

Grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet

Sikring av eit reelt individvern



Ingunn Solheim

Kvinnerettslig skriftserie nr. 88

Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett
(KVIBALD)

Universitetet i Oslo

2012



Avdeling for kvinnerett

Kvinnerettslig skriftserie nr. 88

Tittel: Grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet. Sikring av eit reelt individvern

Forfatter: Ingunn Solheim

År: 2012

Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett (KVIBALD)

Institutt for offentlig rett

Universitetet i Oslo

Postboks 6706 St. Olavs plass

0130 Oslo

Besøksadresse:

Domus Nova 6. etg.

St. Olavs plass

E-post:

womens-law@jus.uio.no

Nettsiden:

<http://www.jus.uio.no/ior/forskning/omrader/kvinnerett/index.html>

Editor: Professor Anne Hellum

ISSN: 1891-5183

Innhald

<u>1</u>	<u>INNLEIING</u>	<u>5</u>
1.1	Tema og hovudproblemstilling	5
1.1.1	Kvifor er temaet aktuelt?	6
1.2	Perspektiv og føremål	8
1.2.1	Individretta menneskerettsleg perspektiv	8
1.2.2	Føremål	9
1.2.3	Kva slags menneskerettar?	10
1.3	Avgrensingar	11
1.4	Metode og val av opplegg for framstillinga	12
1.5	Rettskjelder	14
1.5.1	Internasjonale kjelder	14
1.5.2	Nasjonal lovgjeving	15
1.5.3	Forarbeid	16
1.5.4	Rettspraksis, internasjonale dommar og komitéfråsegner	16
<u>2</u>	<u>GRUNNLOVA OG DISKRIMINERINGSVERNET</u>	<u>17</u>
2.1	Likskapstanken i Grunnlova – 1814	17
2.2	Nokre grunnlovsforslag om ikkje-diskriminering – utviklingslinjer	19
2.2.1	70-talet: Grunnlovsfesting av likestillingsprinsippet	19
2.2.2	2004: ”Usagelig Forskjællsbehandling”	20
2.2.3	2008: ”Ingen maa udsættes for Diskriminering”	23
2.2.4	Lovutval med eige initiativ til grunnlovsføresegn	25
2.2.5	Samanfatning	26
2.3	Konsekvensar av eit manglande diskrimineringsvern i Grunnlova?	26
2.3.1	Tilbakeverknadssakene	27
2.3.2	Ytringsfridomssaker	32
2.4	Grunnlova § 110 c	36

3.1	Innleiing	37
3.2	Sentrale utviklingslinjer	38
3.2.1	Menneskerettane i norsk rett	38
3.2.2	Tilbakehalden gjennomføring av menneskerettane	40
3.2.3	Ei samla diskrimineringslov?	41
3.3	Overordna om diskrimineringsvernet	42
3.3.1	Direkte og indirekte diskriminering	42
3.3.2	Strukturell, multipel og interseksjonell diskriminering	44
3.3.3	Lovleg forskjellsbehandling	47
3.3.4	Positiv særbehandling	48
3.3.5	Sakleg, nødvendig og proporsjonalt	50
3.3.6	Særtrekk ved dei ulike grunnlaga	51
3.4	Fire hovudaspekt for vidare framstilling	52
3.5	Diskrimineringsgrunnlaga	53
3.5.1	Klare grunnlag: Kjønn, religion og etnisitet, nedsett funksjonsevne	53
3.5.1.1	Kjønn	53
3.5.1.2	Nedsett funksjonsevne	54
3.5.1.3	Etnisitet mv	54
3.5.1	Uklart grunnlag: ”other status”	55
3.5.1.3	FN-Konvensjonar (SP og ØSK)	56
3.5.1.4	EMK	58
3.5.1.5	Norsk rettspraksis	59
3.5.1.6	Er diskrimineringsgrunnlag framleis eit vilkår?	59
3.5.2	Særleg om seksuell orientering	61
3.6	Verkeområde	62
3.6.1	Vidt verkeområde	62
4.5.1.1	Kjønn	62
4.5.1.2	Nedsett funksjonsevne	64
4.5.2	Mindre vidt virkeområde: Etnisitet og religion mv	65
3.7	Vilkår for forskjellsbehandling – ein terskel	67
3.7.1	Låg terskel: Kjønn	67
3.7.2	Høgare terskel: Etnisitet og religion mm og nedsett funksjonsevne	68

3.8	Samanfatning	70
3.9	Særleg om delt bevisbyrde	70
4	<u>GRUNNLOVSFORSLAGA FRÅ DISKRIMINERINGSLOVUTVALET</u>	73
4.1	Innleiing	73
4.2	Modell 1: Den vide føresegna	73
4.3	Modell 2: Fleirtalet sin regel	74
4.4	Modell 3: Symbolføresegna	75
5	<u>STATSPLIKT KNYTT TIL GRUNNLOVSFESTING?</u>	77
5.1	Innleiing	77
5.2	Handhevingsorgana sin metode	78
5.3	Komitéfråsegner si vekt overfor lovgjevar	79
5.4	KDK-komiteen	80
5.4.1	Statsplikta etter KDK	81
5.4.2	KDK-komiteen sine konkluderande kommentarar til Noreg	85
5.5	RDK-komiteen	87
5.5.1	Statsplikta etter RDK	88
5.5.2	RDK-komiteen sine konkluderande kommentarar til Noreg	88
5.5.3	Særleg om forbodet mot rasistiske organisasjonar etter RDK art 4 b)	90
5.6	Kommentarar om statsplikt til andre nordiske land	92
5.6.1	Sverige	93
5.6.2	Finland	95
5.7	Samanfatning	96
6	<u>SENTRALE OMSYN</u>	97
6.1	Innleiing	97

6.2	Omsyn bak diskrimineringsvernet – likskap, likeverd og rettferd	98
6.2.1	Teorien om grunnverdiar	98
6.2.2	Omsyna i rettsbruken	101
6.2.3	Diskrimineringsvernet – det moderne menneskeverdet?	102
6.3	Omsyn bak grunnlovsfesting	105
6.3.1	Symbolverdi	105
6.3.2	Omsyn til klarheit	107
6.3.3	Demokratiomsynet	110
6.3.3.1	Fleirtalstyre og suverenitet	111
6.3.3.2	Rettigheitsdemokratiet	114
6.3.4	”Forutberegnelighet” og rettsstat	116
6.3.5	Samanfatning	118
6.4	Folkerettslege omsyn	118
6.4.1	Lojalitet og effektivitet	119
6.4.2	Føremålet om integrasjon	120
7	<u>KORLEIS KAN FØRESEGNA UTFORMAST?</u>	<u>122</u>
7.1	Innleiing	122
7.2	Individrett eller symbolregel?	122
7.3	Verkeområde	123
7.4	Diskrimineringsgrunnlag i Grunnlova	125
7.4.1	Grunnlag, eller ikkje?	125
7.4.2	Kva slags grunnlag?	127
7.4.3	Other status	128
7.5	Terskel for forskjellsbehandling	128
7.6	Om prøvingsretten	129
8	<u>AVSLUTNING</u>	<u>134</u>
9	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>135</u>

1 Innleiing

1.1 Tema og hovudproblemstilling

Retten til å vere den du *er* og ikkje bli hindra i å delta som eit likeverdig medlem i samfunnet, er heilt grunnleggande i all menneskerettsleg tankegang. Dette kjem positivrettsleg til uttrykk i ei rekkje nasjonale lover og internasjonale menneskerettskonvensjonar som vernar individa mot diskriminering. Føremålet til diskrimineringsføresegnene er å gje eit vern mot ulike former for usakleg og urimeleg forskjellsbehandling.¹ I bruken av ordet *vern* ligg det også at forskjellsbehandling i visse tilfelle er lov for å fremje grunnleggande rettar. Rettsreglane skal også vere pådrivarar for eit inkluderande og mangfaldig samfunn. Likevel følgjer ikkje Grunnlova² opp dette individvernet.

Det har vore gjort fleire forsøk på å gje diskrimineringsvernet og andre menneskerettar plass i Grunnlova. Men etter snart 200 år har ikkje det nødvendige fleirtalet som Grl § 112 krev, klart å samle seg om å vedta eit grunnlovsfesta vern mot diskriminering. ”*Tenk menneskerettigheter som rettsgrunnlaget for vår statsform.*”, skriv Carsten Smith når han argumenterer for ei *styrking* av menneskerettane i Grunnlova.³

I denne oppgåva er det *grunnlovsfesting av retten til ikkje å bli diskriminert* som er tema. Og hovudproblemstillinga er *korleis innføring av eit diskrimineringsvern i Grunnlova kan styrke vernet i norsk rett.*

¹ Denne definisjonen er for enkel, men tener til hjelp for tanken innleiingsvis. Seinare vil eg utdjupe.

² Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grl.)

³ Jf. Smith, C (2006) s. 247

1.1.1 Kvifor er temaet aktuelt?

17.mai 2014 blir ein grunnlovsdag der flagga kan heisast for å feire at ei av verdas eldste gjeldande grunnlover er 200 år. Flagga vil vaie over ein nasjon som ser heilt annleis ut enn den gjorde i 1814.

Noreg er i dag ein fleirkulturell og mangfaldig nasjon med utfordringar knytt til integrering av folk med minoritetsbakgrunn⁴, eit kjønnsdelt arbeidsliv⁵ og hinder for folk med nedsett funksjonsevne i å sleppe til både i arbeidslivet og på andre samfunnsområde⁶. Også alvorlege krenkingar og vald basert på fordommar mot homofile og folk som ikkje er etnisk norske, finn stad.

Vi lev også i ei tid der individa sine rettar og vern mot overgrep kan bli trua av ein rettsstat som tek i bruk skjerpa middel i kampen mot til dømes terrorisme ved auka bruk av overvaking og strengare straffer.

Men har Grunnlova ei rolle i møte med desse utfordringane?

Denne oppgåva tek utgangspunkt i at svaret er ja. Grunnlova kan både gje uttrykk for symbolverdiar og sikre individet sine grunnleggande rettar mot eit framtidig fleirtal som kan ynskje å *svække* slike rettar.⁷ Carsten Smith uttrykkjer det slik: *”Det er tid for å sørge for at vintertøyet er i orden”*⁸ Ei oppfølging av denne oppmodinga er å gjere ei rettsleg og rettspolitisk vurdering av korleis vern mot diskriminering kan utformast i Grunnlova.

⁴ Jf. NOU 2011: 7 ”Velferd og migrasjon” Det blir opplyst at nesten 50% av alle innvandarane i Noreg har opplevd diskriminering.

⁵ Jf. NOU 2008: 6 ”Kjønn og Lønn”, særleg kap 3.

⁶ Jf. St.meld. nr. 40 (2002-2003) Det blir opplyst at over 50% av personar med nedsett funksjonsevne er utanfor arbeidslivet.

⁷ Jf Aall (2007) s. 21

⁸ L.c.

Det er også to konkrete prosessar, som ikkje er avslutta, som ligg til grunn for mitt val av tema.

For det første går lovutvalet⁹ i ”*NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern*” inn for ei felles diskrimineringslov¹⁰ og dessutan å grunnlovsfeste diskrimineringsvernet. Utvalet skulle i følgje mandatet først vurdere om det er nødvendig med ei grunnlovsfesting og deretter konsekvensar av ei slik grunnlovsfesting.¹¹ Det er lagt fram tre modellar til ei grunnlovsføresegn, og fleirtalet i utvalet samla seg om ein av modellane.

Den andre prosessen finn stad i menneskerettsutvalet som er nedsett av Stortinget for å fremje forslag til ein avgrensa revisjon av Grunnlova med mål om å styrke menneskerettane.¹² Dette utvalet har fått diskrimineringslovutvalet sine forslag til orientering.¹³

Menneskerettsutvalet har som mandat å: ”*utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven med det mål å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang*”. Utvalet skal altså både ta stilling til kva som er sentrale menneskerettar og utforme forslag til nye føresegner eller endringar i Grunnlova som skal styrke desse rettane i norsk rett. Utvalet har så langt ikkje levert frå seg offentlege dokument eller rapportar.¹⁴ Men utvalsmedlem og høgsterettsdommar Hilde Indreberg har opplyst at utvalet mellom anna drøftar grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet.¹⁵

Den politiske viljen til å revidere Grunnlova for å gje ho ei tydelegare menneskerettsleg forankring ved å innføre fleire individrettar, synest ut i frå dette å vere stor. Men frå politisk vilje til rettsleg gjennomføring, kan vegen vere lang.

Spørsmål om innføring og utvikling av menneskerettane, til dømes konvensjonar som heimlar diskrimineringsvernet, har vore omstridd i norsk politikk og dermed også i lovgjevinga. I det

⁹ Heretter kalla ”diskrimineringslovutvalet”

¹⁰ Diskrimineringsvernet følgjer i dag av ei rekkje lover. Sjå kapittel 4

¹¹ Jf NOU 2009: 14 s. 32

¹² Jf vedtak i Stortingets presidentskap, 18. juni 2009. Sjå litteraturliste med nettside for mandatet.

¹³ Jf e-post frå utvalsekretær Elisabeth Vigerust, 24. mars 2011.

¹⁴ Per mai 2011

¹⁵ Lunsj i Konstitusjonell gruppe ved Institutt for offentlig rett, UiO, 8. nov. 2010

rettsvitenskaplege miljøet har debatten om menneskerettane si stilling i norsk rett vore langvarig, omfattande og til tider skarp. Innføringa av menneskerettslova¹⁶, som gir enkelte menneskerettskonvensjonar forrang, har opna for ein større debatt om kva slags forrang dette er og korleis menneskerettane står seg i møte med grunnlovsfesta rettar. Kan innføringa av sentrale menneskerettar i Grunnlova rydde opp og skape større semje om desse spørsmåla? Carsten Smith utelukkar ikkje at svaret på dette spørsmålet kan vere ja. Han skriv ”*Jeg ville anse det for å være fint om man kunne stå sammen i spørsmålet om grunnlovsrevisjon selv om diskusjonen av forrangsregelen har vært skarp.*”¹⁷

Sjølv om Grunnlova ikkje inneheld eit vern mot diskriminering, betyr ikkje det at norsk rett i realiteten ikkje sluttar seg til ikkje-diskriminering som eit grunnleggande prinsipp. Den vidare framstillinga vil likevel illustrere at sider ved diskrimineringsvernet i norsk rett kan seiast å vere uklare. Særleg gjeld dette i møte med andre grunnlovsfesta føresegner. Eit slikt syn hentar også støtte frå mandatet til menneskerettsvalet, som er å: ”*se de ulike grunnlovsbestemmelsene om menneskerettigheter i en sammenheng med tanke på en opprydding i og tilpassing av Grunnloven til dagens forhold.*”¹⁸

1.2 Perspektiv og føremål

1.2.1 Individretta menneskerettsleg perspektiv

Oppgåva har eit individretta menneskerettsleg utgangspunkt og perspektiv for vurderinga av korleis grunnlovsfesting kan styrke diskrimineringsvernet. Sentralt for dette perspektivet er *individet si rettsstilling*. Det er individet sin rett til vern mot diskriminering som vil leggest til grunn for vurderinga av om ei grunnlovsfesting vil føre til styrking eller svekking av vernet.

Den individretta diskrimineringsretten omhandlar fleire etablerte rettsdisiplinar. Døme er forvaltningsrett, kvinne- og likestillingsrett, arbeids- og utdanningsrett, sosialrett, EØS-rett og ikkje minst internasjonale menneskerettar.¹⁹ Frå å vere konsentrert om diskriminering ved

¹⁶ Lov nr 30 av 21.mai 1999, menneskerettslova (mskr1)

¹⁷ Smith, C (2006), s. 241

¹⁸ Sjå litteraturliste som viser til nettside for mandatet.

¹⁹ Hellum (2008), s.17

offentleg styremakt og i arbeidslivet, gjeld diskrimineringsvernet i dag på fleire samfunnsområde. Dette talar for eit *breitt* perspektiv på korleis og i kva samanhengar diskriminering kan finne stad når grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet skal drøftast. Også synet på *kven* som kan bli utsette for diskriminering, må vere breitt. Frå 70-talet, då det vart lagt fram forslag om å grunnlovsfeste likestilling mellom kjønna, har diskrimineringsvernet utvida seg til å gjelde fleire grupper av individ. Eg vil difor gjere vurderinga ut frå eit heilskapleg perspektiv der styrking og svekking av *fleire diskrimineringsgrunnlag*²⁰, vil bli vurderte.

Ved vurdering av grunnlovsfesting og utforming av ei føresegn, oppstår også forfatningsrettslege problemstillingar som eg vil drøfte ut frå det same individretta perspektivet. Dette følgjer mellom anna av at dersom eit diskrimineringsvern skal gje eit *effektivt* vern for individet, har utforminga av føresegna noko å seie for om domstolen kan kontrollere at ho blir handheva.

Det kan i utgangspunktet hevdast at grunnlovsfesting i seg sjølv, uavhengig av utforming, er ei styrking av diskrimineringsvernet. Det følgjer av den rangen Grunnlova har som vår øvste rettskjelde. Etter mitt syn er dette ei enkel og formalistisk tilnærming. Mitt utgangspunkt er at føremålet med eit individretta diskrimineringsvern er å oppnå *reelt* vern, og ikkje berre eit *formelt* vern. Eg vil difor legge til grunn at ei reell styrking også inneber krav til den materielle sida av ei slik grunnlovsføresegn og på dette grunnlaget drøfte sentrale problemstillingar som oppstår ved *utforminga* av ei slik føresegn.

1.2.2 Føremål

Føremålet med oppgåva er å drøfte korleis ei grunnlovsføresegn kan *utformast*. Ei slik vurdering vil kunne vere eit bidrag til ei grundigare politisk vurdering av spørsmålet *om* vernet skal grunnlovsfestast. Noreg står med utgangspunkt i suverenitetsprinsippet rettsleg fritt som nasjon til ikkje å innføre eit slikt vern i Grunnlova, sjølv om vernet følgjer av fleire

²⁰ Uttrykk for medfødde kjenneteikn eller identifikasjonskriterier ved ein person. Sjå elles oppgåva kap.3

sentrale menneskerettskonvensjonar.²¹ Det ligg utanfor denne oppgåva sitt føremål å ta stilling til den politiske vurderinga.

1.2.3 Kva slags menneskerettar?

Vernet mot diskriminering følgjer i dag av ei rekkje rettskjelder, både nasjonale og internasjonale. Eit spørsmål som oppstår er om det er det *nasjonale* eller det *internasjonale* vernet som skal vere utgangspunkt for å vurdere kva som vil utgjere ei *styrking*, men også ei *svekking* ved grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet.

Det generelle utgangspunktet for menneskerettsutvalet er å vurdere styrking av *menneskerettane*. Ein innfallsvinkel for vurderinga kunne difor vere å ta utgangspunkt i nasjonal lovgjeving for å *styrke dei "nasjonale" menneskerettane*. For denne oppgåva sitt føremål vil utgangspunktet då vere nasjonale lover som heimlar vern mot diskriminering. Etter nasjonal lovgjeving strekkjer vernet seg noko ulikt langt for dei ulike diskrimineringsgrunnlaga. Gjennom grunnlovsfesting vil ein kunne samle diskrimineringsvernet og styrke det ved å gje alle diskrimineringsgrunnlaga eit likt vern. Sagt på ein anna måte: Ein kan ynskje å heve dei nasjonale reglane, som er av menneskerettsleg art, til Grunnlovs rang og dermed oppnå ei styrking.

Men ein kan også tenkje seg å utgangspunkt i *det internasjonale menneskerettsvernet* for å styrke det nasjonale. Dette vernet følgjer av internasjonale rettskjelder, som FN-konvensjonar og Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen (EMK). For diskrimineringsvernet er også EØS/EF-retten relevant innanfor arbeidslivet. På nokre felt går diskrimineringsvernet etter desse kjeldene lenger enn det nasjonale. Vernet mot rasediskriminering inneheld etter internasjonal rett eit absolutt forbod mot rasistiske organisasjonar, noko som ikkje følgjer av norsk lovgjeving. Det internasjonale vernet gjeld også for fleire diskrimineringsgrunnlag. Ein kunne også ta utgangspunkt i EMK tilleggsprotkoll 12 (EMK TP12)²² som går lenger enn det nasjonale vernet, jf art. 1 som seier at "no one" skal diskriminerast. Dette blir tolka som ei

²¹ Sjå punkt 1.5

²² Tilleggsprotokollen ikkje ratifisert av Noreg.

utviding frå diskrimineringsvernet etter EMK art 14.²³ Ved ein slik innfallsvinkel kan ein hente inspirasjon frå internasjonale rettskjelder til å *utvide* vernet mot diskriminering i norsk rett.

Med utgangspunkt i at det nasjonalrettslege vernet i stor grad er utvikla frå internasjonale rettskjelder, er det vanskeleg å halde desse perspektiva skilde frå kvarandre. Det følgjer av at mykje av det internasjonale konvensjonsvernet allereie er gjort til norsk lov, gjennom menneskerettslova. Utviklinga på dette området vil, så lenge Noreg er bunde av desse konvensjonane, kunne påverke norsk rett. Det vil difor bli lagt til grunn for oppgåva at både nasjonal lovgjeving og internasjonale kjelder må trekkast inn i vurderinga av korleis ein kan styrke vernet gjennom grunnlovsfesting.

Dette synet hentar også støtte frå menneskerettsutvalet sin leiar, Inge Lønning, som i eit debattinnlegg skriv at spørsmålet utvalet jobbar ut frå, er om Grunnlova "[i]varetar (...) våre internasjonale konvensjonsforpliktelser"²⁴.

1.3 Avgrensingar

Vernet mot diskriminering er omtalt som ein grunnleggande individrett i menneskerettsleg samanheng og ein del av det menneskerettslege konseptet.²⁵ Eg vil difor avgrense mot spørsmålet om private rettssubjekt skal kunne utleie eit diskrimineringsvern frå grunnlova.²⁶ Med private rettssubjekt meiner eg verksemder, føretak og andre juridiske personar.

Andre eventuelle virkemiddel for å styrke diskrimineringsvernet vil eg ikkje vurdere. Her kunne det tenkjast at ein revisjon av Grunnlova §110 c eller menneskerettslova som verktøy for å styrke sentrale menneskerettar og spesielt diskrimineringsvernet, ville føre til ei styrking.

²³ Jf NOU 2009: 14, punkt 24.4.5

²⁴ Jf Dagsavisen, 22. februar 2011

²⁵ Sjå td Ketcher (2008), s 35

²⁶ Merk at EU/EØS-retten, WTO og andre handelskonvensjonar heimlar eit diskrimineringsvern for marknadsaktørar. Dette vernet blir ikkje utdjupa i oppgåva, men kan vurderast i ein større samanheng ved grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet.

Ein kunne også tenkje seg at å ratifisere og inkorporere EMK TP12, som gjer diskrimineringsvernet generelt og på den måten utvidar rekkevidda av vernet, kunne innebere ei styrking.²⁷ Fleirtalet i diskrimineringslovutvalet går ikkje inn for at Noreg bør ratifisere tilleggsprotokollen.²⁸ I denne oppgåva gjer eg heller ikkje ei omfattande vurdering av dette spørsmålet.

Til slutt kan det nemnast at i arbeidet mot diskriminering er ulike ikkje-rettslege tiltak også eigna. Haldningskampanjar og handlingsplanar er døme på dette. Slike tiltak vil ikkje bli vurderte.

1.4 Metode og val av opplegg for framstillinga

Eg gjer greie for sentral metodebruk og opplegg for framstilling samla. Årsaka til det er at metodebruken er noko forskjellig i dei ulike delane av framstillinga.

Hovudsakleg vil eg gjere ei rettsdogmatisk analyse av det gjeldande diskrimineringsvernet, både etter internasjonal og nasjonal rett. Til slutt i oppgåva vil eg gjere ei vurdering av utforminga av grunnlovsføresegna *de lege ferenda*.

Oppgåva tek eit breitt utgangspunkt og vurderer det individretta diskrimineringsvernet i ein heilskapleg kontekst. Dette er av to grunnar. For det første er diskrimineringsvernet etter gjeldande rett mangfaldig i seg sjølv. Ei avgrensa utgreiing, til dømes med utgangspunkt i eit diskrimineringsgrunnlag eller på bakgrunn av få rettskjelder, vil gje eit lite dekkande bilete av kva ei grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet omfattar. For det andre er det gjennom eit breitt perspektiv ein kan klare å fastslå og utforme felles *rettslege normer* ved dei ulike formene for diskrimineringsforbod. Etter mitt skjøn, er det desse normene lovgjevaren må ta stilling til ved grunnlovsfesting. Innvendinga mot eit slikt opplegg er at ein ikkje, innanfor grensene for ei slik oppgåve, klarar å gje ei utfyllande utgreiing av alle sider ved diskrimineringsvernet. I vurderinga av grunnlovsfesting, meiner eg likevel at opplegget vil gje

²⁷ EMK artikkel 14 heimlar ikkje eit sjølvstendig diskrimineringsforbod.

²⁸ Jf NOU 2009:18, punkt 24.7.2

ei forståing av dei viktigaste problemstillingane av rettsleg art som lovgjevaren seinare må ta stilling til.

Eg vil først gjere ei diskrimineringsrettsleg analyse av Grunnlova med det føremål å seie noko om kva rolle ikkje-diskrimineringsstanken hadde ved vedtakinga i 1814, kva argument som har vore brukte ved seinare grunnlovsforslag av eit vern mot diskriminering og korleis tidlegare arbeid med nasjonale diskrimineringslover har vurdert spørsmålet om grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet. Med utgangspunkt i at vernet mot diskriminering blir sett på som ein grunnleggande menneskerett, vil eg gå gjennom rettspraksis for å sjå kva rolle denne menneskeretten har spelt i møte med andre grunnlovsfesta menneskerettar (kap 2).

Vidare vil eg gjere greie for det gjeldande diskrimineringsvernet og kor langt det strekkjer seg etter menneskerettane og nasjonal lovgjeving. Her vil eg også gjere greie for sentrale utviklingslinjer innanfor diskrimineringsvernet og menneskerettane i norsk rett (kap 3).

Diskrimineringslovutvalet utarbeidde tre modellar for grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet. Men utvalet delte seg i eit fleirtal og eit mindretal i val av modell. Eg vil sjå på argumentasjonen og omsyna som vart lagt til grunn for dei to modellane, i tillegg til ei analyse av modellen som vart forkasta (kap 4).

Føresetnaden for gjennomføring av menneskerettar er at medlemsstatane *sjølv*, innanfor sitt eige rettssystem, gjer dette slik at individ og grupper kan gjere dei gjeldande. Konvensjonane gjev på litt ulike måtar uttrykk for ei plikt til å *respektare, sikre og oppfylle* rettane.²⁹ Denne folkerettslege statsplikta kviler på eit *lojalitetsprinsipp* og eit omsyn til *effektivitet*.³⁰ I kapittel 5 tek eg utgangspunkt i statspliktene etter to menneskerettskonvensjonar som er gjort til norsk rett og som heimlar eit diskrimineringsvern. Eg vil legge til grunn rapportar og fråsegner frå komiteane som er nedsette for å overvake gjennomføring av konvensjonane. Spørsmålet er om komiteane legg *føringar* for *om* og i så tilfelle *korleis* diskrimineringsvernet skal gjennomførast i norsk rett med utgangspunkt i grunnlovsfesting. Sagt med enklare ord: Følgjer det av menneskerettane ei plikt til å grunnlovsfeste diskrimineringsvernet?

²⁹ Sjø t.d. FN's kvinnediskrimineringskonvensjon (KDK) art. 2.

³⁰ Sjø t.d. FN's konvensjon om Sivile og Politiske rettar (SP) art. 2 (2), EMK art. 13 og Wien-konvensjonen art. 26.

I dette kapitlet vil eg også gjere greie for metoden konvensjonsorgana legg til grunn for føringane dei gjev statane gjennom fråsegner.

Ved grunnlovsfesting må det takast fleire *omsyn*. Oppgåva tek utgangspunkt i at vektlegging av omsyn som er eigna for å oppnå eit *reelt individvern* er sentrale i utforminga av ei grunnlovsføresegn. Men andre, også motstridande, omsyn gjer seg gjeldande. Debatten om menneskerettane si stilling i norsk rett har i stor grad handla om *omsynet til folkefleirtalet* der det har vore hevda at overnasjonale rettar og rettsorgan truar demokratiet ved å innskrenke lovgjevar sin handlefridom. Desse omsyna vil bli drøfta i kapittel 6.

På bakgrunn av desse analysene og drøftingane (kap 2 - 6) vil eg samle trådane og avslutte med ei vurdering av korleis føresegna *kan* utformast. Det er ikkje eit føremål å komme med eit ferdig formulert utkast, men gje eit svar på hovudproblemstillinga om *korleis* grunnlovsfesting kan *styrke* diskrimineringsvernet i norsk rett og kva som vil kunne føre til ei svekking.

1.5 Rettskjelder

1.5.1 Internasjonale kjelder

Prinsippet om ikkje-diskriminering er å finne i alt frå FN si internasjonale fråsegn om menneskerettane av 1948³¹ til sentrale menneskerettskonvensjonar som Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen (EMK), FN-konvensjonen om sivile og politiske rettar (SP), FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettar (ØSK) og til dei meir sektorretta konvensjonane som FN-konvensjonen mot diskriminering av kvinner (KDK), FN-konvensjonen mot rasediskriminering (RDK) og FN's barnekonvensjon (BK). I tillegg er prinsippet heimla i FN-konvensjonen om rettar for personar med nedsett funksjonsevne som er underteikna, men ikkje ratifisert av Noreg.

³¹ jf FN si internasjonale fråsegn om menneskerettane av 1948, art 2 og 7

Eg vil konsentrere meg særleg om RDK og KDK fordi dette er konvensjonar med ikkje-diskriminering som overordna føremål. Begge er inkorporerte i norsk rett³²

Også det EU-rettslege diskrimineringsvernet spelar inn. Særleg er det etnisitetsdirektivet³³, rammedirektivet om likebehandling i arbeidslivet³⁴ og likebehandlingsdirektivet³⁵ som er sentrale rettskilder. Likebehandlingsdirektivet som heimlar vernet mot diskriminering på grunnlag av kjønn i arbeidslivet er omfatta av EØS-avtalen og får difor direkte verknad på norsk rett. Dei to andre direktiva har blitt del av norsk rett på bakgrunn av politisk vilje og eit ynskje om å følgje opp det EU-rettslege diskrimineringsvernet.³⁶

1.5.2 Nasjonal lovgjeving

Noreg har hovudsakleg tre nasjonale lover som regulerer diskrimineringsvernet. Det er likestillingslova³⁷, diskrimineringslova³⁸ og diskriminerings- og tilgjengelegheitslova³⁹. Men det følgjer også eit diskrimineringsvern av arbeidsmiljølova kap 13⁴⁰ og fire bustadlover⁴¹. Ein kan også snakke om eit generelt likebehandlingsprinsipp i forvaltninga jf det ulovfesta kravet om sakleg sakshandsaming.⁴² Vidare heimlar straffelova eit forbod mot diskriminerande og hatefulle ytringar.⁴³

³² Jf Lov av 21. mai 1999 nr 30 (msrkl), §§ 2 og 3. og Jf Lov av 3. juni 2005 nr 33 (diskrl) § 2.

³³ Rådskdirektiv 2000/43/EF av 29. juni 2000 om forbud mot etnisk diskriminering

³⁴ Rådskdirektiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om forbud mot diskriminering i arbeidslivet (Rammedirektivet mot diskriminering)

³⁵ Rådskdirektiv 2006/54/EF av 5. Juli 2006 om likebehandling mellom kvinner og mænd i arbejde or erhverv. Erstattar 76/207/EØF, 75/117/EØF og 97/80/EF. Del av EØS-retten.

³⁶ Jf Besl.O.nr.58 (2003-2004) og Besl.O.nr.67 (2004-2005)

³⁷ Jf Lov 9.juni 1978 nr. 45 (likestillingslova)

³⁸ Jf Lov 3.juni 2005 nr. 33 (diskrimineringslova)

³⁹ Jf Lov 20.juni 2005 nr. 42 (diskriminerings- og tilgjengelegheitslova)

⁴⁰ Jf Lov 17.juni 2005 nr. 62 (arbeidsmiljølova)

⁴¹ Lov 6. juni 2003 nr. 38 om bustadbyggjelag § 1-4 (2), lov 6. juni 2003 nr. 39 om burettslag § 1-5 (2), lov 23. mai 1997 nr. 31 om eierseksjoner § 3 (2) og lov 26.mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler § 1-8 (2).

⁴² Jf Graver (2007), s 110

⁴³ Jf Strl § 135a

1.5.3 Forarbeid

NOU 2009: 14 ”Et helhetlig diskrimineringsvern”, har vore eit sentralt utgangspunkt for val av problemstillingar og drøftingar i oppgåva. Eg brukar også forarbeida til menneskerettslova, NOU 1993: 18 ”Lovgivning om menneskerettigheter” og Ot.prp nr 3 (1998-99) ”Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett”. I tillegg vil forarbeida til dei tre diskrimineringslovene bli lagt til grunn for tolking og forståing av lovene.

Diskrimineringslovgeving er gjenstand for politiske og verdimeslige prioriteringar. Eg har difor funne at for å forstå korleis lover og føresegner har blitt som dei har blitt, er det sentralt å forfølge heile lovgjevingprosessen. Mykje kan endre seg frå ein NOU blir levert til eit departement og fram til endeleg vedtak i Stortinget. Komitéinnstillingar og stortingsdebattar vil difor bli trekt inn.

1.5.4 Rettspraksis, internasjonale dommar og komitéfråsegner

Det er lite norsk rettspraksis på område for diskrimineringsretten. Ein grunn er at mange saker blir handsama i Likestillings- og diskrimineringsombodet og den tilhøyrande nemnda⁴⁴ og ikkje tekne inn for domstolen.

Praksis frå Den Europeiske Menneskerettsdomstolen og EU-domstolen er meir omfattande og vil bli trekt inn undervegs for å avklare tolking av konvensjonane i tillegg til fråsegner frå handhevingsorgana til FN-konvensjonane.

⁴⁴ Jf Lov av 10. juni 2005 (diskrimineringsombudsloven).

2 Grunnlova og diskrimineringsvernet

2.1 Likskapstanken i Grunnlova – 1814

I 1814 sette riksforsamlinga ned ein konstitusjonskomité med 15 medlemmer. To av medlemmene, Jurist Christian Magnus Falsen, som også var president for komiteen, og lektor Johan Gunder Adler utarbeidde eit utkast til grunnlov som komiteen arbeidde vidare med. Ei viktig inspirasjonskjelde var amerikansk, fransk og engelsk forfatning, saman med litteratur og tankegods frå opplysningstida.⁴⁵ Filosofen Locke sine tankar om at individa er fødte like og frie, prega denne tida. Locke argumenterte for eit ”folkesuverenitetsprinsipp”. Han meinte at ei forfatning, gjeven av folket, ville kunne sikre mindretalet mot fleirtalet si makt og difor sikre dei grunnleggande rettane til fridom og likskap. Dette prinsippet vart supplert med Montesquieu sitt maktfordelingsprinsipp.⁴⁶ Han la til grunn at ei tredeling av makta, med ein uavhengig domstol, er ein sentral føresetnad for å sikre individa sine rettar overfor statsmakta.

I utkastet til den norske grunnlova var også menneskerettane med i større grad enn det som kjem til uttrykk i den vedtekte Grunnlova. Adler og Falsen foreslo at Grl § 1 skulle lyde:

*”Alle mennesker fødes frie og lige; de have visse naturlige, væsentlige og uforanderlige Rettigheder. Disse ere Frihet, Sikkerhet og Eiendomsret”*⁴⁷

Her kjem kjernen i diskrimineringsvernet og all individretta diskrimineringsrettsleg tankegang til uttrykk; føresetnaden om at vi er fødte med likeverd. Så kan ein spørje seg kvifor denne føresegna ikkje overlevde eidsvoldsmennene sitt arbeid og difor ikkje vart ein del av grunnlova som vart vedteken 17. mai 1814. Det er ikkje grunnlag for å hevde at grunnlovskomiteen var *motstandarar* av innhaldet i føresegna, eller tok *avstand* frå prinsippet om likskap.

Det har vore framheva at grunnlovsforfattarane først og fremst ville ha med reine positive rettar. Og Jacob Aall, ein av komitémedlemmene, skreiv i si bok ”Erindringer”: *”Man blev enig om at udelade de almindelige Grundsætninger, Laanesætninger af Philosophie og Folkeret, som findes i nogle andre Constitutioner, og straks skride til Constitutionens positive*

⁴⁵ Andenæs og Fliflet (2006), s 69

⁴⁶ Generelt om Locke og Montesquieu, sjå Aall (2007), s 21

⁴⁷ Jf Andenæs (1942), s. 483. Mi understreking

*Bestemmelser.*⁴⁸ I ein artikkel frå 1942 omtalar Johs. Andenæs dette som ei respektlaus haldning til grunnleggande rådande naturrettslege prinsipp som grunnlovskomiteen uansett la til grunn i sitt arbeid. Han argumenterer for at likskapstanken på mange måtar likevel overlevde og skriv i den same artikkelen:

*”(...) stiller en opp mot hverandre den ferdige grunnlov på den ene side, rettighetserklæringene hos Adler-Falsen og dens fremmede forbilder på den annen side, vil en se at en meget vesentlig del av idéinnholdet i erklæringene også finnes i grunnloven.”*⁴⁹

Her viser Andenæs til grunnlovsføresegner som følgjer av Grunnlova kapittel E ”Almindelige Bestemmelser”, mellom anna vernet mot vilkårleg fengsling i Grl § 99, tilbakeverknadsforbodet i Grl § 97, rett til full erstatning ved ekspropriasjon i Grl § 105 og ytringsfridomen i Grl § 100. Også mindre kjende grunnlovsføresegner som § 103 ”*Fristed tilstedes ikke dem, som herefter fallere*” som heimlar vern mot gjeldsforfølging for dei som går konkurs, har vore teke til inntekt for eit uttrykk for at likskapstanken rådde.⁵⁰

Men trass i at grunnlovsforfattarane var opptekne av å verne individa mot overgrep frå staten, hevdar Andenæs at den rådande oppfatninga var at individa i liten grad var utsette for slike overgrep. Difor meinte komiteen at det ikkje var nødvendig med fleire, eller klarare, individrettar i Grunnlova. Andenæs skriv også at dei som trengte eit sterkare individvern, ikkje var så viktige for grunnlovsforfattarane: ”*Og bøndene, som hadde vært de nærmeste til å klage over det ene og det andre, spilte liten rolle i Riksforsamlingen uten som stemmekveg*”⁵¹. I Andenæs sin artikkel, skriven medan han var universitetstipendiat og omlag eit år før han vart fengsla av okkupantane under den andre verdskrigen⁵², oppsummerer han hovudpoenget sitt i siste setning: ”*Norge i 1814 manglet den følelsesmessige bakgrunn for en erklæring om individets rettigheter som bare en fortid i kamp mot undertrykkelse kan gi.*”⁵³

⁴⁸ Ibid, s. 484

⁴⁹ Ibid, s. 485

⁵⁰ Fliflet (2005), s. 439

⁵¹ Andenæs (1942), s. 494

⁵² I følgje ”Nordmenn i fangenskap 1940 – 1945. En alfabetisk oversikt” sat Andenæs fengsla frå 15.okt 1943 til 24.des 1944

⁵³ Andenæs (1942), s. 498

Både det norske og internasjonale rettskjeldebiletet ser i dag heilt annleis ut enn det gjorde i 1814. Men sjølv tankegodset frå opplysningstida og dei kritiske merknadane til Johs Andenæs, kan framleis leggast til grunn i diskusjonen om eit individretta diskrimineringsvern i Grunnlova. Historia fortel om ei *vilje* til å uttrykkje ein grunnleggande menneskerettsleg likskapstanke i Grunnlova. Dette er relevant også for diskusjonen om ei eiga føresegn mot diskriminering, som vil vere ei vidareutvikling av det naturrettslege likskapsprinsippet om at alle er fødte frie og like.

2.2 Nokre grunnlovsforslag om ikkje-diskriminering – utviklingslinjer

2.2.1 70-talet: Grunnlovsfesting av likestillingsprinsippet

Går vi tilbake til 70-talet og høyringsgrunden for likestillingslova, kan vi lese at ei rekkje kvinneorganisasjonar hadde framlegg om ei eiga grunnlovsføresegn med eit vern mot diskriminering på grunnlag av kjønn.

”Det norske Arbeiderpartis Kvinnesekretariat” meinte at likestillingsprinsippet måtte få plass i Grunnlova saman med prinsippet om retten til arbeid, jf Grl. § 110 og argumenterte slik:

«Da likestillingskravet etter vår mening bør stå så sterkt som mulig både overfor de offentlige myndigheter og overfor landets borgere, vil vi be tatt opp til vurdering om det ikke ved siden av en alminnelig lov også bør tas inn en bestemmelse i Grunnloven om likestillingsprinsippet (...).»⁵⁴

Departementet hadde få prinsipielle innvendingar mot dette. Men det la til grunn at ei likestillingslov ville gjere det mindre aktuelt med ei eiga grunnlovsføresegn og sa:

”Skal en slik prinsipplærning inn i Grunnloven vil dette ta uforholdsmessig lang tid og vil, på grunn av reglene om endringer av Grunnloven i beste fall ikke kunne vedtas før i 1978.(...) Departementet har derfor foreslått, i hvert fall inntil videre, at prinsipplærningene inntas i lov om likestilling mellom kjønnene og at spørsmålet om en ny grunnlovsbestemmelse av denne grunn stilles i bero.”⁵⁵

Dette kan tolkast som eit uttrykk for den mykje omtalte ”grunnlovskonservatismen”. Stortinget har tradisjonelt vist lite vilje til å endre grunnlova, med mindre det har vore

⁵⁴ Jf Ot.prp nr 33 (1974-1975), s 19

⁵⁵ L.c

praktisk nødvendig.⁵⁶ Departementet var nok også opptekne av å få på plass ei lov og prioriterte dette arbeidet.

I boka ”Juss og juks”, frå 1975, gjorde forfattarane ei vurdering av likestillingsprinsippet i møte med religionsfridomen og andre motstridande omsyn som vart vektlagde ved utforminga av likestillingslova. Forfattarane konkluderer med at *”Likestilling må etter lovforslaget således karakteriseres som et rettslig prinsipp med temmelig streng vikeplikt”*⁵⁷.

Frå framlegga på 70-talet og fram til i dag har diskrimineringsvernet utvikla seg gjennom nasjonal lovgjeving.⁵⁸ Menneskerettslova har opna for påverknad av norsk rett frå internasjonale rettskjelder gjennom inkorporering av menneskerettskonvensjonar som har forrang.⁵⁹ Ein kunne difor tenkje seg at diskrimineringsvernet, som følgjer av fleire av desse konvensjonane, vart oppfatta som sterkt nok. Dette kunne vidare tale for at det ikkje lenger vil vere nødvendig med eit eige vern gjennom Grunnlova. Men også etter at menneskerettslova vart vedteken, har det vore lagt fram fleire grunnlovsforslag til eit eige diskrimineringsvern. Det er difor interessant å sjå kva argument som har vore brukte for ei slik føresegn, men også kva motargument forslaga har møtt.

2.2.2 2004: ”Usagelig Forskjællsbehandling”

I 2004 fremja fire representantar frå Sosialistisk Venstreparti (SV) forslag til eit vern mot diskriminering i Grunnlova.⁶⁰ Grunngevinga for forslaget var hovudsakleg at Grunnlova ikkje uttrykkjer vernet mot diskriminering som følgjer av FN si menneskerettsfråsegn og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettar.⁶¹ *”Dette er en svakhet som forsøkes rettes opp ved*

⁵⁶ Andenæs og Fliflet (2006), s. 55

⁵⁷ Jf Stang Dahl mfl (1975), s. 33

⁵⁸ Sjå kap 3

⁵⁹ Jf. Mskrl §§ 1-3. Sjå også kap 3

⁶⁰ Dokument nr. 12:16 (2003-2004)

⁶¹ Det går ikkje fram kvifor det ikkje blir vist til ØSK og EMK som var (og er) inkorporerte konvensjonar med diskrimineringsføresegner.

*dette forslaget*⁶², skreiv forslagsstillarane. Det var altså eit argument at konvensjonane i seg sjølv ikkje gjev eit godt nok vern mot diskriminering.

Vidare viste dei til ei rekkje utgreiingar som har påpeika det manglande grunnlovsvernet. Det vart vist til forarbeida til likestillingslova med forslaget frå kvinnegruppa i Arbeidarpartiet og kritikken frå internasjonale menneskerettsorgan som til dømes rasediskrimineringskomiteen.⁶³ Forslagsstillarane peika også på den internasjonale rettsutviklinga, der mellom anna vernet mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering er styrka gjennom kommentarar frå FNs menneskerettskomité.⁶⁴ og avgjerder i EMD. SV-representantane viste også til andre land som, på ulikt vis, har grunnlovsfesta eit vern mot diskriminering.

På bakgrunn av dette la dei fram to alternative forslag til ny Grl. § 110 d⁶⁵:

Alternativ 1:

Ingen maa udsettes for usagelig Forskjælsbehandling paa Grund af Kjøen, Hudfarve, national eller etnisk Oprindelse, spraaglig eller religiøs Tilhørighed, Funktionshemning, seksuell Lægning, Leveform eller Orientering, Alder eller Status for øvrig.

Alternativ 2:

Det paaligger Statens Myndigheder at sikre at ingen udsettes for usagelig Forskjælsbehandling paa Grund af Kjøen, Hudfarve, national eller etnisk Oprindelse, spraaglig eller religiøs Tilhørighed, Funktionshemning, seksuell Lægning, Leveform eller Orientering, Alder eller Status for øvrig.

Alternativ 1 har eit breitt verkeområde. Det heimlar eit vern mot ulik behandling for ”alle” innanfor dei nemnde diskrimineringsgrunnlaga. Her kan ein tenkje seg både menneske og juridiske personar som rettssubjekt. Etter ei slik føresegn vil både private og staten vere pliktsubjekt og diskrimineringsvernet gjeld i utgangspunktet på alle område. Føresegna vil kunne handhevast av domstolen, både i konkrete spørsmål om usakleg forskjellsbehandling og i spørsmål om anna lovgjeving er i strid med grunnlovsføresegna. Alternativ 2 gjev uttrykk

⁶² Jf. Dokument nr. 12:16 (2003-2004), s 56

⁶³ Komiteen overvakar gjennomføringa av RDK. RDK var ikkje inkorporert i 2004. Sjå elles punkt 5.4

⁶⁴ Komiteen overvakar gjennomføringa av SP.

⁶⁵ Jf. Dokument nr. 12:16 (2003-2004), s 57 - 58

for eit vertikalt vern, der staten er positiv forplikta til å sikre at diskriminering ikkje finn stad. Dette forslaget heimlar ingen individrett som domstolen kan handheve.

Forslagsstillarane prioriterer ikkje mellom dei to forslaga og seier lite om korleis dei skal tolkast. Men dei legg til grunn at alternativ 2 samsvarar betre med Grl 110 c⁶⁶ og at dette alternativet også vil vere i tråd med statsplikta Noreg har ovanfor FN-komiteane⁶⁷ som overvakar gjennomføringa av ratifiserte konvensjonar.

Det er også interessant å legge merke til at forslagsstillarane vil gje diskrimineringsgrunnlaget ”*seksuell orientering*” vern etter Grunnlova. Dette grunnlaget hadde i 2004 eit uklart vern etter norsk rett.⁶⁸ Men det var for kort tid sidan teke inn i bustadlovene, og eit eige kapittel om diskriminering var på trappene i arbeidsmiljølova⁶⁹. Seksuell orientering stod svakare enn dei andre diskrimineringsgrunnlaga i forslaga, fordi dei anten allereie var verna gjennom eigne spesiallover eller var i ferd med å bli det.⁷⁰ I eit nasjonalrettsleg perspektiv var desse forslaga difor ei *utviding* av diskrimineringsvernet.

Ein kan også legge merke til at forslagsstillarane brukte ordlyden ”*usagelig Forskjællsbehandling*” som eit uttrykk for den ulovlege handlinga. Dette samsvarar med ordlyden i likestillingslova § 3 som heimlar eit forbod mot ”*usakleg forskjællsbehandling*” av ei kvinne eller ein mann, men skil seg frå dei andre diskrimineringslovene som legg til grunn ”*diskriminering*” som uttrykk for det som er forbode. Ordet ”*usagelig*” er heller ikkje heilt dekkande for kva som skal leggest til grunn for at diskriminering har funne stad. I tillegg til spørsmålet om handlinga var usakleg, må ein også vurdere om ho var ueigna eller unødvendig og uproporsjonal.⁷¹ Ordet ”*usagelig*” dekkjer dermed berre delar av dei kriteria som skal vurderast. Formuleringa kan likevel forklarast med at ordet diskriminering ikkje var like vanleg i nasjonalrettsleg samanheng som det er i dag.

⁶⁶ I bakgrunnen for forslaget blir det sagt at alt. 2 korresponderer med Grl § 100 c. Dette må vere skrivefeil, då Grl ikkje har nokon § 100 c. Eg legg til grunn at forslagsstillarane meinte menneskerettsføresegna i Grl § 110 c.

⁶⁷ Forslagsfremjarane brukar omgrepet ”FN-kommisjonar”. Det er vanleg å bruke *komitè*.

⁶⁸ Sjå punkt 3.5.3

⁶⁹ Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)

⁷⁰ Jf likestillingslova, diskrimineringslova og diskriminerings- og tilgjengelegheitslova.

⁷¹ T.d likestillingslova § 3, sjå også kap 3

I komiteen vart forslaget raskt parkert. Grunngevinga var at ein venta på diskrimineringslovutvalet si utgreiing.⁷² Men fleirtalet la til grunn at det *”kan være ønskelig med en mer detaljert grunnlovsbestemmelse når det gjelder menneskerettighetene og det vern disse gir mot diskriminering”*.⁷³ Eit anna fleirtal meinte det var ein veikskap at Grunnlova ikkje heimlar eit tilsvarande vern for minoritetar og vern mot diskriminering som det EMK, FN si menneskerettsfråsegn og SP gjer.⁷⁴

I den påfølgande stortingsdebatten vart det lagt til grunn at det er brei politisk semje om å grunnlovsfeste diskrimineringsvernet, men at ein ville vente på diskrimineringslovutvalet si utgreiing.⁷⁵ Representanten for Arbeidarpartiet sa: *”Det er heldigvis slik at det i det daglige arbeidet mot diskriminering og for likestilling er to ting som er viktigere enn nye bestemmelser i Grunnloven. Det er det øvrige lovverket vi har, og praktiseringa av det, og det er kanskje først og fremst våre holdninger”*⁷⁶ Om dette var eit uttrykk for ei manglande tru på Grunnlova som rettsleg virkemiddel, eller den same grunnlovskonservatismen som på 70-talet, er det ikkje grunnlag for å seie noko om. Representanten utdjupa ikkje perspektivet ytterlegare.

2.2.3 2008: ”Ingen maa udsættes for Diskriminering”

To av dei same SV-representantane fremja forslaget på nytt i 2008, då med støtte frå ein representant frå Senterpartiet og ein frå Venstre.⁷⁷ Forslaget til ny § 110 d i Grunnlova er noko endra frå 2004-forslaget, men framleis i to alternative former:

⁷² NOU 2009: 14 vart overlevert Barne- og likestillingsdepartementet 19. juni 2009.

⁷³ Innst. S. nr 221 (2007-2008), s. 3

⁷⁴ Innst. S. nr 221 (2007-2008), s. 3

⁷⁵ Jf Møte 22.mai 2008, sak nr 2

⁷⁶ Møte 22.mai 2008, sak nr2, s 3300

⁷⁷ Dokument nr. 12:5 (2007–2008)

Alternativ 1:

Ingen maa udsættes for Diskriminering paa Grund af Kjøen, Hudfarve, national eller etnisk Oprindelse, sproglig eller religiøs Tilhørighed, Funktionshemning, sexuel Orientering, Kjønsidentitet, Alder eller Status forøvrig.

Alternativ 2:

Det paaligger Statens Myndigheder at sikre at ingen udsættes for Diskriminering paa Grund af Kjøen, Hudfarve, national eller etnisk Oprindelse, sproglig eller religiøs Tilhørighed, Funktionshemning, sexuel Orientering, Kjønsidentitet, Alder eller Status forøvrig.

Skilnaden mellom desse forslaga og 2004-forslaga er ordlyden. For det første er ”*usagelig forskjellsbehandling*” endra til ”*diskriminering*”. Dette heng truleg saman med at diskriminering som omgrep har blitt meir vanleg i rettsleg samanheng og blir oppfatta å vere meir dekkjande. Bruken av ordet diskriminering i motsetning til forskjellsbehandling vart drøfta i diskrimineringslovutvalet. Hovudkonklusjonen var at diskriminering best dekkjer det ein ynskjer å forby, medan forskjellsbehandling i utgangspunktet kan vere lovleg.⁷⁸

Den andre skilnaden frå 2004-forslaget er at ”*seksuell Lægning, Leveform eller Orientering*” er endra til ”*sexuel Orientering*”. Dette må først og fremst tolkast som ei språkleg forenkling. Forslagsstillarane legg truleg til grunn at orda *Lægning og Leveform* ikkje dekkjer noko meir enn det som følgjer av ”*sexuel Orientering*” og at omsynet til eit enkelt lovspråk talar for ei slik omformulering.

Heller ikkje med dette forslaget blir det gjort noko prioritering eller nærmare utgreiing av korleis føresegna skal tolkast. Før forslaget blir handsama i Stortinget, vil truleg menneskerettsutvalet legge fram sine forslag til nye grunnlovsføresegner.

⁷⁸ Jf NOU 2009: 14, punkt 3.2

2.2.4 Lovutval med eige initiativ til grunnlovsføresegn

Utvalet som leverte forslag til ei eiga lov mot diskriminering av personar med nedsett funksjonsevne⁷⁹, peika også på Grunnlova og meinte det er trong for ei vurdering av å gje diskrimineringsvernet grunnlovs rang. Det låg ikkje i utvalsmandatet å utforme ei slik føresegn, og utvalet avgrensa seg til å argumentere for *kvifor* ei grunnlovsføresegn kan vere nødvendig under avsnittet ”supplerende lovgiving”. Der er det sagt at: ”[Utvalet] *utelukker ikke at det kan være hensiktsmessig å supplere diskriminerings- og tilgjengelighetsloven med andre regler. Utvalget vil derfor ta stilling til om det også bør innføres et diskrimineringsforbud i Grunnloven.*”⁸⁰

Noko av grunnen til at utvalet tok opp dette emnet var ei oppfatning om at rettskjeldebiletet for diskrimineringsvernet er komplekst, uoversiktleg og uklart. Rettskjeldene har ulik status fordi nokre følgjer av menneskerettslova med forrang, medan RDK ikkje gjer det. Utvalet konkluderer med at det er skapt eit rettskjeldehierarki som vil føre til at:

”[D]iskrimineringsvernets gjennomslagskraft vil kunne avhenge av hvilket grunnlag og muligens hvilket samfunnsområde det gjelder. En slik rettstilstand vil bryte med prinsippet om menneskers likeverd, som diskrimineringsvernet springer ut fra”⁸¹

Utvalet meinte at grunnlovsfesting vil vere eit verktøy for å sikre dei ulike diskrimineringsgrunnlaga eit *formelt likestilt vern*, og altså hindre at dei ulike grunnlaga har varierende rettsleg status.

I tillegg viser utvalet til symbolfunksjonen ved å gje diskrimineringsvernet grunnlovs rang og difor ”*fremheve den menneskerettslige tilnærmingen til diskrimineringsproblematikken*”⁸².

Denne tilnærminga tek utgangspunkt i det grunnleggande prinsippet om at alle er likeverdige. Utvalet meiner ei slik tilnærming gjer det naturleg at diskrimineringsvernet må gjelde breitt i

⁷⁹ NOU 2005: 8

⁸⁰ NOU 2005: 8, punkt 9.5

⁸¹ NOU 2005: 8, punkt 9.5.2

⁸² L.c.

samfunnet og omfatte mange grunnlag for å framheve ”diskrimineringsbeskyttelsens universelle karakter”⁸³.

Initiativet førte til at regjeringa sette ned diskrimineringsutvalet som fekk i oppdrag å arbeide vidare med grunnlovsspørsmålet.⁸⁴

2.2.5 Samanfating

Frå å vere konsentrert om å grunnlovsfeste likestillingsprinsippet, kjem det no framlegg om å ta inn i Grunnlova eit diskrimineringsvern med fleire diskrimineringsgrunnlag. Dette heng nok saman med at det er vedteke fleire nye lover og føresegner mot diskriminering.⁸⁵

Forslagsstillarane meiner likevel at vernet ikkje er godt nok, jf bakgrunnen for 2008-forslaget der det blir sagt at: ”*Selv om formell likestilling langt på vei er på plass i den ordinære lovgivningen, skjer diskriminering fortsatt.*”⁸⁶ Også internasjonale menneskerettsplikter blir brukt i argumentasjonen for grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet.

Motargumenta har også endra seg. På 70-talet argumenterte departementet med at likestillingslova ville vere god nok til å hindre diskriminering på grunnlag av kjønn. Denne argumentasjonen blir ikkje lagt like mykje vekt på lenger, og det synest å vere brei *politisk* semje om at Grunnlova bør gjenspegle våre internasjonale plikter om å gje individa eit vern mot diskriminering.

2.3 Konsekvensar av eit manglande diskrimineringsvern i Grunnlova?

Vern mot diskriminering har status som grunnleggande rett i menneskerettsleg samanheng og følgjer av nasjonal lovgjeving. Men kva status har det i møte med andre grunnleggande rettar som allereie følgjer av Grunnlova? Tre dommar om tilbakeverknadsforbodet på trygderettens

⁸³ NOU 2005: 8, punkt 9.3.3.2

⁸⁴ Jf Ot.prp nr 44 (2007-2008) punkt 8.5.2

⁸⁵ Sjå kapittel 3

⁸⁶ Dokument nr. 12:5 (2007-2008)

område og ein dom om ytringsfridomen tener som illustrasjon på *om* og i tilfelle *korleis* Høgsterett vurderer omsynet til vern mot diskriminering i møte med andre sentrale omsyn. Dommane tener også som illustrasjon på korleis menneskerettslege rettskjelder blir brukte.

2.3.1 Tilbakeverknadssakene

Føremålet med å sjå på dommar som vurderer rekkjevidda av tilbakeverknadsforbodet i Grl § 97, som også kviler på eit likskapsprinsipp⁸⁷, er å analysere kva rolle diskrimineringsvernet får i vurderinga.

Borthen- og Thunheim-dommane gjaldt vernet etter tilbakeverknadsforbodet, jf. Grl § 97, mot å endre trygderettar som følgje av nye reformer.⁸⁸ Spørsmålet var ikkje om reformene i seg sjølve var grunnlovsstridige, men om dei kunne gjerast gjeldande for dei som var blitt pensjonistar *før* reformene var innførte.

Høgsterett tolka grunnlovsspørsmålet i Borthen- og Thunheim-dommane ut frå standardteorien⁸⁹. Det vart i Borthen-dommen lagt til grunn at etter Grl § 97 skal tilbakeverknad ikkje virke "*klart urimelig eller urettferdig*".⁹⁰ Ein slik rettsleg standard opnar for ei utvikling som i følgje Høgsterett vil "*varierte over tid og med skiftende samfunnsforhold både med hensyn til karakteren av de posisjoner som svekkes og hva som skal til for å utløse grunnlovsstrid*".⁹¹ I desse konkrete tilfella opna denne standarden for at staten sin rett til å endre på opptente økonomiske rettar, i tråd med endra samfunnsbehov og ressursomsyn, fekk stor vekt.⁹² Høgsterett fann det ikkje grunnlovsstridig at Borthen og Thunheim opplevde økonomisk tap på grunn av nye trygdeordningar.

⁸⁷ Jf Høgberg (2010), s.93

⁸⁸ Rt 1996 s. 1415 "Borthen" og Rt 1996 s. 1440 "Thunheim".

⁸⁹ Generelt om rettslege standardar, sjå Knoph (1939)

⁹⁰ Rt. 1996 s 1415, s 1426

⁹¹ Jf Rt 1996 s. 1415, s 1426. Sjå også Knoph (1939) om rettslege standardar.

⁹² Ibid, s. 1428

I artikkelen "*Grunnlovsværn for sosiale rettigheter, særlig enkepensjon*", hevdar Asbjørn Kjøenstad at standarden for kva som er klart urimeleg eller urettferdig vart sett "*meget høyt*".⁹³ Han meiner at dersom Høgsterett heller hadde vurdert spørsmålet ut i frå ein rettighetsteori, ville vurderingane ha blitt annleis og skriv: "*Man kan si at det dreide seg om diskriminering av eldre og funksjonshemmede som ikke kunne innrette seg etter ny lov (...) for å dekke tap som oppstod på grunnlag av lovendringen.*"⁹⁴ Ved å bruke rettighetsteorien, ville tilleggspensjonen fått "*et meget sterkt grunnlovsværn som en "ukrenkelig" rettighet*"⁹⁵. Dermed kunne utfallet av sakene ha blitt annleis.

Eg forstår Kjøenstad slik at han med *diskriminering* meiner at på grunnlag av (*høg*) *alder* og *nedsett funksjonsevne*, vart trygdemottakarane usakleg forskjellsbehandla. Alderen og den nedsette funksjonsevna gjorde at dei hadde mista retten til opptening av trygderettane, sidan dei hadde gått ut av arbeidslivet. Dei kunne difor ikkje innrette seg slik at dei slapp unna *verknandane* av det økonomisk tapet.⁹⁶ Dette vil etter diskrimineringsrettsleg praksis kunne vere indirekte diskriminering.⁹⁷

Spørsmålet om ei større vektlegging av rettighetsomsynet, eller ei vurdering ut frå diskrimineringsrettslege omsyn, hadde ført til at utfallet av dommane hadde blitt annleis held eg for å vere ope. Det følgjer mellom anna av Borthen-dommen, der førstvoterande i heilskapsvurderinga av tilbakeverknadsforbodet trakk inn det faktum at tap av trygderettane, vart kompensert av ei garantiordning som: "*avdempet de umiddelbare virkningene av endringsreglene, og etablerte en overgangsfase mellom den tidligere ordning med forsørgertillegg og den nye ordning med lavere eller intet tillegg*"⁹⁸. Den heilskapsvurderinga som Grl. § 97 opnar for, gjer at svært mange moment kan trekkast inn.⁹⁹ Det er difor vanskeleg å ha ei klar oppfatning av kva ei større vektlegging av rettighetsomsynet, eller omsynet til diskrimineringsvernet, hadde fått å seie.

⁹³ Kjøenstad (2008), s. 69

⁹⁴ L.c.

⁹⁵ L.c.

⁹⁶ Om innrettingsomsynet, sjå Høgberg (2010) s. 350 flg

⁹⁷ Sjø oppgåva punkt 3.3.1

⁹⁸ Rt 1996 s. 1415, s. 1432

⁹⁹ Viser til Høgberg (2010), generelt om vurderingane etter Grl § 97

Vurderingar av diskrimineringsvernet som *ein del* av tilbakeverknadsforbodet, har vore lite oppe i norsk rett.¹⁰⁰ Benedikte Moltumyr Høgberg opnar for at det kan trekkast inn og meiner spørsmålet om omsynet til diskriminering kan tenkjast å slå begge vegar i ei vurdering av tilbakeverknadsforbodet. Tilbakeverkande lover kan vere nødvendig for å sikre utjamning, til dømes ved fordeling av sosiale rettar, og på den måten hindre diskriminering. Men ein kan også tenkje seg at argumentet slår motsett veg og talar *mot* tilbakeverknad fordi det vil få diskriminerande verknader. I Borthen-dommen legg førstvoterande det første argumentet til grunn og seier: "[En] *forskjellsbehandling mellom ulike grupper alderspensjonister, hvor ulikheten består i at de er blitt alderspensjonister før og etter en dato, vil over tid av mange bli oppfattet som lite rimelig og velbegrunnet.*"¹⁰¹. Ut i frå denne argumentasjonen er det *lik* handsaming av *alle* alderspensjonistar som er det sentrale. Høgberg meiner denne vurderinga av likskap ser vekk i frå at tilbakeverknad kan ramme enkelte grupper hardare enn andre delar av folket.¹⁰²

Samfunnsinteresser og samfunnsutvikling kan, som dommene viser, leggest til grunn for å tillate tilbakeverknad av lover og difor stå i vegen for individvernet.¹⁰³ Men Høgberg framhevar at tilbakeverknadsforbodet *nettopp* er meint å vere eit individvern og ein skranke for lovgjevar, noko som gjer at samfunnsinteresser ikkje alltid kan vege tyngre enn individvernet. Dette opnar for ei drøfting av kva omsyn som talar *for* individvernet og som kan vere ein del av tilbakeverknadsvurderinga, mellom anna diskrimineringsomsynet.

Høgberg meiner at i dei tilfella der ein søkjer å utjamne skilnader og motverke diskriminering, så kan dette omsynet "*åpenbart*" leggest vekt på.¹⁰⁴ Dette må også gjelde tilsvarande i ein omvendt situasjon der omsyn til diskriminering blir lagt til grunn som argument *mot* tilbakeverknad. Effekten av tilbakeverknad for ei lov kan føre til at til dømes kvinner, homofile, eldre, folk med nedsett funksjonsevne eller minoritetsbakgrunn blir ramma hardare enn resten av folket. Omsynet til diskriminering *kan* altså vektleggast som ein del av sjølve tilbakeverknadsvurderinga etter Grl § 97, men det har i liten grad blitt gjort.

¹⁰⁰ Jf Høgberg (2010), s 386.

¹⁰¹ Jf. Rt. 1996 s. 1432

¹⁰² Høgberg (2010) s. 387

¹⁰³ Ibid. s. 367

¹⁰⁴ Ibid. s. 387

Etter norsk rett kan ein påstand om diskriminering i eit konkret tilfelle vere eit sjølvstendig rettsgrunnlag for domstolane.¹⁰⁵ Spørsmålet blir her om individet er utsett for diskriminering i strid med eksisterande lov eller føresegn.

Men i eit spørsmål om *rekkjevidda av tilbakeverknadsforbodet* kan ikkje diskrimineringsvernet i like stor grad ligge til grunn som ein sjølvstendig skranke overfor *lovgevaren*. Det følgjer, i følgje Høgberg, av at *”diskrimineringsbestemmelsene i for eksempel straffeloven § 135a og diskrimineringsloven først og fremst har andre enn lovgiver som adressat.”*¹⁰⁶.

Sjølv om Høgsterett ikkje la diskrimineringsomsyn til grunn i heilskapsvurderinga av tilbakeverknadsforbodet etter Grl § 97 i Borthen- og Thunheim-dommane, kunne ein tenkje seg at den generelle menneskerettsføresegna Grl § 110c kunne trekkast inn og gje eit sterkare menneskerettsleg individvern for Borthen og Thunheim sine trygderettar. Dommane stammar frå tida før menneskerettslova var vedteken, men sentrale menneskerettskonvensjonar som EMK, SP og ØSK var like fullt ratifiserte og etter Grl § 110c skal styremaktene *”respektere og sikre Menneskerettighetene”*.

I Borthen-dommen vurderer Høgsterett i liten grad rekkjevidda av tilbakeverknadsforbodet opp mot menneskerettane generelt, og eit individvern spesielt. Førstvoterande i Borthen-saka framheva at Grl § 110 c heimlar eit minimumsvern, men at dette ikkje var eit argument *mot* eit sterkare vern etter Grl § 97.¹⁰⁷ Det vart ikkje vurdert om Grl § 110 c kunne gje eit *sterkare* vern enn Grl § 97. Og i spørsmålet om kor langt det menneskerettslege vernet for individrettar strekkjer seg, viser førstvoterande til at EMD sin praksis ført til eit styrka individvern. Men han uttalar: *”Etter mitt skjønn er imidlertid det økte vern for individuelle rettigheter hensyntatt ved at pensjonistenes behov for trygghet og forutberegnelighet trekkes inn i grunnlovsvurderingen slik jeg har beskrevet.”*¹⁰⁸ Utover dette drøftar ikkje Høgsterett internasjonale menneskerettar som noko sentral rettskjelde i spørsmålet om å oppheve retten til enkepensjonstillegget for Borthen.

¹⁰⁵ Jf både EØS/EF-rettslege reglar, FN-konvensjonane og EMK i tillegg til norsk lovgjeving. Sjå elles kap. 3

¹⁰⁶ Jf Høgberg (2010), s. 387

¹⁰⁷ Jf. Rt 1996 s. 1415, s. 1424

¹⁰⁸ Jf. Rt 1996 s. 1415, s 1430

Ein tredje trygderettsdom illustrerer også at diskrimineringsomsyn ikkje blir vektlagt. I den såkalla ”Enkepensjons-dommen”¹⁰⁹ var spørsmålet om ei fraskild kvinne, kunne bli fråteken retten til enkepensjonen etter den avdøde, tidlegare ektemannen. Kvinna hadde vore heime med små born på 50- og 60-talet, noko mange kvinner var på den tida.

Høgsterett slo fast:

*”[L]ovgiver har et begrunnet behov for å justere og tilpasse ektefellepensjonen for fraskilte til samfunnsutviklingen. Jeg ser det slik at tiden hadde løpt fra 1937-ordningen med en nær ubegrenset rett til ektefellepensjon for fraskilte enker. I en ny tid med flere kvinner som tok utdanning og gikk ut i yrkeslivet, fremsto ektefellepensjonen som stadig mer ubegrunnet.”*¹¹⁰

Kvinna vart difor offer for ei samfunnsutvikling som ho var avskoren frå å gjere noko med for eigen del. Høgberg meiner dommen viser at kvinna måtte tole eit økonomisk tap ”*som menn på same alder ikke ble rammet av, fordi de ikke hadde vært hjemme med egne barn.*”¹¹¹ I tillegg til at ho ikkje kunne komme seg inn på arbeidsmarknaden og tene opp eigne pensjonsrettar fordi ho hadde vore ufør etter ei trafikkulukke og etter kvart var blitt for gamal til å jobbe.¹¹² Når årsaka til at ho mista retten til enkepensjon var at ho mangla 1 år og 3 dagar på å oppfylle dei nye vilkåra for enkepensjon, framstår inngrepet i trygderetten lite proporsjonalt. I eit diskrimineringsperspektiv blir det igjen spørsmål om indirekte diskriminering, fordi *verknadane* av at kvinna mista retten til pensjon var ulike samanlikna med verknadane for dei fleste menn i same situasjon. Også alder kan trekkjast inn som eit mogleg diskrimineringsgrunnlag, sidan kvinna ikkje fekk dei same moglegheitene som yngre kvinner hadde til å innrette seg. Ein kan her tale om at fleire samvirkande diskrimineringsgrunnlag.¹¹³

Igjen må svaret haldast ope, då fleire moment kan trekkjast inn. Føremålet er likevel å illustrere korleis diskrimineringsomsyn *kan* tenkjast å slå inn i ei slik sak.

¹⁰⁹ Jf. Rt. 2006 s 262

¹¹⁰ Rt. 2006 s. 262, premiss 90

¹¹¹ Høgberg (2010) s. 389

¹¹² Rt 2006 s 262 premiss 11.

¹¹³ Viser til kap 3, særleg punkt 3.3.2

2.3.2 Ytringsfridomssaker

Ytringsfridomen og diskrimineringsvernet er to sentrale menneskerettane. Når desse blir sett opp mot kvarandre, må det til ei avveging. I spørsmålet om kva gjennomslagskraft diskrimineringsvernet har overfor den grunnlovsfesta ytringsfridomen, rår ulike syn.

Vibeke Blaker Strand argumenterer for at diskrimineringsvernet ikkje kan innskrenkast i møte med grunnlovsfesta rettar som ytringsfridomen og religionsfridomen.¹¹⁴ Ho meiner grunnlovsrettar og menneskerettar må tolkast i eit heilskapleg perspektiv fordi det er nære samanhengar mellom dei rettane som er verna etter Grunnlova og dei som følgjer av internasjonale konvensjonar. Blaker Strand skriv at dette gjeld meir enn før, fordi *”det er regjering og storting som selv har valgt å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett”*¹¹⁵ Her viser ho både til Grl § 110c og inkorporering av menneskerettskonvensjonar med forrang. Eit slikt syn hentar støtte frå andre rettsteoretikarar¹¹⁶ og i nyare rettspraksis. Eit døme er ei sak om grensene for ytringsfridomen i møte med påstand om ærekrenking og krav om mortifikasjon og oppreising. Fleirtalet i Høgsterett seier dette om korleis rettskjeldene skal brukast: *” det er konvensjonen og EMDs praktisering av denne som i dag er den primære rettskilde når norske domstoler skal trekke grensen for de ærekrenkende utsagn som vil kunne gjøres til gjenstand for straff eller mortifikasjon.”*¹¹⁷

Men det har også vore argumentert for at rangen til dei ulike rettane *har* gjort at Høgsterett har vekta grunnlovsfesta rettar og rettar som følgjer av menneskerettskonvensjonar, *ulikt*.

I den såkalla ”Kjuus-kjennelsen”¹¹⁸ var det sentrale spørsmålet rekkevidda av den grunnlovsfesta ytringsfridomen i Grl § 100, i møte med rasediskrimineringsvernet. Kjuus var leiar for eit politisk parti, ”Hvit Valgallianse” og hadde distribuert eit partiprogram med rasistiske ytringar. Påtalemakta meinte dette var i strid med straffelova¹¹⁹. Det rettslege utgangspunktet var at RDK var ratifisert, men ikkje inkorporert og diskrimineringslova var

¹¹⁴ Jf Strand (2007) II, s 17 . Ho fullfører sommaren 2011 Phd om emnet.

¹¹⁵ Strand (2007) II, s. 17

¹¹⁶ Sjå til dømes Høgberg og Høstmælingen (2010) punkt 5.7

¹¹⁷ Rt. 2003 s. 928 (Tønsberg Blad), premiss 38

¹¹⁸ Jf Rt. 1997 s. 1821

¹¹⁹ Jf Lov av 22.mai 1902 (Strl)

ikkje vedteken. Vernet mot rasediskriminering fylgde av straffelova § 135a, supplert med det internasjonale vernet i menneskerettskonvensjonane.¹²⁰ To grunnleggande menneskerettar, med ulik formell rang i norsk rett, skulle vegast mot kvarandre. Høgsterett kom til at ytringsfridomen ikkje strekte seg så langt at dei rasistiske ytringane vart verna. Tingretten si forståing av straffelova sitt forbod vart difor ståande.¹²¹

Marius Emberland meiner Høgsterett sin argumentasjon vart ei vurdering på ”en av rettighetenes - ytringsfrihetens – premisser”¹²². For eksempel vart ikkje diskrimineringsvernet etter EMK art. 14 vurdert eller tolka sjølvstendig. Sjølv om det er ei aksessorisk¹²³ føresegn, kunne ein tenkje seg at Høgsterett gjorde ei vurdering av rekkjevidda av art. 14 for så å vurdere det opp mot ytringsfridomen etter EMK art. 10. Det vart kort slått fast at EMK art. 14 har vore lagt til grunn for å innskrenke ytringsfridomen.¹²⁴ I bruken av internasjonale kjelder vart det hovudsakleg EMD sin rettspraksis om *grensene for ytringsfridomen* etter art. 10, som vart lagt til grunn. Av premissa for dommen kan vi lese:

”Grunnloven § 100 er en gammel bestemmelse. Den må i dag åpenbart vurderes på bakgrunn av den utvikling vårt samfunn har gjennomgått. At Norge har sluttet seg til internasjonale konvensjoner som beskytter grunnleggende menneskerettigheter, må også få betydning. Ytringsfriheten inngår i disse, men også det vesentlige hensyn det er for et demokrati å verne minoriteter mot diskriminering. Ved den avveining som skal foretas i forhold til Grunnloven § 100, må det ha betydning at vern mot rasediskriminering er akseptert i det internasjonale samfunn som en grunnleggende rettighet. I denne forbindelse finner jeg grunn til å nevne Grunnloven § 110c (..)”¹²⁵.

I eit diskrimineringsrettsleg perspektiv må ein stille spørsmål om kvifor Høgsterett ikkje la meir vekt på Grl § 110 c supplert med presumsjonsprinsippet¹²⁶, som heimel for å gje rasediskrimineringsvernet både etter EMK, SP, ØSK og RDK ei større rettskjeldevekt. Det vart ikkje trekt direkte slutningar frå grunnlovsføresegna og Emberland skriv: ”Flertallet

¹²⁰ Strl § 135a er endra, og heimlar i dag eit sterkare vern mot rasediskriminerande ytringar. Sjå punkt 5.4.3

¹²¹ Jf Rt 1997 s 1821, 1833

¹²² Emberland (1998), s 175

¹²³ Ei aksessorisk føresegn er usjølvstendig og kan berre gjerast gjeldande saman med andre rettar etter konvensjonen. Høstmælingen (2004), s.132

¹²⁴ Jf Rt 1997 s 1821, s. 1828

¹²⁵ Rt 1997 s 1821, 1832

¹²⁶ Prinsippet føreset at norsk rett er i samsvar med folkeretten. Ulfstein (2006), s 64-64

”koblet” heller ikke sammen sin drøftelse av det internasjonale vernet og drøftelsen av vernet i Grunnloven.”¹²⁷

Blaker Strand tolkar sitatet ovanfor som uttrykk for at ei auka tilslutninga til internasjonale menneskerettskonvensjonar, *spelar inn* på Høgsterett si tolking av Grunnlova. Slik ho ser det, blir ikkje Grunnlova i denne dommen lenger lagt til grunn som ein isolert storleik.¹²⁸

Emberland er noko ueinig. Han argumenterer for at Høgsterett sin argumentasjon hadde blitt annleis dersom *”Grunnloven også [hadde] hatt en bestemmelse til vern mot rasediskriminering”¹²⁹* fordi det då ville vere like naturleg å ta utgangspunkt i ei slik føresegn. Han meiner sitatet ovanfor illustrerer ein forsiktig bruk av dei internasjonale rettskjeldene og at dette *”kan tilbakeføres til det faktum at grunnlovsvernet om visse menneskerettigheter - herunder vernet mot rasediskriminering - er utilstrekkelig.”¹³⁰*

Ordskurda vart avsagt under dissens 12 -5. Mindretalet argumenterte for at yringsfridomen strekkjer seg *lenger* enn det fleirtalet meinte. Andrevoterande viser til den tradisjonelle trinnhøgdelæra og uttalar: *”Saken reiser for meg det grunnleggende spørsmål om tyngden av Grunnlovens bestemmelser i forhold til vanlig lov”* og med utgangspunkt i det såkalla Kløfta-skjønet¹³¹ der det blei lagt til grunn: *”Gjelder det bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, antar jeg at grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig”*. Med denne argumentasjonen ville den grunnleggande retten til vern mot diskriminering, ikkje nådd fram fordi den følgjer av formell lov og ikkje grunnlov.

Høgsterett sin bruk av internasjonale kjelder som heimel for diskrimineringsvernet, vart på nytt illustrert i den såkalla Boot Boys-dommen¹³². Ein leiar i den nynazistiske gruppa Boot Boys hadde kome med nedsettande fråsegn om innvandrarar og jødar under ein demonstrasjon. Påtalemakta meinte fråsegnene var i strid med Strl § 135a. Her kom retten til at yringsfridomen strakk seg lenger enn diskrimineringsvernet. Dei rasistiske ytringane var, etter rettens oppfatning mindre krenkjande, enn i Kjuus-orsturda. I Boot Boys-dommen går

¹²⁷ Emberland

¹²⁸ Strand (2007), s. 18

¹²⁹ Emberland (1998), s. 175

¹³⁰ L.c. Analysen er gjort *for* endringar i strl og inkorporering av RDK.

¹³¹ Jf. Rt. 1976 s. 1

¹³² Jf. Rt. 2002 s. 1618

førstvoterande gjennom vernet mot rasediskriminering etter EMK og SP før ho konkluderer med at ingen av desse konvensjonane gjev eit sterkare vern mot rasediskriminering enn det som følgjer av strl § 135a.¹³³ RDK art 4 som forpliktar statane til å forby rasistiske organisasjonar, fekk heller ikkje gjennomslag. Førstvoterande viser til at ”*RDK, i motsetning til SP og EMK, ikke er gjort til del av norsk lov gjennom menneskerettsloven.*”¹³⁴ Det vart lagt til grunn at RDK artikkel 4 var tilstrekkeleg gjennomført gjennom strl § 135a.

Eg finn ikkje grunn til å gå vidare inn i den materielle drøftinga, men konstaterer at det er mogeleg å hevde at den rettslege rangen til diskrimineringvernet gjer dette vernet svakare i møte med den grunnlovsfesta yringsfridomen. Eg held det for ope om rettskjeldebruken som vart lagt til grunn i Kjuus-ordskurda og Boot Boys-dommen hadde vore lik dersom sakene kom opp i dag. Det må også takast omsyn til at Blaker Strand sine analyser er nyare og knytt til yngre rettspraksis, enn analysen til Emberland.

Ein må likevel kunne stille spørsmålet om mindretalet i Kjuus-orskurda sine argument også kunne stått seg i dag. Det føreset at ein legg til grunn at vektlegginga av rettar som følgjer av Grunnlova er *stor*. Men dersom mindretalet måtte gjere vurderinga ut frå ei eiga grunnlovsføresegn om diskrimineringsvernet opp mot yringsfridomen, ville til dømes ikkje trinnhøgdeargumentet kunne tale for at den eine retten skulle gå føre den andre.

Dei ulike syna i teorien som eg har vist til, gjer også at ein kan hevde at korleis menneskerettane skal tolkast og avvegast er usikker og uklar. I seg sjølv kan dette vere eit argument for det synet at å grunnlovsfeste diskrimineringsvernet kan gjere rettstilstanden klarare og uansett ikkje gje eit *svakare* diskrimineringsvern.

¹³³ Jf. Rt. 2002 s. 1618, ss 1622 - 1625

¹³⁴ Jf. Rt. 2002 s. 1618, s 1625

2.4 Grunnlova § 110 c

Grunnlova § 110 c vart innført under arbeidet med menneskerettslova. Føresegna har vore oppfatta som ei symbolføresegn som framhevar verdien og betydninga av menneskerettane og konvensjonane.¹³⁵ Føresegna er utforma i to ledd:

”Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne.

Nærmere Bestemmelser om Gjennemførelsen af Traktater herom fastsættes ved Lov.”

Føresegna utgjer ei retningslinje ved tolking, men har ikkje eit materiellrettsleg innhald som kan gjerast gjeldande for eit individ.¹³⁶ Føresetnaden for å gjennomføre menneskerettsføresegner og konvensjonar er at lovgjevar gjer eigne lovvedtak, til dømes ved inkorporering gjennom menneskerettslova. Føresegna blir ikkje tolka som ein skranke for lovgjevar og styremakter, og kan heller ikkje leggest til grunn av domstolen i ei prøving av om lov er i strid med grunnlov.¹³⁷

I eit individrettsleg perspektiv er det klart at Grl 110c ikkje kan heimle eit diskrimineringsvern. Det er heller ikkje føremålet med føresegna. Forarbeida legg til grunn at symbolfunksjonen, sikring av fleksibilitet og handlefridom for lovgjevaren og som tolkingsmoment i rettsbruken, er det sentrale føremålet.¹³⁸

¹³⁵ Fliflet (2005), s- 468 – 469.

¹³⁶ Jf Høgberg og Høstmælingen (2010) s 124 – 125

¹³⁷ L.c

¹³⁸ Jf NOU 1993:18, punkt 11.3

3 Diskrimineringsvernet i dag

3.1 Innleiing

I dette kapittelet gjer eg greie for utviklingslinjer, sentrale diskrimineringsrettslege omgrep og sider ved det gjeldande diskrimineringsvernet i norsk rett. Utviklinga av diskrimineringsvernet og vernet slik det er i dag, er sentralt i spørsmål om grunnlovsfesting. Det illustrerer korleis vernet har fått ei stadig større rekkjevidde, både materielt og formelt. Og ved å sjå på kor langt vernet strekkjer seg i dag, vil ein ha eit utgangspunkt for kor langt grunnlovsvernet kan gå, både når tanken er å styrke det, men også med omsyn til kva som kan gjere diskrimineringsvernet svakare.

Fleire av endringane i norsk rett har si forklaring i påverknad frå overnasjonale kjelder. Dette har ført internasjonale rettskjelder nærmare dei nasjonale og kjeldene er i stor grad er filtra inn i kvarandre. I spørsmål om innhaldet av *det materielle vernet* er det, som nemnt innleiingsvis, i liten grad råd å skilje skarpt mellom nasjonal og internasjonal rett. Eit døme er ei sak i Likestillings- og diskrimineringsnemnda, der eit av spørsmåla var om likestillingslova heimla vern mot diskriminering på grunnlag av kjønnskifte. Nemnda viste til praksis frå EU-domstolen si tolking av det dågjeldande likebehandlingsdirektivet¹³⁹ og fann at likestillingslova også måtte gjelde for personar som har skifta kjønn, sjølv om dette ikkje følger direkte av ordlyden i likestillingslova § 1.¹⁴⁰

¹³⁹ Jf 76/207EØF (endra)

¹⁴⁰ Nemnda sak nr 19/2008

3.2 Sentrale utviklingslinjer

3.2.1 Menneskerettane i norsk rett

Ein av grunnane til at nasjonale og internasjonale rettskjelder i diskrimineringsretten ikkje kan haldast frå kvarandre, er at internasjonale konvensjonar er gjort til norsk lov gjennom menneskerettslova som vart vedteken 21.mai 1999.

Føremålet med lova er å styrkje menneskerettane, jf mskrl § 1. Formelt er dette gjort ved at enkelte menneskerettskonvensjonar er inkorporerte i lova, jf mskrl § 2. I dag gjeld det dei fem konvensjonane EMK, SP, ØSK, KDK og BK. Og etter mskrl § 3 har dei forrang føre lova dersom det oppstår motstrid mellom nasjonal lovgjeving og menneskerettane.

Føresegna om forrang har ført til store debattar om trinnhøgda mellom Grunnlov og lov. Eg går ikkje djupare inn i sjølve denne debatten, men vil seie noko overordna om korleis Høgsterett tolkar menneskerettslova og korleis konvensjonane og handhevingsorgana deira blir brukt som rettskjelder.

For det første har Høgsterett har avklart korleis mskrl § 3 skal tolkast når det gjeld EMK.

I ”Böhler-dommen”, Rt. 2000 s. 996, legg Høgsterett til grunn at når det gjeld EMK må mskrl § 3 tolkast slik at *”dersom det tolkingsresultat som følger av EMK, fremstår som rimelig klart, må norske domstoler legge konvensjonsbestemmelsen til grunn selv om dette skulle medføre at innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsidesatt.”*¹⁴¹

I ”Uskyldspresumsjonen”, Rt 2005 s 833, blir det sagt om tolkinga av EMK at norske domstolar skal *”foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Herunder skal de benytte same metode som EMD.”*¹⁴² Høgsterett utdjuar at tolkinga skal gjerast på grunnlag av

¹⁴¹ Rt 2000 s 996, s 1007

¹⁴² Rt 2005 s 833, premiss 45

konvensjonsteksten, alminnelege vurderingar av føremålet og avgjerder i EMD. Men ”*det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen*”¹⁴³.

EMK er den einaste av konvensjonane som blir tolka av ein domstol med kompetanse til å gje bindande avgjerder, jf EMK art 19 og 46. Dei fire andre konvensjonane har særskilde overvakingsorgan, komitear, med kompetanse til å overvake gjennomføringa av dei. Komiteane kan gje generelle tilrådingar og konkluderande kommentarar (statsrapportar). Komiteane som overvakar SP, RDK og KDK kan også handsame individklager¹⁴⁴.

Det er særleg tre saker frå Høgsterett som avklarar rettskjeldevekta til slike fråsegner.

I Rt. 2008 s. 513 var spørsmålet om torturkomiteen i FN¹⁴⁵ si *oppmoding* om å vente med å sende ut ein asylsøkjjar til komiteen hadde behandla saka, måtte gjelde i norsk rett. Høgsterett kom til at asylsøkjaren ikkje hadde rettsleg interesse, men drøftar likevel det generelle spørsmålet om rettskjeldevekt. Førstvoterande seier at ”*den norske holdningen er at slike anmodninger skal tillegges stor vekt, og at de i utgangspunktet vil bli etterkommet så langt dette er mulig*”¹⁴⁶.

I Rt 2008 s. 1764 tek Høgsterett stilling til kva gjennomslagskraft FN sin menneskerettskomité si *fråsegn*¹⁴⁷ i ein *individklage* i den såkalla Restauratørsaka¹⁴⁸, skulle ha. Menneskerettskomiteen hadde slått fast at norsk straffeprosesslov var i strid med SP art 14 nr 5¹⁴⁹ om retten til overprøving, fordi straffeprosesslova gav heimel for ikkje å grunngje nekting av ein anke. Komiteen hadde difor gjort ei konkret vurdering av eit motstrids spørsmål mellom norsk rett og SP. Høgsterett uttalar at menneskerettskomiteen si tolking av SP må ha *betydeleg vekt*.¹⁵⁰

¹⁴³ L.c

¹⁴⁴ Også RDK-komiteen handsamar individklager, RDK er gjort til norsk lov i diskrimineringslova. Sjå kap 6 om komiteane sitt arbeid.

¹⁴⁵ FNs Torturkomité overvakar torturkonvensjonen, som ikkje er gjort til norsk lov.

¹⁴⁶ Rt 2008 s. 513, premiss 58

¹⁴⁷ Ordet ”view” blir brukt på engelsk.

¹⁴⁸ Communication No. 1542/2007

¹⁴⁹ SP art. 14 nr 5: Enhver som er domfelt for en forbrytelse skal ha rett til å få domfellelsen og straffutmålingen overprøvet av en høyere instans i overensstemmelse med lov.

¹⁵⁰ Jf Rt. 2008 s. 1764, premiss 81

I Rt. 2009 s. 1261 uttalte førstvoterande at det formelle grunnlaget, altså kva type kommentar det er, for ei fråsegn har ei viss tyngde for vekta, men:

”Det avgjørende vil likevel være hvor klart den må anses å gi uttrykk for overvåkingsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene. Særlig må man vurdere om uttalelsen må ses som en tolkingsuttalelse, eller mer som en tilråding om optimal praksis på konvensjonens område. Dernest må man vurdere om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde.”¹⁵¹

Høgsterett legg vidare vekt på at det i vurderinga av generelle fråsegner, der komiteen og staten ikkje har vore i dialog, er det særleg viktig å vurdere om fråsegnene passar med faktum og rettsområde.

Vi kan altså slå fast at både fråsegner i individklager, oppmodingar, generelle og konkluderande kommentarar frå FN-komiteane som overvakar og handhevar konvensjonane, har vekt i norsk rett. Med dette som utgangspunkt kan domstolane sjå til komitéfråsegner i spørsmål om tolking av ein konvensjonsrett, vurdert opp mot norsk lov. Norsk rett skal tolkast i samsvar med gjeldande rett etter konvensjonane, og difor er desse fråsegnene relevante for nasjonal rett sjølv om dei ikkje er direkte rettsleg bindande som ein dommar frå EMD.

Seinare i oppgåva drøftar eg kva vekt slike fråsegn har overfor *lovgjevar* (kap 5).

3.2.2 Tilbakehalden gjennomføring av menneskerettane

Noreg har dei siste åra har vore tilbakehalden når det kjem til inkorporering og ratifisering av menneskerettskonvensjonar. Eit døme er prosessen bak inkorporeringa av KDK, som til slutt enda med at konvensjonen vart inkorporert med forrang gjennom menneskerettslova i 2009.¹⁵² Andre døme er at Noreg ikkje har ratifisert FN-konvensjonen mot diskriminering av personar med nedsett funksjonsevne¹⁵³, avstår frå å delta i forhandlingar om å etablere ein

¹⁵¹ Rt. 2009 s. 1261, premiss 44, mi understreking

¹⁵² Jf. Lov av 19. juni 2009 nr 80, jf Ot.prp.nr.93 (2008-2009)

¹⁵³ UN Convention on the rights of persons with disabilities, ikkje ratifisert per mai 2011

individklagerett for born etter BK og er skeptiske til å ratifisere tilleggsprotokollen til ØSK som heimlar ein individklagerett.¹⁵⁴

Noreg har til no ikkje ratifisert EMK TP12 som heimlar eit generelt diskrimineringsvern.

3.2.3 Ei samla diskrimineringslov?

Frå å ha vore spreidd mellom ulike nasjonale lover, pågår det no eit arbeid der ein søker å samle og systematisere de ulike regelfragmenta i norsk rett. Fleirtalet i justiskomiteen la til grunn at dette ville kunne gje ulike grupper eit diskrimineringsvern som *”fremstår som innbyrdes, samordnet, rettferdig og logisk”*¹⁵⁵, då komiteen ba regjeringa setje ned eit utval for å lage eit forslag til ei felles diskrimineringslov. Det ser ut til å ha vore ei haldning hos lovgjevaren at diskrimineringsvernet, slik det er i dag, er både uklart og i nokre tilfelle ikkje rettferdig. Diskrimineringsutvalet sitt lovutkast i ”NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern” er til vurdering i regjeringa og hos Barne- og likestillingsdepartementet.¹⁵⁶ Dette gjer at eg i skrivande stund, må legge til grunn det vernet som følgjer av norsk rett i dag. Ei rettsutvikling vil kunne endre innhaldet og rekkjevidda av diskrimineringsvernet for enkelte av grunnlaga. Om dette vil føre til ei styrking av vernet er eit spørsmål som krev ei grundig og omfattande analyse, som ligg utanfor denne oppgåva.

Det er likevel grunn til å legge merke til at i mandatet for utvalet stod det at føremålet med lova er å *”samle vernet mot diskriminering i én lov, og å sørge for et mer helhetlig og derigjennom styrket diskrimineringsvern i norsk lovgivning”*.¹⁵⁷ I konkretiseringa av oppgåvene til utvalet blir det lagt vekt på at ei felles lov ikkje skal *svække* dagens vern.¹⁵⁸ Denne nyansen er tilsynelatande liten. Men ved å stille eit enkelt spørsmål om kva som er

¹⁵⁴ Om Noreg si haldning til individklagerett, sjå Dokument nr. 15:632 (2010-2011). Utanriksministeren svarar på spørsmål om dette.

¹⁵⁵ Jf Innst. S. nr. 54 (2006-2007), s. 1

¹⁵⁶ Ot.prp kan vere klar innan utgangen av 2012, jf e-post frå lovutvalet sin sekretær Elisabet Vigerust, 24.mars 2011

¹⁵⁷ NOU 2009: 14 punkt 2.2, mi understreking

¹⁵⁸ Ibid, punkt 2.2 nr 2.

skilnaden på å styrke og ikkje svekke, kjem skilnaden klarare fram. Styrking inneber at eit eller fleire av diskrimineringsgrunnlaga som skal samlast i lova, får eit utvida vern. Men det at ein ikkje skal svekke, kan tale for at ei vidareføring av det gjeldande vernet, samla i ei lov, er i tråd med mandatet.

Når vi ser korleis utvalet i fleire spørsmål deler seg i synet på utforminga av lova, kan det tyde på at nokre medlemmer har lagt til grunn eit føremål om ei meir offensiv styrking, medan andre har vore meir opptekne av at hovudpoenget er at diskrimineringsvernet ikkje skal bli svakare. Eit døme er forslaget om at ei ny diskrimineringslov som hovudregel skal gjelde for ei rekkje diskrimineringsgrunnlag supplert med sekkekategori *”andre lignende vesentlige forhold”*, jf lovforslaget § 1. Her går eit mindretal inn for at lova bør vere uttømmende og vil difor verne *færre grunnlag* ein fleirtalet.¹⁵⁹ I tillegg føreslår eit fleirtal i utvalet at lova som hovudregel skal gjelde på alle samfunnsområde, med unntak av *”familieliv og rent personlige forhold”*, jf lovforslaget § 2. Her vil eit mindretal i utvalet ta vekk eit slikt unntak og gje lova eit *vidare sakleg verkeområde*.¹⁶⁰

Skilnaden i kva vern dei kan tenkje seg å gje og problemstillingane desse skilnadane reiser, er interessant også i grunnlovsspørsmålet og illustrerer kvar skilnadane går i spørsmål om styrking og svekking.

Om det blir ei samla lov eller ikkje; dei grunnleggande fellestrekkane i ei diskrimineringsrettsleg vurdering vil neppe endre seg vesentleg med ny lov.

3.3 Overordna om diskrimineringsvernet

3.3.1 Direkte og indirekte diskriminering

Både direkte og indirekte diskriminering er som hovudregel forbode etter nasjonal lovgjeving og inkorporerte konvensjonar.¹⁶¹

¹⁵⁹Ibid, s 326, forslag til §1

¹⁶⁰ NOU 2009:14, s 326 forslag til § 2

¹⁶¹ Sjå td diskrl § 4 (2), likebehandlingsdirektivet artikkel 2.1. (a) og ØSK art 2.2 jf ØSK-komiteen , generell kommentar nr 20 og EMK art 14

Direkte diskriminering finn stad der eit individ blir, har blitt eller vil bli, behandla dårlegare på grunnlag av eit av dei verna diskrimineringsgrunnlaga, enn ein annan person ville blitt i tilsvarende situasjon.¹⁶² Dette vernet skal sikre formell likskap mellom individ. Eit døme vil vere at ein person med nedsett funksjonsevne ikkje får ein jobb han elles er kvalifisert til, nettopp fordi han sit i rullestol, er blind eller har ei psykisk lidning.

Indirekte diskriminering finn stad når ein tilsynelatande nøytral regel, praksis eller handling, stiller ein person i ein dårlegare situasjon på grunn av eit verna diskrimineringsgrunnlag, enn det andre personar ville ha blitt.¹⁶³ Denne forma for diskrimineringsvern rettar seg mot *verknadane* av ein regel, praksis eller ei handling. Eit døme på indirekte diskriminering, henta frå EMD, handlar om born av romfolket. Spørsmålet var om rom-borna var utstette for diskriminering når dei vart plasserte i spesialsular.¹⁶⁴ Skulane var ikkje oppretta særleg for rom-borna og var difor ein nøytral spesialsule. Men domstolen fann at den tilsynelatande nøytrale spesialsulen i realiteten utgjorde ei indirekte diskriminering fordi der var ein større prosent rom-born enn andre born.¹⁶⁵

Ei rettsleg vurdering av kor vidt direkte eller indirekte diskriminering har funne stad, byggjer på *tre grunnvilkår*.¹⁶⁶ Det kan stillast spørsmål ved om det er presist å bruke omgrepet vilkår, då det i realiteten ikkje er snakk om klart fråskilde og sjølvstendige vilkår. I Høgsterett si orskurd, Rt. 2010 s 1565, seier førstvoterande i ei diskrimineringsrettsleg drøfting at det er meir snakk om ei vurdering av ”*enkeltelementer av diskrimineringsforbudet*”¹⁶⁷. Eg vil likevel bruke ordet vilkår vidare i framstillinga, fordi det uansett er snakk om element som *må* vere på plass for å kunne fastslå diskriminering.

For det første må det vere ein *årsakssamanheng* mellom diskrimineringsgrunnlaget og den ugunstige situasjonen personen har hamna i eller den dårlege behandlinga han har blitt utsett for. Det relevante er den bakanforliggende årsaka som ligg til grunn for forskjellsbehandlinga

¹⁶² Td diskriminering- og tilgj.lov § 4 (2)

¹⁶³ Diskriminering § 4 (3)

¹⁶⁴ D.H. and others v. Tsjekkia,

¹⁶⁵ D.H. and others v. Tsjekkia, avsnitt 190-191

¹⁶⁶ Vilkåra følgjer både av norsk rett og EF/EØS-retten, jf Strand (2007), s142 flg

¹⁶⁷ Rt 2010 s 1565, premiss 34

Kva eit pliktsubjekt, til dømes ein arbeidsgjevar hevdar at er grunnen, er ikkje avgjerande.¹⁶⁸ Dersom det let seg påvise, at årsaka til at ein person i rullestol har hamna i ein svekka posisjon er heilt uavhengig av at han er rullestolbrukar, kan han ikkje få medhald i at han har blitt ulovleg diskriminert på grunnlag av nedsett funksjonsevne.

Vidare må ei handling, ein praksis eller regel, gjere at den påstått diskriminerte hamnar i ein *mindre gunstig situasjon enn andre* i tilsvarende situasjon. For å avgjere dette må ein samanlikne situasjonen til den som hevdar at han er diskriminert og situasjonen til andre personar. Det er nok å legge til grunn ein hypotetisk tredjeperson som samanlikningsgrunnlag.¹⁶⁹ Kva som er ein tilsvarende situasjon, må gå fram av ei konkret avgjerd.

Det tredje vilkåret er at det ikkje opna for direkte eller indirekte diskriminering i det aktuelle tilfellet. Tilfellet må vere *innanfor virkeområdet* til ei av diskrimineringsføresegnene. Det kan tenkjast at det som er ulovleg forskjellsbehandling i arbeidslivet, kan vere lovleg i eit trussamfunn. Det følgjer mellom anna av diskrimineringslova § 4, jf § 3.

3.3.2 Strukturell, multippel og interseksjonell diskriminering

I moderne diskrimineringsrettsleg litteratur og har også spørsmål om strukturell og interseksjonell eller multippel diskriminering, fått stadig større merksemd.¹⁷⁰ Det strukturelle diskrimineringsvernet er interessant når ein vurderer grunnlovsfesting. Ei rettsutvikling på dette området vil kunne endre eller utvide forståinga av diskrimineringsvernet. Dette følgjer av mellom anna av prinsippa som ligg til grunn for grunnlovstolking, der samfunnstilhøva og ”det kulturelle klima” spelar inn.¹⁷¹ Sjølv om det er vanskeleg å konkretisere kva rettslege problemstillingar som kan oppstå og kva rolle Grunnlova vil kunne få når det gjeld vernet mot strukturell diskriminering, finn eg grunn til å gjere greie for denne nyskapinga i diskrimineringsretten.

¹⁶⁸ For reglar om bevisbyrde sjå punkt 4.7.

¹⁶⁹ Strand (2007), s 144

¹⁷⁰ Sjå t.d. Ketcher (2008), s. 49, Craig (2008) s. 358 og Hellum (2008) II s. 377 flg.

¹⁷¹ Andenæs og Fliflet (2006), s. 47.

I motsetning til det individretta perspektivet som følgjer av forbodet mot direkte og indirekte diskriminering, tek strukturell diskriminering utgangspunkt i stereotype, sosiale, kulturelle eller religiøse oppfatningar av *grupper* av individ – som igjen ligg til grunn for at eit enkeltindivid blir diskriminert.¹⁷² Det er det difor eit føremål å utarbeide lover og reglar som kan endre desse strukturane for å oppnå eit effektivt vern mot strukturell diskriminering.¹⁷³ KDK har det klaraste vernet mot strukturell diskriminering, jf art 5 (a). Statane er forplikta til å treffe eigna tiltak for å *endre* menn og kvinner sine sosiale og kulturelle *åtferdsmønster* med sikte på å avskaffe fordommar og anna praksis som byggjer på "*stereotyped roles*" for menn og kvinner. I SP, ØSK, RDK og EMK, finn vi ikkje reglar som eksplisitt nemner stereotypiar som grunnlag for diskriminering.

Omgrepet opnar for tolking og vanskelege avgrensingar. I diskrimineringsrettsleg teori har det vore hevda at ein stereotypi føreset ei oppfatning om at alle som tilhøyrrer ei bestemt gruppe, til dømes kvinner eller menn, har bestemte eigenskapar, kjenneteikn eller kan fyller spesifiserte roller.¹⁷⁴ Eit enkeltindivid blir vurdert å ha dei same generaliserte kjenneteikna eller eigenskapane som andre innanfor den same gruppa. Personlege trekk blir dermed filtrert vekk.

Det er openlyse utfordringar knytt til rettsleg handsaming av dette vernet. For det første er det vanskeleg å avdekke slik diskriminering. Stereotype oppfatningar kan vere umedvitne og lar seg vanskeleg konkretisere. Det er også vanskeleg å avgjere kor langt plikta til staten strekkjer seg: Kor mykje og kva må ein stat gjere for at arbeidet mot strukturell diskriminering kan seiast å vere eit *eigna tiltak*?

Kvinnekomiteen har i handsaminga av ein individklage, funne brot på art 5 a).¹⁷⁵ Saka omhandla ei filippinsk kvinne som sa ho var blitt valdteken, men ho vart ikkje trudd i retten. Ho hevda at dei rettslege prinsippa, utvikla av filippinsk høgsterett for å avgjere ei valdtektssak, bygde på stereotype oppfatningar av korleis kvinner *vanlegvis* handlar i

¹⁷² Hellum (2008) II, s 378.

¹⁷³ Jf Aune (2011), s 1

¹⁷⁴ Cook (2009), s. 9

¹⁷⁵ Vertido v. Philippines, 18/2008

valdtektssaker. Påstanden var dermed at dette var eit brot på KDK art 5 (a) saman med art 2 (f), ein påstand som førte fram.

Komiteen understreka i si fråsegn KDK forpliktar statane til å “*take appropriate measures to modify or abolish [...] customs and practices that constitute discrimination against women.*”¹⁷⁶ Vidare la komiteen vekt på at stereotypiar kan påverke kvinner sin rett til ei rettferdig¹⁷⁷ retts sak og at domstolane har ansvar for ikkje å utvikle standardar som ikkje er fleksible når det gjeld kva kvinner eller jenter *bør vere* eller kva dei *burde ha gjort* i ein valdtektssituasjon. Standardane må ikkje byggje på førehandsdefinerte haldningar om kva som kvalifiserer til valdtekt eller det å vere offer for kjønnsbasert vald.

Dette viser korleis vernet mot strukturell diskriminering kan slå ut på staten sine handlingar, her gjennom prinsipp for eit strafferettsleg vurdering i ein nasjonal domstol.

I norsk lovgjeving er det i første rekke lovfesting av plikta til å arbeide aktivt for å fremje likestilling og likebehandling, ei aktivitets og rapporteringsplikt, som er verkemiddelet til å fremje det strukturelle diskrimineringsvernet. Plikta rettar seg både mot private og offentlege verksemdar. Eit døme er likestillingslova § 1a som heimlar ei formulering vi også finn i dei to andre diskrimineringslovene om å “*arbeide aktivt, målrettet og planmessig*” for å oppnå føremålet med lova. Kva som er aktivt, målretta og planmessig vil kunne variere frå verksemd til verksemd. Lova gjev ikkje uttrykk for kva konkrete tiltak som skal til, og kan difor seiast å vere vanskeleg å karakterisere i eit reint juridisk og rettsleg perspektiv.¹⁷⁸ Ordlyden er vid og føremålsorientert, noko som opnar for fleire moglege tolkingar.

Diskriminering av individ på fleire grunnlag, er også eit nytt perspektiv i diskrimineringsretten. Det blir omtalt som enten multippel eller interseksjonell diskriminering.¹⁷⁹ Denne forma for diskriminering blir av diskrimineringslovutvalet ikkje foreslått særskild regulert og det blir lagt til grunn at forarbeida bør gje uttrykk for at slik diskriminering også fell inn under lova.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Ibid, premiss 8.4

¹⁷⁷ Komiteen brukar orda *fair* and *just*, jf Vertido v. Philippines, 18/2008, premiss 8.4

¹⁷⁸ Anne Hellum (2008) II, s 377 flg. Ho omtalar dei som kvasijuridiske.

¹⁷⁹ Sjø td. NOU 2009: 14, kap 14

¹⁸⁰ Ibid, punkt 14.6

Medan multippel diskriminering omhandlar ein situasjon der ein person blir utsett for diskriminering på *meir enn eit grunnlag* i ei og same handling, finn interseksjonell diskriminering stad der *grunnlaga ikkje kan skiljast frå kvarandre*. Eit døme på multippel diskriminering kan vere at ei eldre kvinne blir utsett for ei usakleg forskjellsbehandling som ein eldre mann ikkje blir. Både kjønn og høg alder ligg til grunn for diskrimineringa. Interseksjonell diskriminering kan vere at ei kvinne med minoritetsbakgrunn, på grunn av fordommar og stereotype oppfatningar, blir etnisk diskriminert på ein måte som menn med minoritetsbakgrunn ikkje blir.

Diskrimineringslovutvalet legg til grunn at sekkegrunnlaget «*andre liknende vesentlige forhold ved en person*» kan omfatte problemstillingar knytt til diskriminering på fleire grunnlag. Dette gjeld særleg "*hvor det ellers eventuelt kunne vært en viss tvil om de oppramsede diskrimineringsgrunnlag ga tilstrekkelig hjemmel for håndheving*"¹⁸¹.

Multippel og interseksjonell er nye omgrep. Likevel meiner diskrimineringslovutvalet at informasjonsomsyn ikkje talar for at lova bør uttrykkje eit forbod mot denne forma for diskriminering. Men i grunnlovssamanheng kan symbolverknadane av eit diskrimineringsvern gjere at ein får ei auka merksemd på problemstillinga og difor gjev eit momentum for å motarbeide slik diskriminering. Ved å understreke dette gjennom forarbeid, kan ein også synleggjere eit føremål om å motarbeide desse formene for diskriminering.

3.3.3 Lovleg forskjellsbehandling

Det rettslege utgangspunktet er at forskjellsbehandling med eit *sakleg føremål*, som er *nødvendig* og som ikkje er uforholdsmessig inngripande i forhold til *føremålet*, er lovleg. Formelen er blant anna utvikla av EU-domstolen¹⁸² og er i dag klart uttrykt i likestillingslova § 3 (5), diskrimineringslova § 4 (4) og diskriminerings- og tilgjengelegheitslova § 4 (4).

¹⁸¹ L.c.

¹⁸² Jf EF-domstolen, C-170/84 Bilka-saka. I dag heiter det EU-domstolen.

Praksis frå EMD illustrerer ein nokså lik formel, der to delkomponentar inngår i vurderinga. For det første må ein spørje om forskjellsbehandlinga skjer for å oppnå eit ”*legitimt mål*”. For det andre kan forskjellsbehandlinga berre vere lovleg dersom forskjellsbehandlinga for å oppnå det legitime målet er ”*forholdsmessig*”. For å konkludere med at det er diskriminering, må altså forskjellsbehandlinga sakne eit ”*reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized*”.¹⁸³ Det må gjerast ei totalvurdering der individet sitt menneskerettsvernet kan vegast mot andre interesser i samfunnet.¹⁸⁴

3.3.4 Positiv særbehandling

Så langt har eg konsentrert meg om korleis ein vurderer forskjellsbehandling med utgangspunkt i at ein person er *negativt* behandla eller har blitt utsett for ein *negativ verknad* og vist kvar grensene går. Men ei side av diskrimineringsvernet er også at det er rom for å behandle nokon *betre* enn andre. Ein definisjon kan vere:

*”Positiv særbehandling er systematisk og villet forskjellsbehandling av ulike grupper, personer eller situasjoner, med det langsiktige mål å bedre forholdene for dem som blir tilgodesett av den.”*¹⁸⁵

I visse tilfelle går det fram av lova kva som er lovleg forskjellsbehandling. Til dømes i likestillingslova § 3a som seier at ulik behandling som ”*i samsvar med lovens formål fremmer likestilling mellom kjønnene, er ikke i strid med § 3*”

Også etter KDK og RDK er positiv særbehandling tillat. I KDK art 4 (1) som seier at ”*temporary special measures*” for å fremje likestilling ikkje er diskriminering. Men slike tiltak skal i utgangspunktet vere midlertidige og vare fram til ”*the objectives of equality of opportunity and treatment have been achieved.*” . Også her gjeld skranken om at slik positiv særbehandling må vere sakleg, eigna eller nødvendig og proporsjonal. Dette følgjer mellom anna av den generelle kommentaren frå KDK- komiteen som seier at tiltaka må vere

¹⁸³ jf Den belgiske språksaka (1968) og Abdulaziz mfl mot United Kingdom (1985)

¹⁸⁴ Emberland (2006), s 218

¹⁸⁵ Ibid, s. 220

“*necessary and appropriate*”¹⁸⁶ Dette heimlar ei positiv plikt for staten til å *reelt* fremje likestilling.

Også etter EU/EØS-retten er positiv særbehandling lov. Etnisitetsdirektivet heimlar ein vidare rett, jf følgjer av art 5 som seier at:

”for at sikre fuld ligestilling i praksis er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager specifikke foranstaltninger, der har til formål at forebygge eller opveje ulemper knyttet til race eller etnisk oprindelse”

Av ordlyden går det ikkje fram at slike tiltak skal avsluttast så snart føremålet er nådd, slik det gjer etter likestillingslova og KDK. Men føremålet med alle EU/EØS-direktiv er marknadsorienterte og skal sikre eit marknadsrasjonelt diskrimineringsvern.¹⁸⁷ Dette er eit anna utgangspunkt enn både EMK og FN-konvensjonane som set individet sine grunnleggande rettar i fokus. Positiv særbehandling som ikkje er eigna og proporsjonalt etter marknadstanken, kan lettare bli sanksjonert av EU/EFTA-domstolen fordi ein finn at særbehandlinga gjer at ein til dømes hindrar at dei best kvalifiserte får ein jobb eller eit verv.¹⁸⁸

Frå heimlege trakter kjenner vi til føresegna om at det skal vere minst 40% kvinner i styrer for børsnoterte verksemder (ASA)¹⁸⁹. Her har Noreg tent som inspirasjonskjelde for fleire land som no vurderer nokre av dei same verkemidla.¹⁹⁰

¹⁸⁶ KDK General Recommendation nr 25 (2004)

¹⁸⁷ Jf Ketscher (2008), s 51

¹⁸⁸ Lc. Sjå også universitetssaka E 1/02 der Noreg tapte i EFTA-domstolen i eit spørsmål om positiv særbehandling

¹⁸⁹ Jf allmennaksjeloven § 6-11a

¹⁹⁰ Jf Aftenposten , 15.10.10 (nettutgåva)

3.3.5 Sakleg, nødvendig og proporsjonalt

Kva som til ei kvar tid er sakleg, nødvendig og proporsjonalt vil variere frå tilfelle til tilfelle. Diskrimineringslovutvalet legg til grunn i si drøfting av gjeldande rett at ved utøving av offentleg styremakt kan omsyn til offentleg helse, nasjonale økonomiske interesser, vern av andre rettar og fridomar og kampen mot kriminalitet vere døme på saklege føremål. Handlingar basert på meir subjektive oppfatningar eller vilkårleg bruk av makt, er usaklege føremål.¹⁹¹ Dette er ikkje uttømmande døme på saklege føremål, men viser moment som kan inngå i ei rettsleg drøfting. I tillegg kjem spørsmål om forskjellsbehandling som tener til å *fremje* føremålet i ei diskrimineringslov, kan vere sakleg, eigna eller nødvendig og proporsjonalt.

I Rt. 2010 s 1565 vurderer Høgsterett om dei særlege vernetingsreglane i utlendingslova § 79 (3), som seier at saker om utviste utlendingar skal førast i Oslo tingrett, er i strid med diskrimineringsvernet i SP art 26. Hovudregelen elles er at saka skal opp i den domstolen som ligg nærast saksøklar sin bustad , jf tvistelova § 4-4 (1) og (2). Saksøklar hevda seg diskriminert som utlending når han ikkje fekk saka opp for Nord-Troms tingrett, som låg nærast der han hadde budd.

Høgsterett konkluderer ikkje i spørsmålet om det var ei usakleg forskjellsbehandling eller om utlendingen kom inn under eit diskrimineringsgrunnlag. Retten seier at det er rom for å vurdere om det å vere utlending kan falle inn under diskrimineringsgrunnlaget ”other status”¹⁹². Førstvoterande går ikkje grundigare inn i drøftinga fordi: ”*Når jeg likevel ikke finner grunn til å gå nærmere inn på disse spørsmålene, skyldes det at det etter mitt syn under enhver omstendighet er klart at den særlige vernetingsbestemmelse for utlendingssakene er legitimt begrunnet og ikke uforholdsmessig*”¹⁹³.

¹⁹¹ Jf NOU 2009: 14, punkt 3.2.2

¹⁹² Jf Rt 2010 s 1565, premiss 38

¹⁹³ Mi understreking

Dommen viser også at lovgjeving som har til føremål å fremje *”samfunnsmessige interesser av tilstrekkelig viktighet”*¹⁹⁴ kan vere ein legitim grunn for forskjellsbehandling.

I arbeidet med føresegna i utlendingslova stod fleire omsyn mot kvarandre.

Rettstryggeleiksomsyn tilsa at også utlendingar burde få saka opp ved heimstaden sin, for å likestille styrketilhøvet mellom saksøklar og staten. Men omsynet til auka ressursbruk, ved at Regjeringsadvokaten og andre sakkyndige som er i Oslo dermed måtte reise landet rundt, tilsa ei spesialføresegn for utlendingssaker. Lovgjevar la mest vekt på det siste og Høgsterett meinte det var *”klart at de hensyn som lovgiver har vektlagt, er saklige og relevante”*¹⁹⁵

Vidare seier domstolen: *”Den nærmere hensiktsmessighetsvurdering er klart et politisk spørsmål, som det ikke ligger til domstolene å overprøve.”*¹⁹⁶

3.3.6 Særtrekk ved dei ulike grunnlaga

Det vil alltid vere særtrekk innanfor kvart enkelt diskrimineringsgrunnlag som gjer at diskriminering kan finne stad på ulike måtar i praksis. Desse skilnadane dannar grunnlag for særskilde reguleringar. For eksempel har diskriminerings- og tilgjengelegheitslova føresegner med krav om universell utforming som skal sikre at personar med nedsett funksjonsevne har tilgong til både offentlege og private verksemder som er *”rettet mot allmenheten”*.¹⁹⁷ Brot på tilretteleggingsplikta er diskriminering.¹⁹⁸ Ein slik særskild regel vil ikkje vere nødvendig for grunnlag som kjønn og etnisitet, som på si side har heilt andre særskilde reglar for å sikre vernet mot diskriminering. Det er difor vanskeleg å tenkje seg at ei grunnlovsføresegn skal heimle alle slike særskilde plikter eller reglar. Dette vil føre til ein svært detaljert og uoversiktleg regel, og det kan hevdast at så lenge ein har spesiallover eller ei felles diskrimineringslov som sikrar desse særskilde omsyna, så sikrar det godt nok eit særskild vern for kvart enkelt diskrimineringsgrunnlag.

¹⁹⁴ Rt 2010, s 1565, premiss 33

¹⁹⁵ Rt 2010, s 1565, premiss 45

¹⁹⁶ L.c

¹⁹⁷ Jf disk- og tilgj.lova § 9 (3)

¹⁹⁸ Jf disk- og tilgj.lova § 9 (4)

Men ein kan likevel tenkje seg at ei grunnlovsføresegn, som fungerer som eit tolkingsmoment, talar *for* at ein i ein konkret situasjon er rettsleg forplikta til å legge særleg til rette, til dømes gjennom universell utforming.

Nokre av dei særskilde reglane, for enkelte diskrimineringsgrunnlag, kan vi tillegge ein meir sentral karakter fordi dei følgjer av føremålsparagrafen i lovene. Eit døme er føremålsparagrafen i likestillingslova som tek særleg sikte på å styrke kvinners stilling, jf § 1. I relasjon til utgreiinga ovanfor om diskriminering på fleire grunnlag, kan føremålet om å styrke kvinners stilling spele ei rolle dersom ein tek utgangspunkt i at kvinner er særskild utsette for diskriminering og dermed også interseksjonell, multippel og strukturell diskriminering.

3.4 Fire hovudaspekt for vidare framstilling

I den vidare framstillinga tek eg utgangspunkt i fire ulike aspekt som gjer seg gjeldande i ei diskrimineringsrettsleg vurdering. Dei fire aspekta er *diskrimineringsgrunnlag*, *verkeområde*, *symbolføresegn* eller *individrett* og *terskelen for forskjellsbehandling*. I dette kapitlet er det berre tre av aspekta som er relevante i presentasjonen av det gjeldande diskrimineringsvernet. Det gjeldande diskrimineringsvernet *er* ein individrett. Men i kapitlet utforminga av ei grunnlovsføresegn, er spørsmålet om ho skal vere ei symbolføresegn eller ein individrett sentralt. Føremålet med dei tre aspekta eg drøftar i det vidare, er å lansere eit meir normativt utgangspunkt for kva som vil utgjere ei styrking og kva som kan vere ei svekking ved grunnlovsfesting. Desse utgangspunkta tek eg med vidare til kap 7.

3.5 Diskrimineringsgrunnlaga

Eg tek utgangspunkt i grunnlaga kjønn, nedsett funksjonsevne og etnisitet¹⁹⁹ og religion mv. Det er desse tre grunnlaga som er verna etter dei sentrale diskrimineringslovene og difor har eit klart rettsgrunnlag i nasjonal rett. I tillegg vil eg sjå på korleis diskrimineringsgrunnlaget ”other status”, som følgjer av inkorporerte menneskerettskonvensjonar jf menneskerettslova §§ 2 og 3, har utvikla seg.

Ut frå det gjeldande rettskjeldebiletet og vernet dei ulike grunnlaga har, kan vi sonde mellom *klare* og *uklare* grunnlag for å illustrere skilnadane i vernet.

3.5.1 Klare grunnlag: Kjønn, religion og etnisitet, nedsett funksjonsevne

Diskrimineringsgrunnlaga kjønn, religion og etnisitet mv og nedsett funksjonsevne er verna både gjennom nasjonale lover, inkorporerte hovud- og særkonvensjonar og gjennom EU/EØS-retten²⁰⁰. Dette gjer at grunnlaga har både eit omfattande, men også klart vern i norsk rett.

3.5.1.1 Kjønn

Grunnlaget kjønn skal som utgangspunktet forståast som kvinner og menn²⁰¹, jf føremålet i likestillingslova § 1 som er å ”*fremme likestilling mellom kjønnene*”. Sjølv om dette kan tolkast slik at både menn og kvinner er verna mot diskriminering, følgjer det av den særlege føremålsregelen at lova tek ”*særleg sikte på å bedre kvinnens stilling*”. Dette talar for at det i diskrimineringsgrunnlaget kjønn ligg ei forståing av det er særleg kvinner som treng vern.

¹⁹⁹ Den norske lova brukar omgrepa etnisitet, religion mv, medan det etter dei internasjonale reglane er ordet rase som blir brukt som samleomgrep. I den vidare framstillinga brukar eg etnisitet om rase.

²⁰⁰ Jf avsnitt 4.1.3

²⁰¹ Også transseksualisme er omfatta av likestillingslova, jf praksis frå Likestillings og diskrimineringsnemnda i sak nr 19/2008, s 6, som viser til EF-domstolen si tolking.

Synet hentar også støtte i KDK art 1 der det går fram at det er kvinner som er verna mot kjønnsdiskriminering. Etter SP, EMK og ØSK må grunnlaget ”gender” tolkast å omfatte både kvinner og menn. Det same gjeld for likebehandlingsdirektivet, jf artikkel 1²⁰².

3.5.1.2 Nedsett funksjonsevne

Omgrepet nedsett funksjonsevne som diskrimineringsgrunnlag er eit resultat av ei utvikling der ein har gått vekk ordet funksjonshemming. Grunnlaget har fått eit vidare innhald og er i dag å forstå som ”*tap av eller skade på en kroppsdel eller i en av kroppens funksjoner*”, og omfattar difor både ”*fysiske, psykiske og kognitive funksjoner*”²⁰³. Diskrimineringsgrunnlaget nedsett funksjonsevne avgrensar mot ”*forbigående og helt bagatellmessige forhold som ikke påvirker funksjonsevnen i nevneverdig grad*”. I EF sitt likebehandlingsdirektiv, som er implementert i norsk rett, er det omgrepet *disability*, jf art 1, som blir brukt for dette diskrimineringsgrunnlaget. Men dette utgjer i realiteten ingen stor skilnad.²⁰⁴ I og med at Noreg ikkje har ratifisert FN konvensjonen om rettar til personar med nedsett funksjonsevne, er det gjennom ”other status” i SP, ØSK og EMK at denne gruppa er verna mot diskriminering.

3.5.1.3 Etnisitet mv

Diskrimineringslova §1 omfattar grunnlaga *etnisitet, nasjonalt opphav, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn*. Av forarbeida går det fram at det vart drøfta om etnisitet åleine kunne vere eit godt nok uttrykk for det, men dette vart funne å vere ein for lite presis definisjon. Det vart også lagt vekt på ”*betydningen av forutberegnelighet med hensyn til rekkevidden av lovens forbud, samt betydningen av at loven skal være enkel å forstå og*

²⁰² 2006/54/EF

²⁰³ Jf Ot.prp nr. 44 (2007-2008), s 91-92

²⁰⁴ I forarbeida til lova blir ”disability” oversett til nedsett funksjonsevne, jf Ot.prp nr 33 (2004-2005) punkt 6.6.1

*bruke*²⁰⁵ Ut frå ordlyden kan det tenkjast at grunnlaga vil overlappe kvarandre. Det kan også oppstå problemstillingar der ein må gjere ei konkret tolking for å fastslå ei avgrensing.

Skilnaden mellom norsk lovgjeving og dei folkerettslege kjeldene, er bruken av ordet og omgrepet rase i staden for etnisitet. I RDK er grunnlaget rase også forstått som farge, avstamming eller nasjonal eller etnisk opphav, jf artikkel 1.1. I den 29. generelle kommentaren frå RDK-komitéen frå 2002 blir grunnlaget avstamming drøfta særskild.²⁰⁶ Her blir det lagt til grunn at dette også kan omfatte diskriminering på grunnlag av kastesystem og liknande grupperingar som byggjer på arv og familieopphav. I den 24. generelle kommentaren legg RDK-komitéen til grunn at også urfolk er verna etter konvensjonen.²⁰⁷ Og i den 8. generelle kommentaren slo RDK-komiteen fast at i spørsmål om korleis ein skal identifisere kva grunnlag eit individ fell under, så skal dette baserast *”upon self-identification”*²⁰⁸. Det er altså det einskilde individet sin eigen definisjon av seg sjølv, som er avgjerande.

Sjølv om det er brei semje om at omgrepet rase er uheldig, fordi det kan medvirke til å halde ved like stereotype haldningar om at folk kan delast inn i ulike rasar, er det framleis i bruk i dei internasjonale generelle konvensjonane, RDK og i EU-retten.²⁰⁹ Men i fortalen til EUs rasediskrimineringsdirektiv blir det uttrykkeleg fastslått at direktivet avvis alle teoriar om rasar.²¹⁰ Skilnaden mellom norsk ordlyd og bruken av ordet rase har i realiteten ingen praktisk verknad.²¹¹

3.5.1 Uklart grunnlag: ”other status”

Grunnlaget ”other status” er ikkje verna gjennom dei nasjonale lovene, som har uttømande opprekningar av grunnlag. Men EMK art 14, SP art 2 og 26 og ØSK art 2.2 verner dette

²⁰⁵ Jf Ot.prp nr. 33 (2004-2005) punkt 10.1.8

²⁰⁶ Jf General Recommendation nr. 29, (2002) punkt 1

²⁰⁷ Jf General Recommendation nr.24, (1999) punkt 1

²⁰⁸ Jf General Recommendation nr. 08, (1990).

²⁰⁹ Sjø td NOU 2002: 12 punkt 13.4.2.3

²¹⁰ Jf 2000/43/EF punkt 6

²¹¹ Jf Holgersen i ”Likestillings og diskrimineringsrett” s 160, 2008

diskrimineringsgrunnlaget.²¹² Sjølv om dette er konvensjonar som er gjort til norsk rett med forrang etter menneskerettslova §§ 2 og 3, må statusen til grunnlaget seiast å vere uklar. Det følgjer mellom anna av at dei nasjonale handhevingsorgana ikkje har ansvar for å forvalte vernet mot diskriminering etter desse konvensjonane, noko som gjer at det ikkje er mogleg å handtere vernet like effektivt som for dei klare grunnlaga. I norsk rettspraksis finst det berre eit døme på at grunnlaget har vore vurdert (sjå nedanfor).

Det er tre sentrale aspekt ved dette grunnlaget. For det første er rekkevidda uklar og synest å vere i stadig utvikling. Det har vore hevda at eit vilkår for å kategorisere eit grunnlag innanfor ”other status” er at det er eit *grensetilfelle av* eller noko som *liknar på* dei allereie opplista diskrimineringsgrunnlaga, eller at det vil *verke støytande* å halde grunnlaget utanfor vernet.²¹³ Dette gjev likevel rom for tolking. Men det er også eit grunnlag som blir hevda å uthole vilkåret om eit eige diskrimineringsgrunnlag i ei vurdering av om diskriminering har funne stad. Eit anna poeng er at det har vore ein mekanisme for å utvikle grunnlag, td seksuell orientering og alder, grunnlag vi i dag ser på som meir ”sjølvvsagte”.

Eg vil difor sjå litt nærare på dette grunnlaget og startar med korleis det er tolka og forstått i SP, ØSK og EMK.

3.5.1.3 FN-Konvensjonar (SP og ØSK)

I tolkinga av SP art 2 og kategorien ”other status”, har det vore lagt til grunn at grunnlaget må vere *materielt samanliknbart* med dei som allereie er positivt lista opp, for at det er verna. Det er difor snakk om ”*distinctions unrelated to an individual’s merit, abilities or efforts*”²¹⁴. Dette tilseier at vurderinga må vere konkret i kvart enkelt tilfelle. Og det er først og fremst gjennom praksis det vil oppstå nye grunnlag på bakgrunn av desse vilkåra. Dette er difor ein kategori som domstolar og andre kompetente handhevingsorgan må utvikle.

²¹² Også barnekonvensjonen heimlar sekkegrunnlaget ”other status”, jf BK art 2

²¹³ Jf NOU 2009:14 s 156 og Makkonen (2005)

²¹⁴ Makkonen (2005) s. 7

Også SP art 26 har sekkekategori ”other status”. Menneskerettskomiteen tolkar mellom anna *nasjonalitet* til å vere verna av denne kategorien.²¹⁵ Også her er det uklart kor mange grunnlag som høyrer til, men i teorien har det vore hevda at grunnlaga må vere knytt til medfødde karakteristika ved ein person som han eller ho i fleire tilfelle ikkje kan kontrollere, endre eller bestemme over.²¹⁶ Sekkekategori kan også gje rom for karakteristika som er viktige for eit individ og ei følgje av personleg handlefridom, men som likevel kan tenkjast å vere grunnlag for ulovleg diskriminering.²¹⁷ For grunnlaget seksuell orientering, har menneskerettskomiteen funne at det høyrer til under grunnlaget ”sex”.²¹⁸ Dette er i motsetning til EMD, som heimlar seksuell orientering under grunnlaget ”other status”.²¹⁹

ØSK art 2 (2) har også ein sekkekategori. Spørsmål om diskriminering av personar med nedsett funksjonsevne har av ØSK-komiteen funne å vere *klart* innanfor ”other status”. Når det gjeld spørsmålet om alder, meinte ØSK-komiteen at *”while it may not be possible to conclude that discrimination on the grounds of age is comprehensively prohibited by the Covenant, the range of matters in relation to which such discrimination can be accepted is very limited”*²²⁰. Komiteen viste i 1995 til utviklinga i fleire land og tendensen mot å forby diskriminering på grunnlag av alder. I ein generell kommentar frå 2009, er diskrimineringsgrunnlaget alder på lista over fleire grunnlag som er heimla i ”other status”.²²¹

Dette illustrerer korleis eit grunnlag utviklar seg over tid. ØSK-komiteen legg også til grunn at det som har vore heimla under sekkegrunnlaget *“reflect the experience of social groups that are vulnerable and have suffered and continue to suffer marginalization”*²²², og understrekar at “other status” vil kunne halde fram med å utvikle seg.

²¹⁵ Gueye er al. mot Frankrike (1989)

²¹⁶ Makkonen (2005) s. 9 viser til Scheinin and Krause (2000)

²¹⁷ Lc.

²¹⁸ Jf Toonen mot Australia

²¹⁹ Sjå nedanfor

²²⁰ Jf ØSK-komiteen, generell kommentar (GK) nr. 6, 1995

²²¹ Jf ØSK-komiteen, GK nr. 20, 2009. Viser til kommentaren for full oversikt over dei ulike grunnlaga.

²²² Jf ØSK-komiteen GK nr. 20, avsnitt 27, 2009

3.5.1.4 EMK

EMD har så langt teke inn fleire nye grunnlag i sekke kategorien ”other status” som følgjer av EMK artikkel 14. Dette gjeld mellom anna *nedsett funksjonsevne*²²³, *alder, transseksualisme* og *seksuell orientering*²²⁴.

I *Clift vs United Kingdom*²²⁵ gjer domstolen ei grundig drøfting av korleis den forstår grunnlaget ”other status”. Saka omhandla ein person som sona ei lang fengselsstraff. Han hevda seg diskriminert etter artikkel 5 saman med artikkel 14, fordi det var ei forskjellsbehandling av innsette som sona tidsavgrensa straffer under 15 år eller såkalla ”discretionary life sentences” og dei som sona straffer på 15 år eller meir. Dei som hadde fått straff i dei to første kategoriane kunne søkje om lauslating til ”Parole Board” som hadde kompetanse til å etterkomme slike søknader på sjølvstendig grunnlag. Dei som sona femten år eller meir måtte, i tillegg til ei tilråding frå ”Parole Board”, også ha ei godkjenning frå utanriksministeren. I den konkrete saka hadde ”Parole Board” rådd til å setje den innsette fri på prøve, men utanriksministeren avslo søknaden. Domstolen kom til at det å vere fengselsinnsett kan vere eit relevant diskrimineringsgrunnlag under sekkegrunnlaget ”other status”.

Domstolen seier at karakteristikkar som etter rettspraksis har vore vanleg å heimle i dette grunnlaget, er personlege i den forstand at dei er *medfødde* eller *ibuande*.²²⁶ Men i dommen blir det også vist til ei rekkje andre dommar der diskriminering kan vurderast under art 14 ut frå grunnlag som *eigedom eller rolla som leigetakar, militær rang eller yrkesstilhøyrse*. Også det og vere ein *fengselsinnsett* har tidlegare vore vurdert som diskrimineringsgrunnlag under art. 14 og ”other status”. Domstolen slår dermed fast at det ikkje er noko vilkår for ”other status” at det må vere medfødd eller ibuande eigenskapar. Dette opnar for ei utvikling og utviding av grunnlaget.

²²³ Jf Glor mot Sveits

²²⁴ Td Salgueiro da Silva Mouta v Portugal

²²⁵ Clift v United Kingdom, EMD, 13 July 2010

²²⁶ Jf Clift v. United Kingdom, premiss 57

3.5.1.5 Norsk rettspraksis

I norsk rett finn vi eit døme som kan illustrere noko av uvissa som er knytt til dette diskrimineringsgrunnlaget. I Rt 2010 s. 1565 drøfta Høgsterett om ein utvist utlending kan tenkjast å høyre inn under grunnlaget ”other status” i SP art 26. Førstvoterande tolkar ”other status” slik:

”Denne sekkebestemmelsen innebærer imidlertid ikke at ethvert grunnlag er relevant. De særskilt angitte diskrimineringsgrunnlag gjelder gjennomgående forhold som er nært knyttet til at den enkelte ikke behandles som et selvstendig individ, men som tilhørende en gruppering, og dette gir veiledning for hvilke diskrimineringsgrunnlag som er av en slik karakter at bestemmelsen kan få anvendelse. Slik konvensjonen er utformet, er det klart at det åpnes for en rettsutvikling der nye diskrimineringsgrunner trekkes inn under bestemmelsen, men praksis gir ikke grunnlag for den slutning at kravet til diskrimineringsgrunnlag har mistet mye av sin betydning”²²⁷.

Utsegnene frå førstvoterande illustrerer usikkerheit knytt til rekkevidda av dette diskrimineringsgrunnlaget. Men Høgsterett peikar på ei utvikling som eg vil gjere greie for nedanfor.

3.5.1.6 Er diskrimineringsgrunnlag framleis eit vilkår?

Høgsterett sitt utsegn om at nye grunnlag kan kome inn under ”other status”, men at det ikkje er grunnlag for å seie at ”at kravet til diskrimineringsgrunnlag har mistet mye av sin betydning” peikar på ei utvikling av diskrimineringsvernet som enkelte tek til orde for.

Mellom anna har det vore hevda at menneskerettskomiteen er i ferd med å utvikle eit generelt diskrimineringsvern utan vilkår om diskrimineringsgrunnlag.²²⁸ Dette synet har støtte i ordlyden i SP art 2 (1) som skal sikre alle individ fundamentale menneskerettar ”without distinction of any kind”. Makkonen hevdar at ”every conceivable distinction that cannot be objectively justified is, in the final, analysis, impermissible”.²²⁹ Det er altså det saklege grunnlaget for forskjellsbehandlinga som er det sentrale.

²²⁷ Rt 2010 s 1569, premiss 37

²²⁸ Jf Makkonen (2005), s 7

²²⁹ L.c.

Denne utviklinga kan ein også spore i praksis frå EMD. Der domstolen vurderer diskrimineringsgrunnlaget ”*other status*” under art 14 er det døme på at dette blir tolka svært vidt, eller at domstolen *ikkje* vurderer om eit tilfelle fell inn under eit diskrimineringsgrunnlag. I *Tarkoev mfl v. Estland*²³⁰ var spørsmålet om ei gruppe tidlegare servicearbeidarar i det sovjetiske militæret, som hadde innvandra til Estland, var blitt diskriminert fordi dei ikkje hadde fått rett til pensjon for heile arbeidskarrieren, slik estiske pensjonistar fekk. Dei måtte velje mellom å få pensjon for åra dei hadde arbeidd i tidlegare Sovjetunionen *eller* åra dei hadde arbeidd i Estland. Domstolen slår fast at: “*the applicants are not in a comparable situation with any other group of pensioners, such as, for example, military or civil pensioners of other countries or ordinary Estonian civil pensioners (...)*”²³¹ Det vart altså ikkje funne konvensjonsbrot, men dommen illustrerer at eit *spesifikt* diskrimineringsgrunnlag ikkje er avgjerande for sjølv *vurderinga* av om art. 14 er broten.

Tendensen går i retning av at forskjellsbehandlinga blir vurdert opp mot eit meir generelt saklegheitskrav. Men domstolen har så langt ikkje *slått fast* at diskrimineringsgrunnlag ikkje lenger er eit vilkår i ei diskrimineringsrettsleg vurdering, noko Høgsterett har følgd opp, jf ovanfor.

Diskrimineringslovutvalet foreslår eit sekkegrunnlag både i forslaget til samla diskrimineringslov og i fleirtalet sitt forslag til ny grunnlovsføresegn. Utvalet har omsett ”*other status*” til ”andre lignende vesentlige forhold”.²³²

Forslaget til norsk oversetjing av grunnlaget, opnar for vidare uklarheit. Bruken av ordet ”lignende” gjev inntrykk av at vilkåret for å komme inn under dette grunnlaget er at den eigenskapen eller karakteristikken ved ein person som hevdar seg diskriminert, må vere *lik* dei positivt opplista grunnlaga. Makkonen legg i si tolking vekt på at dei internasjonale konvensjonane ikkje har formuleringar som ”*other such status*” eller ”*other similar status*”²³³. Det kan hevdast at den norske oversetjinga er snevrare, samanlikna med den tolkinga som blir lagt til grunn i EMK, SP og ØSK. Men desse konvensjonane har uansett forrang etter mskrl §

²³⁰ EMD *Tarkoev mfl v. Estland* (2010). Viser til dommen for fullstendig oversikt over faktum.

²³¹ *Tarkoev mfl v. Estland* (2010), premiss 66

²³² Jf NOU 2009:14 punkt 26.2

²³³ Makkonen (2005), s 7

3. Spørsmålet kan stille seg noko annleis dersom ei grunnlovsføresegn får den norske oversetjinga, noko eg drøftar vidare i kap 7.

3.5.2 Særleg om seksuell orientering

Av dei grunnlaga som i dag følgjer av ”other status”, vil eg sjå litt nærare på seksuell orientering. Grunnlaget blir foreslått av diskrimineringslovutvalet, som eit av grunnlaga som bør vere med i ein grunnlovsheimel.²³⁴

I nasjonal lovgjeving er det forbode å diskriminere på grunnlag av seksuell orientering i arbeidslivet og i bustadlovgjevinga. Arbeidsmiljølova fekk i 2004 eit forbod mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, på bakgrunn av ønskje om å gjennomføre rammedirektivet²³⁵, jf amil § 13-1. I bustadlovgjevinga er forbodet retta mot diskriminering ved fastsetjing av vedteker om kven som kan eige og bu saman i eit burettslag og ved utleige og sal. Utover desse lovene, er ikkje grunnlaget verna gjennom nasjonal lovgjeving og har difor eit avgrensa verkeområde.

Seksuell orientering²³⁶ er i dag eit diskrimineringsgrunnlag som framstår som sjølvstøtt i diskrimineringsrettsleg samanheng. Diskriminering av homofile har funne stad i lang tid, og er framleis ei samfunnsutfordring både i arbeidslivet, religiøse samfunn og elles²³⁷.

EMD har drive fram utviklinga av EMK art. 14 ”other status” til også å omfatte seksuell orientering. I ein dom frå 1999, uttalar domstolen at *“The Court is accordingly forced to conclude that there was a difference of treatment between the applicant and M.’s mother which was based on the applicant’s sexual orientation, a concept which is undoubtedly covered by Article 14 of the Convention²³⁸”*.

²³⁴ Sjå kapittel 5

²³⁵ Rådsdirektiv 2000/78/EF

²³⁶ Seksuell orientering omfattar ikkje transkjønna, jf. Ot.prp. nr. 104 (2002-2003), s. 31

²³⁷ Sjå td St.meld. nr. 25 (2000-2001) ”Levekår og livskvalitet for lesbiske og homofile i Noreg”

²³⁸ Jf Salguerio Da Silva Mouta v. Portugal (1999), mi understreking.

Som nemnt er seksuell orientering verna gjennom grunnlaget ”sex” i SP.

3.6 Verkeområde

Verkeområdet til ei diskrimineringsføresegn, fortel kva område føresegna gjeld på og dermed kven som er forplikta etter ho. Hovudsakleg er dette eit spørsmål om ho gjeld ”på alle område”, eller om det er unntak til dømes frå familieliv og for trussamfunn. Også kor vidt føresegna gjeld mellom private partar er ein del av dette aspektet.

Når det gjeld grunnlaget ”other status”, viser eg til utgreinga ovanfor og at dette grunnlaget har eit uklart verkeområde i norsk rett.

3.6.1 Vidt verkeområde

4.5.1.1 Kjønn

Kjønn og nedsett funksjonsevne har vide verkeområde, både sakleg og kven som er forplikta til å ikkje diskriminere på desse grunnlaga.

Likestillingslova gjeld i dag på alle område, jf § 1. Dette samsvarar med KDK art. 3 som pålegg statane å sikre vernet mot diskriminering av kvinner ”*in all fields, in particular in the political, social, economic and cultural fields*” og supplert med føremålet i KDK, art. 1, som inneheld eit generelt kjønnsdiskrimineringsvern mot kvinner ”*in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.*” Sjølv om likestillingslova også gjeld familieliv og reint personlege tilhøve, så kan det hevdast at vernet på dette området ikkje er like effektivt fordi nemnda og ombudet ikkje har kompetanse til å handheve lova på desse områda, jf likestillingslova § 2 (2)

Ei ny lovending har utvida verkeområdet for diskrimineringsgrunnlaget kjønn. Medan det fram til 2010 var gjort unntak for indre tilhøve i trussamfunn i likestillingslova § 2, som regulerer verkeområdet for lova, er dette unntaket stramma vesentleg inn ved at det no følgjer av generalklausulen for diskrimineringsforbodet gjennom eit nytt femte ledd i § 3:

Forskjellsbehandling i trossamfunn på grunn av kjønn som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller dem som forskjellsbehandles, er tillatt.

Historia om lovendringa illustrerer korleis diskrimineringsvernet har utvikla seg, og at lovgjevaren sine intensjonar om strenge unnataksreglar, ikkje alltid fungerer i praksis. Av dei opphavlege forarbeida til likestillingslova går det fram at unnataket for trussamfunn skulle tolkast strengt, men det var ikkje alltid klart kvar grensa for vilkåra ”trossamfunn” og ”indre forhold” gjekk.²³⁹ Departementet la til grunn i sin argumentasjon for at ikkje å føre vidare eit unnatak frå lovas verkeområde at:

”Det er grunn til å tro at gjeldende unntaksbestemmelse for «indre forhold i trossamfunn» i praksis har blitt brukt som argument for en videre adgang til å forskjellsbehandle for trossamfunn enn det som materielt sett har ligget i unntaket. Flere har tolket bestemmelsen slik at trossamfunn er unntatt fra likestillingsloven i sin helhet (...).”²⁴⁰

Lovutvalet som la fram forslaget om innstramming av unnataket, gjekk inn for å *skrive om* unntaksregelen i § 2.²⁴¹ Men departementet meinte at eit unnatak frå verkeområde for lova var uheldig og det foreslo heller det nye femte leddet i likestillingslova § 3. Trussamfunn kan etter denne føresegna forskjellsbehandle på grunnlag av kjønn dersom det er sakleg, nødvendig og proporsjonalt.²⁴² Vilkåra liknar på det generelle unnataket for indirekte forskjellsbehandling, som gjeld for alle som er omfatta av lova.

Dei internasjonale pliktene var tungtvegande i departementet sitt syn. Det vart lagt til grunn at etter menneskerettskonvensjonane EMK, SP, ØSK og ikkje minst KDK, er unnataket *snevert*. Departementet oppsummerer i odelstingsproposisjonen: ”*Sett under ett betyr dette at de internasjonale menneskerettighetskonvensjonenes bestemmelser om diskrimineringsvern ikke er utformet slik at bestemmelsene har begrenset virkeområde i møte med retten til trosfrihet.*”²⁴³ Løysinga som blir lagt til grunn er at i tilfelle eit trussamfunn vil forskjellsbehandle med grunnlag i religionsfridomen, må dette handterast gjennom ei materiell drøfting av det

²³⁹ Jf Ot.prp.nr.33 (1974-1975), kap. 3, særleg s 20. Mi understreking

²⁴⁰ Jf Ot.prp. nr. 79 (2008-2009), punkt 7

²⁴¹ Jf NOU 2008:1, punkt 8.2

²⁴² Sjå oppg punkt 3.3

²⁴³ Jf Ot.prp. nr. 79 (2008-2009), punkt 7.1

konkrete tilfellet. Hovedregelen i § 3 om forbod mot diskriminering saman med føremålet i § 1 er det rettslege utgangspunktet.

Relevant i denne samanheng er også at Stortinget, som slutta fullt opp om departementet sitt forslag, også viste til internasjonale menneskerettslege plikter som eit viktig omsyn til at unnataket for trussamfunn måtte endrast og snevrast inn: ”*Flertallet viser vidare til at Norge er bundet av internasjonale forpliktelser som gir føringer om hvordan forholdet mellom trosfrihet og kjønnsdiskriminering skal reguleres.*”²⁴⁴ Dette illustrerer korleis norsk diskrimineringslovgjeving stadig utviklar seg i tråd med det internasjonale vernet. Det viser også at den tradisjonelle oppfatninga om at religionsfridomen etter GrL § 2 som ein skranke for eit vidt diskrimineringsvern, ikkje står like sterkt i norsk rett i dag.

4.5.1.2 Nedsett funksjonsevne

Også ”nedsett funksjonsevne” har eit vidt verkeområde. Med unnatak av familielivet og tilhøve av heilt personleg karakter, gjeld diskriminerings- og tilgjengelegheitslova på alle samfunnsområde, jf § 2. Ved at lova har eit så vidt verkeområde, gjeld ho for offentlege styremakter og verksemder, private verksemder og for privatpersonar. Unnataket for familielivet og personleg tilhøve skal tolkast snevert og lovtvalet la til grunn at føremålet med eit slikt unntak var ”å skille ut situasjoner av så personlig karakter at vernet ikke kan håndheves hensiktsmessig i praksis”²⁴⁵. Departementet støtta dette, og viste til omsynet til harmoni i lovgjevinga og at diskrimineringslova har same unnataksregel. I tillegg vart det lagt vekt på skranken i EMK art 8 og retten til privatliv.²⁴⁶ Ei anna side ved denne lova, som gjev ho eit vidt verkeområde, følgjer av pliktene om universell utforming i § 9 som både offentlege og private verksemder som er retta mot ålmenta må rette seg etter. Etter denne regelen må alle nybygg leggast til rette for personar med nedsett funksjonsevne, jf rikspolitiske retningslinjer gjevne i medhald av plan- og bygningslova § 17-1. Det skal likevel avgrensast mot ei uforholdsmessig byrde for verksemda, jf diskriminerings- og tilgjengelegheitsloven § 9 (3).

²⁴⁴ Jf Innst. 158 L (2009–2010) punkt 2.2

²⁴⁵ Jf NOU 2005:8, punkt 10.3.1

²⁴⁶ Jf Ot.prp nr 44 (2007-2008) punkt 9.3.7.1

Verkeområdet etter det internasjonale vernet er ikkje vidare enn det som følgjer av den nasjonale lovgjevinga. Etter EU/EØS-retten gjeld vernet berre for arbeidslivet. Etter menneskerettskonvensjonane er nedsett funksjonsevne verna på bakgrunn av grunnlaget ”other status”, men heller ikkje dette vil gje vernet eit vidare verkeområde enn det som følgjer av nasjonal rett.

4.5.2 Mindre vidt virkeområde: Etnisitet og religion mv

Verkeområdet for vern mot diskriminering på grunnlag av etnisitet og religion er ikkje like vidt som for grunnlaget kjønn. Men samanlikna med grunnlaget nedsett funksjonsevne, er skilnadene mindre.²⁴⁷ Unntaket frå familieliv og reint personlege tilhøve i diskrimineringslova § 3 skal tolkast snevert. Unntaket for familieliv berre gjeld mellom nære familiemedlemmer og personlege tilhøve gjeld for reint personlege spørsmål, som til dømes det som skjer innanfor fire veggar i ein heim.²⁴⁸

Det er særleg unnataket frå diskrimineringsforbodet ”for handlinger og aktiviteter i regi av tros- og livssynssamfunn og virksomheter med et religiøst eller livssynsmessig formål”, jf § 3 andre ledd, som gjer at skilnaden frå dei to andre lovene blir større. Vilkåret for dette unnataket er at forskjellsbehandlinga er av verdi for religiøse eller livssynsmessige føremål. Det er vidare slått fast i lova at dette unnataket ikkje gjeld innanfor arbeidslivet.

Noko som likevel gjev diskrimineringslova eit vidare verkeområde, enn det ein ved første augekast kan sjå, følgjer av § 4 i lova som heimlar forbodet mot direkte diskriminering. Her går det fram av ordlyden at også *verksemdar* er verna mot denne forma for diskriminering, jf § 4 andre ledd. Så kan ein spørje kva lovgjevaren meinte med utvide diskrimineringsvernet til å omfatte også diskriminering av juridiske personar på grunnlag av etnisitet og religion mv.

Utgangspunktet frå både lovutvalet, departementet og komiteen var at berre fysiske personar skulle vere verna mot direkte diskriminering, jf forslaget i Ot.prp nr 33 (2005-2005) s 218. Dette er i tråd med dei generelle prinsippa for eit menneskerettsleg diskrimineringsvern som

²⁴⁷ Saml. diskriminering- og tilgjil § 2 og diskriminering. § 3

²⁴⁸ Jf Ot prp 33 (2004-2005) punkt 9.2.8.1

er retta mot individ. Det vart heller ikkje vurdert, verken av lovutvalet eller departementet, at forbodet mot direkte diskriminering skulle femne verksemder.²⁴⁹ Departementet la til grunn at enkeltpersonverksemder, som til dømes kioskar og små butikkar, advokatar, legar eller tannlegar kan bli utsette for diskriminering. Men det vart vurdert slik at det foreslåtte diskrimineringsforbodet *”vil etter departementets vurdering måtte betraktes som diskriminering av den enkeltpersonen som eier virksomheten og utfører virksomhetens oppgaver.”*²⁵⁰

Under stortingsdebatten vart det lagt fram eit benkeforslag som fekk fleirtal, utan at ein kan finne nokon større drøfting av spørsmålet.²⁵¹ Det vart vist til eit vaktsselskap som hadde mista ei kontrakt med ein utestad fordi det arbeidde mange innvandrara i selskapet. Av referatet kan vi lese at ein Ap-representant argumenterte for at *”Den innstillingen som foreligger fra komiteen, ville ikke ha vært til hjelp for de oppsagte på The Scotsman. Det er helt klart et hull i lovverket som vi må tette igjen.”* Med denne grunngevinga vedtok Stortinget ei historisk utviding av rekkjevidda for diskrimineringsvernet.

Det er altså lite hjelp og få i forarbeida for korleis ”virksomheter” skal tolkast.

Diskrimineringslovutvalet peikar i si drøfting av vern for juridiske personar på at det kan skape grunnlag for påstandar om diskriminering på bakgrunn av konkurranse- eller økonomiske omsyn. Noko som igjen, i følge utvalet, kan føre til fleire saker som skil seg frå dei vanlege diskriminerings sakene og som *”vil bidra til en rettsutvikling bort fra det menneskerettslige utgangspunktet”*²⁵². Utvalet foreslår difor at ”virksomhet” blir teken ut av regelen.

Om historia vil vise at juridiske personar var verna av nasjonal diskrimineringslovgjeving berre for ein kort periode, eller om lovgjevar er av ei anna oppfatning enn lovutvalet er det for tidleg å seie noko om. Inntil vidare blir den klare ordlyden ståande. Direkte diskriminering av verksemder på grunnlag av dei gjeldande diskrimineringsgrunnlaga i lova, vil med dette vere ulovleg. Diskrimineringslova er den einaste som har eit slikt forbod av diskrimineringslovene og Høgsterett har ikkje vurdert slik diskriminering.

²⁴⁹ Jf Ot.prp nr 33 (2004 - 2005) punkt 9.2.2.8

²⁵⁰ Ot.prp nr 33 (2004 - 2005) 9.2.8.2

²⁵¹ Besl.O. nr 67 (2004-2005) jf møte tysdag 19 april 2005

²⁵² Jf NOU 2009:14 punkt 11.5.4

3.7 Vilkår for forskjellsbehandling – ein terskel

I det vidare vil eg fokusere på det fjerde aspektet, nemleg vilkåret om at ein person må ha komme i ein *mindre gunstig posisjon* enn andre i same situasjon. Dette etablerer ”terskelen” inn i ei diskrimineringsrettsleg vurdering, der det neste spørsmålet blir om forskjellsbehandlinga likevel var sakleg, eigna eller nødvendig og proporsjonal. Men diskrimineringsforboda skil mellom ulike tersklar. Det betyr vidare at *terskelen* for å få vurdert ein regel, handling eller fråvær av handling og praksis kan vere *låg* eller *høg*.

Eg har valt å sjå vekk frå grunnlaget ”other status” i denne delen av kapittelet. Terskelen for og vurdere om diskriminering har funne stad på grunnlag av other status, følger av den vurderinga som ligg til grunn for SP, ØSK og EMK som eg har gjort greie for i punkt 3.5.2.

3.7.1 Låg terskel: Kjønn

Etter likestillingslova er terskelvilkåret for å vurdere direkte diskriminering at ein person blir *stilt ulikt* fordi ein er mann eller kvinne, jf § 3 (2) nr1. Forskjellsbehandling av kvinner på grunn av graviditet kan finne stad dersom ho har kome i ei *dårlegare stilling enn ho elles ville ha blitt*, jf § 3 (2) nr 2.²⁵³ Indirekte diskriminering kan finne stad dersom ei kvinne eller ein mann blir stilt *dårlegare* enn ein person av det motsette kjønn.

Terskelvilkåret kan seiast å vere *lågt*, då det etter ordlyden ikkje skal så mykje til for å hevde at ein er blitt stilt ulikt eller *dårlegare*.²⁵⁴ Og samanlikna med dei andre nasjonale diskrimineringslovene, er det likestillingslova som har den lågaste terskelen for å vurdere både direkte og indirekte diskriminering.

²⁵³ Føresegna omfattar også særreglar ved graviditet, familieplanlegging og bruk av foreldrepermisjon.

²⁵⁴ Sjå avsnittet om bevisbyrde

Det er direkte heimla i lova at *spørsmål* om graviditet, adopsjon eller familieplanlegging er rekna som direkte diskriminering.²⁵⁵ Føremålet bak føresegna, som vart endra i 2010 er å styrke diskrimineringsvernet for både kvinner og menn. Ingen skal kome i ei dårlegare stilling fordi ein har, skal få eller ynskjer/planlegg å få barn. Sjølv om det fram til lovendringa i 2010, hadde vore forbode å *leggje vekt på* slike forhold, hadde ein ikkje hadde klart å hindre at dette likevel hende, og at lova difor ikkje gav eit *reelt vern*. Dette visert at situasjonar frå det praktiske livet har etablert ein lågare terskel for vurdering av diskriminering på grunnlag av kjønn.

3.7.2 Høgare terskel: Etnisitet og religion mm og nedsett funksjonsevne

Etter diskrimineringslova er vilkåret for direkte diskriminering at ein person blir *behandla dårlegare*, jf § 4 (2). Dette er, etter ordlyden, noko meir enn å bli *stilt ulikt* og kan tyde på at det må ha vore ei *aktiv* handling som ligg til grunn. Men i følgje forarbeida kan også *unnlatingar* føre til at ein blir behandla dårlegare.²⁵⁶ Og departementet legg til grunn at det er tilstrekkelig å vise at personen er *”behandlet på en måte andre ikke ville blitt”*.²⁵⁷

Diskrimineringslova skil mellom indirekte diskriminering som skjer innanfor arbeidslivet og den som skjer utanfor, jf §4 (3). Innanfor arbeidslivet er vilkåret at den indirekte diskrimineringa stiller ein arbeidstakar eller arbeidssøkar (på grunnlag av etnisitet, nasjonalt opphav, avstamming, hudfarge, språk, religion og livssyn, jf §1) i ein *dårlegare* situasjon. Utanfor arbeidslivet er vilkåret for indirekte diskriminering at personen blir stilt *”særleg ufordelaktig”* samanlikna med andre, jf § 4 (3) første setning. Dette er eit strengare vilkår og etter ordlyden eit uttrykk for at forskjellsbehandlinga må vere av ein særleg kvalifisert karakter for og i det heile tatt bli vurdert som indirekte diskriminerande. Det kan stillast spørsmål om kva som er tanken bak vilkåret *særleg ufordelaktig*.

Departementet viste til at fordi lova skulle gjelde på alle samfunnsområde, kunne ikkje terskelen for forskjellsbehandlinga vere for låg. Det ville etter departementet sitt syn kunne få

²⁵⁵ Jf nytt 2.ledd, punkt b) 2.setn, endra ved lov nr 12, 9.april 2010 om endringar i m.a likestillingsloven.

²⁵⁶ Jf NOU 2002:12 punkt 13.5.3.2

²⁵⁷ Jf Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 10.3.2.3

”uforutsette konsekvenser”²⁵⁸ og det ville verke urimeleg dersom nærast einkvar forskjell kan vere indirekte diskriminering. Departementet la til grunn at det måtte vere snakk om noko som får ”en negativ virkning av en viss betydning”. Vurderinga som skal leggst til grunn er kor belastande eller inngripande verknadane er for den som blir ramma.

Fordi ein ikkje ville senke terskelen for forskjellsbehandling i arbeidslivet, vart vilkåret at indirekte diskriminering kan det vere dersom arbeidstakaren blir *stilt dårlegare*. Ein la til grunn at ”[a]rbeidslivet utgjør kun en begrenset del av lovens samlede virkeområde, hvor det er enklere å overskue konsekvensene”.

Denne skilnaden mellom i og utanfor arbeidslivet, må seiast å vere noko vanskeleg å forstå. Det følgjer uansett av det generelle vilkåret for indirekte diskriminering, jf punkt 3.3.1, at det skal gjerast ei vurdering av saklegheit og proporsjonalitet. Gjennom denne vurderinga kan ein ta høgde for at sjølv om ein person, på grunn av eit ulovleg diskrimineringsgrunnlag er stilt i ein dårlegare posisjon, så er det likevel sakleg og proporsjonalt. Her kan ein ta høgde for at ulike omsyn kan gjere seg gjeldande *i* og *utanfor* arbeidslivet. Vilkåret blir ikkje foreslått vidareført av diskrimineringslovutvalet og det fins heller ikkje norsk rettspraksis som vurderer spørsmålet.

Vilkåret for kva som kan vere direkte eller indirekte diskriminering på grunnlag av nedsett funksjonsevne følgjer av diskriminerings- og tilgjengelegheitslova § 4. For direkte diskriminering må det vere snakk om ei handling eller unnlating av å handle som har til føremål at personen blir *behandla dårlegare*, medan den indirekte diskrimineringa føreset at personen blir *stilt dårlegare*.

Til skilnad frå diskrimineringslova, er det indirekte diskrimineringsomgrepet i diskriminerings- og tilgjengelegheitslova ikkje relatert til eit skilje mellom situasjonar i eller utanfor arbeidslivet.

Det særskilde for terskelen etter diskriminerings- og tilgjengelegheitslova følgjer av dei føresegnene som heimlar ei plikt til tilrettelegging. Både private og offentlege aktørar skal legge til rette for at personar med nedsett funksjonsevne får ein lik tilgong som andre i samfunnet. Brot på tilretteleggingsplikta, kan utgjere diskriminering. Dette kjem også til

²⁵⁸ Jf Ot.prp nr 33 (2004-2005) punkt 10.3.3.3

uttrykk i føremålet, jf § 1, som er noko annleis utforma enn i diskrimineringslova, ved at føremålet er todelt. For det første skal lova ”*fremme likestilling og likeverd*”, ”*sikre like muligheter og rettigheter til samfunnsdeltakelse*” og ”*hindre diskriminering*”. For det andre skal ho ”*bidra til nedbygging av samfunnsskapt funksjonshemmende barrierer og hindre at nye skapes*”.

EU sitt rammedirektiv²⁵⁹ heimlar eit vern mot diskriminering på grunnlag av funksjonshemming innanfor arbeidslivet. Art 1 gjev uttrykk for føremålet, som er å gjennomføre prinsippet om likebehandling i arbeidslivet og dette skal vidare bidra til eit arbeidsliv der kvalifikasjonar og prestasjonar er det avgjerande.

3.8 Samanfatning

Framstillinga av diskrimineringsvernet har vist at ut frå dei tre aspekta kan det lanserast tre normative moment for vurdering av kva som kan svekke og styrke vernet ved grunnlovsfesting. For det første vil eit vidt virkeområde, slik kjønn og nedsett funksjonsevne *ikkje* svekke det gjeldande vernet, men kunne styrke vernet for andre grunnlag. For det andre vil ein *låg* terskel inn i vurdering av forskjellsbehandling samsvare med terskelen etter vernet mot diskriminering på grunnlag av kjønn. Og for det tredje vil eit vern av *fleire* grunnlag klargjere rettstilstanden og truleg *styrke* vernet.

3.9 Særleg om delt bevisbyrde

Diskrimineringsretten har andre bevisføringsplikter enn dei som følgjer av sivilprosessrettslege hovudreglar og eg finn grunn til å nemne dette kort for å forstå heilskapen i vernet. I sivilprosessen er hovudregelen at den som legg fram ein påstand eller på anna måte hevdar at han eller ho har retten på si side i eit tilefelle, føre bevis for dette. Plikta til å føre bevis kan likevel gå fram og tilbake mellom partane i ei sak.²⁶⁰

²⁵⁹ 2000/78/EF

²⁶⁰ Jf Robberstad, 2009 s 245.

I diskrimineringsrettslege spørsmål blir det lagt til grunn ei *delt bevisbyrde*. Dette følgjer mellom anna av likestillingslova § 16, diskrimineringslova § 10 og diskriminerings- og tilgjengelegheitslova § 13. Utgangspunktet er at den som hevdar seg forskjellsbehandla, må føre bevis for dette opp til eit visst nivå ved å legge fram faktum og opplysningar som etter likestillingslova § 16 er definert som "omstendigheter som gir grunn til å tro"²⁶¹ at det har funnet sted direkte eller indirekte forskjellsbehandling i strid med bestemmelser i denne loven". Det må etablerast ein presumsjon for at diskriminering har funne stad, ein påstand i seg sjølv er ikkje nok. Deretter går plikta til å føre bevis over på den som blir skulda for forskjellsbehandling. Det skal leggast til grunn at lovbrøt har funne stad "hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør"²⁶² at slik forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted" Den som blir påstått og ha diskriminert må føre bevis for at det ikkje har vore lagt usakleg vekt på ulovlege kriterium.

EU/EØS-retten har spelt ei sentral rolle i etableringa av delt bevisbyrde i norsk rett, gjennom bevisbyrdedirektivet²⁶³.

Omsynet bak delt bevisbyrde er at den skal gjere lovene meir effektive og på den måten styrke diskrimineringsvernet. Det var EU-domstolen som gjennom rettspraksis utvikla regelen, etter å ha erfart at det med vanlege beviskrav var vanskeleg å vinne fram med påstandar om diskriminering.²⁶⁴ Det kan ofte vere uklart kva som faktisk skjedde, og ofte vil den som blir skulda for diskriminering, til dømes ein arbeidsgjevar, vere den som sit med mest informasjon om kva vurderingar som vart gjort og kva omsyn det vart lagt vekt på.

Omsynet til rettstryggleiken blir av diskrimineringslovutvalet trekt fram som ei svakheit ved delt bevisbyrde. Ein kan tenkje seg at det blir *for* vanskeleg å bevise at det *ikkje* har vore lagt usakleg vekt på grunnlag av ulovlege kriterium og at ein blir funne å ha brote lova, sjølv om ein ikkje hadde diskriminerande motiv. Til dette er å innvende at føresegnene om delt bevisbyrde, nettopp er *delte*. Begge partar må føre bevis for og i mot, men terskelen for å presumere lovbrøt, er noko lågare enn i ein del andre sivilrettslege prosessar. Dette gjer at

²⁶¹ Mi understreking

²⁶² Mi understreking

²⁶³ Jf Direktiv 97/80/EØF

²⁶⁴ Sjå td Danfoss-saka C-109/88, C-400/93

regelen i realiteten ikkje skil seg vesentleg frå generell sivilprosess, der bevisbyrden også vil kunne gå fram og tilbake mellom partane.

4 Grunnlovsforslaga frå diskrimineringslovutvalet

4.1 Innleiing

Mandatet til diskrimineringslovutvalet for å vurdere grunnlovsfesting av eit diskrimineringsvern var at utvalet skulle greie ut om konsekvensar ulike utformingar av ei grunnlovsføresegn ville få. Dersom utvalet gjekk inn for grunnlovsfesting, skulle det utforme fleire variantar av føresegna.²⁶⁵ Utvalet var einige om å grunnlovsfeste diskrimineringsvernet, men delte seg i eit fleirtal og eit mindretal i spørsmålet om utforming.

4.2 Modell 1: Den vide føresegna

Denne modellen tek eit individretta utgangspunkt med eit generelt vern mot diskriminering på fleire grunnlag, men føresegna er ikkje uttømmende:

Ingen mennesker må utsettes for diskriminering på grunn av kjønn, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder eller andre lignende vesentlige forhold ved en person.

(eller)

Ingen Mennesker maa udsættes for Diskriminering paa Grund af Kjønn, Etnicitet, Funktionsnedsættelse, sexuel Orientering, Religion, Livssyn, politisk Syn, Alder eller andre lignende væsentlige Forhold ved en Person²⁶⁶.

Etter ordlyden er det *menneske* som er verna mot diskriminering og føresegna avgrensar mot juridiske personar. I utgangspunktet vil staten og andre offentlege styremakter, andre individ og private rettssubjekt vere forplikta etter føresegna.

Fordi individet får ein rett direkte frå Grunnlova liknar føresegna på Grl § 100 om yrtingsfridomen, eller Grl § 97 om forbodet mot at lover får tilbakeverkande kraft og § 2 om retten til fri utøving av religion. Den skil seg frå Grl § 110c. Ei slik føresegn kan difor vere eit

²⁶⁵ Jf NOU 2009:14 s 32

²⁶⁶ Jf NOU 2009:14 s 317

sjølvstendig rettsgrunnlag i vurderinga av om eit individ har blitt diskriminert. Det må likevel leggest til grunn at Grunnlova vil bli utfylt av lov, så lenge diskrimineringsvernet også følgjer av lov saman med dei internasjonale konvensjonane Noreg er bundne til. Grunnlova vil utgjere ein skranke for lovgjevar, og vanleg lovgjeving vil ikkje kunne endre eller innskrenke det som til ei kvar tid er gjeldande rett etter regelen. Det følgjer av den generelle forrangsregelen og Lex Superior-prinsippet.

Det er denne modellen som må seiast å gje det sterkaste vernet mot diskriminering i grunnlovssamanheng. Det vide pliktansvaret og at lista over diskrimineringsgrunnlag ikkje er uttømmende, talar for dette. Den dannar også skranke for lovgjevar og domstolen vil kunne prøve om lovgjeving er i tråd med Grunnlova etter prøvingsretten.

4.3 Modell 2: Fleirtalet sin regel

Den modellen som fleirtalet går inn for, heimlar også ein *rett for individa* til å ikkje bli diskriminert:

Ingen mennesker må utsettes for diskriminering fra statens myndigheter på grunn av kjønn, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder eller andre lignende vesentlige forhold ved en person.

(eller)

Ingen Mennesker maa udsættes for Diskriminering fra Statens Myndigheder paa Grund af Kjønn, Etnicitet, Funktionsnedsættelse, sexuel Orientering, Religion, Livssyn, politisk Syn, Alder eller andre lignende væsentlige Forhold ved en Person.

Sekkegrunnlaget gjer at regelen ikkje er uttømmende. Den store skilnaden, samanlikna med modell 1, er pliktsubjekta etter føresegna. Etter ordlyden omfattar det berre statlege styremakter og ein kan stille spørsmål om dette også vil forplikte lokale og regionale styremakter. Diskrimineringslovutvalet avgrensar mot kommunar og fylkeskommunar²⁶⁷, utan å drøfte noko nærmare kvifor. Dette skil seg frå Grl § 110 c der det i forarbeida blir lagt til

²⁶⁷ Jf NOU 2009:14, punkt 25.6

grunn at ”statens myndigheter” betyr styremaktene i ordets vidaste forstand²⁶⁸. Regelen vil også vere avgrensa mot private rettssubjekt og gjeld difor ikkje mellom private partar.

Det blir ikkje utdjupa kvifor fleirtalet vil ha ei liste over diskrimineringsgrunnlag i Grunnlova utover at dette vil vere lojalt opp mot dei menneskerettslege pliktene Noreg allereie er bunde av.

4.4 Modell 3: Symbolføresegna

Mindretalet i utvalet vil ha ei meir overordna føresegn, som i stor grad liknar Grl § 110c:

Det påligger statens myndigheter å sikre at ingen mennesker utsettes for diskriminering. Nærmere bestemmelser fastsettes ved lov.

(eller)

Det paaligger Statens Myndigheder at sikre at ingen Mennesker udsættes for Diskriminering. Nærmere Bestemmelser fastsættes ved Lov

Føresegna overlet til lovgjevar å fastleggje kva som ligg i vernet mot diskriminering. I den grad denne føresegna heimlar ei plikt, er det at staten har skal sørge for, gjennom praksis, handlingar og lovgjeving at individa blir verna mot diskriminering. Men rekkjevidda av plikta er uklar. Dette vil kanskje gå klarare fram av forarbeida til ei slik føresegn. Mindretalet legg til grunn at staten er forplikta til å ta *positive steg* for å hindre diskriminering både frå staten sjølv og frå andre.²⁶⁹ Den kan gjere at føresegna blir ein ”pådrivar” i arbeidet mot diskriminering.

Føresegna får ingen forfatningsrettslege konsekvensar og kan ikkje handhevast av domstolen. Dette er også eit sentralt omsyn bak ein slik modell: Den avgrensar ikkje stortinget si makt og understrekar at lovgjevaren har vid kompetanse til å vedta diskrimineringslover slik den sjølv til ei kvar tid ynskjer. Den primære rolla til ei slik føresegn er å synleggjere eit ikkje-diskrimineringsprinsipp og ho har difor ein symbolverknad.

²⁶⁸ Jf Ot.prp. nr 3 (1998-1999), s 13

²⁶⁹ Jf NOU 2009: 14, s 318

Ei anna side ved denne føresegna er at den ikkje listar opp sjølvstendige diskrimineringsgrunnlag. Sjølv om dette må tolkast som eit uttrykk for argumentasjonen om at det er lovgjevar som skal utforme diskrimineringsvernet til ei kvar tid, viste utgreiinga av ”other status” at det blir hevda at diskrimineringsgrunnlag er på veg vekk som vilkår for diskriminering. Mindretalet legg ikkje til grunn ei slik oppfatning.

Hovudargumentet synest å vere at det kan oppstå skilnader mellom dei grunnlaga som følgjer av Grunnlova og dei som til ei kvar tid er gjeldande rett etter lova, dersom talet på grunnlag blir endra i lovene eller nye grunnlag kjem til. Det blir uttrykt ei fare for at ei eiga liste kan gjere Grunnlova mindre dynamisk.²⁷⁰

Eg tolkar argumentasjonen slik at det er vilkåra for grunnlovsending og omsynet til at Grunnlova kan spegle noko anna enn formell lov, som ligg til grunn.

Argumentet om at Grunnlova er vanskelegare å endre enn andre lover, framstår ikkje tungtvegande. Samanlikna med andre land, er den norske Grunnlova *ikkje* særleg vanskeleg å endre.²⁷¹ Kravet til 2/3 fleirtal er ikkje vesentleg større enn krav til fleirtal ved vanleg lovgjeving, i realiteten trengs det 28 fleire stemmer for eit grunnlovsforslag enn ved fleirtal for eit vanleg lovforslag.²⁷² Men her kan det leggest til at Stortinget har vist liten vilje til å gjere endringar i Grunnlova som er meir omfattande, som til dømes ein utvida rettingkatalog.²⁷³

Ein kan hevde at ved å utelate diskrimineringsgrunnlag, kan vere i tråd med omsynet til at regelen skal kunne vurderast på førehand. Dersom ein innfører ei grunnlovsføresegn som har som føresetnad at den *stadig* kan endrast eller tolkast utvidande, kan det vere uheldig. Reglar i Grunnlova skal, jf endringsregelen, ha ein meir varig karakter enn vanlege formelle lover.

²⁷⁰ L.c.

²⁷¹ Td Danmark si grunnlov § 88. Dersom folketinget stemmer for eit forslag, kan regjeringa velje å fremje det. Då skal det skrivast ut nyval. Dersom det nye folketinget godkjenner forslaget, skal det vere folkeavstemming. Folket får berre *eit* forslag å ta stilling til. Minst 40 % av dei med stemmerett må stemme *for*, jf Zahle (2006) s 612-615

²⁷² Basert på 169 representantar, mai 2011.

²⁷³ Jf Smith, E (2009), s 103

5 Statsplikt knytt til grunnlovsfesting?

5.1 Innleiing

Dei internasjonale menneskerettskonvensjonane som heimlar eit diskrimineringsvern, og som Noreg har bunde seg til, har eigne artikkelar om plikter statane har til å gjennomføre og handheve konvensjonspliktene. Essensen i denne statsplikta er at standardane i konvensjonen skal bli ein del av nasjonal rett på ein slik måte at individ og grupper kan gjere dei gjeldande.²⁷⁴ Dette er eit gjennomgåande budskap i folkeretten og det følgjer av alle menneskerettskonvensjonar. I EMK art 1 er det uttrykt at statane er forplikta til å *”sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i del I i denne konvensjon.”* Medan KDK gjennom sin artikkel 2 uttrykkjer meir utfyllande og konkret kva statane pliktar å gjere for å etterleve konvensjonspliktene. Også SP, ØSK og RDK heimlar ei slik statsplikt.²⁷⁵

I dette kapittelet ser eg på statsplikta ut i frå to spørsmål: Seier ho noko om staten si plikt til å grunnlovsfeste diskrimineringsvernet? Og i så tilfelle, seier ho noko om kva ei grunnlovsføresegn må innehalde?

Utgangspunktet for gjennomføringsplikta følgjer av den enkelte konvensjonsrett som må tolkast.²⁷⁶ Det kan vere eit skilje mellom plikta til å respektere retten og plikta til å sikre den. Plikta til å respektere rettar seg mot å ikkje gripe inn i ein konvensjonsrett, medan plikta til å sikre krev positive tiltak for å praktisk gjennomføre plikta. Nokre konvensjonsartiklar krev både at retten blir respektert *og* at den blir sikra, jf SP art 2, som gjer at det er snakk om ei dobbel gjennomføringsplikt.²⁷⁷

Som rettskjelde er statspliktene i utgangspunktet like folkerettsleg bindande som andre føresegner i konvensjonane. Men statane er som hovudregel gjeve ein skjønnsmargin knytt til kva gjennomføringsmetode dei velgjer. Det følgjer av suverenitetsprinsippet som er

²⁷⁴ Hellum (2008) III, s 70

²⁷⁵ Jf SP art 2 (2), ØSK art 2, RDK art 2 (1)

²⁷⁶ Jf Møse (2002), s 92

²⁷⁷ L.c

grunnleggande i folkeretten²⁷⁸. Dette prinsippet har gjeve rom for at statar finn ulike måtar å gjennomføre ratifiserte konvensjonar på. Omsynet til suverenitetsprinsippet må vegast opp mot mellom anna omsynet til lojalitet²⁷⁹ som kjem til uttrykk gjennom Wien-konvensjonen²⁸⁰ art. 31 (1) om at ein traktat skal tolkast i *god tru*. Ein konsekvens av desse to omsyna vegne opp mot kvarandre, er at konvensjonen ikkje kan heimle ei rettsleg bindande plikt til å gjennomføre konvensjonsrettane på ein særskild måte i nasjonal lovgjeving, men at det kan tenkjast meir eller mindre lojale måtar og gjennomføre konvensjonsrettane på i den nasjonale lovgjevinga.

Eg vel å sjå på dette som eit spørsmål om statsplikta, slik den er tolka og forstått etter gjeldande folkerettsleg metode, legg *føringar* for lovgjevaren. Eg tek utgangspunkt i statsplikta etter kvinnekonvensjonen og rasediskrimineringskonvensjonen med tilhøyrande komitear.²⁸¹

5.2 Handhevingsorgana sin metode

Metoden komiteane legg til grunn kan seiast å vere ei *funksjonalistisk tilnærming* til medlemsstaten sin politikk og lovgjeving. Dette følgjer av systemet og metoden for statsrapporteringa som er grunnlaget for komiteane sine tilrådingar. Som eit døme kan ein sjå til RDK artikkel 9, der statane forpliktar seg til å gje rapportar om ”*the legislative, judicial, administrative or other measures which they have adopted and which give effect to the provisions of this Convention*” På bakgrunn av desse rapportane kjem RDK-komiteen med generelle kommentarar, som til dømes kommentaren til Noreg sin 17. og 18. rapport der det blir sagt: “*The Committee invites the State party to consider incorporating the Convention at a higher level in its domestic legal order so as to ensure the primacy of the Convention over domestic legislation in case of conflict*”²⁸² Oppmodinga om å gje rasediskrimineringsvernet

²⁷⁸ Ruud og Ulfstein 2006, s 22.

²⁷⁹ Ibid, s 93

²⁸⁰ Norge er ikkje tilslutta Wien-traktakten, men den er uttrykk for folkerettsleg sedvanerett, jf Ruud og Ulfstein, (2006), s 93

²⁸¹ KDK-komiteén og RDK-komiteén

²⁸² Concluding Observations (2006), punkt 14

ein høgare status i lovgjevinga, er eit resultat av ei analyse av fleire faktorar og ei totalvurdering av kor vidt Noreg sikrar pliktene etter RDK artikkel 2. Det er altså ikkje ei isolert analyse basert på kor i det nasjonale rettshierarkiet diskrimineringsvernet er heimla, som ligg til grunn.

5.3 Komitéfråsegner si vekt overfor lovgjevar

Spørsmålet om komitéfråsegner si vekt overfor domstolane vart gjort greie for i kapittel 4 og konklusjonen var at slike fråsegner *har* vekt, men at vekta kan variere mellom anna ut frå kor *klar* føresegna er.

Ei anna side av vektspørsmålet er kor vidt slike føresegner også pliktar *lovgjevar* til å ta nye steg i retning av å gje konvensjonsvernet ein sterkare status, enn det som følgjer av norsk rett i dag. Med utgangspunkt i den klare lovgjevarvilja som låg til grunn då eit samrøystes Storting vedtok menneskerettslova i 1999, kan mykje tale for at lovgjevar har *vilje* til å rette seg etter konvensjonane og organa som handhevar dei.

I ein menneskerettssamanheng har det vore vanleg å legge til grunn at konvensjonsorgana sine fråsegner, skal tillegkast vekt.²⁸³ Dette følgjer av at statar som godkjenner at slike organ har kompetanse til å handsame statsrapportar og klagesaker, også må *respektere* fråsegner frå organa. Omsynet til *effektivitet* talar også for at statane rettar seg etter komiteane sine fråsegn.

Også forarbeida til Grl § 110c talar for at lovgjevaren ser seg bunden til å gjennomføre menneskerettslege plikter, jf Ot.prp. nr 3 (1998-1999) som legg til grunn at grunnlovsføresegna ”*retter seg mot statens myndigheter i videste forstand*”²⁸⁴. Dette omfattar både Stortinget, regjering og regionale og lokale styremakter, andre forvaltningsorgan og domstolane. Dette inneber at lovgjevar har meint at ikkje berre har styremaktene plikt til ikkje å krenkje menneskerettane, men også ei plikt til å ta *positive steg* for å hindre at rettane blir krenkte. Her tenkjer ein først og fremst på ei plikt til å vurdere inkorporering av nye menneskerettskonvensjonar. Relatert til spørsmålet om statsplikt, er det *viljen* lovgjevaren har

²⁸³ Jf Ot.prp nr 93 (2008-2009) punkt 6.4, sjå også Ulfstein (2009) s 607

²⁸⁴ Jf Ot.prp. nr 3 (1998-1999) s 13

uttrykt som er interessant. Det blir å trekkje grunnlovsføresegna for langt å hevde at lovgjevaren har *forplikta* seg til å gjennomføre menneskerettane gjennom grunnlovsfesting. Føresegna er utforma slik at det er til ei kvar tid opp til lovgjevaren å fastsette kva menneskerettar som skal følgje av norsk rett.

Men det følgjer også av effektivitetsomsynet, at lovgjevar søker å endre eller tilpasse nasjonal lov som blir funne å vere i strid med ein konvensjonsartikkel. Også i spørsmålet om gjennomføring av konvensjonane, kan ein føre same argument og legge til grunn at lovgjevar ynskjer å vere lojal og difor følgje opp føringar frå konvensjonsorgana for å sikre at rettane blir gjennomført *effektivt*.

I forarbeida til inkorporering av kvinnekonvensjonen i norsk rett, utdjupar departementet korleis ein skal vurdere vekta til KDK-komiteen sine fråsegner. Generelle tilrådingar frå komiteen skal ha *stor vekt* i folkerettsleg samanheng, men departementet meiner det må vurderast nærmare kva verknad dei har i norsk rett ut i frå ”*kor klar fråsegna er, og i kva grad den konkrete saka er identisk med dei situasjonane komiteen truleg har hatt for auge under utarbeidinga.*”²⁸⁵ Når det gjeld avsluttande kommentarar til ein norsk rapport, meiner departementet at komiteen sine fråsegner må ha *stor vekt*.

5.4 KDK-komiteen

KDK-komiteen vart oppretta i 1982, jf kvinnekonvensjonen art. 17 (1), og har som føremål å ”*vurdere hvilken fremgang som blir gjort med å sette i verk denne konvensjonen*”. Komiteen kan ”*fremme forslag og generelle anbefalingar bygget på granskingar av rapporter og opplysningar som er mottatt fra konvensjonspartene*”, jf art. 21 (1). Komiteen handsamar også individklager, jf den valfrie protokollen art 2.²⁸⁶

KDK-komiteen har kome med sju konkluderande rapportar til Noreg, 28 generelle kommentarar og så langt har ingen individklager mot Noreg blitt vurdert av komiteen.²⁸⁷

²⁸⁵ Jf Ot.prp. nr. 93 (2008-2009) punkt 6.4

²⁸⁶ Den valfrie protokollen trådde i kraft 2. desember 2000, ratifisert av Norge i 2002.

²⁸⁷ Per mai 2011

I komiteen sin generelle rapport nr 28, heretter kalla statspliktrapporten, er det statsplikta etter artikkel 2 som er tema.²⁸⁸ Her heiter det at art 2 identifiserer den generelle rettslege statsplikta for gjennomføring av konvensjonen. Komiteen peikar på at statane har ei plikt til å sikre at alle konvensjonsrettane er *fullt respektert*.

5.4.1 Statsplikta etter KDK

Føremålet med KDK art 2 er at partane i avtalen skal, *utan opphald*, ta i bruk *alle tenelege middel* for å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner.

Konvensjonsteksten seier:

Artikkel 2:

Konvensjonspartene fordømmer diskriminering av kvinner i alle dens former og er enige om uten opphold å ta alle tjenlege midler i bruk i en politikk for å avskaffe diskriminering av kvinner.

Dette er, i følge KDK-komiteen, ei plikt til å respektere, verne og oppfylle retten til ikkje å bli diskriminert som kvinne og *"the enjoyment of equality"*.²⁸⁹ Det er særleg statane si plikt til å *verne*, som kan aktualisere ei grunnlovsfesting. Statane har ei positiv plikt til å ta steg for å avskaffe diskriminering som skuldast sosiale, kulturelle og religiøse haldningar og praksisar som held liv i førestillingar om eit hierarki mellom kjønna eller stereotypiar knytt til kjønn.²⁹⁰ KDK-komiteen uttalar at diskriminering kan finne stad som eit resultat av staten sviktar i å gjere dei nødvendige lovmessige tiltak, altså ved å la vere å vedta eit tilstrekkeleg lovvern. For å oppnå eit godt nok vern, følgjer det også ei plikt til å innføre konstitusjonelle og lovgjevande garantiar og å endre eksisterande lover som er i strid med konvensjonen.²⁹¹ Ei grunnlovsfesting vil nettopp utgjere ein skranke for lovgjevaren om å oppfylle diskrimineringsvernet ved all lovgjeving. Gjennom prøvingsretten vil domstolen kunne ta

²⁸⁸ KDK-komiteen, General Recommendation No. 28 (2010)

²⁸⁹ Statspliktrapporten, punkt 9

²⁹⁰ Hellum (2008) III, s 71

²⁹¹ Statspliktrapporten, punkt 24

stilling til om ei eksisterande lov er i tråd med diskrimineringsvernet eller ikkje. Ei grunnlovsføresegn er vanskelegare å endre og utgjer difor eit meir ”varig vern”.

Med utgangspunkt i det generelle føremålet etter art 2, følgjer det av art 2 bokst. (a)-(f) ei rekkje spesifiserte plikter. Av KDK-komiteen blir dette forstått som plikter til å sørgje for gjennom grunnlovsendingar eller andre eigna lovgjevingstiltak, blir prinsippet om likestilling mellom kvinner og menn og ikkje-diskriminering er nedfelt i nasjonal lov med ein *overordna og tvangskraftig status*, jf art 2 (a), (f) og (g).²⁹²

Bruken av orda *overordna og tvangskraftig status* i ein rettsleg samanheng, passar godt inn i føremålet bak grunnlovsfesting. Sjølv om det er det *reelle* diskrimineringsvernet som er det sentrale for å konstatere at konvensjonsrettane er respektert, verna og oppfylt, vil grunnlovsfesting gje vernet ein sterk formell og symbolsk status som vanskeleg kan seiast ikkje å vere både *overordna og tvangskraftig*.

Statsplikta etter kvinnekonvensjonen, kan seiast og vere inndelt i to nivå. Det følgjer av art 2 (a) at statane pliktar å:

*”innlemme prinsippet om likestilling mellom menn og kvinner i sine statsforfatninger eller annen egnet lovgivning, dersom dette ennå ikke er gjort, og å sikre at dette prinsipp blir virkeliggjort i praksis gjennom lovgivning eller ved andre egnete midler”*²⁹³

Av ordlyden kan vi utleie at grunnlovsfesting eller anna passende lovgjeving, blir sett på som eigna virkemiddel for å *fastslå prinsippet om likskap mellom kvinner og menn*.

Men konvensjonen skil mellom nivået for å *gjennomføre sjølve prinsippet* om likebehandling og nivået for å *gjennomføre dei materielle rettane* som følgjer av konvensjonen, som til dømes retten til likebehandling i på utdanningsfeltet²⁹⁴ eller retten til og ikkje bli diskriminert i arbeidslivet på grunn av graviditet²⁹⁵. For dei materielle konvensjonsrettane er kravet etter art 2 (a) , at dei kjem til uttrykk gjennom lovgjeving eller andre eigna middel.

²⁹² Ibid. , punkt 31, komiteen seier “*overriding and enforceable status*”

²⁹³ KDK art 2 a). Mine understrekingar

²⁹⁴ KDK art 10

²⁹⁵ KDK art 11(2)

Dette skiljet mellom sjølv prinsippet og dei materielle reglane, det seier noko om at statane må gje likebehandlingsprinsippet ein tydelegare plass i det nasjonale rettskjeldebiletet. Her kan ein tenkje seg at det å gje prinsippet grunnlovs rang, vil vere eit passande verkemiddel. Men det kan også tenkjast at den forrang kvinnekonvensjonen og difor diskrimineringsvernet når det gjeld kjønn, har gjennom menneskerettslova er ”egnete midler” og dermed tilstrekkeleg. Det må difor leggest til grunn at det nærmare innhaldet i denne plikta må avklarast etter ei konkret heilskapsvurdering der samanhengen innanfor det enkelte rettssystemet må vurderast.²⁹⁶ Som eg vil komme til under neste avsnitt og gjennomgangen av statsrapportane frå KDK-komiteen, har det blitt stilt spørsmål knytt til Noreg sitt manglande grunnlovsvern mot diskriminering.

Eit anna aspekt i den generelle tilrådinga, som også aktualiserer grunnlovsfesting av ikkje-diskrimineringsprinsippet i norsk rett, er påpeikinga av at konvensjonen heimlar ei plikt til også å motvirke diskriminering frå private partar.²⁹⁷ Dette er uttrykk for eit horisontalt diskrimineringsvern, som skil seg frå den tradisjonelle folkerettslege læra om at utgangspunktet er staten sine plikter ovanfor individ.²⁹⁸ KDK går langt i å heimle ei slik plikt. Staten er forplikta til å sikre at diskriminering ikkje finn stad mellom individ, jf art 2 e) om å gjere alle nødvendige tiltak for at *”ingen personer, organisasjoner eller foretak diskriminerer kvinner”*. På denne måten har kvinnekonvensjonen utvida den individrettslege tankegangen, ved at kvar enkelt skal vernast mot diskriminering både horisontalt og vertikalt.

Det følgjer av artikkel 2 (f) at statane skal treffe alle *”egnete tiltak, også i lovs form, for å endre eller oppheve eksisterende lover, forskrifter, sedvaner og praksis som diskriminerer kvinner”*. Spørsmålet om denne plikta er oppfylt, vil særleg vere aktuelt knytt til spørsmål der kvinners rettar kjem i konflikt med religionsfridomen. I dag følgjer det ein sterk religionsfridom av den norske Grunnlova, noko som etter ein Lex Superior-tankegang kan hevdast og trumfe eit vern mot kvinner sin rett til ikkje å bli diskriminert etter KDK. Men andre vil hevde at dei internasjonale pliktene heimlar eit så sterkt ikkje-

²⁹⁶ Hllum (2008) III s 71.

²⁹⁷ Statspliktrapporten, punkt 13.

²⁹⁸ Jf Hllum (2008) III, s73

diskrimineringsprinsipp at to slike kolliderande rettar må harmoniserast og vegast mot kvarandre med lik rettskjeldevekt.²⁹⁹

Om dette seier komiteen at medlemsstatane skal sørge for at domstolen er forplikta til å bruke prinsippet om likestilling som følgjer av konvensjonen og for å tolke lova ”to the maximum extent possible”³⁰⁰ i tråd med pliktene i konvensjonen. Vidare utdjupar komiteen:

*“However, where it is not possible to do so, courts should draw any inconsistency between national law, including national religious and customary laws, and the State party’s obligations under the Convention to the attention of the appropriate authorities since domestic laws may never be used as justifications for failures by States parties to carry out their international obligations.”*³⁰¹

Nasjonal lovgjeving kan ut i frå dette ikkje stå i vegen for konvensjonspliktene. Igjen vil ei grunnlovsfesting gjere den rettslege situasjonen klarare og difor framstå som ei tydeleg gjennomføring av plikta etter konvensjonen.

For å oppsummere statsplikta etter KDK, kan det seiast at statane langt på veg er forplikta til å grunnlovsfeste eit ikkje-diskrimineringsprinsipp. Men dette må avgjerast konkret ut i frå den enkelte stat sitt rettssystem. Den særigna konstruksjonen med menneskerettslova som gjev kvinnekonvensjonen forrang, kompliserer bildet noko. I utgangspunktet er dette ein effektiv mekanisme for å gje enkelte menneskerettar ei styrka stilling. Konvensjonane er gjort til norsk rett og på den måten gjennomført. Men har diskrimineringsvernet fått ein tvangskraftig og overordna status?

Ein situasjon som framleis er uklar, er rettslege spørsmål om kor tvangskraftig og overordna ikkje-diskrimineringsprinsippet på grunnlag av kjønn er i møte med religionsfridomen i GrL § 2.

²⁹⁹ Jf punkt 2.3 i oppgåva

³⁰⁰ Statspliktrapporten, punkt 33

³⁰¹ L.c.

Det blir hevda, som eg har vore inne på i punkt 2.3 at prinsippet om Lex Superior ikkje automatisk kan gjelde, særleg der to menneskerettar er i konflikt.³⁰² Men dette krev ein vilje frå rettsbrukarar og lovgjevar om å forlate prinsippet om lex superior i desse tilfella.

Dette skapar grunnlag for å hevde at vi har ein uklar situasjon med eit uavklart rettskjeldebilete. Og det er vanskeleg å slå fast at norsk rett følgjer statsplikta etter KDK ved at prinsippet om ikkje-diskriminering på grunnlag av kjønn, har ein tvangskraftig og overordna status.

5.4.2 KDK-komiteen sine konkluderande kommentarar til Noreg

Spørsmålet som gjer seg gjeldande etter utgreiinga ovanfor er om KDK-komiteen i kommentarane til Noreg, har funne gjennomføringa å vere i tråd med konvensjonen. For å undersøkje dette er det dei konkluderande kommentarane frå KDK til Noreg som er den sentrale kjelda.

I den tredje og fjerde rapporten til Noreg, frå 1993, vart det stilt spørsmål om "*whether the meaning of the concept of equality in Norway refers to the recognition of equality in the Constitution*". Svaret var (sjølv sagt) at den norske grunnlova er kjønnsnøytral og ikkje har ein regel om kjønnslikestilling. Den gongen vart det ikkje gjort noko større poeng ut av dette og det let seg ikkje gjere å tolke spørsmålet frå komiteen som ein kritikk av Noreg si manglande grunnlovsfesting av likestillingsprinsippet. Men ein observasjon ein kan gjere, er at komiteen nærast la til grunn at likskapsprinsippet var heimla i Grunnlova. Som om dette var sjølv sagt. Spørsmålet kan dermed ha vore om det *berre* var Grunnlova som gav rettsleg heimel for ein likskapstanke, og at dette igjen vart vurdert som eit svakt vern av prinsippet om likebehandling uavhengig av kjønn. Vidare vart det kommentert at unnataket frå verkeområdet i likestillingslova for indre forhold i trussamfunn, av omsyn til den grunnlovsfesta religionsfridomen, uroa komiteen.³⁰³

³⁰² Jf Strand (2007) II s 21

³⁰³ Unntaket forsvann frå lovas verkeområde i 2010, og følgjer no av ein strengare unntaksrett i likestillingslova § 3 (5).

Dette harmoniserer også dårleg med KDK art 3 om at staten skal på alle område:

”særleg da på de politiske, sosiale, økonomiske og kulturelle områder, treffe alle hensiktsmessige tiltak, herunder lovvedtak, for å sikre kvinner hel og full utvikling og framgang, slik at de garanteres utøvelsen og nytten av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter på like fot med menn.”

Noreg sin manglande grunnlovsheimel blei også kommentert i den femte og sjette rapporten som kom i 2003.³⁰⁴ På dette tidspunktet diskuterte ein korleis kvinnekonvensjonen skulle inkorporerast i lov og om den skulle få forrang gjennom menneskerettslova. Rettstilstanden var difor annleis enn den er i dag. Komiteen sin kommentar til diskusjonen var at den rådde til inkorporering i menneskerettslova og at domstolen kunne gje reglane forrang, noko komiteen meinte ville *sikre* rettane etter KDK.

Slik eg tolkar komiteen er den oppteken av kva rettsleg *rang* likestillingsprinsippet har i nasjonal rett. Den meiner også at handheving og oppfyljing av konvensjonspliktene kan *svekkast* dersom staten ikkje gjev rettane slik rang at andre motstridande rettar ikkje kan gå føre dei. Dette samsvarar også med det som vart sagt i den generelle statspliktrapporten om at likestillingsprinsippet skal ha *overordna* og *tvangskraftig* status, jf ovanfor.

Uroa over konvensjonen sin status i den nasjonale lovgjevinga, vart teken opp att i rapporten frå 2007.³⁰⁵

Føringane frå kvinnekomiteen kan oppsummerast i ei vedvarande uro over kva status diskrimineringsvernet på kjønnsfeltet har i norsk rett. Men inkorporering gjennom menneskerettslova som gjev konvensjonen forrang, kan seiast å ha styrka både sjølve konvensjonen og prinsippet om ikkje-diskriminering.

³⁰⁴ KDK Concluding Observations (2003), para 410

³⁰⁵ KDK Concluding Observations (2007), punkt 12

5.5 RDK-komiteen

Også komiteen som overvaker RDK, har kommentert den norske lovgjevinga og statusen til rasediskrimineringsvernet i norsk rett.

Komiteen fører tilsyn med statane si gjennomføring av RDK, først og fremst ved at partane sjølv leverer periodiske rapportar, jf art 9-1. Det er desse rapportane som ligg til grunn for konkluderande kommentarar retta mot enkeltstatar, jf art 9-2. Komiteen kjem også med generelle tilrådingar, som utgjer ei kjelde for tolking og gjennomføring av konvensjonen i medlemsstatane. Art. 14 i konvensjonen, som Noreg har slutta seg til, gjev komiteen kompetanse til å handsame individklager.

Så langt³⁰⁶ har RDK-komiteen kome med 33 generelle kommentarar. Noreg har motteke 6 konkluderande kommentarar. I tillegg har komiteen handsama to individklager mot Noreg.³⁰⁷ Komiteen har så langt ikkje kome med egne fråsegner knytt til statsplikta, slik KDK-komiteen har gjort.

Fram til Noreg inkorporerte rasediskrimineringskonvensjonen i norsk rett, gjennom diskrimineringslova, uttrykte komiteen uro over den manglande inkorporeringa av konvensjonen og at den ikkje hadde same status som EMK, SP og ØSK hadde fått gjennom menneskerettslova.³⁰⁸ I 2005 vart konvensjonen inkorporert gjennom diskrimineringslova, til skilnad frå KDK som er inkorporert gjennom mskr.lova med forrang. Difor har desse to konvensjonane ulik status i rettskjeldebiletet.

³⁰⁶ Per mai 2011

³⁰⁷ *Narrainen v. Norway (3/1991)* og *The Jewish community of Oslo v Norway (30/2003)*

³⁰⁸ Td RDK Concluding Observations (2003), para 9

5.5.1 Statsplikta etter RDK

Det er art. 2 som er grunnlaget for plikta medlemsstatane har til å gjennomføre konvensjonen i nasjonal rett. Hovudkravet er at statane *straks og utan opphald*, skal ta i bruk *alle eigna middel* for å avskaffe alle former for diskriminering på grunnlag av rase.³⁰⁹ Dette gjer at statsplikta etter RDK er noko meir generell enn etter KD. Den generelle plikta er utdjupa med meir konkrete plikter i artikkel 2-1 (a) – (e).

Det er særleg artikkel 2-1 (e) som heimlar positive plikter når det gjeld lovgjeving. Her forpliktar statane set til å *”ta effektive skritt for å [...] endre, oppheve eller sette ut av kraft lover og bestemmelser som fører til eller opprettholder rasediskriminering hvor den enn måtte forekomme”*. Statsplikta etter rasediskrimineringskonvensjonen går difor, etter sin ordlyd, ikkje like langt som KDK gjer i krava ein stiller til kva status diskrimineringsvernet skal få i nasjonal rett.

Men statane si plikt etter art 2 er omtalt i den generelle rapporten frå 2009, som eg skal sjå nærmare på.

Og i over 30 år har RDK-komiteen kome med konkluderande kommentarar til 20 statsrapportar frå Noreg, noko som gjer at vi har tilgang på eit rikt kjeldemateriale som uttrykkjer komiteen sitt syn på korleis staten følgjer opp diskrimineringsvernet. I den vidare framstillinga ser eg på rapportane der RDK-komiteen omtalar gjennomføring av vernet mot diskriminering etter konvensjonen og den stillinga det har i norsk rett.

5.5.2 RDK-komiteen sine konkluderande kommentarar til Noreg

I rapporten frå 2001, som kommenterer Noreg sin 15.rapport, uttalar komiteen ei klar uro for rasediskrimineringsvernet sin manglande forrang og seier i tillegg: *”The absence of an explicit prohibition of racial discrimination in the Norwegian Constitution increases this*

³⁰⁹ Rase er også forstått som hudfarge, avstamning eller nasjonal eller etnisk opphav, jf art 1.

concern.” Dette kan vanskeleg tolkast annleis enn at komiteen legg til grunn at forrangsverktøyet er vesentleg for å sikre vernet etter konvensjonen. Kritikken mot Noreg må likevel tolkast slik at ei inkorporering i menneskerettslova, vil kunne vere godt nok. Dette synet stadfestar RDK-komiteen i sin kommentar til Noreg sin 17. og 18 rapport, der det blir sagt:

*“The Committee invites the State party to consider incorporating the Convention at a higher level in its domestic legal order so as to ensure the primacy of the Convention over domestic legislation in case of conflict.”*³¹⁰

Når rasediskrimineringskonvensjonen likevel ikkje har blitt inkorporert i menneskerettslova, kan det stillast spørsmål ved om Noreg etterlever den plikta som følgjer av art 2. I val av inkorporeringslov, la departementet vekt på at konvensjonen *“har en naturlig tilknytning til diskrimineringsloven. Å inkorporere RDK gjennom denne loven kan derfor bidra til å sikre best mulig oversikt i lovverket.”*³¹¹ I forhold til trinnhøgdespørsmålet viste departementet til den venta utgreinga om makt og demokrati, og det faktum at heller ikkje KDK var inkorporert gjennom menneskerettslova, slik den er i dag.³¹²

Den siste rapporten frå RDK-komiteen til Noreg kom i april 2011.³¹³ Her blir menneskerettsutvalet sitt arbeid med ein delvis revisjon av Grunnlova trekt fram. Komiteen vurderte dette å vere eit *positivt aspekt* i arbeidet mot diskriminering, og uttalar:

The Committee welcomes the fact that the State party has adopted initiatives to combat discrimination among which are the following:

[...]

*(c) The appointment on 18 June 2009 by the Storting (Parliament) of a committee to propose a limited revision of the Constitution with the aim of strengthening the position of human rights”*³¹⁴

³¹⁰ RDK Concluding observations (2006), punkt 14.

³¹¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), punkt 8.8.3

³¹² Jf NOU 2003: 19 ”Makt og demokrati”. Sjå punkt 6.3.3 om denne.

³¹³ RDK Concluding Observations (2011)

³¹⁴ Ibid., punkt 5 c)

Her legg altså komiteen til grunn at dette arbeidet vil føre fram til ei grunnlovsending som vil vere positivt knytt til konvensjonsplikta om å motarbeide alle former for diskriminering. Men komiteen gjentek uroa knytt til kva rettsleg status RDK har i norsk rett og understrekar nok ein gong at Noreg bør vurdere å inkorporere RDK gjennom menneskerettslova for å gje konvensjonen høgare rettsleg rang.³¹⁵

5.5.3 Særleg om forbodet mot rasistiske organisasjonar etter RDK art 4 b)

Eit anna aspekt RDK-komiteen har vore oppteken av, er at rasediskrimineringsvernet ikkje må vike eller innskrenkast overfor organisasjonsfridomen. RDK artikkel 4 b) seier at konvensjonspartane skal: *”erklære ulovlige og forby organisasjonar og organisert og annan propaganda-virksomhet som fremmer og tilskynder til rasediskriminering, og erklære som straffbar handling deltakelse i slik virksomhet eller slike organisasjonar.”* RDK-komiteen drøfta dette temaet i si generelle tilråding nr. 15 og legg til grunn at art. 4 er:

*“(...) of a mandatory character, including declaring illegal and prohibiting all organizations promoting and inciting racial discrimination, and reiterates its recommendation that the State party adopt the necessary legislation in order to ensure full compliance with article 4 (b) of the Convention.”*³¹⁶

I den konkluderande kommentaren frå 2001 blir det retta kritikk mot den norske lovgjevinga og det manglande forbodet mot rasistiske organisasjonar.³¹⁷ Denne kritikken er repetert i fleire omgangar, heilt sidan 1977 då komiteen sa:

*“With regard to the application of article 4 subparagraph (b), of the Convention, the measures taken in Norway were directed not against the existence of certain organizations, but against certain offences”.³¹⁸ Og i rapporten frå 1984 kan vi lese: “Noting that the Penal Code could be applied to individual members of an organization, but not to an organization as such, as required by article 4 b of the Convention ...”*³¹⁹

³¹⁵ Ibid, punkt 7

³¹⁶ RDK General Recommendation nr 15 (1993), punkt 2

³¹⁷ RDK Concluding Comments (2001), punkt 14

³¹⁸ RDK Concluding Comments (1978), para 185

³¹⁹ RDK Concluding Comments (1984), para 509.

Ei utfordringa ved å forby slike organisasjonar, er at eit organisasjonsforbod kan komme i strid med yringsfridomen. Til dette seier komiteen: *”The Comittee reminds the State party that in its opinion, prohibition of the dissemination of all ideas based upon racial superiority or hatred is compatible with the right of freedom of opinion and expression ”*³²⁰

Straffelova § 135a vart sist endra i 2005, nettopp fordi ein meinte at konvensjonspliktene ikkje vart godt nok sikra med det dågjeldande straffebedet.³²¹ Lovendingane gjekk i hovudsak ut på at rekkjevidda vart utvida, skuldkravet senka og strafferåma utvida til tre år. Men Noreg har altså ikkje gått så langt som å forby rasistiske organisasjonar.

I forarbeida til endringa av Strl § 135a er tilhøvet til yringsfridomen i Grl § 100 grundig vurdert. Departementet konkluderte med at det ikkje burde gå fram av ordlyden i straffebedet at det berre er *kvalifiserte ytringar* som kan innskrenkast av yringsfridomen. Utforminga kunne til dømes vere at det er *grovt* diskriminerande eller hatefulle ytringar som er ulovlege. Departementet meinte det kunne føre til at føresegna vart tolka slik at *”diskriminerende ytringer er fullt legitime så lenge de ikke betyr en grov krenkelse ”*³²². I dag følgjer det av Strl § 135a at det er diskriminerande eller hatefulle ytringar som er forbode. Departementet viste også til rettspraksis som i dag legg til grunn at det er ytringar av *kvalifisert krenkande karakter*, som er forbode.³²³

Departementet overlet til rettspraksis å utvikle norma for kva slags ytringar som til ei kvar tid er forbode og seier at det vil *”variare en del alt ettersom hvilken sammenheng ytringen inngår i ”*³²⁴

Endringa i straffelova vart positivt motteke av RDK og i den konkluderande kommentaren frå mars 2011, er uroa noko mildare og komiteen rår til:

“that the State party establish a clear and transparent definition of hate speech and hate crimes with a view to observing a balance between the right to freedom of

³²⁰ Ibid

³²¹ Jf Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 17

³²² Ibid, punkt 17.1.6.9

³²³ Jf Rt 2002 s 1618 og Rt 1997 s.1821. Viser til oppg punkt 2.3.2

³²⁴ Jf Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 17.1.6.9

expression and overt expressions of racist views according to article 4 and ban organizations promoting racism and racial discrimination.”³²⁵

I Rt. 2007 s.1807 ”Vigrid” vurderer Høgsterett den nye Strl § 135a i eit spørsmål om hatefulle ytringar jødar, sett fram i avisa VG, var i strid med forbodet mot diskriminerande eller hatefulle ytringar. Domstolen seier at vurderinga etter Grl § 100 må gjerast i relasjon til konvensjonsvernet.³²⁶ Dessutan legg Høgsterett vekt på etter RDK har Noreg ei klar plikt til *”blant annet gjennom straffelovgivningen å beskytte enkeltindivider og grupper av personer mot diskriminering på grunn av rase (...) som også er den historiske bakgrunn for vedtakelsen av straffeloven § 135a.*”³²⁷ Dette illustrerer korleis dei folkerettslege statspliktene overfor lovgjevar fører til lovendingar.

5.6 Kommenterar om statsplikt til andre nordiske land

Statsplikta har også vore tema i konkluderande kommenterar frå KDK-komiteen til andre nordiske land, rettsstatar Noreg naturleg kan samanlikne seg med. Desse kommentarane vil først og fremst, og særleg i ein rettspolitisk samanheng, kunne tene som inspirasjon til ei forståing av kva som ligg i statsplikta. Dei må likevel tolkast som uttrykk for kva plikter som følgjer av konvensjonen. Også Høgsterett ser til kommenterar gjevne til andre land, mellom anna i Rt 2009 s 1261 der domstolen såg på kva Barnekomiteen³²⁸ hadde råda Sverige å gjere.³²⁹ Dette poenget må likevel ikkje strekkast lengre, i ein rettskjeldesamanheng, enn at Høgsterett er merksam på at kommenterar til andre land kan vere til hjelp ved konvensjonstolking også i Noreg.

Eg har sett på kommenterar frå KDK-komiteen til Sverige og Finland. Dels fordi dei syner at grunnlovsfesting mot diskriminering av kvinner, slik Sverige har, ikkje i seg sjølv blir funne

³²⁵ RDK Concluding comments (2011)

³²⁶ Rt 2007 s. 1807, premiss 32

³²⁷ L.c

³²⁸ Overvakingskomiteen BK

³²⁹ Jf Rt 2009 s 1261, premiss 65

nok til å oppfylle statsplikta. Finland er eit døme på kva komiteen meiner er ei tilfredsstillande gjennomføring av kvinnekonvensjonen, jf KDK art 2.

5.6.1 Sverige

I den konkluderande rapporten til Sverige sin eigen statsrapport frå 2008, rettar KDK-komiteen eit kritisk blikk på den svenske Grunnlova.³³⁰ Sverige har i tillegg til Regeringsformen, som er den som først og fremst formar forfatningsretten, tre andre grunnlover som regulerer den svenske statsskikken.³³¹ Grunnlovene står over anna lovgjeving og går føre ved motstrid.³³² I Regeringsformen, finn vi ei føresegn med eit føremål om at offentleg styremakt ”ska utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet”³³³. Regeringsformen inneheld også ei programerklæring retta mot offentlege styremakter som seier:

*”Det allmänna skall verka för att alla människor skall kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället. Det allmänna skall motverka diskriminering av människor på grund av kön, hudfärg, nationellt eller etnisk ursprung, språklig eller religiös tillhörighet, funktionshinder, sexuell läggning, ålder eller annan omständighet som gäller den enskilde som person.”*³³⁴

I Regeringsformen kap 2 om grunnleggande fridomar og rettar kjem eit ikkje-diskrimineringsprinsipp til uttrykk gjennom §§ 12 og 13:

12 § Lag eller annan föreskrift får inte innebära att någon missgynnas därför att han eller hon tillhör en minoritet med hänsyn till etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande eller med hänsyn till sexuell läggning.

13 § Lag eller annan föreskrift får inte innebära att någon missgynnas på grund av sitt kön, om inte föreskriften utgör ett led i strävanden att åstadkomma jämställdhet mellan män och kvinnor eller avser värnplikt eller motsvarande tjänsteplikt.

Regeringsformen vart endra seinast i 2010 ved at grunnlaget *rase* vart teke ut og *seksuell legning* vart teke inn. Dette skuldast hovudsakleg at omgrepet *rase* kunne oppretthalde

³³⁰ Jf KDK Concluding observations til Sverige (2008)

³³¹ Tryckfrihetsförordningen, Yttrandefrihetsgrundlagen og Successionsordning

³³² Jf

³³³ Jf kapittel 1 § 2.

³³⁴ Jf kapittel 1 § 2 fjerde ledd.

fordommar og at det ikkje finst gode nok grunnar til å vidareføre dette som eige diskrimineringsgrunnlag. Omgrepet ”*etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande*” omfattar dermed også rase.³³⁵ Ved å ta inn diskrimineringsgrunnlaget seksuell legning ynskte den svenske regjeringa å gje eit sterkare vern for denne gruppa og Riksdagen slutta seg til dette.

Den rettslege verknaden for §§ 12 og 13 er at dei utgjer ein skranke for lovgjevaren ved utforming av nye lover. Ved tolking av reglar kan også grunnlova trekkast inn. Men føresegnene kan ikkje leggest til grunn for individ som hevdar å vere diskriminerte. Det følgjer ikkje eit individretta diskrimineringsvern av den svenske grunnlova.

Dei konkluderande kommentarane frå KDK-komiteen til Sverige frå 2008, kom på same tid som Sverige arbeidde med ein større grunnlovsrevisjon. Komiteen viser til ei utgreiing om den svenske grunnlova og konkluderer med at ho er *kjønns-blind* i staden for *kjønns-sensitiv* og at ”*the concept of equality in the Constitution is not in line with the Convention*”.³³⁶ Det svenske KDK-nettverket, som omtalar utgreiinga i ein skuggerapport³³⁷ til KDK-komiteen hevdar at den svenske grunnlova heimlar eit syn på likestilling som stammar frå 70-talet.

Komiteen uttalar at: ”*Women and men have the same formal rights but there is woolliness as regards actual gender equality*”. Sverige blir oppmoda om å: ”*conduct a thorough gender sensitive review of (...) its Constitution to ensure that it is in accordance with the provisions of the Convention*”.³³⁸ Det fell utanfor denne oppgåva å gjennomgå alle dei fire svenske grunnlovene og revisjonen av dei for å vurdere om Sverige har følgd oppmodinga frå KDK-komiteen. Komiteen har heller ikkje kommentert den reviderte grunnlova i nokon konkluderande rapport. Men hovudpoenget er at sjølv om Sverige lenge hadde hatt eit diskrimineringsvern, også på grunnlag av kjønn, så finn ikkje KDK-komiteen at dette er godt nok til å etterleve statsplikta etter KDK.

³³⁵ Regeringens proposition 2009/10:80 En reformerad grundlag punkt 9.2

³³⁶ Jf. KDK Concluding observations (2008), punkt 14.

³³⁷ Det følgjer av KDK-komiteen sine prosedyrer at ikkje-statlege organisasjonar kan komme med rapportar, jf rule 47

³³⁸ KDK Concluding observations (2008), punkt 15

5.6.2 Finland

Finland reviderte si grunnlov i 2000 og videreførte ein generell heimel mot diskriminering. Føresegna er ein del av ein eigen menneskerettskatalog i grunnlova. I kapitlet om grunnleggande fridomar og rettar følgjer det av § 6:

Alla är lika inför lagen.

Ingen får utan godtagbart skäl särbehandlas på grund av kön, ålder, ursprung, språk, religion, övertygelse, åsikt, hälsotillstånd eller handikapp eller av någon annan orsak som gäller hans eller hennes person.

(...)

*Jämställdhet mellan könen i samhällelig verksamhet och i arbetslivet främjas enligt vad som närmare bestäms genom lag, särskilt vad gäller lönesättning och andra anställningsvillkor.*³³⁹

Det er først og fremst som moment ved tolking av anna lovgjeving, at grunnlovsføresegna blir brukt. Det er uklart om ein kan utleie individuelle rettar direkte frå § 6. Det finske justisdepartementet og Justitieombudsmannen (tilsvarar den norske sivilombodsmannen) har stilt seg tvilande til det.³⁴⁰

KDK-komiteen har i sin første konkluderande kommentar som kom etter grunnlovsrevisjonen, lite å utsette på den finske gjennomføringa av statsplikta etter art 2 i konvensjonen: *”The Committee notes that there are no significant factors or difficulties that prevent the effective implementation of the Convention in Finland.”*³⁴¹ I staden for rosar komiteen styremaktene i Finland:

“[...] the positive changes in the Finnish Constitution that entered into force on 1 March 2000, which, inter alia, provide that, in case of conflicting legislation,

³³⁹ Finlands grundlag 11.6.1999/731

³⁴⁰ Jf NOU 2009:14 s 307

³⁴¹ KDK Concluding observations Finland (2001), para 296

*fundamental rights, including women's right to equality, shall prevail, and explicitly provide for temporary special measures*³⁴²

5.7 Samanfatning

For å oppsummere spørsmålet om kva føringar konvensjonane og statsplikta knytt til gjennomføring av eit ikkje-diskrimineringsprinsipp i norsk rett, er det grunn til å merke seg fleire aspekt.

Det at komiteane sine fråsegn har fått status som både relevante og vektige rettskjelder i rettsbruken, er argument for å legge ei viss vekt på uroa både KDK- og RDK-komiteen uttrykkjer over at sjølv prinsippet som ligg til grunn for diskrimineringsvernet ikkje er uttrykt gjennom Grunnlova.

Sjølv om Noreg opp gjennom åra har vedteke fleire lover, særleg menneskerettslova, og difor stadig styrka ikkje-diskrimineringsprinsippet i norsk rett, så slår ikkje overvåkingskomiteane seg til ro med dette. Den grunnleggande uroa ser ut til å vere at i møte med andre rettar som kan ha lik eller høgare rang, kan diskrimineringsvernet stå utrygt. Den siste fråsegna frå RDK om at ein ynskjer velkommen ei revisjon av Grunnlova, viser at denne uroa framleis er der.

Med utgangspunkt i det som er felles for statspliktene, både etter KDK og RDK, som er plikta til å ta alle tenelege middel i bruk for å respektere, verne og oppfylle vernet mot diskriminering på grunnlag av rase og kjønn, vil det vere gode grunnar som talar for at ei grunnlovsfesting er ei menneskerettsleg plikt. Grunnlovsføresegna må vere tvangskraftig og overordna og sikre *individet* eit vern. Påstanden hentar støtte frå KDK-komiteen sine kommentarar til Sverige der ei rein symbolføresegn ikkje blir funne å vere i tråd med konvensjonspliktene.

³⁴² Ibid, para 294

6 Sentrale omsyn

6.1 Innleiing

Tema for dette kapitlet er eit utval sentrale omsyn som gjer seg gjeldande ved grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet. Eg har valt å gjere greie for omsyna i tre kategoriar.

Den første kategorien er *omsyn som ligg bak sjølve vernet mot diskriminering*. Det er desse omsyna som kan seiast å få grunnlovs rang og gjere seg gjeldande i *handhevinga* av føresegna. Desse omsyna kan også leggest til grunn i argumentasjonen for *utforminga* av eit grunnlovsfesta diskrimineringsvern. Dette gjer at omsyna bak diskrimineringsvernet spelar ei rolle både *ved* og *etter* grunnlovsfesting.

I den andre kategorien gjer eg greie for meir *generelle omsyn bak grunnlovsfesting*. Nokre av omsyna talar *for* eit diskrimineringsvern i Grunnlova. Men også omsyn som talar *mot* grunnlovsfesting av eit vern mot diskriminering, blir drøfta. I diskusjonar om grunnlovsfesting av individrettar, er det særleg omsynet til folkefleirtalet sin vilje som gjer seg gjeldande som motstridande omsyn.³⁴³ Fordi dette har vore trekt fram som ei *vektig* innvending mot å grunnlovsfeste individrettar som domstolen kan handheve, vil eg gje dette omsynet noko større merksemd.³⁴⁴

Den tredje kategorien er *omsyn som gjer seg gjeldande ut frå eit folkerettsleg perspektiv*. Dette gjeld til dømes det folkerettslege effektivitetsomsynet, der grunnlovsfesting kan vere *eigna* til å gjennomføre ein menneskerett på ein særleg effektiv måte.

³⁴³ Høgberg (2010), s 80

³⁴⁴ Sjå punkt 5.3.

6.2 Omsyn bak diskrimineringsvernet – likskap, likeverd og rettferd

Føremålet med diskrimineringsvernet er å oppnå likeverd, likskap og rettferd for individ. ³⁴⁵ Dette er uavhengig av diskrimineringsgrunnlag, verkeområde og om vernet følgjer av nasjonal lovgjeving eller internasjonale rettskjelder.

I denne oppgåva er det ikkje sentralt å gjere ei vurdering av *kvifor* likskap, likeverd og rettferd er omsyn som bør grunnlovsfestast. Utgangspunktet mitt er at diskrimineringsforboda er positivrettslege uttrykk for desse omsyna. Eg vil difor seie noko om kvifor diskrimineringsvernet er eigna til å sikre, og styrke, likskap, likeverd og rettferd.

Omsyna blir hevda å vere uttrykk for *allmenne verdigrunnlag*. ³⁴⁶ Heilt frå dei greske filosofane og fram til moderne tid, har slike omsyn og grunnverdiar vore diskuterte og utvikla i vestlege rettssystem. ³⁴⁷ Vi kan difor seie at dei ligg i vår rettstradisjon, og kjem til uttrykk gjennom ulike rettsreglar på ulike nivå, mellom anna gjennom diskrimineringsforboda. Det er omsynet til likskap, likeverd og rettferd som gjer at lovgjevaren har vedteke føresegna om at det er lov å særleg fremje kvinners stilling, jf likestillingslova § 1. Dei same omsyna ligg til grunn for at lovgjevar har påført utbyggjarar ekstra kostnader ved at alle nye bygningar skal ha ei universell utforming, jf diskriminerings- og tilgjengelegheitslova § 9.

6.2.1 Teorien om grunnverdiar

Likskap, rettferd og likeverd blir også hevda å vere uttrykk for *grunnverdiar*. ³⁴⁸ Kirsten Ketscher meiner det tradisjonelle utgangspunktet om at rettar må følgje av positiv lovgjeving har stått i vegen for å gje slike grunnverdiane plass i rettsbruken. Ho formulerer

³⁴⁵ Diskrimineringslovutvalet legg også til grunn tilgjengelegheit og tilrettelegging, jf NOU 2009: 14 kapittel 9.

³⁴⁶ Høgberg (2010), s. 73

³⁴⁷ Sjå Høgberg (2010) ss 74 – 80 om den historisk utviklinga av omsyn bak tilbakeverknadsforbodet.

³⁴⁸ Ketscher (2008), kap 5

grunnverdiane uttrykt som ei *norm*: "(..)beskyttelse af "Værdighed, frihed, lighed og fællesskap mellem mennesker" ³⁴⁹

Norma "udtrykker retssystemets mest grundlæggende værdier(...)" ³⁵⁰, og det er gjennom lovgeving at verdiane kjem til uttrykk positivrettsleg. I eit diskrimineringsrettsleg perspektiv er dette uttrykt gjennom diskrimineringslovene med forbod mot direkte og indirekte diskriminering, saman med det generelle føremålet om å fremje likestilling.

Ved å legge til grunn ein slik grunnverditanke, er det lovgevaren si oppgåve å styrke og tydeleggjere grunnverdiane. ³⁵¹ Men ut frå denne teorien kan ikkje lovgevaren avskaffe dei ved å oppheve eller endre lover om likestilling og ikkje-diskriminering fordi "Grundværdiene er udelelige og umistelige" ³⁵² og eksisterer uavhengig av positiv rett. Eg går ikkje djupare inn i grunnlaget for dette synet, som har henta inspirasjon frå opplysningstida og den naturretslege tradisjonen, men vil forfølge tanken noko vidare ut frå spørsmålet om grunnlovsfesting.

Frå eit slikt perspektiv er grunnlovsfesting i seg sjølv ikkje *nødvendig* for å gje individa rett til likeverd, likskap og rettferd. Og ein kan tenkje seg at omsyna vil bli tatt inn i rettsbruken ved bruk av reelle omsyn som rettskjedefaktor. ³⁵³ Men eg vil hevde at Grunnlova er *eigna* til å sikre grunnverdiane. Det er minst to årsaker til dette.

For det første vil Grunnlova *synleggjere* at slike grunnverdiar er ein del av norsk rett. Dette synet hentar inspirasjon frå fortalen til EU-charteret om grunnleggande rettar. Charteret vart vedteke i samband med Lisboa-traktaten og gjev mellom anna uttrykk for eit ikkje-diskrimineringsprinsipp, jf art 21. I fortalen kan vi lese:

"(...) it is necessary to strengthen the protection of fundamental rights in the light of changes in society, social progress and scientific and technological developments by making those rights more visible in a Charter." ³⁵⁴

³⁴⁹ Ketscher (2008), s 105

³⁵⁰ L.c

³⁵¹ Ibid (2008), s107

³⁵² Ibid (2008), s106

³⁵³ Sjø Eckhoff og Helgesen (2000) om reelle omsyn, s 371 flg

³⁵⁴ Charter of fundamental rights of the European Union, preamble 4. avsnitt. Mi understreking

For det andre er Grunnlova også eigna til å gje uttrykk for slike *abstrakte verdier*. Utfordringa med grunnverdiane er nettopp at dei manglar presisjon. Dei er heller ikkje statiske og dei utviklar seg over tid.³⁵⁵ I tråd med tradisjonen for grunnlovstolking, der ein skal tolke Grunnlova i tråd med tida og tilhøva, vil difor grunnverdiane kunne utvikle seg over tid og samstundes vere positivrettsleg uttrykt.

Ut i frå dette kunne ein tenkje seg ei føresegn i Grunnlova, basert på denne grunnnorma, som sa at "*alle skal sikrast likeverd, rettferd og likskap*". Etter mitt syn er dette ikkje eigna til å gje uttrykk for eit individretta diskrimineringsvern og det er ein gammaldags måte å formulere desse omsyna på. Det er også vanskeleg å tenkje seg at ei slik føresegn kan sikre individet sin rett på ein *effektiv* måte. Medan diskrimineringsvernet, slik det blir tolka og forstått i dag (jf kap 3), gjev klarare uttrykk for korleis ein vurderer usakleg forskjellsbehandling og dermed indirekte sikrar dei grunnleggande omsyna i rettsbruken.

Også Ketscher hevdar at eit diskrimineringsvern er betre eigna enn eit alminneleg likskapsprinsipp for å sikre grunnverdiane.³⁵⁶ Ho meiner forvaltninga si "*lighedsgrundsætning*" har stått i vegen for å gje diskrimineringsvernet større plass i sosialretten.³⁵⁷ Argumentet tek utgangspunkt i dansk rett og det må takast høgde for at det kan vere skilnader i relasjon til norsk rett. Det må også gjerast eit skilje mellom formell lovgjeving for å sikre grunnverdiane og den meir overordna rolla Grunnlova spelar. Som eg har vore inne på, er det til dømes vanskeleg å tenkje seg at Grunnlova skal heimle ei plikt til universell utforming. Men argumentet om at grunnlovsfesting av eit diskrimineringsvern er betre enn ei symbolsk "*likskap, likeverd og rettferd*"-føresegn, kan hente støtte frå denne måten å tenkje på.

³⁵⁵ Ketscher (2008), s 105

³⁵⁶ Ketscher (2008) s 114

³⁵⁷ L.c

6.2.2 Omsyna i rettsbruken

Grunnlova blir ofte tolka på bakgrunn av ”reelle omsyn” som til dømes allmenne verdiar.³⁵⁸ Bruken av slike omsyn er delvis eit uttrykk for korleis vi meiner retten *bør* vere. Men også tidlegare rettspraksis og forarbeid kan gje støtte for bruken av omsyna der bruken tek utgangspunkt i korleis retten *er*. Dette gjer at bruken både *normativ* men også *deskriptiv*.³⁵⁹

Eit døme er tolkinga av tilbakeverknadsforbodet i Grl. § 97 som også kviler på tanken om likskap og, i visse tilfelle, gjev ho eit vern for individet.³⁶⁰ I Borthen-dommen viser Høgsterett til likskapsomsynet og seier at det ”*må komme inn med tyngde i grunnlovsvurderingen.*” (...) *hensynet til å unngå forskjellsbehandling [må] være vesentlig.*”³⁶¹ Men som eg har vist til tidlegare vart likskapsomsynet her lagt til grunn for å gje *alle* pensjonistar *lik* behandling. Dette passar ikkje passar inn i ein diskrimineringsrettsleg tankegang der ein må vurdere *verknadane* av forskjellsbehandlinga for den enkelte samanlikna med andre relevante samanlikningspersonar, for så å vurdere om det var ei sakleg, eigna og proporsjonal forskjellsbehandling.

Reelle omsyna vil også kunne spele inn i *avgjerder av konkrete saker*. Ein rettsbrukar kan trekke inn det grunnlovsfesta diskrimineringsvernet, og omsyna bak det, som *tolkingsmoment* i handheving av anna lovgjeving.³⁶²

I handheving av grunnlovsføresegner ved domstolskontroll av lovgjevinga, blir omsyna bak føresegna teke inn. Sjølv om det er den konkrete føresegna som blir brukt som skranke for lovgjevar, grip omsyna indirekte inn i *lovgjevaren sin handlefridom*. Det same kan ein tenkje

³⁵⁸ Høgberg (2010), s 28. Ho trekk også fram politiske oppfatningar, samfunnsutviklinga generelt eller konkrete sider ved saka.

³⁵⁹ L.c. Høgberg utdjupar utfordringa med å skilje mellom det deskriptive og normative, jf punkt 2.2.4, og legg til grunn at det ikkje lar seg gjere å gjere eit skarpt skilje mellom *de lege ferenda* og *de lege lata*.

³⁶⁰ Grl § 97 gjeld i utgangspunktet på alle rettsområde, men i ein individrettsleg samanheng kan det få verknad som skranke mot inngrep i ein etablert rett, jf Fliflet (2005) s 399

³⁶¹ Rt. 1997 s 1415, s 1432

³⁶² Jf Fleischer (1968), s 45

for eit grunnlovsfesta diskrimineringsvern, dersom føresegna blir utforma slik at domstolen kan kontrollere lovgjevinga ut i frå den.

Grunnlova vil også kunne spele ei *direkte rolle overfor lovgjevar og offentleg forvaltning* som vil vere forplikta til å gjere ei vurdering av om lover, vedtak og tiltak er i tråd med omsyna som ligg til grunn for grunnlovsføresegna.

Slik eg ser det, er dette dei tre sentrale verknadane av å heimle omsyna til likeverd, rettferd og likskap gjennom eit grunnlovsfesta diskrimineringsvern. Det lar seg ikkje slå fast at verknadane av grunnlovsfesting er at samfunnet generelt *blir* meir rettferdig eller likeverdig.

6.2.3 Diskrimineringsvernet – det moderne menneskeverdet?

Eit spørsmål som raskt dukkar opp i diskusjonar om slike abstrakte omsyn, som til dømes likskapsomsynet er: Kva er likt og kva er ulikt? Korleis kan ein lage rettsreglar som sikrar rettferd? Og kva slags rettferd skal ein sikre? Dette har vore gjenstand for omfattande rettsfilosofiske diskusjonar³⁶³, men er ikkje føremålet å utdjupe dette vidare i denne oppgåva.

Eg vil likevel trekke fram nokre tankar som Hanne Sophie Greve gjer seg om desse spørsmåla i artikkelen "*Likhet, likeverd og ikkje-diskriminering*" frå 2002. Ho lanserer til saman *tre plan* der slike omsyn gjer seg gjeldande i rettsleg samanheng. Ho ser på likskap som eit grunnleggande rettferdskrav, likskapskravet som eit klart føremål ved enkeltreglar og dei reine og meir allmenne diskrimineringsforboda. Det er det siste planet som er relevant i denne samanheng fordi desse tankane seier noko om kvifor diskrimineringsvernet er eigna til å sikre desse grunnleggande omsyna.

I samband med markeringa av 50-års jubileet for EMK og arbeidet med EMK TP12 vart det foreslått å erstatte kjerneomgrepet "menneskeverdet" med ikkje-diskriminering.³⁶⁴ Sjølv om forslaget ikkje fekk gjennomslag, viser dette kor sentral plass diskrimineringsvernet har fått

³⁶³ Sjå td Eng (2007), kap 2 og Greve (2002), s 327 flg.

³⁶⁴ Greve (2002), s. 328

som verkemiddel for å sikre dei grunnleggande omsyna til likskap, likeverd og rettferd i moderne menneskerettsleg samanheng.

I den forklarande rapporten som følgjer med EMK TP12 blir det sagt at prinsippet om at alle er like for lova, og har rett til likt vern etter lova, er eit:

”a fundamental and well-established general principle, and an essential element of the protection of human rights, which has been recognised in constitutions of member states and in international human rights law”³⁶⁵.

I den forklarande rapporten blir det også lagt til grunn at likskapsprinsippet og prinsippet om ikkje-diskriminering er tett samanvevde.³⁶⁶ Men Noreg er altså ikkje ein av dei medlemsstatane som det her blir vist til.

FN si internasjonale fråsegn om menneskerettane av 1948 trekkjer opp hovudlinjene for oppgåva til diskrimineringsvernet i art. 2:

” Kvar einskild har krav på all den rett og fridom som fråsegna nemner, utan skilnad av noko slag på grunn av rase, farge, kjønn, språk, religion, politisk syn eller anna meinig, nasjonalt eller sosialt opphav, eigedom, fødsel eller andre tilhøve. Den politiske stoda, lovverket eller dei internasjonale påboda eit land lever under, kan ikkje vere påskott til at det blir gjort skilnad på nokon i det landet eller området han høyrer til (...) ”

Dette er eit uttrykk for at lovene *kan* gjere forskjell og regulere ut i frå relevante forskjellar, men usakleg forskjellsbehandling på bakgrunn av medfødde eller andre sentrale kjenneteikn ved individa er ulovleg.³⁶⁷ Det er også ein føresetnad for frie val, samfunnsdeltaking og meningsytring at det ikkje blir gjort usakleg forskjell på folk ut frå religiøse og politiske oppfatningar. Greve skriv at sjølv om det burde vere råd å sikre menneskeverdet på grunnlag av desse hovudlinjene, så har diskrimineringsvernet vore viktige for å lage det ho kallar ”tilbakefallsposisjonar” ved at dei gjer urettvis forskjellsbehandling til klare regelbrot.³⁶⁸ Slik eg forstår henne, meiner ho at diskrimineringsforboda gjev klarare uttrykk for kva som er lovleg og ulovleg forskjellsbehandling, enn meir generelle føresegner om retten til likeverd,

³⁶⁵ Jf. om fortalen i den forklarande rapporten. Mi understreking

³⁶⁶ Jf punkt 15 i den forklarande rapporten

³⁶⁷ Greve (2002), s. 336

³⁶⁸ Ibid, s. 337

likskap og rettferd. Diskrimineringsforboda utgjer difor eit meir effektivt vern mot overgrep.³⁶⁹

Ut frå denne tanken kan Grunnlova vere ein slik ”tilbakefallsposisjon” ved at ho sikrar at lovgjevaren ikkje kan vedta diskriminerande lovgjeving og at staten gjennom utøving av offentleg styremakt må halde seg innanfor grensene av eit diskrimineringsvern.

Det har også vore hevda, vel å merke i ein britisk kontekst³⁷⁰, at diskrimineringsvernet no blir sett på som ein sentral del av den konstitusjonelle arkitekturen i eit moderne, liberalt demokrati.³⁷¹ Vidare skriv Nicholas Bamforth at det i dag er forventa av konstitusjonelle demokrati at dei uttrykkjer og handhevar eit offisielt mål om å hindre individuelle former for diskriminering, som ein del av eit grunnleggande fokus på å verne menneskerettane. Dette synet hentar støtte frå fråsegna om menneskerettar som vist ovanfor, den forklarande rapporten til EMK TP12, men også frå døme i andre land der vernet er heimla i konstitusjonen.³⁷²

For å ta desse litt abstrakte tankane ned til eit konkret nivå kan vi stille nokre enkle spørsmål: Korleis ville du reagert om du ikkje fekk sitte på ein bar fordi rullestolen din tok for mykje plass? Eller at du ikkje fekk jobbar du var kvalifisert for berre fordi du har epilepsi? Kva hadde du tenkt om Stortinget vedtok ei ordning for studiestøtte som berre var for unge studentar og du var 50 år og endeleg klar for å ta utdanning?

Som eit sluttpoeng framhevar Greve at ein ikkje må legge til grunn at ”alt skal vere likt” og at det ikkje lar seg gjere å seie noko om kva som er betre, enn noko anna:

”Alt flyter ikke og alt er ikke likeverdige. Det er ingen udefinert og relativ størrelse som beskyttes med likestillingsreglene, men tvert i mot menneskets grunnleggende verdi og verdighet – et klart verdivalg”³⁷³

³⁶⁹ L.c.

³⁷⁰ England har inga skrive grunnlav og baserer seg på ”Common Law”.

³⁷¹ Bamforth mfl (2008), s 3

³⁷² Td den finske grunnlava

³⁷³ Greve (2002), s 342

Den norske grunnlova er ei av få konstitusjonar som ikkje gjev ein klar heimel for omsynet til likeverd, rettferd og likskap.³⁷⁴ Sjølv om omsyna låg til grunn for utforminga av Grunnlova, har ho ikkje blitt tolka slik at til dømes likskapsomsynet kan seiast å ha fått ein sentral plass.³⁷⁵ Sidan 1814 har framveksten av menneskerettar og utviklinga av EU/EØS-retten ført til at likskapstanken har vakse seg sterkare. Eivind Smith meiner dette gjer det: ”[L]ett å tenke seg at et annet tolkingsklima kunne ha gitt støtet til utvikling av et generelt konstitusjonelt prinsipp om likhet. Men dette har sjelden vært forsøkt og ikke slått igjennom.”³⁷⁶ Når vi ikkje har klart å utvikle eit konstitusjonelt prinsipp om likskap etter snart 200 år, kan løysinga vere å grunnlovsfeste prinsippet med eit individretta diskrimineringsvern.

6.3 Omsyn bak grunnlovsfesting

I det vidare vil eg peike på omsyn som er relevante i ein meir generell grunnlovssamanheng. Dette er omsyn som kan gjerast gjeldande også utover dei omsyna som særleg ligg til grunn for å grunnlovsfeste diskrimineringsvernet når ein vurderer grunnlovsfesting av ein rett.

6.3.1 Symbolverdi

Symbolverknadane ved ei grunnlovsfesting, uansett utforming, blir sagt å vere sentrale og sterke.³⁷⁷ Valet av kva reglar vi tek inn i Grunnlova i dag, vil vere eit val for framtida om verdiar vi vil gje ein sentral plass både politisk og rettsleg. Torkel Opsahl uttrykkjer dette med å seie at Grunnlova står ”*som et symbol og en nasjonal verdi, som det suverene folks høyeste viljesuttrykk*”³⁷⁸. På den eine sida innskrenkar Grunnlova den politiske handlefridomen, men på den andre sida heimlar Grunnlova sjølv retten til å realisere politiske mål og gje dei ein varig og symbolsk verdi i samfunnet.³⁷⁹ Carsten Smith peikar på dette og seier: ”*Hvis*

³⁷⁴ Jf punkt 6.4.2 som viser til ei oversikt over grunnlover i OECD-landa.

³⁷⁵ Sjå kap 2 om idégrunnlaget for Grunnlova og dømer frå rettspraksis.

³⁷⁶ Smith, E (2009) F, s 113

³⁷⁷ Sjå til dømes NOU 2009: 14, punkt 25.5.6

³⁷⁸ Opsahl (1981) s 131

³⁷⁹ Jf Smith, E (2009), s 36

Grunnloven skal opprettholde sin kraft som ramme for statsmaktene og som vern for borgerne, må Grunnlovens innhold justeres med endringer i de politiske og sosiale forhold.”

³⁸⁰ For eit politisk fleirtal der diskrimineringsvernet er ein sentral verdi, vil symbolomsynet kunne tene som eit sjølvstendig argument for grunnlovsfesting.

Men symbolverdien av eit grunnlovsfesta diskrimineringsvern har også ei konkret rolle ved seinare lovgjeving. Forsvarar av diskrimineringsvernet kan vise til grunnlovsvernet som argumentasjon for lovfesting av nye diskrimineringsføresegner og oppheving eller endring av lover som blir funne å vere i strid med det vernet som følgjer av Grunnlova. Det vil også tene som eit argument *mot* lovgjeving eller oppheving av lover, som kan seiast å svekke diskrimineringsvernet. Grunnlova står som ein garanti mot svekking av grunnleggande verdiar i møte med eit politisk fleirtal som ynskjer dette. Men sterkast blir dette vernet om ein følgjer opp symbolverknadane, men ei føresegn som heimlar ein individrett som domstolen kan handsame.

Det kan også framhevast at Grunnlova har ein symbolverknad utover det rettslege og lovgjevingsmessige. Diskrimineringslovutvalet legg til grunn at ei diskrimineringsføresegn kan påverke folkeopinionen.³⁸¹ Og i følgje Eivind Smith kan Grunnlova brukast som verkemiddel for å bygge nasjonal identitet på tvers av etniske og religiøse skiljelinjer.³⁸² Grunnlovsfesting av ei diskrimineringsføresegn kan gjere at folk blir meir merksame på forbodet mot diskriminering og at Grunnlova er med på å endre haldningar til og oppfatningar av minoritetar eller andre grupper som er særleg utsette for diskriminering. Andenæs og Fliflet skriv om verknadene av grunnlovsfesting at *”Når visse prinsipper om frihet, likhet og rettssikkerhet blir uttalt i høytidelig form i grunnloven, blir de opphøyd og får på en måte en særlig hellighet.”*³⁸³

Dei legg likevel til grunn at i dag er det menneskerettskonvensjonar, særleg dei inkorporerte, som har størst påverknadskraft for menneskerettane i norsk rett.³⁸⁴ Til dette synet vil eg hevde

³⁸⁰ Jf Smith, C (2006) s. 237

³⁸¹ NOU 2009: 14 punkt 25.5.6

³⁸² Smith, E (2009) , s 357

³⁸³ Andenæs og Fliflet (2006), s 382

³⁸⁴ Jf Ibid

at grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet, kan vere med på å gjenreise Grunnlova si påverknadskraft både symbolsk, rettsleg og rettspolitisk.

Omsynet til symbolverdi har også ei side ut mot verda. Noreg kan gjennom grunnlovsfesting av grunnleggande menneskerettar, markere sitt syn overfor andre land som strir med større menneskerettslege utfordringar. Diskriminering av kvinner, personar med nedsett funksjonsevne eller ein annan etnisitet enn den dominerande, er både meir omfattande og grovare i andre land og samfunn, enn i Noreg. I forarbeida til menneskerettslova blir det lagt stor vekt på Noreg sitt omdømme som ein menneskerettsnasjon og truverd i arbeidet med å fremje menneskerettane internasjonalt.³⁸⁵ Dette synet vil også kunne leggest til grunn for grunnlovsfesting.

Eit døme på ein slik symbolbruk, er framhevinga av likskapsprinsippet i den amerikanske konstitusjonen. I ei verd med spenningar mellom religionar og ulike styresett saman med truslar om terror, blir likskap og likeverd trekt fram. I President Barack Obama sin velkjende ”Kairo-tale”, der han tala til den muslimske delen av verda, brukte han den kjende setninga frå det 14. amendementet: *“We were founded upon the ideal that all are created equal, and we have shed blood and struggled for centuries to give meaning to those words - within our borders, and around the world.”*³⁸⁶

6.3.2 Omsyn til klarheit

Oppgåva har så langt vist eit mangfald av rettskjelder med ulike diskrimineringsforbod som til saman utgjer diskrimineringsvernet i norsk rett. Kjeldene har ulik status og gjennomslagskraft. Kompleksiteten i rettskjeldebiletet, særleg i spørsmålet om korleis internasjonale kjelder skal tolkast og vektleggast, gjer at det rettslege utgangspunktet er uklart. Framstillinga har også vist at det materielle vernet mot diskriminering har ulik rekkjevidde for dei ulike diskrimineringsgrunnlaga. På same tid synest det å vere brei semje, både hos lovgjevaren og i rettsbruken, om at diskrimineringsvernet skal ha betydeleg vekt.

³⁸⁵ Jf Ot.prp nr 3 punkt 5.3

³⁸⁶ “Remarks by the President on a new beginning”, Kairo, 4.juni 2009. Mi understreking.

Dette uklare og komplekse har minst to konsekvensar. For det første kan det vere vanskeleg for eit enkeltindivid som hevdar seg diskriminert å finne fram til kva regel han eller ho har ein rett ut i frå, og å påvise det nærmare innhaldet og rekkevidda av denne regelen. Her vil ei felles diskrimineringslov kunne klare opp og ei grunnlovsfesting vil kunne synleggjere vernet.

Den andre konsekvensen er at trinnhøgdespørsmålet kan avklarast.

Som eg har vist tidlegare i oppgåva, tok lovutvalet bak diskrimineringslova initiativ til ei grunnlovsføresegn på grunnlag av den uoversiktlege rettskjeldesituasjonen og meinte at grunnlova kan oppklare noko av dette og bidra til eit *formelt likestilt vern*.

Oppfatninga av påstanden om at rettskjeldesituasjonen er uklar, vil vere avhengig av kva perspektiv ein legg til grunn for tolking.

Dersom ein legg til grunn at Grunnlova ikkje kan innskrenke grunnleggande menneskerettar som vernet mot diskriminering, så kan det hevdast at vernet uansett vil stå sterkt i ein kollisjon med andre rettar. I ein slik tolkingstradisjon må det gjerast ei avveging av argumenta som følgjer av alle relevante rettskjelder som lov, grunnlov, rettspraksis for komme fram til ein rettsregel.³⁸⁷ Sjølv om religionsfridomen følgjer av Grunnlova, må den tolkast og handhevast i samsvar med lovgjeving og Noreg sine menneskerettslege plikter, der diskrimineringsvernet er omfatta.³⁸⁸ I ein slik tolkingstradisjon vil ein, ved å tolke religionsfridomen for langt, komme i konflikt med konvensjonsvernet mot diskriminering. Difor må ein innskrenke rekkjevidda til religionsfridomen for å unngå konvensjonsbrot.

Men for ein rettsbrukar som legg stor vekt på trinnhøgde og Lex Superior-prinsippet, vil eit diskrimineringsvern som ikkje er klart heimla i Grunnlova stå svakare. I eit slikt perspektiv vil ikkje diskrimineringsregelen kunne ”nå opp”. Med dette utgangspunktet vil ein i tolkingsprosessen lene seg på at ein rett etter Grunnlova må gå føre ved motstrid med formell lov.³⁸⁹ Dette blir også hevda å vere gjeldande der ein folkerettsleg regel, som til dømes vernet

³⁸⁷ Jf Høgberg, (2010), s 29

³⁸⁸ Jf Strand (2007) II, s 21.

³⁸⁹ Jf Smith, E (2009), s. 328

mot diskriminering etter SP artikkel 26, kjem i konflikt med Grunnlova. Inkorporering med forrang gjennom lov, endrar ikkje dette perspektivet.³⁹⁰

Eivind Smith meiner at *”nasjonale konstitusjoner, som ikke bestemmer noe annet, skal tolkes autonomt i forhold til internasjonal rett”*.³⁹¹ Med dette utgangspunktet kan ikkje dei relevante rettskjeldene sjåast i samanheng ved den konkrete regeltolkinga, og ein ser vekk i frå presumsjonsprinsippet. Ein tolkar ikkje Grunnlova *i tråd* med folkeretten, men tolkar dei to kjeldene *kvar for seg*. Skulle ein komme til at den folkerettslege regelen er i strid med Grunnlova, så følgjer det av regelhierakiet at Grunnlova går føre.

Uansett kva tolkingsprinsipp ein legg til grunn, kan det av omsynet til klarheit i rettskjeldene og stillinga til sentrale menneskerettar, argumenterast for at grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet er vegen å gå. Ein vil kunne rydde av vegen det Blaker Strand omtalar som ein rettsbruk og lovgjeving der *”Den faktiske rettskildemessige situasjonen tilsløres gjennom de statiske rammene som trekkes opp av de nasjonale lovene”*³⁹²

Diskrimineringsvernet vil med dette kunne møte andre grunnlovsfesta rettar med same rang og difor lik vekt.

Det rettslege resultatet vil likevel avhenge av faktum og konkrete omstende i den aktuelle saka.

Og for individet vil eit grunnlovsfesta diskrimineringsvern sikre vernet mot å bli diskriminert der lovgjevinga ikkje strekk til. Som tidlegare nemnt er rekkjevidda av diskrimineringsvernet ulikt. Slike hol i lovgjevinga, kan rettast opp og klargjerast med ein grunnlovsfesta individrett.

³⁹⁰ Jf Ibid, s 164

³⁹¹ Ibid, s 160

³⁹² Strand (2007) II, s 21

6.3.3 Demokratiomsynet

I ei vurdering av om diskrimineringsvernet skal grunnlovsfestast som ein individrett som kan handhevast rettsleg, må det også gjerast ei vurdering av om dette er i samsvar med omsynet til demokratiet.

Men korleis ein definerer *demokrati* og kva ein vektlegg som viktigast ved eit demokrati, vil legge føringar for om dette omsynet kan hevdast å bli svekka eller styrka gjennom grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet. Eit tradisjonelt syn er å sjå på demokratiet som eit *folkestyre* med lovgjevar som den sentrale maktfaktoren.³⁹³ Eit anna perspektiv er det *konstitusjonelle* demokratiet, der utgangspunktet for kven som bestemmer kva og korleis, følgjer av konstitusjonen.³⁹⁴ Eit tredje perspektiv tek utgangspunkt i eit *rettar for individ* som eit sentralt premiss for demokratiet. Dette vil eg omtale nedanfor i avsnittet ”rettigheitsdemokratiet”. Det sentrale i eit slikt perspektiv er at for at demokratiet skal fungere, må visse grunnleggande rettar som sikrar individa fridom og likskap, vere på plass.

Det norske demokratiet er eit representativt folkestyre, der borgarane gjennom frie val stemmer på kandidatar med ulik politisk ståstad til den lovgjevande forsamlinga.³⁹⁵ Med grunnlag i det parlamentariske styreforma, avgjer Stortinget kven som får i oppgåve å danne regjering som igjen er den utøvande makta. Ein viktig føresetnad i vårt demokrati er at nokon kontrollerer både den lovgjevande og den utøvande makta og på den måten sikrar at lovene blir følgde og viktige rettsgarantiar respekterte. Maktfordelinga mellom domstol, regjering og storting er sentral for å sikre tilliten til systemet.

Denne definisjonen passar både som forsvar for folkestyret og det konstitusjonelle demokratiet. Men det vil vere usemje om kor stor rolle *folkefleirtalet* skal ha i møte med *konstitusjonelle skrankar*. Eg går ikkje djupare inn i denne diskusjonen, men meiner det er sentralt i spørsmålet om grunnlovsfesting av eit individretta diskrimineringsvern, at ein har ei

³⁹³ Sjå td NOU 2003: 19 punkt 2.3

³⁹⁴ Jf Smith, E (2009), s 31

³⁹⁵ Jf Østerud, s 170 flg, 1996

medviten haldning til at demokratiomsynet i seg sjølv ikkje er ein eintydig storleik eller har ein klar definisjon.

6.3.3.1 Fleirtalstyre og suverenitet

Dei siste åra har debatten om rettsleggjing og forvitring av folkestyret gått høgt. Det har i stor grad handla om menneskerettane sin plass i norsk rett og lovfesting av nye rettar for individ. Dette var også eit sentralt tema for makt- og demokratiutgreiinga.³⁹⁶ Under overskrifta "Rettsorganene overtar politikken" innleia utvalet eit kapittel med desse orda:

*"Sosiale og kulturelle problemer blir i økende grad formulert som rettskrav. Stadig flere områder og detaljer i samfunnslivet blir regulert gjennom lover og direktiver. Domstolene og andre rettslige organer øker sin beslutningskompetanse på bekostning av politikk og forvaltning. Rettsliggjøring innebærer at rettsorganene får økende betydning på bekostning av folkevalgt myndighet, og at skillet mellom lovgivning og lovanvendelse blir visket ut. Det norske rettsvesenet er også preget av en omfattende internasjonalisering, der EUs regelverk og internasjonale konvensjoner gjøres bindende for norsk lov."*³⁹⁷

Utvalet fokuserer på at det er *folkestyret* som er under press og peikar her på to ulike sider ved rettsleggjinga.

For det første at lovgjevaren har vedteke stadig fleire individrettar som kan fremjast som rettslege krav overfor domstolen. Både utviding av velferdsrettar og diskrimineringsvernet gjennom lovfesting er dømer på dette. Det blir difor hevda at domstolen har fått for stor makt til å avgjere det som er politiske spørsmål.

Det blir vidare peika på at dette skapar ei spenning mellom demokratiet forstått som folkefleirtalet og demokratiet forstått som eit sett av rettar for borgarane.³⁹⁸ Rommet for domstolen sin kompetanse ved tolking, vekting av rettar og tilsidesetjing av lover, aukar.³⁹⁹ I eit slikt perspektiv må ein også rette merksemda mot kven dommarar og rettsbrukarar *er*, fordi

³⁹⁶ Makt- og demokratiutgreiinga var eit fem år langt forskningsprosjekt som vart utført for stortinget. Leverte NOU 2003: 19

³⁹⁷ Jf NOU 2003: 19, kapittel 6

³⁹⁸ Rettigheitsdemokratiet, sjå nedanfor

³⁹⁹ NOU 2003: 19, punkt 6.1

ein legg til grunn at dei får auka kompetanse og makt til å avgjere spørsmål som kan seiast å vere politiske og dermed eit demokratisk problem. Ein dommar som har eit sosialdemokratisk sinnelag vil kunne komme til eit anna resultat enn ein dommar med eit meir liberalistisk sinnelag. Særleg oppstår dette som ei relevant problemstilling der rettsreglane gjev rom for skjønn som domstolen kan prøve.⁴⁰⁰ Og i motsetning til folkevalde representantar til parlamentet, kan ikkje dommarar bli avsette gjennom val dersom folket er usamde med avgjerdene.

Frå denne synsvinkelen, kan det synast problematisk at ein grunnlovsfestar eit individretta diskrimineringsvern som kan danne skranke for folkefleirtalet si vilje, gjennom prøvingsretten. Det vil kunne føre til at lovgjevaren får mindre handlefridom til å vedta lover og gjere prioriteringar av offentlege ressursar i tråd med samfunnsutviklinga og endra behov. Fleirtalet i maktutgreiinga uttrykkjer det slik:

”Forholdet mellom domstoler og lovgivningsmakt ville kunne forskyve seg i domstolenes favør dersom Grunnloven ble supplert med en omfattende rettighetserklæring, noe som har blitt foreslått fra enkelte hold. Spillerommet for fortolkning, vekting av ulike rettigheter og tilsidesetting av alminnelig lovgivning ville bli langt større.”⁴⁰¹

I eit forsøk på å konkretisere problemstillinga kan ein tenkje seg at det oppstår trongare økonomiske tider, der eit stortingsfleirtal meiner at retten til betalt fødselspermisjon eller utforming av universell tilgjenge til alle nye offentlege bygg, må vike for andre politiske, økonomiske og sosiale omsyn. Dette vil Grunnlova kunne sette ein skranke for fordi nedskjeringane kan vere diskriminering av kvinner og personar med nedsett funksjonsevne.

Gjennom prøvingsretten har domstolen kompetanse til å avgjere om det å oppheve retten til universell utforming av alle nye bygg fører til ei forskjellsbehandling som er usakleg, ueigna eller unødvendig og uproporsjonal i forhold til føremålet om ikkje-diskriminering.⁴⁰² Og med utgangspunkt i at grunnlov går føre lov, kan domstolen i yttarste konsekvens, setje lova til side. Utfallet av ei slik prøving vil avhenge av konkrete tilhøve. Men det er likevel grunn til å

⁴⁰⁰ Her avgrensar eg mot det skjønnet domstolen *ikkje* kan prøve, td forvaltninga sitt frie skjønn.

⁴⁰¹ NOU 2003: 19, punkt 6.1

⁴⁰² Jf punkt 4.2.2.

knytte nokre refleksjonar til tilhøvet mellom lovgjevar og Høgsterett i eit tilfelle der spørsmålet kan kome på spissen.

Spørsmålet ein må stille er: Kor langt vil Høgsterett gå i å sette til side eit stortingsfleirtal si lov i møte med eit diskrimineringsvern i Grunnlova? Det er sjølvstakt ikkje eit generelt svar på dette. Både fordi dei konkrete tilhøva i saka vil vere styrande, men også av den openlyse grunnen at vi ikkje har ei konkret grunnlovsføresegn å ta utgangspunkt i. Men med utgangspunkt i rettspraksis om tilsvarande spørsmål, lar det seg gjere å knyte nokre generelle kommentarar til prøvingsintensiteten.

Høgsterett har utvikla ei prøvingsnorm som skil mellom sakstype når det kjem til intensiteten i prøvinga. Eit skilje går mellom spørsmål om individ sine grunnleggande rettar og spørsmål om fordeling av økonomiske rettar, jf Kløfta-dommen.⁴⁰³ Her kan ein tenkje at å oppheve retten til trygd ved fødselspermisjon er ein grunnleggande rett som domstolen vil prøve meir intenst. Men at oppheving av kravet til universell utforming i møte med lovgjevar sin handlefridom ikkje kan prøvast like intenst fordi retten ikkje blir funne å vere like grunnleggande. Dette er berre eit døme til hjelp for tanken, og ikkje ein påstand om at det er slik Høgsterett ville ha løyst spørsmålet.

Den andre sida av påstanden om forvitring handlar om påverknaden frå overnasjonale kjelder og handhevingsorgan. Ved at overnasjonale organ⁴⁰⁴, med kompetanse til både å *avgjere enkeltsaker* med bindande verknad for Noreg og *tolke og utvikle reglar* gjennom praksis som igjen blir bindande for norske domstolar, har rāmene for lovgjevaren blitt trongare. Ein kan tolke eit slikt syn også som uttrykk for at suvereniteten til Noreg er trua.

Eit viktig perspektiv ein også må ha med seg i denne diskusjonen, er at rettsleggjeringa er eit resultat av folkefleirtalet si *vilje*. Om konsekvensane har vist seg og bli annleis enn ein såg på førehand, opnar for nye spørsmål som ikkje er sentrale for denne oppgåva.

⁴⁰³ Rt 1976 s.1

⁴⁰⁴ Gjeld i hovedsak EMD

Dette er også situasjonen for den sida av rettsleggjeringa som handlar om at overnasjonale organ overtek makt og rettsutvikling. Eit samrøystes Storting stemte for menneskerettslova som gir sentrale menneskerettskonvensjonar forrang.

Trass i at folkeviljen i Noreg, representert ved Stortinget, har stått bak rettsleggjeringa og overføring av makt til overnasjonale organ, så er kritikken mot individfesting av rettar ikkje eit moment ein kan sjå heilt vekk frå. I ein rettspolitisk diskusjon om utforminga av ei grunnlovsføresegn som heimlar diskrimineringsvernet, så vil eg hevde at omsynet til folkefleirtalet likevel ikkje kan hevdast å vere så godt grunngeve som enkelte har hevda.⁴⁰⁵

6.3.3.2 Rettigheitsdemokratiet

I dette avsnittet rettar eg fokus på ei anna side av demokratiet, nemleg *rettigheitsdemokratiet*. Fleirtalet i makt- og demokratiutgreiinga omtala dette i avslutningskapittelet som eit *tilleggsdemokrati*. I dette demokratiperspektivet er mellom anna rettar og rettsgarantiar for individ og grupper og ulike former for deltaking utanom sjølve vala, i parti og ulike pressgrupper – sentrale element.⁴⁰⁶ Utgreiinga konkluderer med at desse formene for tilleggsdemokrati aldri kan erstatte folkefleirtalet, men vere eit supplement, og det blir forstått som ein fare for kjerneverdien ved det norske demokratiet: ”*Når betydningen av demokrati overføres fra folkestyret som formell beslutningsform til ulike former for tilleggsdemokrati, blir forvitringen av folkestyret tildekket og skillet mellom demokrati og ikke-demokrati utydelig.*”⁴⁰⁷

Men i ein menneskerettsleg og individretta samanheng blir desse sidene av demokratiet vektlagt annleis. Etablering av rettar gjennom lovgjeving blir vurdert som ei *utvikling* av demokratiet og eit ”sikkerheitsnett” for minoritetar som ikkje alltid kan vente å bli tekne omsyn til i lovgjeving der fleirtalet rår.

⁴⁰⁵ Jf bla mindretallet i diskrimineringsutvalet som argumenterer for ein symbolregel framfor ein individrett i utforming av grunnlovsføresegna, NOU 2009: 14 punkt 25.7.2 s 321

⁴⁰⁶ NOU 2003: 19, punkt 13.3

⁴⁰⁷ Ibid

Denne tankegangen utfordrar det tradisjonelle utgangspunktet om at legitimiteten for lovgjevarmakt, maktutøving i regjering og forvaltning kviler på eit folkefleirtal, supplert med domstolskontroll. Dersom folkefleirtalet blir utfordra, ved at lovgjevar ikkje er i stand til å innfri fleirtalet sitt ynskje om å for eksempel oppheve likestillingslova fordi Grunnlova er ein skranke for eit slikt vedtak, vil ein hevde at demokratiet er i fare.

Hege Skjeie, som gav ei sjølvstendig utgreiing til sluttrapporten om makt og demokrati, argumenterer for at det er *feil* å sjå rettighetsdemokratiet som eit *tilleggsdemokrati*.

Skjeie utforskar synet på demokratiet gjennom eit likestillingsperspektiv. Ved å legge til ein kjønnsdimensjon i utforming av rettar, skapar ein normer som *”utfordrer mange former for innforstått og selvfølgeliggjort majoritetsmakt, så vel innenfor som på tvers av stats- og samfunnsformasjoner*. Ho viser til KDK som eit uttrykk for at generelle menneskerettar ikkje er tilstrekkeleg for vern mot diskriminering av kvinner, og at statsplikta etter KDK krev ei nasjonal lovgjeving som reflekterer eit særskild vern mot kvinnediskriminering. Slik Skjeie ser det *”handler slike problemstillinger mer om grunnlagsdemokrati enn om tilleggsdemokrati.*”⁴⁰⁸

I dette perspektivet kan ein sjå internasjonale menneskerettskonvensjonar, som til dømes KDK og RDK, som bidrag til å *utvide* det demokratiske ansvaret i ein stat. Skjeie meiner det viser det *”uforløste forholdet mellom demokrati i numerisk form – som majoritetsmakt – og vern om menneskerettigheter slik disse er nedfelt i internasjonale konvensjoner som også Norge har sluttet seg til*”⁴⁰⁹.

Ei anna side ved dette er at diskrimineringsvernet i seg sjølv kan seiast å ha eit føremål om å fremje demokratiet.⁴¹⁰ Gjennom vern mot usakleg forskjellsbehandling, sikrar ein at alle i samfunnet tel like mykje og har dei same rettane til å delta politisk og elles i påverknad av samfunnet.

I forlenging av dette synet kan grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet vere eit bidrag til utvikling av demokratiet. Det vil gjere at ein i framtida ikkje kan uthole det rettslege vernet

⁴⁰⁸ NOU: 2003, punkt 14.2.1

⁴⁰⁹ L.c.

⁴¹⁰ Emberland (2006), s 203

mot diskriminering gjennom lovgjeving og sikre at alle er likeverdige deltakarar i demokratiet. Diskrimineringsvernet kan få større gjennomslagskraft dersom det kan prøvast av domstolen mot noverande og framtidig lovgjeving. Med omsyn til rettighetsdemokratiet vil difor grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet utgjere ei *styrking*.

6.3.4 "Forutberegnelighet" og rettsstat

Omsynet til å kunne vurdere rettstillinga si på førehand⁴¹¹, kjent som omsynet til førehandsvurdering, er ein rettstryggingsgaranti som skal sikre at individa veit kva *rettar* som følgjer av ei lov eller føresegn.⁴¹² Dette omfattar også omsynet til at pliktsubjekta vurdere kva *plikter* dei har etter gjeldande rett. Omsynet blir lagt til grunn ved lovtolking og Bernt skriv at *einkvar* rettsregel må tolkast slik i lys av at den skal kunne vurderast på førehand, rettfærd og ei demokratisk lovgjevingsprosess.⁴¹³ Dette skal sikre at staten eller andre offentlege styremakter, *ikkje* går utover det som følgjer av lov. For å oppfylle dette omsynet må rettstilstanden vere klar og tilgjengeleg.⁴¹⁴ Omsynet har difor ei side til klarheitsomsynet som vart gjort greie for i punkt 7.3.2. Ei klar føresegn gjer det lettare å vurdere rettstillinga på førehand.

Vanlegvis blir omsynet til å kunne vurdere rettstillinga si på førehand, trekt inn som eit argument *mot* å gjere eit inngrep eller pålegge nokon plikter. Ein kan argumentere med at eit forvaltningsvedtak eller ein straffesaksjon ikkje er gyldig, dersom det ikkje på førehand var råd å vurdere at ein slik reaksjon kunne vere konsekvensen av eit individ si handling.

I spørsmålet om grunnlovsfesting av individet sin rett til å ikkje bli diskriminert, får omsynet ei anna rolle. Eit grunnlovsfesta diskrimineringsvern gjer at individet kan vere sikra eit *vern* mot diskriminerande handlingar, lover eller tap av rettar. Denne sida av omsynet til førehandsvurdering, følgjer også av ein grunnleggande tanke om at menneskerettane skal

⁴¹¹ Etter mi meining fîns det inga god nynorsk oversetjing av ordet "forutberegnelighet". Eg vil i det vidare bruke "vurderast på førehand" og førehandsvurdering. Sjå elles Utgård (2002)

⁴¹² Sjå til dømes Bernt/Mæle 2007 s. 179

⁴¹³ Bernt/Mæle 2007, s 185

⁴¹⁴ Høgberg (2010), s 91

gjennomførast slik at dei sikrar individa mot overgrep frå staten. Bernt omtalar dette som ein verdi for ein rettsstat som forvaltar: ”(...) *et menneskesyn og en politisk filosofi, knyttet til den etiske og bredere samfunnsmessige verdien av en samfunnsform som sikrer borgernes frihet. Rettsstaten er et uttrykk for den politiske liberalismes tro på individuell frihet som grunnleggende forutsetning for en rettferdig og rasjonell samfunnsorganisering*”⁴¹⁵.

Diskrimineringsforboda spelar her ei rolle ved å sikre og oppfylle andre sentrale ideal i rettsstaten som vern mot vilkårlig maktmisbruk, likskap for lova og handtering av usemje gjennom rettslege mekanismar.⁴¹⁶

Ved grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet bind lovgjevar seg til å halde seg innanfor grensene av grunnlovsføresegna. Andre pliktsubjekt (til dømes offentlege styremakter og private verksemder) må også handle med utgangspunkt i at diskriminering er forbode etter Grunnlova.

På grunnlovs nivå, er det andre sider ved dette omsynet som også gjer seg gjeldande. Omsynet til å kunne vurdere rettstillinga på førehand, kan vere med på å *legitimere* sjølve grunnlovsføresegna.⁴¹⁷ Aall meiner at denne måten å sjå på omsynet til førehandsvurdering, eigentleg er uttrykk for eit maktfordelings- og kontrollomsyn.⁴¹⁸ Ein kan tenkje seg at lovgjevar ynskjer å vedta diskrimineringsføresegner som pålegg både statlege og private verksemder større kostnader til dømes ved tilrettelegging eller rapporteringsplikter. Lovgjevar kan difor legitimere slike tiltak, på bakgrunn av ei grunnlovsføresegn som har eit føremål om å arbeide aktivt *for* likestilling og ikkje-diskriminering.

Ikkje alle sider ved omsynet til å kunne vurdere ein rettsregel og si rettstilling på førehand, kan seiast å bli innfridd gjennom grunnlovsfesting. Dette følgjer av at Grunnlova blir tolka meir dynamisk enn andre lover. Innhaldet i ei grunnlovsføresegn skal tolkast på bakgrunn av gjeldande samfunnstilhøve og oppfatningar. Det kan difor tenkjast at innhaldet i den diskrimineringsføresegna som blir vedteken i dag, utviklar seg og endrar seg med tida. Difor

⁴¹⁵ Bernt (2001), s. 164

⁴¹⁶ Emberland (2006), s. 202

⁴¹⁷ Høgberg (2010), s. 88

⁴¹⁸ Aall (2007), s. 96

må føresegna utformast slik at den gjev rom for ei slik dynamisk tolking, men samtidig bør forarbeida gje klare retningslinjer for korleis tolkinga skal gjerast.

Sett frå ein individståstad, kan det likevel hevdast at omsynet til å kunne vurdere diskrimineringsvernet på førehand blir godt ivareteke av ei grunnlovsfesting. Vernet vil få øvste rang i rettssystemet og formelt sett få tung vekt som rettskjelde. Med utgangspunkt i dagens rettstilstand, der diskrimineringsvernet følgjer av spreidd lovgjeving og av konvensjonar som er inkorporerte via formell lov, kan det argumenterast for at grunnlovsfesting vil vere eit verktøy for å samle regelfragmenta og gjere det klart at diskrimineringsvernet står sterkt i norsk rett. Men det vil igjen vere avhengig av korleis regelen blir utforma og difor korleis den kan handhevast. Ein rein symbolregel, lik dagens §110 c, kan ikkje seiast å ivareta omsynet til å vurdere på førehand utover å heimle at diskrimineringsvernet har plass som ein viktig symbolverdi i norsk rett.

6.3.5 Samanfating

Utgreiinga av omsyna som må vurderast ved grunnlovsfesting, viser at det kan vere vanskeleg å argumentere rettsleg for at eit eige diskrimineringsvern i Grunnlova får konsekvensar som det norske rettssystemet eller demokratiet, ikkje vil tole. Snarare tvert i mot. Men det må leggast til grunn at utforminga av ei slik føresegn er avgjerande for kor sterk symbolverdi den får, om den vil ivareta eit rettighetsdemokratiomsyn og om den vil gjere rettstilstanden klarare. Spørsmålet om ivaretaking av demokratiet er også eit spørsmål om kva sider ved demokratiet ein set høgast. Dette er eit politisk spørsmål eg ikkje går djupare inn i.

6.4 Folkerettslege omsyn

I det vidare vil eg gå gjennom omsyn som kan gjere seg gjeldande ut i frå eit meir generelt folkerettsleg perspektiv. Dette er omsyn som også gjer seg gjeldande i spørsmål om gjennomføring av menneskerettar i nasjonal rett.

6.4.1 Lojalitet og effektivitet

Omsynet til lojalitet står sentralt i folke- og menneske-rettsleg tankegang. Det følgjer av at ein sentral føresetnad for at konvensjonsrettane blir ivaretekne, er at statane *lojalt* følgjer dei opp. Også Wien-konvensjonen artikkel 31 (1) gjev uttrykk for eit lojalitetsomsyn ved at traktatar og konvensjonar skal tolkast "*in good faith*" for å komme fram til eit resultat som stemmer best med det partane *ynskte å oppnå* med avtalen.⁴¹⁹ Dette har også ei side til *effektivitetsomsynet*: Der ordlyden er uklar, skal ein velje det resultatet som samsvarar best med føremålet i konvensjonen.

I statsplikta etter KDK ei plikt til å gje prinsippet om vern mot diskriminering av kvinner ein "*overordna og tvangskraftig status*."⁴²⁰ I spørsmålet om grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet, kan lojalitetsomsynet leggest til grunn som eit argument for å gje diskrimineringsvernet øvste rang i hierarkiet av lover, og difor gje vernet eit større gjennomslag.

Det må likevel leggest til grunn at lojalitetsomsynet spelar ei svakare rolle dersom ein legg til grunn at Noreg allereie lojalt tolkar og handvevar konvensjonar i tråd med generelle tolkingsprinsipp og gjennomfører dei, til dømes, inkorporering av konvensjonar.

Men lojalitetsomsynet har også ei side som gjeld Noreg si rolle internasjonalt. Ved å legge vekt på lojalitetsomsynet som eit argument for grunnlovsfesting av eit diskrimineringsvern, viser Noreg med alvor innhaldet i mange fråsegner om at nasjonen skal vere i front når det gjeld gjennomføring og etterleving av sentrale menneskerettar. Som eg har vore inne på tidlegare i oppgåva, har dette vore eit sentralt føremål ved lovfesting av diskrimineringsvernet og det var også framheva i forarbeida til menneskerettslova. Her vart det uttalt frå departemente: "*Innarbeidingen [av sentrale menneskerettskonvensjonar] vil også meir generelt kunne øke Norges troverdighet og tyngde i det internasjonale menneskerettighetsarbeidet*."⁴²¹ I regjeringsfråsegna til den sittande regjeringa⁴²² kan vi lese

⁴¹⁹ Ruud og Ulfstein (2006), s. 94

⁴²⁰ Jf KDK art. art 2 (a), (f) og (g). Sjå kap. 6, punkt 6.2

⁴²¹ Jf Ot.prp. nr 3 (1998 - 1999) punkt 5.3

⁴²² Per mai 2011 er regjeringa ein fleirtalskonstellasjon av Ap, Sp og SV

at *”Respekt for folkeretten, de universelle menneskerettighetene og fremme av en internasjonal rettsorden ligger til grunn for vår politikk. Det er i norsk interesse at vi har en FN-ledet verdensorden. Derfor vil regjeringen arbeide for å styrke FN og internasjonal rett.”*

⁴²³ Denne utsegna kan vi også ta til inntekt for eit integreringsføremål, som eg kjem nærare inn på. Konkret ynskjer regjeringa å *”aktivt utnytte vårt medlemskap i FNs menneskerettighetsråd, (...) fremme ytringsfriheten og bekjempe alle former for diskriminering.”*⁴²⁴

Sjølv om Grl § 110 c skulle vere eit uttrykk for menneskerettane sin sentrale plass i norsk rett, har ikkje føresegna gjeve dette resultatet. I alle fall ikkje i ein rettsleg samanheng.

Menneskerettane sin legitimitet i det norske rettssystemet kviler i hovudsak på menneskerettslova og det er framleis noko uklart korleis menneskerettane skal tolkast og avvegast i rettsbruken. Særleg gjeld dette for diskrimineringsvernet fordi rettskjeldebiletet er komplekst og uoversiktleg og føresegnene har ulik rang.

6.4.2 Føremålet om integrasjon

Eit av føremåla med internasjonale menneskerettskonvensjonane er å samle medlemsstatane om eit grunnleggande og einsarta menneskerettsvern. Dette følgjer mellom anna av fortalen til EMK. Her blir det lagt til grunn at medlemsstatane står saman om eit mål om å *”skape større enhet blant sine medlemmer”* og vil oppretthalde grunnleggande menneskerettar og fridomar gjennom *”en felles forståelse og etterlevelse av de menneskerettighetene de avhenger av”*.

Det blir også lagt til grunn at medlemsstatane i EMK er *”likesinnede europeiske stater med en felles arv av politiske tradisjoner, idealer, frihet og rettsstatsprinsipper.”*⁴²⁵ Dette blir omtalt som eit føremål om integrering og eit uttrykk for *”menneskerettighetenes grunnleggende universelle karakter. De skal gjelde for alle uansett statlig tilhørighet og personlige egenskaper.”*⁴²⁶

⁴²³ Jf ”Politisk plattform for flertallsregjeringen”, kapittel 2.

⁴²⁴ L.c

⁴²⁵ Sjø fortalen til EMK

⁴²⁶ Emberland (2006) s 203 - 204

Dette opnar for komparative perspektiv mellom medlemsstatane, både i korleis diskrimineringsvernet blir handheva materielt i den daglege rettsbruken, men også når ein nasjon skal ta stilling til grunnlovsfesting av menneskerettar.

Ein gjennomgang av grunnlovene i OECD-statane, som utgjer 30 statar i tillegg til EU, viser at 26 av statane har eit diskrimineringsvern eller likskapsprinsipp i grunnlova.⁴²⁷ Dei fem statane som ikkje har det er Noreg, Danmark, Tyrkia, Storbritannia⁴²⁸ og USA⁴²⁹. I eit diskrimineringsrettsleg perspektiv gjer dette at vår grunnlov står svakare i ein dialog mellom rettskulturar og domstolar *”i arbeidet med å utvikle felleseuropeiske normer for menneskerettigheter og godt styreset.”*⁴³⁰ Dersom Noreg ynskjer å vere med i ein slik dialog med andre land om deira konstitusjonar, men også sentrale menneskerettsinstitusjonar som Europarådet med EMK og FN med menneskerettskonvensjonane, treng vi kanskje ei grunnlovsføresegn som heimlar eit diskrimineringsvern.

⁴²⁷ Jf ”En sammenlignende oversikt over grunnlovsbeskyttelsen av menneskerettigheter i OECD-området” utført av Marius Emberland for Stortingets Utredningsseksjon. (2006)

⁴²⁸ Storbritannia har ikkje skriven grunnlov. Vern av menneskerettane følgjer av praksis og etter EMK som er gjort til ei eiga Human Rights Act.

⁴²⁹ Det generelle menneskerettsvernet følgjer av utvidande tolking av særleg det 14. amendment.

⁴³⁰ Smith, E (2009), s 358

7 Korleis kan føresegna utformast?

7.1 Innleiing

Ut frå diskrimineringsvernet si rolle i Grunnlova på bakgrunn av analysen i kap 2, krava konvensjonane stiller til gjennomføring særleg av sjølv prinsippet om ikkje-diskriminering og dei sentrale omsyna og det gjeldande diskrimineringsvernet er det no råd å trekke trådane saman langs dei fire aspekta som vart lanserte i kap 3. Eg vil ikkje utarbeide eit ferdigformulert forslag til ei grunnlovsføresegn, men seie noko om korleis utforminga *kan* vere.

7.2 Individrett eller symbolregel?

På mange måtar er spørsmålet om føresegna skal utformast som ein rein symbolregel eller ein individrett, det største spørsmålet ved grunnlovsfesting av ei diskrimineringsføresegn. Dette illustrerte også diskrimineringsutvalet som delte seg i to, der mindretalet går inn for ei symbolføresegn. Det er lovgjevaren si løysing på dette som i størst grad vil avgjere om føresegna får rettsleg verknad, eller ikkje.

Det følgjer nærast av utgangspunktet, perspektivet og tittelen på oppgåva at eg legg opp til at ei rein symbolføresegn ikkje er eigna til å ivareta eit individretta diskrimineringsvern. Hovudpoenget er at ved å gjere eit grunnlovsfesta diskrimineringsvern til ein individrett, kan individ gjere den gjeldande *enten* overfor staten *eller* både overfor stat og private partar som arbeidsgjevarar, verksemdar og andre privatpersonar.

Det kan også stillast spørsmål ved om ei symbolføresegn kan seiast å vere eit reelt diskrimineringsvern, då den lett kan bli ei ”sovande” føresegn. Den vil kunne forplikte lovgjevar på eit *politisk* plan, men langt mindre rettsleg. Mindretalet i diskrimineringslovutvalet meiner ei symbolføresegn vil *positivt forplikte* staten til å ta steg for

å hindre diskriminering.⁴³¹ Det er vanskeleg å seie kva som kan tenkjast å vere eit brot på ei slik plikt.

Slik eg ser det, er dei to viktigaste argumenta for å ein individrett at det er dette som følgjer av dei internasjonale menneskerettspliktene og at det er ei slik føresegn som vil gje eit *effektivt* vern.

I moderne menneskerettsleg tankegang er dei grunnleggande omsyna om likeverd, likskap og rettferd positivrettsleg uttrykt gjennom diskrimineringsforboda. Føresegner som "*alle er like for lova*" eller "*alle er fødte frie, uavhengige og likeverdige*" gjev uttrykk for ein gammaldags og meir naturrettsleg tanke som er vidareutvikla til det vi i dag kjenner som diskrimineringsvernet. Her viser eg til utgreinga av desse omsyna og den rolla diskrimineringsvernet har fått for å sikre dei, jf punkt 6.2.

Her minnar eg også på om mandatet til menneskerettsutvalet som er å *styrke menneskerettane* i norsk rett ved å gje dei plass i Grunnlova. Dette krev ei oppdatert haldning til kva moderne menneskerettar *er*. Etter KDK-komiteen sitt syn skal prinsippet om likestilling mellom kvinner og menn og ikkje-diskriminering ha ein *overordna* og *tvangskraftig* status i rettssystemet til medlemsstatane.⁴³² Dette vil ikkje ei symbolføresegn oppfylle. KDK-komiteen sine kommentar til Sverige illustrerte dette.

I tillegg til dei grunnleggande omsyna bak diskrimineringsvernet, talar omsynet til ivaretaking av det gjeldande diskrimineringsvernet, rettighetsdemokratiet, klarheit og det folkerettslege føremålet om integrasjon talar eintydig i retning av ein individrett. Det neste spørsmålet som oppstår er kva verkeområde denne individretten kan få for å styrke diskrimineringsvernet.

7.3 Verkeområde

Ved grunnlovsfesting bør utgangspunktet vere *eit* felles virkeområde for dei ulike diskrimineringsgrunnlaga av omsyn til klarheit og eit enkelt lovspråk. Grunnlova er etter mitt

⁴³¹ NOU 2009: 14, s 318

⁴³² KDK Statspliktrapporten, punkt 31

skjøn ikkje eigna til å i skilje mellom grunnlaga, slik ein kan tenkje seg at ein gjer i lovs form. Det blir difor eit spørsmål om føresegna skal gjelde på *alle* område ved ei utforming som seier at ”ingen menneske må diskriminerast på grunnlag av (...)”.

Ei slik føresegn vil få eit vidt verkeområde og gje eit uttrykk for at diskrimineringsvernet gjeld ”overalt” noko som kan samsvare godt av omsyn til symbolverknaden. Men det betyr ikkje at ein oppnår så *mykje meir* ved ei slik føresegn. Gjennom formell lov vil ein kunne gjere fleire særskilde tilpassingar som samsvarar med det vernet det er behov for på ulike område og difor gjere vernet meir treffsikkert.

Ein kan også tenkje seg ei utforming, lik den fleirtalet i diskrimineringslovutvalet gjekk inn for om at ”ingen mennesker må utsettes for diskriminering fra statens myndigheter på grunnlag av (...)”. Sjølv om staten her blir pliktsubjekt, vil det kunne følgje ei plikt til å sørgje for eit diskrimineringsvern også utanfor det som kan seiast å vere på statlege styremakter sitt område. Ein kan tolke føresegna slik at staten er forplikta til, gjennom lovgjeving og andre tiltak, å pålegge andre partar plikter for å oppnå likestilling eller hindre diskriminering.

Ei slik føresegn forankrar eit tydeleg ansvar for lovgjevar og offentleg styremakt gjennom utøving av forvaltning. Omsynet til at ein gjennom grunnlovsfesting kan oppnå eit mindretalsvern ved at Grunnlova blir ein skranke mot framtidige forslag om å svekke diskrimineringsvernet på lovs plan, kan tale for ei slik utforming. At domstolen kan prøve om lovgjeving er i strid med Grunnlov vil også gjelde ved ei slik føresegn.

Det vil ikkje føre til ei *svekking* av det gjeldande diskrimineringsvernet dersom det berre er staten som blir forplikta og føresegna skal tolkast slik at det gjeld ei vid plikt. Ei slik føresegn vil også vere i tråd med statsplikta etter RDK og KDK, men her må vi ha for auge at menneskerettskonvensjonane i utgangspunktet er plikter for staten ovanfor individ. Likevel er det ingenting i vegen for at Grunnlova kan ha eit vidare verkeområde.

Både yringsfridomen etter Grl § 100 og religionsfridomen etter § 2 gjeld etter ordlyd på alle område. Med utgangspunkt i at diskrimineringsvernet er av same grunnleggande art, talar mykje for å gje same vide verkeområde til denne føresegna.

7.4 Diskrimineringsgrunnlag i Grunnlova

Spørsmålet om diskrimineringsgrunnlag i ei grunnlovsføresegn, heng saman med minst tre problemstillingar. For det første om regelen i det heile tatt skal innehalde diskrimineringsgrunnlag. Under føresetnad av at gjev føresegna ei liste over grunnlag, oppstår eit spørsmål om kor mange slike grunnlag regelen skal heimle. Den tredje problemstillinga vil vere kor vidt ei grunnlovsføresegn skal innehalde eit sekkegrunnlag, som igjen vil gjere at føresegna ikkje er uttømmmande. Utgangspunktet vil like fullt vere at vernet i dag gjeld for fleire positivt opplista grunnlag.

7.4.1 Grunnlag, eller ikkje?

Mindretalet i diskrimineringslovutvalet gjekk inn for at grunnlovsføresegna ikkje bør innehalde ei konkretisering av grunnlag og uttalar at *”en mer overordnet utforming som ikke lister opp diskrimineringsgrunnlagene, er å foretrekke i Grunnloven”*⁴³³. Som vist tidlegare var det omsynet til at Grunnlova kan bli mindre dynamisk ved ei liste over grunnlag, på grunn av endringsreglane, eit av argumenta. Eg hevda at dette framstår som lite tungtvegande argumentasjon fordi den norske grunnlova ikkje er så vanskeleg å endre.⁴³⁴

Ved grunnlovsfesting i moderne tid er det også tradisjon for å utarbeide grundige og utfyllande forarbeid. Eit døme er arbeidet som vart gjort med revisjonen av ytringsfridomsparagrafen. Over nesten 400 sider drøfta utvalet sider ved denne føresegna.⁴³⁵

Dersom det går fram av forarbeida til ei diskrimineringsføresegn kva moment som kan leggest til grunn for å ta inn andre grunnlag, vil Grunnlova ivareta omsynet til dynamikk. Ein kan til dømes legge til grunn at talet på og innhaldet av diskrimineringsgrunnlaga, vil kunne endre seg med samfunnsutviklinga noko som samsvarar for tradisjonell tolking av Grunnlova.⁴³⁶

⁴³³ Jf NOU 2009:14 s 321

⁴³⁴ Jf pkt 4.4

⁴³⁵ Jf NOU 1999: 27

⁴³⁶ Jf Andenæs og Fliflet (2006), s 47

I utarbeiding av forarbeida kan ein hente mykje inspirasjon frå både EMD si fortolking av EMK art 14. Men også ØSK-komiteen og menneskerettskomiteen sine generelle kommentarar om tolking av "other status" kan bidra med utarbeiding av slike moment. Også i seinare handheving av ei slik føresegn, kan ein sjå til dei internasjonale kjeldene som uansett vil vere ein del av norsk rett, jf mskrl §§ 2 og 3.

Dersom lovgjevaren ynskjer å oppheve vernet for enkelte av grunnlaga, kan dette gjerast ved endring av Grunnlova, jf § 112. Dette vil vere ei politisk vurdering som må ta omsyn til dei gjeldande menneskerettslege pliktene.

Det må også leggast til grunn at ei grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet, ikkje vil eksistere og handhevast uavhengig av andre rettskjelder. Slik det er i dag vil diskrimineringslovene kunne utfylle ei grunnlovsføresegn. Men dette talar igjen for to ulike standpunkt. Ein kan ut i frå dette hevde at Grunnlova difor *bør* få ei vagare utforming, og dermed overlata til lovgjevar og til eikvar tid presisere kva diskrimineringsgrunnlag som gjeld. Det er dette argumentet mindretalet i diskrimineringslovutvalet legg til grunn ved formuleringa "*Nærmere bestemmelser fastsettes ved lov.*"⁴³⁷

Men denne argumentasjonen tek mellom anna lite omsyn til statsplikta etter konvensjonane. Ved å ikkje gjere klart at grunnlag som kjønn og etnisitet har eit vern etter Grunnlova, kan det stillast spørsmål ved om dette er i tråd med statspliktene etter KDK og RDK.⁴³⁸ som krev at diskrimineringsvernet er overordna, tvangskraftig og har forrang. Komiteane har også direkte ovanfor Noreg uttrykt uro ovanfor den manglande grunnlovsfestinga av rasediskrimineringsvernet og vern mot kjønnsdiskriminering.⁴³⁹

Det er også eit poeng at omsynet til likeverd for særskild utsette grupper, kan gjerast klarare og tydelegare med ei liste over diskrimineringsgrunnlag. Dette harmoniserer godt med den lovgjevinga vi har i dag for kvart enkelt diskrimineringsgrunnlag, og som er foreslått vidareført i ny og samla lov. Dette har også ei side mot det overordna symbolomsynet, som kan seiast og ligge til grunn som eit generelt omsyn ved grunnlovsfesting. Ved å synleggjere

⁴³⁷ Sjå punkt 4.4.

⁴³⁸ Sjå kap 5

⁴³⁹ Lc

diskrimineringsgrunnlaga, vil ein også framheve kva grupper som er ekstra utsette og difor treng eit særskild vern både rettsleg og politisk.

I den vidare framstillinga legg eg difor til grunn at grunnlovsføresegna bør heimle ei liste av diskrimineringsgrunnlag fordi det samsvarar best med den diskrimineringsrettslege lovgjevingsteknikken og dei internasjonale menneskerettspliktene, sikrar omsynet til klarheit og vil utgjere ei *styrking* ved å gje grunnlaga Grunnlovs rang.

7.4.2 Kva slags grunnlag?

Det er ikkje eit føremål å gje ei fullstendig vurdering av kva grunnlag som bør gå fram av Grunnlova. Eg vil likevel peike på nokre grunnlag.

I tillegg til diskrimineringsgrunnlaget *kjønn*, er det dei to grunnlaga *nedsett funksjonsevne* og *etnisitet og religion mv* som har det klaraste og mest omfattande vernet etter intern rett. I tillegg kjem dei inkorporerte konvensjonane, særleg KDK, EMK, SP og ØSK, som har forrang gjennom menneskerettslova. Saman med RDK er desse konvensjonane er norsk lov og utviklinga av vernet innanfor desse konvensjonane, får i utgangspunktet verknader også for norsk lovgjeving. Dette er grunnlag som det difor er naturleg å ta med i ei grunnlovsføresegn for å unngå at det blir disharmoni mellom ulike diskrimineringsforbod.

Når det gjeld andre grunnlag, er vernet svakare. Grunnlaget seksuell orientering har eit spreitt vern og følgjer ikkje av ei eiga lov etter intern rett. Men dei internasjonale konvensjonane gjev dette grunnlaget eit klart vern. Vernet mot diskriminering på grunnlag av høg alder gjeld innan arbeidslivet område gjennom arbeidsmiljølova⁴⁴⁰. Alder er også verna av SP og ØSK.

Ved å gje desse grunnlaga heimel i Grunnlova, vil dei framstå som ein tydeleg del av det nasjonale diskrimineringsvernet og vere meir i tråd med det internasjonale vernet for desse grunnlaga. Omsynet til lojalitet spelar difor inn her. Dermed kan ein også tale om ei styrking.

⁴⁴⁰ Jf amil § 13-1

7.4.3 Other status

Når det gjeld grunnlaget ”other status”, som i diskrimineringslovutvalet sitt lovutkast er oversett til ”andre lignende vesentlige forhold ved en person”⁴⁴¹, talar vektige omsyn ikkje i eintydig retning.

På den eine sida viser gjennomgangen av grunnlaget i kap 3, at at det er uklart kva vilkår som skal leggst til grunn for å avgjere om noko fell inn under dette grunnlaget. Av omsyn til at føresegna skal vere *klar*, kan det argumenterast for at det er problematisk å la eit slikt sekkegrunnlag følgje av og Grunnlova.

I tillegg viser eg til drøftinga av om den norske oversetjinga er eigna, som eg har vist til legg Makkonen i si tolking vekt på at konvensjonane ikkje har formuleringar som ”other *such* status” eller ”other *similar* status”⁴⁴².

Men etter mitt skjøn er det eit sentralt poeng, som framstillinga har vist, er at dette grunnlaget har tent som utviklar av grunnlag som vi i dag oppfattar som sjølvsegte. Særleg gjeld dette seksuell orientering. Det kan ikkje utelukkast, for framtida, at dette vil kunne gjelde andre nye grunnlag. Omsynet til at Grunnlova skal kunne tolkast meir dynamisk enn andre lover og samsvare med det gjeldande menneskerettsvernet, talar også for å gje føresegna ein sekkekategori. Det bør likevel vurderast om ”lignende vesentlige” bør vere omfatta av ordlyden eller om ordlyden skal samsvaret meir med det menneskerettslege uttrykket ”other status”.

7.5 Terskel for forskjellsbehandling

Den lågaste terskelen følgjer av likestillingslova og vilkåret om at ein må ”stilles ulikt”⁴⁴³. Ein kan difor hevde at det fører til ei svekking, dersom denne terskelen blir heva. Men her må det innvendast at det er ingenting i vegen for at formell lov går *lenger* enn grunnlov.

⁴⁴¹ Jf fleirtalet sitt forslag til § 1 i ny diskrimineringslov og forslag til §110 d i Grunnlova.

⁴⁴² Sjå punkt 3.5.2

⁴⁴³ Jf likestillingslova § 3

Likevel kan det vanskeleg argumenterast for at ein høgare terskel enn det som følgjer av likestillingslova i dag, ikkje framstår som ei svekking. Her minner eg om at sjølv om nokon har blitt stilt ulikt, kan forskjellsbehandlinga likevel bli funne å vere sakleg, eigna, nødvendig og proporsjonal.

Forarbeida til ei grunnlovsføresegn bør gje klart uttrykk for korleis denne vurderinga skal gjerast, og kva omsyn som kan legitimere forskjellsbehandling. Ein låg terskel vil samsvare med vernet slik det er i dag og sikre omsynet til klarheit.

Ei slik føresegn vil få forfatningsrettslege konsekvensar, ved at den kan prøvast for domstolen gjennom prøvingsretten. Eg finn difor grunn til å knyte nokre merknader til denne.

7.6 Om prøvingsretten

Grunnlovsfesting av eit individretta diskrimineringsvern, med den utforminga eg har skissert ovanfor, reiser problemstillingar knytt til domstolen si rolle som skranke ovanfor lovgjevar, gjennom prøvingsretten.

Eg finn grunn til å nemne at utanom om domstolskontroll, vil ei grunnlovsfesting også vere ein skranke for lovgjevar. Dette gjer at Grunnlova kan vere eit vern for eit politisk mindretal. Sjølv om fleirtalet ynskjer å vedta ei lov, så kan Grunnlova sette ein skranke dersom denne lova blir vurdert å vere i strid med diskrimineringsvernet. Ein slik funksjon vil også ei symbolføresegn ha.

Det er rettsvitskaplege utfordringar knytt til å gjere ei analyse av korleis prøvingsretten vil bli handheva og kva konkrete problemstillingar som kan oppstå ved eit framtidig grunnlovsfesta diskrimineringsvern. Men eksisterande rettspraksis og teori vil kunne gje bidrag til nokre hovudlinjer, som det vil vere naturleg å legge til grunn også for eit individretta grunnlovsvern mot diskriminering.

To sider ved prøvingsretten er særleg relevante i ein individrettsleg samanheng. Eit grunnlovsvern mot diskriminering kan tenkjast å gje både enkeltindivid og det politiske mindretalet, eit vern.⁴⁴⁴

Eg finn grunn til å nemne at utanom om domstolskontroll, vil ei grunnlovsfesting også vere ein skranke for lovgjevar. Dette gjer at Grunnlova kan vere eit vern for eit politisk mindretal. Sjølv om fleirtalet ynskjer å vedta ei lov, så kan Grunnlova sette ein skranke dersom denne lova blir vurdert å vere i strid med diskrimineringsvernet. Ein slik funksjon vil også ei symbolføresegn kunne ha.

For det første vil eit individ, med ein grunnlovsfesta rett til vern mot diskriminering, kunne gå til domstolen og få saka si handsama ved at domstolen prøver om diskrimineringsvernet er krenkja i ei konkret sak⁴⁴⁵. Domstolen har kompetanse til å fastslå det materielle innhaldet i ei grunnlovsføresegn og prøve det mot faktum i saka. Med utgangspunkt i trinnhøgdeprinsippet, skal grunnlov gå føre lov. Og Grunnlova får også ein funksjon som ein *sentral tolkingsfaktor* i rettsbruken, noko som kan gjere at ho støttar opp om eit bestemt tolkingsresultat der omsynet til individet sitt vern mot diskriminering kan bli funne å vege tyngre enn motstridande omsyn.⁴⁴⁶

Den andre sida av prøvingsretten rettar seg mot domstolen sin rett til å prøve om lov er i strid med Grunnlov dersom ei slik problemstilling kjem opp for retten.

Både domstolskontroll med lovgjeving og det materielle innhaldet ei grunnlovsføresegn, følgjer av langvarig rettspraksis.⁴⁴⁷ Men prøvingsintensiteten, vil kunne variere mellom ulike typer saker. Dette vart slått fast i Rt 1976 s 1 som gav opphav til det såkalla "Kløfta-skjønn":

"Gjelder det bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, antar jeg at grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig. Gjelder det på den annen side grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, mener jeg (...) at domstolene i vid

⁴⁴⁴ Jf Høgberg (2010), s 32

⁴⁴⁵ Eg ser her vekk frå handhevinga i ombodet og nemnda.

⁴⁴⁶ Jf Andenæs og Fliflet (2006), s 49

⁴⁴⁷ Jf Høgberg (2010), s 33 Eg viser også til Rt. 1997 s.1821 (Hvit Valgallianse) og Rt. 2002 s1618 (Boot Boys) i tillegg til den prinsipielle dommen Rt 1976 s.1 "Kløfta"

*utstrekning må respektere Stortingets eget syn. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter må for så vidt komme i en mellomstilling.*⁴⁴⁸

I avgjerder om yringsfridomen sine grenser blir dette følgt opp og i plenumsdommen frå 1997 seier domstolen:

*” Grunnloven § 100 hører til blant de grunnlovsbestemmelser som er satt til vern om enkeltmenneskers personlige frihet og sikkerhet. Domstolskontrollen vil her være særlig sterk, og eventuelle forutsetninger fra lovgiver om grunnlovsmessigheten av straffebestemmelser som innskrenker yringsfriheten, kan vanskelig tillegges vekt i retning av å innskrenke grunnlovsvernet.*⁴⁴⁹

I utgangspunktet kan ein tenkje seg tilsvarande prøvingsintensitet i spørsmål om diskriminering som også er eit vern om grunnleggande rettar for individa.

Som eg har vore inne på tidlegare, slo ikkje diskrimineringsrettslege omsyn inn i trygderettssakene⁴⁵⁰ som eit vern mot inngrep i ein økonomisk rett. Omsynet til staten sin handlefridom med grunnlag i Kløfta-skjønnet som seier at prøvinga er mindre intens når det gjeld økonomiske rettar, vart vektlagt: *”som generelt utgangspunkt må grunnlovsvernet etter bestemmelser om den personlige frihet eller sikkerhet være sterkere enn grunnlovsvernet for økonomiske rettigheter*⁴⁵¹

Likevel kan ein, frå eit diskrimineringsrettsleg perspektiv, hevde at *verknaden* av at dei tre personane mista retten til trygd, var usakleg forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn eller alder. Og dersom vi føreset at denne forskjellsbehandlinga heller ikkje var nødvendig eller proporsjonal er det indirekte diskriminering.

Etter internasjonale menneskerettar gjeld vernet mot diskriminering når det gjeld sivile og politiske rettar, men også økonomiske, sosiale og kulturelle rettar, jf ØSK art 2.2.

I eit slikt perspektiv kan trygderettane stille seg noko annleis.

⁴⁴⁸ Rt 1976 s. 1, s. 5

⁴⁴⁹ Rt. 1997 s.1821, s 1831

⁴⁵⁰ Rt 1996 s. 1415, Rt 1996 s. 1440 og Rt. 2006 s. 262

⁴⁵¹ Rt 1996 s. 1415, s 1429

Med eit grunnlovsfesta diskrimineringsvern, der lovgjevar har bunde seg positivrettsleg til å sikre individa det grunnleggande vernet mot diskriminering, kan ein tenkje seg at prøvinga må vere *meir intens* fordi ein vurderer spørsmålet ut frå eit diskrimineringsvern, som også omfattar økonomiske rettar, og dermed eit ”vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet”⁴⁵².

Ein kan ut frå dette sjå det slik at diskrimineringsvernet kan nyansere Kløfta-skjønnet noko, utan at det endrar det generelle utgangspunktet ved det. Høgsterett opnar også for at tredelinga i Kløfta-skjønnet kan nyanserast: ”Det er nok så at den [tredelinga] er relativt grov, især omfatter de økonomiske rettigheter svært forskjellige kategorier”⁴⁵³ Dette må truleg tolkast slik at det må gjerast ei vurdering av kva slags økonomisk rett det er snakk om å gjere inngrep i.

Dette tenar først og fremst som ein tanke og eit forsøk på å sjå korleis prøvinga av eit diskrimineringsvern kan slå ut med grunnlag i at retten til likebehandling er heilt grunnleggande i menneskrettsleg tankegang. I dag er det likevel truleg tryggare å hevde at staten sin handlefridom i å endre på trygderettar er stor, jf gjeldande rettspraksis.

Spørsmålet om å grunnlovsfeste ein individrett som kan prøvast av domstolen, vil truleg danne grunnlag for større politiske debattar der lovgjevar sin handlefridom må vektast mot vern av individa. Frå ein rettsvitskapleg ståstad er det ikkje mi oppgåve å gje eit svar i denne debatten. Eg minnar også om at forarbeid kan utdjupe korleis ein skal forstå prøvingsretten etter ei slik grunnlovsføresegn.

Det vil også vere slik at domstolen er meir forsiktig i gripe inn i framtidig lovgjeving der tilhøvet til Grunnlova er vurdert nøye og lova funne å vere innanfor Grunnlova sine grenser.⁴⁵⁴

⁴⁵² Rt 1976, s. 1, s. 5

⁴⁵³ Rt 1996 s 1415, s Side 1429

⁴⁵⁴ Rt 1976 s.1, s.6

Men eg tillet meg å gje eit konkret, om enn litt enkelt, uttrykk for kva skranke eit grunnlovsfesta diskrimineringsvern vil kunne utgjere for lovgjevar. Etter mitt skjøn vil det generelle utgangspunktet vere at lovgjevaren ikkje kan vedta lover som fører til usakleg forskjellsbehandling av personar som er verna gjennom dei ulike grunnlaga, og denne forskjellsbehandlinga er ueigna eller unødvendig og uproporsjonal i forhold til føremålet om likebehandling og ikkje-diskriminering.⁴⁵⁵

Spørsmålet ein må stille seg er om det er eit føremål i seg sjølv for lovgjevar å ha ein slik handlefridom for framtida og difor la vere å gjere diskrimineringsføresegna i Grunnlova til ein individrett. Dette er eit politisk spørsmål som det ligg utanfor denne oppgåva å drøfte vidare.

⁴⁵⁵ Jf punkt 3.3

8 Avslutning

Framstillinga har vist at diskrimineringsvernet i stor grad har utvikla seg på bakgrunn av internasjonal påverknad. Og frå eit individretta menneskerettsleg perspektiv er det viktig at samspelet mellom nasjonal lovgjeving og internasjonale menneskerettar held fram med å utvikle diskrimineringsvernet vidare. Også dersom individvernet blir innført i Grunnlova. Først gjennom eit heilskapleg tolkingsperspektiv kan Grunnlova spele ei rolle som ein garantist for desse rettane.⁴⁵⁶ Det vil vere uheldig om ein revisjon av Grunnlova blir teke til inntekt for eit autonomt perspektiv for korleis ho skal tolkast. Dette vil kunne skape ytterlegare uklarheit knytt til menneskerettane si stilling i norsk rett.

Som nemnt innleiingsvis kan vegen frå politisk vilje om å sikre sentrale menneskerettar i Grunnlova til gjennomføring ved eit tilstrekkeleg fleirtal i Stortinget, vere lang. Diskrimineringsretten er også eit rettsområde der skiljelinjene mellom juss, rettspolitikk og politikk kan vere uklare. Det handlar om verdiprioriteringar i samspel med rettslege plikter vi har som nasjon.

I det vidare arbeidet med utforming av ei grunnlovsføresegn vil eg særleg framheve den rolla diskrimineringsvernet har fått som ei moderne utgåve av det naturretslege prinsippet om at alle er fødte frie og likeverdige. Prinsippet var i grunnlovsforfattarane sine tankar og det kan hevdast at innføring av eit diskrimineringsvern i Grunnlova samsvarar med Grl § 112 om at endringar ikkje må ”*modsig denne Grundlovs Principer*” og heller ikkje ”*forandre denne Konstitutions Aand*”.

⁴⁵⁶ Jf Aall (2007), s 24 og Høgberg (2010), s 29

9 Litteraturliste

Faglitteratur

- Aall (2007) Jørgen Aall. *Rettsstat og menneskerettigheter*. Bergen, 2007.
- Andenæs (1942) Johs. Andenæs. *Menneskerettighetserklæringene i det 18. århundre og den norske grunnlov* i Tidsskrift for rettsvitenskap 1942 s. 474.
- Bamforth (2008) Nicholas Bamforth i *Discrimination Law: Theory and context* Bamforth mfl (red.). London, 2008.
- Andenæs (2006) Johs. Andenæs og Arne Fliflet. *Statsforfatningen i Norge*. Oslo, 2006.
- Bernt (2001) Jan Fridthjof Bernt. *Rettsikkerhetsbegrepet og kampen om velferdsstatens verdigrunnlag* i Tvers igjennom lov til seier. Jubileumsskrift til Juss-Buss, s. 155, 2001.
- Bernt (2007) Jan Fridthjof Bernt og Synne Sæther Mæhle. *Rett, samfunn og demokrati*. Bergen, 2007.
- Blaker (2003) Vibeke Blaker. *Anvendelse av FNs kvinnekonvensjon i norsk rett* i Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 1/2003
- Cook (2009) Rebecca J Cook and Simone Cusack. *Gender stereotyping*, Philadelphia 2009.
- Craig (2008) Ronald Craig "Systemisk diskriminering I arbeidslivet og proaktive forpliktelser – et komparativt perspektiv" i Diskriminerings- og likestillingsrett. Oslo, 2008.
- Dahl (1975) Tove Stang Dahl, Kjersti Graver, Anne Hellum og Anne Roberstad. *"Juss og Juks"*. Oslo, 1975.

- De Schutter (2006) Olivier De Schutter. "Three Models of Equality and European Anti-discrimination Law" i *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 57, n°1, ss.1-56, 2006.
- Eckhoff (2000) Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen. *Rettskildelære*. 5.utgave, Oslo, 2000.
- Eng (2007) Svein Eng. "*Rettsfilosofi*". Oslo, 2007.
- Emberland (1998) Marius Emberland. "*Behovet for konstitusjonell revisjon av individvernet. Kjuus-saken som utgangspunktet for fornyet diskusjon.*" *Kritisk juss*, 1998 s 173.
- Emberland (2006) Marius Emberland. "*Diskrimineringsforbudet som konvensjonsbeskyttet menneskerett,*" *Jussens venner*, 2006 s 197.
- Fliflet (2005) Arne Fliflet. *Grunnloven – kommentarutgave*. Oslo, 2005.
- Greve (2002) Hanne Sofie Greve. "*Likhet, likeverd og ikke-diskriminering. En refleksjon om den menneskelige verdighet*" i: *Rettsteori og Rettsliv. Festskrift til Carsten Smith*. Oslo, 2002.
- Graver (2007) Hans Petter Graver. *Alminnelig forvaltningsrett*. 3.utgåve, Oslo, 2007.
- Holgerson (2008) Gudrun Holgerson. "Etnisk diskriminering" i *Likestillings og diskrimineringsrett*. Oslo, 2008.
- Hellum (2008) Anne Hellum. "*Introduksjon til diskriminerings- og likestillingsretten.*" i *Diskriminerings – og likestillingsrett*. Oslo, 2008.
- Hellum (2008) II Anne Hellum. "*Mot et strukturelt diskrimineringsvern: aktivitetsplikt og midlertidige særtiltak*" i *Diskriminerings- og likestillingsrett*. Oslo, 2008.
- Hellum (2008) III Anne Hellum. "*Kvinnekonvensjonens betydning for det alminnelige kjønnsdiskrimineringsvern*" i *Diskriminerings- og likestillingsrett*. Oslo, 2008

- Høgberg (2010) Benedikte Moltumyr Høgberg. *Forbud mot tilbakevirkende lover*. Oslo, 2010.
- Høstmælingen (2003) Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. Oslo, 2003.
- Ketscher (2008) Kirsten Ketscher. *Sosialrett – Principper, Rettigheter, Værdier*. 3.utgåve, København, 2008.
- Ketscher (2008) II Kirsten Ketscher. "Diskrimineringsforbud – Nogle genrelle overvejelser" i Diskriminerings- og likestillingsrett. Oslo, 2008.
- Kjønstad (2008) Asbjørn Kjønstad. "Grunnlovsværn for sosiale rettigheter, særlig enkepensjon", i (Red.) Jørgensen, S. & Kristiansen, J. "Socialrettslige utviklinger og utfordringer" 2008 s. 63-78.
- Knoph (1939) Ragnar Knoph. "Rettslige standarder". Oslo, 1939
- Makkonen (2005) Timo Makkonen. "The principle of non-discrimination in international human rights law and EU law", Helsinki 2005
- Møse (2002) Erik Møse "Menneskerettigheter". Oslo, 2003
- Opsahl (1981) Torkel Opsahl. "Fra grunnloven til menneskerettighetene: Grunnverdier og livssynsfrihet" i Ikke-kristen etikk, Thordis Støren (red.) Gyldendal Norsk Forlag, 1981 s 130
- Robberstad (2009) Robberstad, Anne. *Sivilprosess*. Oslo, 2009.
- Ruud (2006) Morten Ruud og Geir Ulfstein *Innføring i Folkerett*. 3.utgåve, Oslo, 2006.
- Smith, C (2006) Carsten Smith "Bør menneskerettene styrkes i vår grunnlov?", Jussens Venner 2006 s. 235-247.
- Smith, E (2009) Eivind Smith. *Konstitusjonelt demokrati*. Bergen, 2009.
- Strand (2007) Vibeke Blaker Strand. "Værn mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett et ensartet værn?", Lov og Rett 2007 s 131.

- Strand (2007) II Vibeke Blaker Strand."Forholdet mellom den norske Grunnlovens menneskerettigheter, de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og ordinær lovgivning. - Særlig om religionsfrihet og vern mot diskriminering", Retfærd nr. 119, 2007
- Utgård (2002) Karl Arne Utgård "Juridisk og administrativ ordliste", Oslo 2002
- Zahle (2006) Henrik Zahle (red.) . "Grundloven. Danmarks Riges Grundlov med kommentarer" København, 2006.
- Østerud (1996) Øyvind Østerud. "Statsvitenskap. Innføring i politisk analyse" Oslo, 1997.

Upublisert materiale

- Aune (2011) Helga Aune "Deltidsarbeid – stereotype kjønnsroller i arbeidsliv og privatliv" Skal utgjevast i "Kjønn og rett", red. Eva Marie Svensson mfl.

Lover

- Grunnloven Kongeriget Norges Grundlov 17. mai 1814 (Grl.)
- Straffeloven Lov 22. mai 1902 Straffelova (Strl.)
- Likestillingsloven Lov 9. juni 1978 nr 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingslova/likestl)
- Straffeprosessloven Lov 22.mai 1981 nr.25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)
- EØS-loven Lov 27. november 1993 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
- Eierseksjonsloven Lov 23. mai 1997 nr. 31 om eierseksjoner
- Allmennaksjeloven Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

Husleieavtaleloven	Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler
Menneskerettsloven	Lov av 21.mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (mskrl)
Bustadbyggjelaglova	Lov 6. juni 2003 nr. 38 om bustadbyggjelag
Burettslagslova	Lov 6. juni 2003 nr. 39 om burettslag
Diskrimineringsloven	Lov 3. juni 2005 nr 33 Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringslova/diskrl)
Diskrimineringsombudsloven	Lov 10.juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)
Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven	Lov 20. juni 2005 nr 42 Lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetslova/diskr- og tilgjl)
Arbeidsmiljøloven	Lov 17.juni 2005 nr 62 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv (arbeidsmiljølova/amil)
Tvisteloven	Lov 17.juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
Inkorp.lova KDK	Lov 19. juni 2009 nr 80 om inkorporering av kvinnediskrimineringskonvensjonen

Rettspraksis

Rt. 1976 s. 1 ”Kløfta”	Rt. 2006 s. 262 “Enkepensjon”
Rt. 1996 s. 1415 “Borthen”	Rt. 2008 s. 513
Rt. 1996 s. 1440 “Thunheim”	Rt. 2008 s. 1764
Rt. 1997 s. 1821 ”Hvit Valgallianse”	Rt. 2007 s. 1807 ”Vigrid”
Rt. 2000 s. 996 ”Bøhler”	Rt. 2009 s. 1261
Rt. 2002 s. 1618 ”Boot Boys”	Rt. 2010 s. 1565
Rt. 2005 s. 833 ”Uskyldspresumsjon”	

Avgjerder frå Likestillings og diskrimineringsnemnda

Nemnda sak nr 19/2008 ” Transseksualitet”

Forarbeid

Ot.prp.nr.33 (1974-1975)	Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven)
NOU 1993: 18	Lovgiving om menneskerettigheter
Ot.prp.nr.33 (1974-1975)	Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven)
NOU 2002: 12	Rettslig vern mot etnisk diskriminering
Ot.prp. nr. 104 (2002-2003)	Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m
NOU 2003: 19	Makt og demokrati
Dokument nr. 12:16 (2003 - 2004)	Grunnlovsforslag fra Ågot Valle, Siri Hall Arnøy, May Hansen og Hallgeir H. Langeland
Besl.O.nr.58 (2003-2004)	Lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

Ot.prp. nr 33 (2004-2005)	Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv (diskrimineringsloven)
Referat Odelstinget, torsdag 19.april 2005 Sak nr 3	Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)
Besl. O. nr. 70 (2004-2005)	Lov om endringer i likestillingsloven mv. (Gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov)
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Besl.O.nr.67 (2004-2005)	Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)
Innst. S. nr. 54 (2006 - 2007)	Innstilling fra justiskomiteen om forslag fra stortingsrepresentantene Erna Solberg, André Oktay Dahl og Olemic Thommessen om generell og overordnet lovgivning hva angår diskriminering uavhengig av grunnlag
Ot.prp. nr 44 (2007 - 2008)	Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)
NOU 2008: 1	Kvinner og homofile i trossamfunn
Ot.prp. nr. 79 (2008-2009)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (Homofile og kvinner i trossamfunn m.m.)
NOU 2008:6	Kjønn og lønn
Ot.prp.nr.93 (2008-2009)	Om lov om endringer i menneskerettsloven mv. (inkorporering av kvinnesdiskrimineringskonvensjonen)
Innst. 158 L (2009–2010)	Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (Homofile og kvinner i trossamfunn m.m.)
NOU 2009: 14	Et helhetlig diskrimineringsvern
NOU 2011: 07	Velferd og migrasjon

Grunnlovsforslag

Dokument nr. 12:16 (2003 - 2004)	Grunnlovsforslag fra Ågot Valle, Siri Hall Arnøy, May Hansen og Hallgeir H. Langeland
Dokument nr. 12:5 (2007 - 2008)	Grunnlovsforslag fra Karin Andersen, Hallgeir Langeland, May Hansen, Lars Peder Brekk og André N.Skjelstad
Innst. S. nr 221 (2007-2008)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Ågot Valle, Siri Hall Arnøy, May Hansen og Hallgeir H. Langeland om innføring av en egen grunnlovsbestemmelse § 110 d om vern mot diskriminering på grunn av kjønn og diskriminering av minoriteter
Møte i Stortinget 22.mai 2008, Sak nr 2	s. 3299 – 3302 (om 2004-grunnlovsforslaget)

Stortingsdokument

St.meld. nr. 25 (2000-2001)	”Levekår og livskvalitet for lesbiske og homofile i Noreg”
St.meld. nr. 40 (2002-2003)	Nedbygging av funksjonshemmende barrierer.
Møte i Stortinget 22.mai 2008, Sak nr 2	s. 3299 – 3302 (om 2004-grunnlovsforslaget)
Meld. St. 6 (2010–2011)	Likestilling for likelønn
Dokument nr. 15:632 (2010-2011)	Skriftlig spørsmål fra Ine M. Eriksen Søreide (H) til utenriksministeren

Utanlandske lover og forarbeid

Sveriges grundlagar
Regeringsformen

Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform.

Tryckfrihetsförordningen
Yttrandefrihetsgrundlagen
Successionsordning

Tryckfrihetsförordning (1949:105)
Yttrandefrihetsgrundlag (1991:1469)
Successionsordning (1810:0926).

Svensk forarbeid

Regeringens proposition, 2009/10:80 En reformerad grundlag

Finlands grundlag 11.6.1999/731

Danmarks Riges Grundlov nr. 169 af 5. juni 1953

Internasjonale rettskilder

Konvensjonar og traktatar

Globale

Den internasjonale fråsegna om menneskerettar av 1948	FN si internasjonale fråsegn om menneskerettar av 1948
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966
ØSK	FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 16. desember 1966
RDK	FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering 7. mars 1966 (rasediskrimineringskonvensjonen)
KDK	FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner 18. desember 1979 (kvinnediskrimineringskonvensjonen)
BK	FNs konvensjon om barns rettigheter 20. november 1989 (barnekonvensjonen)
FN Konvensjonen om rett for folk med nedsett funksjonsevne	FNs konvensjon om rettigheter for mennesker med nedsatt funksjonsevne 13. desember 2006
Wien-konvensjonen	Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. mai 1969

Regionale

EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon 4.november 1950
EMK TP12	Protocol No. 12 To The convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. juni 2000
EU-charteret	EUs Charter of Fundamental Rights (2007/C 303/01)
Roma-traktaten	Treaty establishing the European Community 1957
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde 17. mars 1993

EU/EØS-direktiv

Rådsdirektiv 76/207/EØF	Om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbedisvilkår (Likebehandlingsdirektivet)
Rådsdirektiv 97/80/EF	Om provtyngsla i samband med skilnadshandsaming på grunnlag av kjønn (bevisbyrdedirektivet)
Rådsdirektiv 2000/43/EF	Om gjennomføring av prinsippet om likebehandling uavhengig av rase eller etnisk opprinnelse
Rådsdirektiv 2000/78/EF	Om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til syselsetting og arbeid. (Rammedirektivet mot diskriminering)
Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF	Om endring av rådsdirektiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmesle samt arbedisvilkår
Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/04/EF	Om genemførelse av princippet om like muligheter for og likebehandling av mænd og kvinder i

forbindelse med beskæftigelse og erhverv
(omarbejding) (Likebehandlingsdirektivet)

Rådsdirektiv 2006/54/EF

Om ligebehandling mellem kvinder og mænd i
arbejde og erhverv. Omarbieda
likebehandlingsdirektiv. Innarbeiding i norsk rett til
vurdering.

Dommar frå Den Europeiske Menneskerettsdomstol

Den belgiske språksaka (mot Belgia)	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23 July 1968 (62/1474)
Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28. mai 1985 (9214/80; 9473/81; 9474/81)
Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 21. desember 1999 (33290/96)
D.H. and others v. Czech Republic	The European Court of Human Rights, Grand Chamber 13. november 2007 (57325/00)
Glor v. Switzerland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 30. april 2009 (13444/04)
Clift v. United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 13. juli 2010 (7205/07)
Tarkoev and others v. Estonia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 4.november 2010 (14480/08 og 47916/08)

Dommar frå EU-domstolen

C-170/84 Bilka-saka.	EF-domstolen, 1984
C-109/88 Danfoss	EF-domstolen 1989
C-400/93 Royal Copenhagen	EF-domstolen 1995

Forklarande rapportar, EMK

Explanatory report, (2000) Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (EMK TP12)

Fråsegner frå FN-komitear

FNs kvinnediskrimineringskomité

General Recommendation No. 28 (2010) Committee on the Elimination of Discrimination against Women on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of CEDAW (Cedaw/c/2010/47/GC.2)

General Recommendation No. 25 (2004) Committee on the Elimination of Discrimination against Women (A/59/38(SUPP))

Concluding Observations (1995) Norway, third and fourth reports (paras.452-495) Committee on the Elimination of Discrimination against Women (A/50/38)

Concluding Observations/Comments (2003) Norway, fifth and sixth reports (paras. 402-433) Committee on the Elimination of Discrimination against Women (A/58/38)

Concluding Observations (2008) Sweden, sixth and seventh periodic reports Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW/C/SWE/CO/7)

Concluding Observations (2001) Finland, Third and fourth periodic reports (paras.279-311) Committee on the Elimination of Discrimination against Women (A/56/38(SUPP))

Vertido v. Philippines (individklage) CEDAW/C/46/D/18/2008, 46. session, 2010

FNs Rasediskrimineringskomité

General Recommendation (1978)	Committee on the Elimination of Racial Discrimination CERD A /33/18
General Recommendation nr. 08 (1990)	Committee on the Elimination of Racial Discrimination
General Recommendation nr. 24 (1999)	Committee on the Elimination of Racial Discrimination (A/54/18(SUPP))
General Recommendation nr. 29 (2002)	Committee on the Elimination of Racial Discrimination (A/57/18(SUPP))
General Recommendation No. 32 (2009)	Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD/C/GC/32)
Concluding Observations (1984)	Committee on the Elimination of Racial Discrimination CERD A/39/18
Concluding Observations (2001) Norway fifteenth periodic report	Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD/C/304/Add.88)
Concluding Observations (2003) Norway. Sixteenth periodic report	Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD/C/63/CO/8)
Concluding Observations (2011) Norway, 20th periodic report	Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD/C/NOR/CO/19-20)
Concluding Observations (2006) Norway, seventeenth and eighteenth periodic reports	Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD/C/NOR/CO/18)
Opinion (2005) The Jewish community of Oslo v Norway	Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD/C/67/D/30/2003)

Opinion (1991)
Narainen v. Norway

Communication No. 3/1991

ØSK-komiteen

General Comment No. 20 (2009)

Economic and Social Council(E/C./GC/20)

General Comment No. 3 (1995)

Economic and Social Council

FNs menneskerettighetskomité, individklager

Toonen v. Australia

Communication No. 488/1992 (1994)

Aboushanif v Norway (Restauratør-saka)

Communication No. 1542/2007 (2006)

Gueye er al. mot Frankrike

Communication No. 196/1985 (1989)

Andre offentlege dokument

Menneskerettsutvalet sitt mandat på Stortinget sine nettsider, nyheitsarkiv 2008-2009, 22.juni 2009 (www.stortinget.no)

President Barack Obama, Remarks by the president on a new beginning, Kairo, 4. juni 2009

Inge Lønning ”*Revisjon av Grunnloven*”. Dagsavisen 22.feb 2011. Publisert på nett same dag

Aftenposten: ”*Mange land følger norsk kvinnekvotering*” Publisert på nett 15.10.10 kl. 08:05

Marius Emberland. ”*En sammenlignende oversikt over grunnlovsbeskyttelsen av menneskerettigheter i OECD-området*” for Stortingets utredningsseksjon, perspektiv 02/06

Politisk plattform for flertallsregjeringen, utgått av Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet. (www.regjeringen.no)

Personleg kunngjering

E-post, 24.mars 2011

Frå Barne-, Likestilling- og
Integreringsdepartementet v/Elisabet
Vigerust