomite og FNs Generalforsamling. Statens plikt til å sikre et reelt diskrimineringsvern i ekteskap og familieliv etter SP er det samme som etter KDK. Dette fremgår av Menneskerettighetskomiteens uttalelser i Generell rekommandasjon nr. 28, der statenes positive forpliktelser i forhold til å sikre rettighetene til kvinner og barn i familien fremheves.

Et vern mot diskriminering innen privatlivet følger også av EMK artikkel 8 nr. 1, slik denne er blitt fortolket av EMD. I saken X & Y v. the Netherlands slo EMD fast at staten ikke bare er forpliktet til å la være å gripe inn i familielivet, men i visse tilfelle også har en positiv forpliktelse til å effektivisere respekten for det enkelte individs menneskerettigheter på familie- og privatlivets område. I dette legger domstolen at staten under visse omstendigheter vil være forpliktet å beskytte enkeltindividet mot andre privatpersoner som hindrer vedkommende fra å få sine menneskerettigheter oppfylt.[2]

[1] Manfred Nowak (2005), s. 379.

[2] Kilkelly, Ursula. The right to respect for private and family life. Strasbourg, 2001 (2001), s. 20-21.

Innholdet og omfanget av denne positive forpliktelsen etter EMK beror på en avveining av hvor viktig rettigheten er for individet og hvor stor ulempe en positiv forpliktelse medfører for samfunnet. Å frata individet enhver materiell og prosessuell beskyttelse på familie- og privatlivets område, slik flertallet i Diskrimineringslovutvalget foreslår, er høyst problematisk i forhold til den positive forpliktelsen som følger av EMK artikkel 8 nr. 1. En opphevelse av eksisterende beskyttelse mot diskriminering på familie- og privatlivets område, både materielt og prosessuelt, utgjør som allerede påpekt en positiv legitimering av diskriminering på familie- og privatlivets område. I lys av familiens grunnleggende betydning for den enkeltes personlige identitet, utvikling, selvutfoldelse, trygghet og velferd utgjør flertallsforslaget en så betydelig svekkelse av individets rettsvern på et så sentralt livs- og rettsområde at det strider mot den positive forpliktelsen til å verne individet mot overgrep fra andre individer på familielivets område.

Staten har ikke ubegrenset adgang til å gripe inn i familielivet for å beskytte enkeltindivider mot diskriminering. I henhold til EMK artikkel 8 nr.2 er statens adgang til å gripe inn i enkeltmenneskers utøvelse av retten til privatliv og familieliv betinget av at det er nødvendig for å beskytte andre enkeltmenneskers rettigheter og friheter og at dette anses for å være nødvendig i et demokratisk samfunn. Et viktig moment i vurderingen av om det å inkludere familielivet i diskrimineringsloven er nødvendig, rimelig og forholdsmessig, er at det dreier som å beskytte en rettighet som er av grunnleggende betydning for det enkelte individ. Ekteskapets og familiens betydning for det enkelte individs identitet, selvfølelse og utvikling er uomstridt. KDK, SP og EMK pålegger statene å gjøre diskrimineringsvernet reelt, også i familieliv og i ekteskapet. Å innlemme familielivet i diskrimineringslovens virkeområde er således både rimelig og nødvendig for å oppnå et reelt diskrimineringsvern i ekteskap og familieliv.

Forslaget § 4 Forbud mot diskriminering

Vedrørende forslaget § 4 (1) 2. punktum vil Avdelingen foreslå at ”liknende vesentlige forhold” erstattes med formuleringen ”stilling forøvrig”, eventuelt ”annen status”. Se for øvrig våre kommentarer til forslaget § 1.

Avdelingen slutter seg til flertallets definisjon av diskriminering i § 4 (2), som er i tråd med internasjonal terminologi på diskriminerings- og likestillingsrettens område.

Avdelingen støtter Diskrimineringslovutvalgets forslag om at adgangen for trossamfunn til å forskjellsbehandle bør reguleres gjennom et unntak fra lovens diskrimineringsforbud og ikke som et spørsmål om rekkevidden av lovens virkeområde. Vi støtter også det syn at det ikke er nødvendig med noen egen unntaksbestemmelse for trossamfunn, men at trossamfunns adgang til forskjellsbehandling reguleres gjennom en generell unntaksbestemmelse.

Når det gjelder beskrivelsen av den nærmere *praktiseringen* av en generell unntaksbestemmelse på trossamfunnenes virksomhet, har Avdelingen enkelte kommentarer som dels knytter seg til NOU 2009: 14 punkt 10.2.2,

Diskrimineringslovutvalgets delutredning NOU 2008:1 og Barne- og likestillingsdepartementets proposisjon om kvinner og homofiles stilling i trossamfunn Ot. prp. nr. 79 (2008-2009). Vi viser også til Avdeling for kvinneretts høringsuttalelse til NOU 2008: 1[3] og Avdeling for kvinneretts utredning "Unntaksbestemmelse for trossamfunn i likestillingsloven", skrevet av stipendiat Vibeke Blaker Strand på oppdrag av Barne- og likestillingsdepartementet og avlevert i januar 2009.[4]
Forskjellsbehandling i trossamfunn dreier seg om en avveining mellom to grunnleggende menneskerettigheter: På den ene side trossamfunnenes rett til å utøve sin religion. På den annen side individers rett til ikke å bli utsatt for diskriminering. Gjennom lovgivningen på diskrimineringsområdet oppstilles et rammeverk for å behandle slike avveininger i en rettslig kontekst. Utgangspunktet er at forskjellsbehandling på grunn av for eksempel kjønn eller seksuell orientering er forbudt. Den vil imidlertid kunne anses tillatt dersom den har en saklig begrunnelse og ses som forholdsmessig.

Det vil være konkrete omstendigheter i hvert enkelt tilfelle som spiller inn i vurderingen av om forskjellsbehandlingen skal anses som tillatt eller ikke. For at det skal kunne foretas reelle avveininger vil det dermed ikke være mulig på forhånd å oppstille klare grenser for hvilke typer tilfeller med forskjellsbehandling som skal anses som tillatte og hvilke som ikke er tillatte. For å skape klarhet rundt unntaksadgangen for trossamfunn kan det imidlertid pekes på momenter og eksempler der hensynet til religionsfrihet står sterkt. Vi mener at Diskrimineringslovutvalget i NOU 2008:1 og Barne- og likestillingsdepartementet i Ot. prp. nr. 79 (2008-2009), som uttrykkelig henviser til NOU 2008:1, på enkelte punkter uttrykker seg på en uheldig måte i sin beskrivelse av praktiseringen av unntaksadgangen. Dette gjelder særlig teksten om "religionsundervisning", jf. NOU 2008:1 s. 73 som uttrykkelig siteres i Ot. prp. nr. 79 (2008-2009) s. 53. Vi forstår Diskrimineringslovutvalgets hovedutredning NOU 2009:14 slik at utvalget bygger på samme materielle forståelse av en unntaksadgang for trossamfunn som det som ble presentert i NOU 2008:1.

Når det gjelder spørsmålet om religionsundervisning uttalte Diskrimineringslovutvalget følgende i NOU 2008:1 s. 73:

> "Når det gjelder utdanning og læremidler, vil unntaket bare kunne påberopes med hensyn til religionsundervisningen… Likestillingsloven § 7 om læremidler vil i medhold av saklighetsregelen måtte tolkes innskrenkende slik at bestemmelsen ikke gjelder religionsundervisning. Dette gjelder også om religionsundervisningen og læremidlene som brukes i religionsundervisningen, inngår som en del av grunnskoleutdanningen."

Vi tolker denne uttalelsen slik at den ikke bare angir religionsundervisning som et eksempel på et område der unntaket for trossamfunn vil kunne komme til anvendelse.

---

[3] Høringsuttalelse fra Avdeling for kvinnerett, Universitetet i Oslo ved Anne Hellum og Vibeke Blaker Strand. Publisert i Tidsskrift for kjønnsforskning Nr.2 2008, tilgjengelig på

[4] Utredningen som er skrevet av stipendiat Vibeke Blaker Strand i samråd med en referansegruppe bestående av professor Anne Hellum, professor Kirsten Ketscher og professor Kirsten Sandberg er publisert i Kvinnerettslig skriftserie nr. 80/2009, tilgjengelig på http://www.jus.uio.no/ior/forskning/omrader/kvinnerett/publikasjoner/skriftserien/80_Strand.html

Uttalelsen gir også inntrykk av å slå fast at diskrimineringsvernet ikke gjelder verken for ytringer eller læremidler som benyttes i forbindelse med religionsundervisning. Avdelingen mener for det første at en slik forståelse bryter med utgangspunktet om at det skal foretas reelle avveininger mellom religionsfrihet og diskrimineringsvern, noe som gjør at det på forhånd – på prinsipielt grunnlag - ikke *kan* fastslås at diskrimineringsvernet ikke gjelder i forbindelse med religionsundervisning. Videre mener Avdelingen at det i eksisterende rettskildemateriale på diskrimineringsområdet finnes sterke holdepunkter for at diskrimineringsvernet har et annet innhold og en annen rekkevidde i forbindelse med religionsundervisning enn det utvalget ser ut til å bygge på.

Spørsmål knyttet til ytringer og læremidler i trossamfunn/religiøse private skoler ble tematisert i Avdeling for kvinneretts utredning ”Unntaksbestemmelse for trossamfunn i likestillingsloven” foretatt på oppdrag av Barne- og likestillingsdepartementet i 2009. Vi finner grunn til å gjenta det som der ble skrevet om dette spørsmålet (punkt 3.3.5):

> **”3.3.5 Ytringer og læremidler – innholdsmessige skranker**
>
> Som utgangspunkt har en religiøs leder/lærer stor frihet til å bestemme over innholdet i forkynnelsen/religionsundervisningen. Dette er imidlertid bare et utgangspunkt. Både Bratterudsaken (Rt. 1984 s. 1359) og svensk høyesteretts sak NJA 2005 s. 805 omhandlet spørsmålet om hvorvidt krenkende ytringer rettet mot homofile, avgitt som ledd i religionsutøvelse (henholdsvis i en nærradiosending og under en preken), skulle anses som tillatte eller ulovlige. Det foreligger dermed grenser for hva som er tillatte ytringer, også der ytringene skjer som ledd i religionsutøvelsen.
>
> Religiøse lederes ytringer som innebærer krenkende utsagn mot kvinner, vil måtte vurderes opp mot unntaksbestemmelsen i likestillingsloven. Det kan tenkes utsagn som, etter en nærmere vurdering, vil falle utenfor unntaksbestemmelsen og som derfor vil være i strid med likestillingsloven. Dette kan for eksempel dreie seg om ytringer som innebærer en hets av ulike grupper kvinner, for eksempel kvinner som er skilte eller enslige mødre. Det kan for eksempel også tenkes at det i regi av trossamfunn finner sted oppfordringer til vold i hjemmet mot ”ulydige” kvinner eller døtre. I enkelttilfeller vil det både kunne foreligge brudd på likestillingsloven og på andre lovbestemmelser.
>
> Særlig sensitivitet i de rettslige avveiningene kreves i situasjoner der religiøse læremidler og ytringer retter seg mot barn, selv der dette skjer som ledd i religionsundervisning. Etter FNs barnekonvensjon foreligger det visse minstekrav til innholdet i undervisningen også for undervisning i private religiøse skoler ... Blant annet slås det fast i FNs barnekonvensjon artikkel 29 nr. 1 bokstav d at barnets utdanning skal ta sikte på *”å forberede barnet til et ansvarlig liv i et fritt samfunn i en ånd av forståelse, fred, toleranse, likestilling mellom kjønnene og vennskap mellom alle folkeslag, etniske, nasjonale og religiøse grupper og personer som tilhører urbefolkningen”*. Av artikkel 29 nr. 1 bokstav a følger at barnets utdannelse skal ta sikte på *”å utvikle barnets personlighet, talenter og psykiske og fysiske evner så langt det er mulig”*. I Barnekomiteens generelle kommentar nr. 1 ”The Aims of Education”, uttales følgende om innholdet i artikkel 29 nr. 1:

”Discrimination on the basis of any of the grounds listed in article 2 of the Convention, whether it is overt or hidden, offends the human dignity of the child and is capable of undermining or even destroying the capacity of the child to benefit from educational opportunities. While denying a child's access to educational opportunities is primarily a matter which relates to article 28 of the Convention, there are many ways in which failure to comply with the principles contained in article 29 (1) can have a similar effect. To take an extreme example, gender discrimination can be reinforced by practices such as a curriculum which is inconsistent with the principles of gender equality, by arrangements which limit the benefits girls can obtain from the educational opportunities offered, and by unsafe or unfriendly environments which discourage girls' participation… All such discriminatory practices are in direct contradiction with the requirements in article 29 (1) (a) that education be directed to the development of the child's personality, talents and mental and physical abilities to their fullest potential.”

Gjennom Barnekonvensjonen artikkel 29 nr. 1 oppstilles det dermed krav både til innholdet i læremidler og til innholdet i undervisningen for øvrig, også i tilknytning til religionsundervisning. Artikkel 29 nr. 1 skal videre overholdes i tilfeller der personer eller organisasjoner oppretter egne utdanningsinstitusjoner, jf. artikkel 29 nr. 2. At det skal stilles krav til innholdet i undervisningen, herunder læremidler, har også blitt understreket av FN-komiteen som overvåker statenes oppfølging av ØSK, som i sin generelle kommentar nr. 13 ”The right to education” uttalte at konvensjonens diskrimineringsforbud i artikkel 2 nr. 2 *”…applies fully and immediately to all aspects of education…”*. Disse bestemmelsene må dessuten forstås i lys av FNs kvinnekonvensjon, som retter særlig fokus mot jentebarns stilling og behovet for avskaffing av stereotype fremstillinger av kjønnene særlig i lærebøker, jf. konvensjonens artikkel 5 a) og artikkel 10 c). Barnekonvensjonen, ØSK og FNs kvinnekonvensjon sett i sammenheng trekker tydelig i retning av at det skal mer til før vilkårene i unntaksbestemmelsen i likestillingsloven § 3 er oppfylt når forkynnelse/undervisning retter seg mot barn i religiøse skoler enn når den retter seg mot voksne som ledd i forkynnelsen i trossamfunn. Jeg er dermed uenig med Diskrimineringslovutvalget som i sin utredning er av den oppfatning at likestillingsloven ikke kommer til anvendelse i religionsundervisning eller i læremidler som benyttes som ledd i religionsundervisning.

Religionsundervisning rettet mot barn finner også sted utenfor utdanningssystemet, for eksempel i forbindelse med søndagsskoleundervisning eller konfirmantundervisning. Hvem ytringer/undervisningen retter seg mot er et sentralt moment i vurderinger knyttet opp mot spørsmålet om unntaksbestemmelsen i likestillingsloven § 3 kommer til anvendelse eller ikke. Også i situasjoner utenfor utdanningssystemet bør terskelen for at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse være høyere dersom ytringer/undervisningsmateriell retter seg mot barn enn voksne.”

Avdelingen vil anbefale at Barne- og likestillingsdepartementet innarbeider disse sentrale vurderingene i sin beskrivelse av trossamfunns adgang til forskjellsbehandling i proposisjonen om en felles diskrimineringslov. Det bør særlig ses nærmere på teksten som beskriver adgangen til forskjellsbehandling i forbindelse med religionsundervisning.

Forslaget § 12 Diskrimineringsforbud m.v. i menneskerettskonvensjoner

Avdelingen har følgende kommentar til forslaget § 12, 2. ledd som lyder:

> ”Bestemmelser i menneskerettighetskonvensjoner inntatt i menneskerettsloven skal ved motstrid gå foran bestemmelsene i denne lov, jf. menneskerettsloven § 3.”

Ordlyden er etter Avdelingens oppfatning uheldig. Ved å fokusere på situasjoner med ”motstrid” mellom diskrimineringsloven og menneskerettighetene, skaper den et inntrykk av at den nye diskrimineringsloven er noe annet enn menneskerettigheter. I realiteten henger diskrimineringsvern og menneskerettigheter uløselig sammen: Diskrimineringsvern er jo en grunnleggende menneskerettighet.

Det kan være nyttig med en henvisning til menneskerettsloven, men denne bør av inntas av pedagogiske grunner og bør utformes i lys av dette.

Avdelingen foreslår i tråd med dette at bestemmelsen gis følgende utforming:

> ”**§12 De internasjonale menneskerettigheter**
>
> De forente nasjoners internasjonale konvensjon 21. desember 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering skal gjelde som norsk lov.
>
> For øvrig gjelder lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).”

Det bør også vurderes å ta bestemmelsen inn tidligere i loven, fordi menneskerettighetene danner et sentralt rammeverk for hele loven. Et alternativ er å innta bestemmelsen som ny § 2, som første bestemmelse etter lovens formål, eventuelt som en del av lovens formål i § 1.

3.2 Til kapittel 2 Aktive tiltak for å fremme likestilling

Forslaget § 12 Adgang til positiv særbehandling

Avdelingen vil i tilknytning til den foreslåtte bestemmelsen om positiv særbehandling gjøre oppmerksom på gruppeunntakene som er hjemlet i EU-kommisjonens forordning om statsstøtte til bedrifter, implementert i norsk rett 14 november 2008. Forordningens gruppeunntak gir rom for positiv særbehandling bl.a på grunnlag av kjønn for å fremme økonomisk innovasjon. Avdelingen anbefaler at dette innarbeides i forarbeidene til ny diskrimineringslov.

Forslaget § 14 Offentlige myndigheters plikt til å arbeide for likestilling

Punkt 17.3.1 i Diskrimineringslovutvalgets innstilling gir en knapp og overfladisk behandling av offentlige myndigheters plikt til å arbeide for likestilling. Avdelingen savner en utdyping og konkretisering av offentlige myndigheters forpliktelser etter internasjonal og norsk rett. Vi vil i det følgende rette oppmerksomheten mot to sentrale forhold som ikke er behandlet i innstillingen. Det første er offentlige myndigheters plikt til å informere om diskrimineringsvernet. Det andre er offentlige myndigheters fordeling av statsstøtte til næringsdrivende.

Det offentliges informasjonsplikt

En forutsetning for at individet kan benytte seg av diskrimineringsvernet er kunnskap om regelverket.[5] Statens plikt til å gjøre informasjon om borgernes rettigheter og forpliktelser tilgjengelig er en del av *g*jennomføringsforpliktelsen etter KDK art 2,3 og 5, SP art 2 og ØSK art 2 hvor det bl.a. stilles krav om tilgjengelighet og forståelighet. Av tilgjengelighetskravet følger et særlig ansvar overfor grupper som mangler språk og samfunnskunnskap. Av forståelighetskravet følger et ansvar for å gi informasjon på et språk og i en sosial og kulturell form som når fram til den aktuelle mottakergruppen.

Et pilotprosjekt om innvandrerkvinners kjennskap til diskrimineringsvernet i Oslo-regionene, foretatt av Avdelingen (KVIBALD) og Juridisk rådgivning for kvinner (JURK), avdekker et stort behov for kunnskap om diskrimineringsvernets innhold og håndheving.[6] Mange av kvinnene som deltok i undersøkelsen hadde opplevd trakassering og problemer i forhold til bolig og arbeid. Så å si ingen av kvinnene som deltok i den oppsøkende rettsinformasjonsundersøkelsen kjente til likestillingsloven og diskrimineringsloven eller hadde hørt om likestillings- og diskrimineringsombudet.

Avdelingen vil på denne bakgrunn anbefale at det offentliges plikt til å informere om diskrimineringsvernet utredes og konkretiseres i forarbeidene til ny diskrimineringslov.

Offentlige myndigheters fordeling av statsstøtte til næringsdrivende

Diskrimineringslovutvalgets utredning av offentlige myndigheters aktivitetsplikt er begrenset til det offentliges ansvar som arbeidsgiver. Utvalget overser det offentliges forvaltning av statsstøtte med sikte på økt økonomisk innovasjon, herunder gjennomføringen av målsettingen om at kvinner skal være en prioritert gruppe ved tildeling av etablererstipend og støttet til videreutvikling av eksisterende bedrifter.[7] Avdelingen gjør i denne sammenheng oppmerksom på EU-kommisjonens forordning som omhandler hvilke former for statsstøtte til bedrifter som skal anses å være i tråd med EU-retten. Forordningen, som ble implementert i norsk rett 14. november 2008, omfatter

[5] Tina Nordstrøm "Minoritetskvinners rett til rettighetsinformasjon", Kvinnerettslig skriftserie nr.81 2009

[6] Innvandrerkvinners kunnskap om diskrimineringsvernet er en sentral del av Forskningsprosjektet Fra formelle til reelle rettigheter, som er finansiert av NFRs IMER program og utført av KVIBALD, under ledelse av professor Anne Hellum og med forsker Tina Nordstrøm som prosjektutøver. Se prosjektets hjemmeside http://www.jus.uio.no/ior/forskning/prosjekter/formelltilreell/

[7] For en grundig utredning se Ragnhild Vadas doktorgrad Satsing på kvinner som næringsutøvere. Næringsretteded økonomiske støtteordninger som likestillingsfremmende tiltak, Fagbokforlaget 2007.

en rekke generelle gruppeunntak som gir rom for positiv særbehandling. Behovet for å oppmuntre kvinnelige entrepenører til å opprette foretak med sikte på de særlige formene for markedssvikt som kvinner står overfor, framheves i introduksjonen til forordningen.

Avdelingen vil på denne bakgrunn anbefale at offentlige myndigheters ansvar for å gjennomføre målsettingen om å øke kvinneandelen ved tildeling av etablererstipend og videreutvikling av eksisterende bedrifter innarbeides i forarbeidene til ny diskrimineringslov.

Forslaget § 17 Læremidlers innhold

Utvalgets forslag til § 17 har følgende ordlyd: ”I skole og annen undervisningsinstitusjon skal læremidler som nyttes bygge på likestilling mellom kjønnene.”

Etter Avdelingens oppfatning bør likestillingskravet, i tråd med barnekonvensjonen (BK) og ØSk, også omfatte muntlig undervisning. Vi viser i denne sammenheng til artikkel 29 nr. 1 i barnekonvensjonen som oppstiller krav om likestilling både i forhold til innholdet i læremidler og innholdet i undervisningen for øvrig. At det skal stilles krav til innholdet i undervisningen, herunder læremidler, har også blitt understreket av FN-komiteen som overvåker statenes oppfølging av ØSK, som i sin generelle kommentar nr. 13 ”The right to education” uttalte at konvensjonens diskrimineringsforbud i artikkel 2 nr. 2 *”…applies fully and immediately to all aspects of education.…”*.

3.3 Til kapittel 3 og 4 Universell utforming og individuell tilrettelegging. Særlige regler om ansettelsesforhold

Forslaget §§ 20, 21 og 27 individuell tilrettelegging for personer med nedsatt funksjonsevne

Tilrettelegging for enkeltpersoner er viktig i arbeidet for å sikre et individuelt diskrimineringsvern, ikke minst i arbeidslivet. Diskrimineringslovutvalget foreslår i §§ 20, 21 og 27 bestemmelser som gjelder tilrettelegging for personer med nedsatt funksjonsevne.

Diskrimineringslovutvalget foreslår å begrense disse bestemmelsene til personer med nedsatt funksjonsevne uten noen nærmere begrunnelse. Etter Avdelingens oppfatning gjør tilsvarende hensyn seg gjeldende i forhold til de andre diskrimineringsgrunnlagene.

I lys av foreløpige erfaringer fra forskningsprosjektet Fra formelle til reelle rettigheter, som tar for seg innvandrerkvinners diskrimineringsvern, vil Avdelingen fremheve denne

gruppens særlige behov for individuell tilrettelegging på arbeidsplassen.[8] Denne pågående studien, som tar for seg aktivitetspliktens gjennomføring på to arbeidsplasser, viser at mange minoritetskvinner har problemer med å nyttiggjøre seg eksisterende tilretteleggingstiltak.[9] Dette synes å henge sammen med at de er for generelt utformet og ikke tilpasset det enkelte individs livs- og arbeidssituasjon. I tillegg til generelle språkopplæringstiltak og fadderordninger blant ansatte synes det å være behov for individuell oppfølging i tilknytning til rekrutterings- og ansettelsesprosesser.

Avdelingen vil på denne bakgrunn anbefale at det i den nye diskrimineringsloven, eventuelt i forskift, vurderes å utvide retten til individuell tilrettelegging til å omfatte flere diskrimineringsgrunnlag enn nedsatt funksjonsevne.

Forslaget § 26 Arbeidsgivers plikt til å arbeide for likestilling
Avdelingen støtter den foreslåtte utvidelsen av arbeidsgivers aktivitetsplikt i § 26 til å arbeide for likestilling i forhold til alle lovens opplistede diskrimineringsgrunnlag.

§ 48 Håndheving av arbeidsgivers aktivitetsplikt etter § 26
Bestemmelsen i § 48 er ny. Det foreslås at håndhevingen av arbeidsgivers aktivitetsplikt overtas av Arbeidstilsynet.

Avdelingen ser fordeler med at aktivitetsplikten integreres i Arbeidstilsynets ordinære tilsyn med helse-, miljø og sikkerhetsarbeid etter arbeidsmiljøloven § 18-1. På den annen side har Ombudet og Nemnda, gjennom behandlingen av individklager på arbeidslivets område, betydelig innsikt i strukturelle forhold som fører til individuell diskriminering. En fare ved en oppsplitting av det individuelle og strukturelle diskrimineringsvernet er at viktige kompetanse vedrørende sammenhengen mellom de to diskrimineringsformene går tapt. Avdelingen er således ikke overbevist om at en overføring til Arbeidstilsynet vil medføre en styrking.

Diskriminering av deltids- og midlertidige ansatte

[8] Innvandrerkvinners kunnskap om diskrimineringsvernet er en sentral del av Forskningsprosjektet Fra formelle til reelle rettigheter, som er finansiert av NFRs IMER program og utført av KVIBALD, under ledelse av professor Anne Hellum og med forsker Tina Nordstrøm som prosjektutøver. Se prosjektets hjemmeside http://www.jus.uio.no/ior/forskning/prosjekter/formelltilreell/

[9] Aktivitetspliktens betydning for innvandrerkvinners vern er en del av Forskningsprosjektet Fra formelle til reelle rettigheter, som er finansiert av NFRs IMER program og utført av KVIBALD, under ledelse av professor Anne Hellum og med vit.ass. Mali Ashmyr som en av prosejktutøverne. Se prosjektets hjemmeside http://www.jus.uio.no/ior/forskning/prosjekter/formelltilreell/

Det foreslås i NOU 2009:14, s. 178, å beholde vernet mot diskriminering av deltidsarbeidende og midlertidig ansatte i arbeidsmiljølovens § 13-1 tredje ledd med klagebehandling i Tvisteløsningsnemnda og Arbeidstilsynet. Utvalgets begrunnelse for ikke å ta forbudet inn i en ny samlet diskrimineringslov er at "deltids- og midlertidig ansettelse ikke er et diskrimineringsgrunnlag etter menneskerettskonvensjonene." Deltid og midlertidig ansettelse utgjør etter Utvalgets oppfatning "et element i personens ansettelsesavtale, som regulerer avtalens opphør eller som fastsetter arbeidstakerens plikter og rettigheter."

Avdelingen vil bemerke at det i hovedsak er kvinner (75%), innvandrere og personer med funksjonsnedsettelse som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt. Det er således en nær sammenheng mellom diskrimineringsgrunnlagene kjønn, etnisitet og nedsatt funksjonsevne og indirekte diskriminering av deltidsarbeidene og midlertidig ansatte. FNs kvinnekomite behandler individuell og strukturell diskriminering av deltidsarbeidende og midlertidig ansatte som en del av det generelle forbudet mot arbeidslivsdiskriminering i artikkel 11. Komiteen har i sin behandling av Norges 5,6 og 7 rapport vært opptatt av sammenhengen mellom den høye andelen kvinner som arbeider deltid og kjønnsulikhet i forhold til lønn og pensjoner.

En fordel med å innarbeide diskriminering av deltids- og midlertidige ansatte i en ny samlet diskrimineringslov er at ombudet og nemnda har opparbeidet omfattende kompetanse når det gjelder ulike former for arbeidslivsdiskriminering på grunnlag av kjønn, etnisitet og nedsatt funksjonsevne. Ombudet har i henhold til § 31 i ny diskrimineringslov en pådriverrolle for alle de lovfestede diskrimineringsgrunnlagene. Diskriminering av deltids- og midlertidig ansatte er et fenomen som krever at individuelle og strukturelle forhold ses i sammenheng. En oppsplitting mellom flere håndhevingsorgan kan i praksis motvirke en slik synergieffekt.

Diskrimineringslovutvalgets forslag om å beholde vernet mot diskriminering av deltids- og midlertidig ansatte i arbeidsmiljøloven forutsetter en styrking av håndhevingsorganenes diskrimineringsrettslige kompetanse. En undersøkelse av Tvisteløsningsnemndas saker om deltidsansattes fortrinnsrett til stillingsutvidelse, jf aml § 14-3 for årene 2006 og 2007 (som gjaldt kvinner) viste at Tvisteløsningsnemnda ikke trakk likestillingsloven eller FNs kvinnediskrimineringskonvensjon artikkel 5a inn i fortolkningen av aml § 14-3.[10] Tvisteløsningsnemndas diskrimineringsrettslige kompetanse kan styrkes gjennom oppnevning av et medlem med spesialkompetanse på diskriminerings- og likestillingsrettensområde.

3.4 Til kapittel 6 Håndhevingsorganene. Ombudet, nemnda m.m.

§ 33 Ombudets tilsyn med internasjonale forpliktelser

[10] Se Helga Aunes doktorgrad Deltids- og midlertidig ansattes vern mot individuell og strukturell diskriminering, Universitetet i Oslo 2008, s 214

Som en videreføring av diskrimineringsombudsloven § 1 tredje ledd foreslås det i § 33 at ombudets tilsyn med internasjonale forpliktelser skal omfatte:

> ” De forente nasjoners internasjonale konvensjon 18. desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner og De forente nasjoners internasjonale konvensjon 21. desember 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering.”

Det er i dag seks sentrale menneskerettskonvensjoner som er inkorporert i lovgivningen og som inneholder forbud mot diskriminering: Den europeiske menneskerettskonvensjon, FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, FNs barnekonvensjon, FNs kvinnekonvensjon og FNs rasediskrimineringskonvensjon. Alle konvensjonene inneholder bestemmelser som har betydning for innholdet i vernet mot diskriminering.

I og med at det foreslås en generell diskrimineringslov, bør ombudets tilsyn med internasjonale menneskerettigheter, etter Avdelingens oppfatning, ikke begrenses til kun å omfatte to av de seks inkorporerte konvensjoner som forbyr diskriminering. Hensynet til et enhetlig diskrimineringsvern taler etter Avdelingens oppfatning for at Ombudets tilsyn ikke begrenses til RDK og KDK.

En bestemmelse om Ombudets tilsyn med internasjonale forpliktelser kan formuleres slik:

> ”Ombudet skal føre tilsyn med at norsk rett og forvaltningspraksis er i samsvar med beskyttelsen mot diskriminering i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner som er inkorporert i norsk rett.”

Formuleringen omfatter både de fem konvensjonene som er inkorporert gjennom menneskerettsloven (Den europeiske menneskerettskonvensjon, FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, FNs barnekonvensjon og FNs kvinnediskrimineringskonvensjon) og FNs rasediskrimineringskonvensjon som foreslås inkorporert gjennom den nye loven.

3.5 Forslag til endringer i Grunnloven

Avdelingen støtter flertallets forslag om en egen bestemmelse i Grunnloven som slår fast retten til vern mot diskriminering og statens plikter i denne forbindelse. Flertallets forslag er i tråd med menneskerettsloven som medfører at det menneskerettslige diskrimineringsvernet etter de inkorporerte konvensjoner skal gå foran dersom det oppstår kollisjon med annen norsk rett. Flertallets forslag utgjør således den mest lojale gjennomføringen av Norges menneskerettslige forpliktelser på diskrimineringsrettens område.

Til mindretallets forslag, som går ut på at nærmere bestemmelser om vern mot diskriminering "skal fastsettes ved lov" vil vi påpeke at dette alternativet vil gi diskrimineringsvernet en svakere formell forankring i Grunnloven enn det som gjelder for andre menneskerettigheter som er inntatt i Grunnloven, slik som retten til ytringsfrihet eller retten til religionsfrihet. En slik løsning vil således gi en svært uheldig signaleffekt. Mindretallets forslag er også egnet til å skape tvil om diskrimineringsvernets status i norsk rett. Avdelingen er derfor tilfreds med at utvalgets flertall ikke gikk inn for en slik løsning men ønsket en Grunnlovsbestemmelse som kan påberopes direkte av private parter.

I tråd med Avdelingens bemerkning til Diskrimineringslovutvalgets forslag til ny diskrimineringslov § 1 og § 4 foreslår Avdelingen at formuleringen "andre lignende vesentlige forhold" i flertallets forslag til ny bestemmelse i 110 d i Grunnloven erstattes med "annen status", eventuelt "stilling forøvrig". Se forøvrig Avdelingens kommentarer til forslaget til ny § 1.

3.6 Tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK

Avdelingen støtter mindretallets forslag om at Norge bør ratifisere tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK. De viktigste hensynene er etter vår oppfatning:

- Hensynet til et enhetlig vern: nasjonalt, regionalt og internasjonalt
- Hensynet til individets rettsvern
- Hensynet til effektiv gjennomføring
- Hensynet til Norges troverdighet og legitimitet i internasjonal menneskerettssammenheng.

Hensynet til et enhetlig vern, nasjonalt, regionalt og internasjonalt
En grunnleggende svakhet ved diskrimineringsvernet etter EMK er at artikkel 14, til forskjell fra SP artikkel 26 og KDK artikkel 1, er av aksessorisk karakter. [11] Bestemmelsen kommer kun til anvendelse dersom et saksforhold faller innenfor en av konvensjonens øvrige bestemmelser. Da tilleggsprotokoll nr. 12 trådte i kraft i 2005 fikk EMK et selvstendig forbud mot diskriminering, som kan påberopes uavhengig av om et tilfelle faller innenfor en av konvensjonens øvrige bestemmelser eller ikke. Det regionale menneskerettighetsvernet etter EMK kom med dette på linje med SP og KDK. Avdelingen mener at hensynet til et enhetlig diskrimineringsvern taler for ratifikasjon av tilleggsprotokoll 12 etter EMK. Ettersom Norge allerede har inkorporert SP og KDK i menneskerettsloven innfører ikke tilleggsprotokollen noen nye materielle forpliktelser for Norge. Det er således vanskelig å se noen tungtveiende saklig grunn til å unnlate å ratifisere protokollen.

Hensynet til å styrke individets vern

[11] Se for eksempel Oddný Mjöll Arnardóttir "Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights" 2003 s. 36.

Avdelingen vil understreke protokollens betydning for individenes rettsstilling og anser hensynet til å styrke individers vern mot diskriminering som det bærende hensyn i utformingen av tilleggsprotokollen.

Flertallet i Diskrimineringslovutvalget argumenterer med at "det er usikkert hva Norge forplikter seg til hvis protokollen ratifiseres" (s. 299). Juridiske personers mulighet til å påberope seg tilleggsprotokollen innebærer etter Utvalgsflertallets oppfatning "en nokså betydelig utvidelse av diskrimineringsvernet i forhold til situasjonen etter konvensjonens artikkel 14" (s. 297). Avdelingen er sterkt uenig i dette synspunktet. Juridiske personer kan allerede i dag påberope seg diskrimineringsvern etter EMK artikkel 14. En eventuell usikkerhet knyttet til juridiske personers påberopelse av tilleggsprotokollen kan etter Avdelingens oppfatning ikke veie tyngre enn hensynet til individets rettsvern som er det bærende prinsipp i tilleggsprotokollen.

En mellomløsning, som etter Avdelingens oppfatning bør vurderes, er at Norge ratifiserer tilleggsprotokollen, men tar forbehold om at det bare er individer som skal kunne påberope seg protokollens bestemmelser. På denne måten vil individene sikres et generelt diskrimineringsvern og effektiv håndheving etter EMK, samtidig som man fjerner den eventuelle usikkerhet som knytter seg til juridiske personer. Da blir det også helt klart at staten ikke påtar seg mer vidtrekkende plikter enn det som allerede følger av diskrimineringsforbudene i EMK artikkel 14 og SP artikkel 26.

Hensynet til effektiv gjennomføring

Norge er allerede menneskerettslig forpliktet til å overholde diskrimineringsforbudet i SP artikkel 26. Om forholdet mellom SP artikkel 26 og EMK tilleggsprotokoll nr. 12 sier Diskrimineringslovutvalget følgende, se NOU 2009:14 s. 297:

> "Det kan spørres hvor mye nytt en ratifikasjon av tilleggsprotokollen vil tilføre av materielt rettslig vern mot diskriminering i forhold til gjeldende forpliktelser. SP artikkel 26 er norsk lov, som følge av at menneskerettsloven har inkorporert konvensjonen. Statenes forpliktelser etter SP artikkel 26 kan fortolkes slik at de går lenger enn tilleggsprotokoll nr. 12 EMK fordi retten til likebehandling ikke er begrenset til «any right set forth by law».
>
> En viktig forskjell mellom diskrimineringsvernet etter SP artikkel 26 og tilleggsprotokoll nr. 12 er knyttet til håndhevingsmekanismene. For stater som har ratifisert tilleggsprotokoll til SP om individuell klagerett, kan individer bringe saker om diskriminering inn for FNs menneskerettighetskomité. Uttalelsene fra menneskerettighetskomiteen er imidlertid ikke rettslig bindende for statene. Ved ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 EMK derimot, kan saker om diskriminering bringes inn av enkeltpersoner for menneskerettsdomstolen, som kan avsi en dom. En dom er rettslig forpliktende for den stat som blir domfelt."

På det materielle plan antas det ikke å foreligge store forskjeller mellom SP artikkel 26 og EMK tilleggsprotokoll nr. 12. Det er prosessuelle forhold knyttet til håndheving av konvensjonsplikter som er ulikt etter de to konvensjonene: EMD har en sterkere formell kompetanse overfor konvensjonspartene enn det som er tilfellet for FNs menneskerettskomité.

Avdelingen er av den oppfatning at dette er et argument som taler *for* norsk ratifikasjon av tilleggsprotokollen. På det materielle plan er Norge allerede forpliktet av et generelt diskrimineringsforbud i SP artikkel 26. *At det ikke dreier seg om å pålegge staten nye materielle plikter taler for en lavere terskel for ratifikasjon i dette tilfellet enn om det hadde vært snakk om innføring av nye materielle plikter.* Ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK vil kunne gjøre et allerede eksisterende generelt diskrimineringsforbud mer effektivt gjennom den håndhevingskompetansen EMD er gitt.

Hensynet til Norges legitimitet i internasjonal menneskerettssammenheng
Tilleggsprotokollen har allerede vært i kraft siden 1. april 2005, men er kun ratifisert av 17 av Europarådets medlemsland. Protokollen trenger drahjelp for å kunne spille den rolle den var tiltenkt. Norske myndigheter anser seg i internasjonal og utviklingsmessige sammenheng som en menneskerettslig pådriver. Hensynet til Norges legitimitet og troverdighet i det internasjonal sammenheng, og særlig innenfor Europarådet, taler for ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK.

Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett (KIVBALD)
30.12.09

Anne Hellum
Professor dr. juris
Avdelingsleder

Vibeke Blaker Strand
Stipendiat