

UiO : **Det juridiske fakultet**

Vernet mot usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling i Grunnloven § 98

En analyse av Grunnlovens vern mot diskriminering, sett opp mot ordinær lovgivning og den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

Kandidatnummer: 797

Leveringsfrist: 25.4.16

Antall ord: 17584



Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | BAKGRUNN OG PROBLEMSTILLING | 1 |
| 1.1 | Problemstilling | 1 |
| 1.2 | Bakgrunn | 1 |
| 1.2.1 | Menneskerettighetskatalog i Grunnloven | 1 |
| 1.2.2 | Diskrimineringslovutvalget og arbeidet med en felles diskrimineringslov | 2 |
| 1.2.3 | Nødvendig med et diskrimineringsvern i Grunnloven?..... | 3 |
| 1.3 | Diskrimineringsvernet | 3 |
| 1.4 | Likhetsprinsippet og diskrimineringsforbudet | 5 |
| 2 | METODE OG RETTSKILDER | 8 |
| 2.1 | Rettskildebildet..... | 8 |
| 2.2 | Særlige tolkningsspørsmål | 9 |
| 2.3 | Selvstendig tolkning av menneskerettighetene i Grunnloven | 10 |
| 2.4 | Avhandlingens metode | 11 |
| 2.5 | Avgrensninger | 13 |
| 2.6 | Fremstillingen videre..... | 13 |
| 3 | HVILKE DISKRIMINERINGSGRUNNLAG ER OMFATTET AV VERNET? | 14 |
| 3.1 | Hvem kan påberope seg diskrimineringsvernet? | 14 |
| 3.1.1 | Hvem er pliktsubjekt? | 14 |
| 3.1.2 | Hvem er rettighetssubjekt?..... | 15 |
| 3.2 | Diskrimineringsgrunnlag i Grunnloven | 17 |
| 3.2.1 | Ordinær lovgivning | 19 |
| 3.3 | Nok å være forskjellsbehandlet? | 20 |
| 3.4 | Forpliktelser etter internasjonale konvensjoner | 21 |
| 3.5 | Diskrimineringsgrunnlag i EMK artikkel 14 | 22 |
| 3.6 | Diskrimineringsgrunnlagene etter TP 12 | 23 |
| 3.7 | ”Annen status” i EMK artikkel 14 | 24 |
| 4 | DISKRIMINERINGSVERNETS ANVENDELSESOMRÅDE | 27 |
| 4.1 | Den aksessoriske begrensningen i EMK artikkel 14..... | 27 |
| 4.2 | Rekkevidden av EMK artikkel 14 | 28 |
| 4.2.1 | Fra Kjeldsen- til Clift-saken..... | 29 |
| 4.3 | Et selvstendig anvendelsesområde for EMK artikkel 14? | 31 |
| 4.4 | Anvendelsesområdet for TP 12 artikkel 1 | 32 |
| 4.5 | Anvendelsesområdet for Grl. § 98 | 33 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 4.6 | Prøvingsintensitet | 36 |
| 4.7 | Positive og negative forpliktelser | 38 |
| 4.7.1 | Forpliktelser etter TP 12 | 41 |
| 4.8 | Min vurdering av vernets anvendelsesområde | 42 |
| 5 | DAGENS SITUASJON OG VEIEN VIDERE | 44 |
| 5.1 | Rettspraksis etter grunnlovsreformen..... | 44 |
| 5.2 | Hvorfor nøle med ratifisering av TP 12? | 45 |
| 5.3 | Vil det medføre en endring i Grunnloven § 98 dersom TP 12 ratifiseres? | 46 |
| 5.4 | Avslutning | 47 |
| | LITTERATURLISTE..... | 49 |

1 Bakgrunn og problemstilling

1.1 Problemstilling

Denne avhandlingen behandler diskrimineringsforbudet i Grunnloven § 98 sett opp mot ordinær lovgivning, den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 14 og tilleggsprotokoll 12 artikkel 1.¹ De to hovedproblemstillingene er hvilke diskrimineringsgrunnlag som er omfattet av vernet og hvilket anvendelsesområde forbudene har. Som ledd i besvarelsen av problemstillingen vil jeg også belyse andre relevante spørsmål.

De siste årene har spørsmålet om diskrimineringsvernets betydning og omfang vært diskutert i media og i politiske beslutningsorganer, både når det gjelder grunnlovsfesting av vernet og spørsmålet om dagens diskrimineringslovgivning skal samles i én felles lov. Det har også skjedd en utvikling i Den europeiske menneskerettighetsdomstolens² rettspraksis samt Europarådets vedtak om et generelt diskrimineringsforbud i TP 12. Dette danner bakteppet for avhandlingen.

1.2 Bakgrunn

1.2.1 Menneskerettighetskatalog i Grunnloven

Grunnloven av 1814 var moderne, og har siden 1814 hatt symbolsk, politisk og rettslig betydning. Grunnloven inneholdt intet uttrykkelig diskrimineringsforbud. Likhetstanken fremgikk imidlertid av flere bestemmelser, og ideen om likhet har stått sentralt ved tolkningen av grunnlovsbestemmelsene helt siden 1814.³ Selv om Grunnloven fremdeles består, har den gjennomgått omfattende endringer. Ved årtusenskiftet fikk man også idéen om en revisjon. Det ble nedsatt ulike utvalg som dannet grunnlaget for viktige endringer i Grunnloven.

I 2009 ble Lønning-utvalget oppnevnt for å utrede et forslag om en begrenset revisjon. Hensikten var å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett ved å gi noen av de sentrale rettighetene Grunnlovs rang.⁴ Dette kan også sies å være en måte å oppfylle Grunnloven § 2 annet punktum på, slik den lød etter 2012: ”Denne Grunnlov skal sikre demokratiet, rettsstaten

¹ Heretter: Grl. § 98, EMK artikkel 14, TP 12 artikkel 1

² Heretter: EMD

³ Dok. 16 (2011-2012) s. 42

⁴ Dok. 16 (2011-2012) s. 11

og menneskerettighetene”.⁵ Det følger av innledningen til rapporten at menneskerettighetsvernet har vært fragmentert, samfunnet har endret seg, kun få rettigheter har kommet til uttrykk i Grunnloven, og disse har ikke gjenspeilet det rettighetsvernet som eksisterer i norsk rett.⁶ De nedfelte menneskerettighetene ble etter reformen plassert i en felles del E for å synliggjøre menneskerettighetene, samt ha en pedagogisk og klargjørende funksjon.⁷ Blant disse er forbudet mot diskriminering, som etter § 98 første og annet ledd lyder: ”Alle er like for loven. Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling”.

1.2.2 Diskrimineringslovutvalget og arbeidet med en felles diskrimineringslov

I 2007 ble det oppnevnt et utvalg som skulle utarbeide forslag til en samlet diskrimineringslov. Utvalget leverte sin rapport i 2009 med forslag om én felles lov.⁸ Daværende barne- likestillings- og inkluderingsminister varslet i 2011 at det ikke skulle arbeides videre mot en samlet diskrimineringslov. Stoltenberg II-regjeringen foreslo at diskrimineringsvernet fremdeles skulle reguleres i flere lover, og det ble i stedet foretatt en språklig revidering og harmonisering av gjeldende regelverk i 2013.⁹ I tillegg trådte den nye loven om forbud mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk i kraft. Departementet fremhevet at en felles struktur og språkdrakt ville gjøre lovene mer tilgjengelig og medføre et styrket diskrimineringsvern. Etter regjeringsskiftet i 2013 ble det høsten 2015 sendt ut et høringsnotat om forslag til ny felles diskrimineringslov, som hadde høringsfrist 22. januar 2016.¹⁰ Forslaget går ut på å samle lovene i én lov hvor diskrimineringsgrunnlagene listes opp. Hvorvidt det også skal vedtas en sekkebestemmelse av typen ”andre liknende vesentlige forhold ved en person”, er på nåværende tidspunkt ikke klart. Denne vurderingen er svært relevant for mitt tema, da utformingen av ordinær lovgivning på dette punktet kan ha betydning for hvordan Grl. § 98 tolkes i praksis.

Selv om forslaget til felles diskrimineringslov har fått støtte av en rekke høringsinstanser ble det også uttrykt bekymring for at en samlet lov ville svekke diskrimineringsvernet for enkelte grupper.¹¹ Likestillings- og diskrimineringsnemnda uttrykker i sitt hørings svar at de mener

⁵ Tverberg (2014) s. 3

⁶ Dok. 16 (2011-2012) s. 13

⁷ Dok. 16 (2011-2012) s. 14

⁸ NOU 2009:14

⁹ BLD (2015a) s. 11

¹⁰ BLD (2015a)

¹¹ BLD (2015a) s. 12

forslaget totalt sett medfører et svekket diskrimineringsvern.¹² Også Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett ved Universitetet i Oslo uttalte seg kritisk til forslaget, blant annet når det gjelder å endre lovens saklige virkeområde.¹³ Jeg kommer tilbake til dette i punkt 4.5.

1.2.3 Nødvendig med et diskrimineringsvern i Grunnloven?

Var det nødvendig å endre Grunnloven og ta inn menneskerettighetene når de allerede var sikret i menneskerettsloven? Menneskerettighetsutvalget ønsket å løfte menneskerettighetene inn i Grunnloven, og mente dette ville klargjøre hvilke verdier som er grunnleggende i samfunnet, og grunnlovsfestingen ville medføre et styrket vern mot et skiftende politisk flertall.¹⁴ Både Menneskerettighetsutvalget og Diskrimineringslovutvalget drøftet spørsmålet om grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet. Det er tidligere fremmet forslag om innføring av en egen grunnlovsbestemmelse om forbud mot diskriminering på grunnlag av kjønn,¹⁵ men et slikt forslag har ikke oppnådd det nødvendige flertall på Stortinget. Også internasjonale organer har bemerket overfor Norge at et grunnlovsvern mot diskriminering ville vært hensiktsmessig.¹⁶ Diskrimineringslovutvalget la til grunn at et likhets- og ikke-diskrimineringsprinsipp bør ha en selvsagt plass i en katalog av menneskerettigheter. Utvalget la vekt på at prinsippet allerede stod sentralt i lovgivningen, rettstenkingen og de internasjonale menneskerettighetene, og at konvensjoner bygger på et slikt grunnleggende utgangspunkt.¹⁷ Diskrimineringslovutvalget gikk inn for en grunnlovsfesting av vernet, men det var dissens i utvalget når det gjaldt utformingen av en slik bestemmelse.

1.3 Diskrimineringsvernet

Diskrimineringsforbudet skal sikre at myndighetenes maktbruk ikke er vilkårlig, men heller tuftet på fornuftige og objektive kriterier som kan etterprøves. Forbudet mot diskriminering ble utviklet i andre halvdel av det 20. århundre. Diskriminering på grunnlag av kjønn, nasjonalitet og status ble i lang tid ansett som uproblematisk.¹⁸ Det grunnleggende kravet til likhet

¹² LDO (2016) s. 1

¹³ KVIBALD (2016) s. 6

¹⁴ Dok. 16 (2011-2012) s. 48

¹⁵ For eksempel i Dok. nr. 12:5 (2007-2008)

¹⁶ For eksempel ECRI (2008) s. 16, avsn. 26

¹⁷ NOU 2009:14 s. 310

¹⁸ Ketscher (2008) s. 33

innebærer et forbud mot usaklig forskjellsbehandling. Dette er igjen et utslag av den enkeltes rett til integritet og verdighet¹⁹, noe vi også kjenner igjen fra FNs menneskerettighetserklæring og dens henvisning til at vi er født frie og med samme menneskeverd.²⁰

Vernet mot diskriminering er nedfelt i en rekke lover, og det har i Norge vært tradisjon for å ha separate lover for de ulike diskrimineringsgrunnlagene. For å kunne si at det foreligger forskjellsbehandling, må tre vilkår være oppfylt; noen må ha havnet i en dårligere stilling enn andre, jamfør kravet i likestillingsloven § 5(2) om at en person blir ”behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon” eller ”stilles dårligere” enn andre. Videre må denne situasjonen ha sammenheng med ett eller flere diskrimineringsgrunnlag, for eksempel kjønn og/eller ned-satt funksjonsevne. Det siste vilkåret er at en slik forskjellsbehandling ikke kan begrunnes saklig.²¹

Målet er reell likhet mellom individer, ikke bare formell.²² Reell likhet fordrer at det tas hensyn til forskjellen mellom individer. Man skiller mellom direkte og indirekte diskriminering, noe vi ser henvisning til i de norske diskrimineringslovene.²³ Direkte diskriminering innebærer at en handling eller en unnlattelse har det formål eller den virkning at en person blir dårligere behandlet enn andre i en tilsvarende situasjon, og at dette skyldes det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget. Direkte diskriminering kan skje ved handling eller unnlattelse, den kan være synlig eller skjult, men diskriminerende hensikt er ikke nødvendig. Vernet mot indirekte diskriminering innebærer en erkjennelse av at vernet mot direkte diskriminering ikke er tilstrekkelig for å etablere et reelt diskrimineringsvern.²⁴ Selv om en praksis eller en handling kan fremstå som tilsynelatende nøytral, kan den i visse situasjoner føre til at bestemte grupper kommer dårligere ut en andre. Vernet mot indirekte diskriminering kan formuleres som et krav om at ”ulike tilfeller skal behandles ulikt”.²⁵

Diskrimineringsbegrepet fastlegges gjennom tolkning. Menneskerettighetskonvensjonene har ikke én felles forståelse av hva som omfattes av diskrimineringsbegrepet, det er heller ikke alle konvensjonene som har en legaldefinisjon. EMK artikkel 14 forutsetter at konvensjonens rettigheter og friheten skal sikres uten ”discrimination”, men konvensjonsteksten redegjør

¹⁹ Ketscher (2008) s. 41

²⁰ UDHR art. 1

²¹ Strand (2012) s. 133

²² Strand og Larsen (2015) s. 108

²³ Likestillingsloven § 5(2), diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5(2), diskrimineringsloven om etnisitet § 6(2), diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 5(2)

²⁴ Strand (2012) s. 138

²⁵ Strand (2012) s. 140

ikke nærmere for hva begrepet betyr. Vi må se hen til praksis for å se hvordan begrepet er fastlagt der.²⁶

I *den belgiske språksaken* fra 1968 la EMD til grunn en forståelse av diskriminering som senere er bekreftet og gjentatt i rettspraksis. Saken omhandlet påstand om diskriminering av fransktalende elever og deres rett til undervisning på morsmålet sitt i den flamsktalende delen av Belgia. Domstolen retter fokus mot begrunnelsen for forskjellsbehandling, og uttaler at det medfører en krenkelse av likhetsprinsippet dersom forskjellsbehandlingen ikke er saklig og rimelig begrunnet, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig.²⁷

Endringer i oppfatningen om moral, kjønnsroller, den økte tilgangen til informasjon og økt mobilitet er noen faktorer som har bidratt til endring i synet på forskjellsbehandling og hva som omfattes av begrepet diskriminering.²⁸ Det har skjedd en overgang fra idéen om at diskriminering er en bevisst ufordelaktig behandling av en gruppe eller et individ til anerkjennelsen av at tilsynelatende lik behandling kan føre til en skjevhet i resultatet og dermed omfattes av diskrimineringsbegrepet.²⁹ EMD har vært motvillig til å akseptere saker som omhandler indirekte diskriminering.³⁰ I den senere tiden har det imidlertid funnet sted en utvikling i retning av at domstolen behandler flere slike saker og i større grad ser på virkninger av ulike tiltak som kan være diskriminerende.

1.4 Likhetsprinsippet og diskrimineringsforbudet

Idéen om likhet for loven er ikke ny, og den kan sies å være en del av juristers rettsbevissthet. Tanken om likhet praktiseres av domstolene, og vanligvis vil lover og forskrifter utformes på en måte som tar hensyn til at alle skal være like for loven.³¹ At mennesker er født frie og med samme menneskeverd er en grunnleggende tanke i menneskerettighetene.³² Også andre bestemmelser i Grunnloven er utslag av dette prinsippet, eksempelvis bestemmelsene om religions- og ytringsfrihet.³³ Menneskerettighetsutvalget påpekte at et likhetsprinsipp vil fungere som en skranke for lovgiver, domstoler og forvaltningen, men at prinsippet antagelig vil få større betydning som tolkningsprinsipp. Den formuleringen prinsippet har fått er egnet til å

²⁶ Emberland (2006) s. 207

²⁷ Avsn. 10 under pkt B.

²⁸ Wildhaber (2002) s. 71

²⁹ Wildhaber (2002) s. 72

³⁰ O'Connell (2009) s. 11

³¹ Dok. 16 (2011-2012) s. 143

³² Innst. 169 S (2012-2013) s. 12

³³ Dok. 16 (2011-2012) s. 139

reise tvil om hvordan prinsippet er ment anvendt i praksis, og betydningen av ”likhet” kan også innebære vanskelige avgrensningsspørsmål. Å avgjøre hvem som er like i konkrete retts- tvister kan medføre en begrepsmessig utfordring.³⁴

EMK ble vedtatt i 1950, trådte i kraft i 1953 og verner i hovedsak sivile og politiske rettigheter.³⁵ EMK er bindende for de stater som slutter seg til den.³⁶ I tillegg inneholder FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter artikkel 2 nr. 2 og artikkel 3 samt FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 26 et henholdsvis aksessorisk og selvstendig diskrimineringsforbud.³⁷ Norge er bundet av disse gjennom menneskerettsloven. EMK artikkel 14 verner uttrykkelig prinsippet om ikke-diskriminering, men viser ikke til likhetsprinsippet. Disse konseptene er imidlertid to sider av samme sak.³⁸ Dette bekreftes også av den forklarende rapporten til TP 12 som legger til grunn at ”the general principle of equality and non-discrimination is a fundamental element of international human rights law”.³⁹ Denne uttalelsen og rettspraksis fra EMD tyder på at også likhetsprinsippet ansees som en viktig del av konseptet ikke-diskriminering, og er en forutsetning for å gjennomføre et effektivt vern. Det følger videre av den forklarende rapporten til TP 12 at selv om prinsippet om likhet ikke følger uttrykkelig av verken artikkel 14 eller artikkel 1 i TP 12 forutsettes det likevel at dette prinsippet har nær forbindelse til prinsippet om ikke-diskriminering.⁴⁰

Ordlyden i § 98 ”alle er like for loven” oppstiller intet politisk mål som skal nås, men er en erklæring av likhet for loven. Den representerer et uttrykk om likhet når det gjelder tilknytningen til statens lovgivning.⁴¹ Bestemmelsen slår fast at alle *er* like for loven, og er i den forstand et sterkt utsagn. Samtidig mangler bestemmelsen konkrete ansvarsområder eller plikter for offentlige myndigheter til å følge opp dette prinsippet og sikre at det fortsetter å være likhet for loven. Denne måten å utforme bestemmelsen på er i samsvar med den stilen Grunnloven er skrevet i. Som det også ble uttalt i det fremsatte grunnlovsforslaget om grunnlovsfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, er ikke Grunnloven ment å gi oss svaret på vanskelige og viktige samfunnsutfordringer, men bør fastlegge visse overordnede og grunnleggende regler som skal danne grunnlag for de beslutninger som treffes.⁴²

³⁴ Dok. 16 (2011-2012) s. 144

³⁵ Høstmølingen (2012) s. 65

³⁶ Tverberg (2014) s. 4

³⁷ Heretter: ØSK, SP

³⁸ Arnardóttir (2003) s. 7

³⁹ Explanatory Report (2000), avsn. 1

⁴⁰ Explanatory Report (2000), avsn. 15

⁴¹ Strand og Larsen (2015) s. 108

⁴² Grunnlovsforslag 30 (2011-2012) s. 176

Det følger av kontroll- og konstitusjonskomiteens innstilling at bestemmelsen om likhet i § 98(1) skal leses som et forbud mot å gi privilegier til enkelte grupper eller personer i samfunnet, og at bestemmelsen er ment som tolkningsprinsipp for rettsanvenderen mer enn en skranke for lovgiver.⁴³ Domstolene og forvaltningen må på sin side følge opp gjennom praktiseringen av lovverket. Prinsippet om likhet vil dermed kunne komme inn som støtteargument og være et prinsipp som anvendes i tolkningen av andre bestemmelser. Komiteen påpekte at likhetsprinsippet gjøres ”mer tilgjengelig” gjennom forslaget om at ikke-diskrimineringsprinsippet skal nedfelles i samme bestemmelse.⁴⁴ Det er ikke umiddelbart klart hva dette betyr. Vil et påfølgende ikke-diskrimineringsprinsipp gjøre bestemmelsen lettere å forstå for den som føler seg diskriminert og som vil håndheve sin rett? Eller vil et etterfølgende og sterkere ikke-diskrimineringsprinsipp gjøre at det noe svakere formulerte likhetsprinsippet blir tillagt mindre selvstendig betydning? Å gi likhetsprinsippet en svakere utforming kan ha sammenheng med at det var et ønske å tydeliggjøre at saklig forskjellsbehandling ikke er forbudt.

Komiteen poengterer at ikke-diskrimineringsprinsippet i annet ledd skal forstås som en materiell skranke for lovgiver og en individuell rettighet.⁴⁵ Dette innebærer at lovgiver ikke kan vedta lover som strider mot prinsippet, noe som også følger av ordlyden ”intet menneske må utsettes for”. Heller ikke denne skranken vil representere en nyskaping i norsk rett da det også før revisjonen av Grunnloven eksisterte et prinsipp om ikke-diskriminering. Den overordnede formuleringen av forbudet i § 98, samt plikten til å sikre likhet, kan virke som en rettesnor for lovgiver når det skal vedtas nye lover hvor det kan oppstå spørsmål om enkelte bestemmelser eller ordvalg virker diskriminerende eller krenker likhetsprinsippet.

Vi ser at Grunnloven inneholder et selvstendig diskrimineringsforbud som kan påberopes av individer. Et individuelt rettighetsvern som kan påberopes vil styrke diskrimineringsvernet og gjøre det tydelig at det må skje en avveining mellom denne og øvrige grunnlovsbestemmelser.⁴⁶ Første ledd kan beskrives som en erklæring av den rettslige tilstanden, og sammen med annet ledd, som operasjonaliserer likhetsprinsippet, får bestemmelsen selvstendig betydning.

⁴³ Innst. 186 S (2013-2014) s. 25

⁴⁴ Innst. 186 S (2013-2014) s. 25

⁴⁵ Innst. 186 S (2013-2014) s. 25

⁴⁶ Dok. 16 (2011-2012) s. 147

2 Metode og rettskilder

2.1 Rettskildebildet

Når det gjelder det nasjonale grunnlovsvernet er bestemmelsens ordlyd og forarbeidene de mest sentrale rettskildene. Rapporten fra Menneskerettighetsutvalget har vært svært nyttig i arbeidet. Jeg har også hatt nytte av dommer avsagt i Høyesterett som berører spørsmål rundt tolkningen av de nye bestemmelsene i Grunnloven. I tillegg har jeg brukt juridisk teori for å belyse temaene ytterligere. Oppgaven vil reise spørsmål om forholdet mellom Grunnloven og ordinær lovgivning, og jeg vil da benytte dagens lovgivning, forslaget til ny felles likestillings- og diskrimineringslov, samt to høringsuttalelser. Jeg har valgt å trekke frem akkurat disse uttalelser fordi de gir uttrykk for synet til to sentrale høringsinstanser med utstrakt kompetanse på likestillings- og diskrimineringsfeltet, og tjener som eksempler for å underbygge argumenter i avhandlingen.

I vurderingen av diskrimineringsvernet etter EMK har jeg brukt avgjørelser fra EMD for å konkretisere og besvare problemstillingene. Jeg har hatt god nytte av juridisk teori. Jeg har også brukt den forklarende rapporten til TP 12 og enkelte andre uttalelser fra internasjonale organer. Den forklarende rapporten til TP12 er vedtatt av Europarådets ministerkomité og utarbeidet av Steering Committee for Human Rights. Det er utarbeidet lignende rapporter også til øvrige tilleggsprotokoller. Disse kan være nyttig som tolkningsmomenter i den første fasen etter protokollen er underskrevet og ratifisert av medlemsstatene, på et tidspunkt hvor det ikke foreligger rettspraksis fra EMD som kan avklare tolkningsspørsmål. Det kan ikke legges avgjørende vekt på denne rettskilden, derfor har jeg anvendt den sammenholdt med juridisk teori, rapporten fra Diskrimineringslovutvalget samt en dom fra EMD. Den forklarende rapporten kan gi veiledning, men det er ikke gitt at EMD vil vektlegge denne i sin rettspraksis. Det følger innledningsvis i rapporten at den ikke er ment som en autoritativ tolkning av konvensjonen, men heller en tekst som kan forenkle forståelsen av protokollen.⁴⁷

Det generelle diskrimineringsforbudet i TP 12 ble vedtatt av Europarådet i 2000 og trådte i kraft 1. april 2005 etter at ti stater hadde ratifisert protokollen. Norge har undertegnet, men ikke ratifisert protokollen. Europarådet uttalte i den forklarende rapporten til tilleggsprotokollen at beskyttelsen etter artikkel 14 ikke var tilstrekkelig, og savnet et selvstendig diskrimineringsforbud.⁴⁸ Diskrimineringslovutvalget vurderte om Norge bør slutte seg til den tolvte tilleggsprotokollen.

⁴⁷ Explanatory Report (2000), avsn. II

⁴⁸ Explanatory Report (2000), avsn. I

Grl. § 98 kan sees i sammenheng med Grl. § 92. Denne fanebestemmelsen var før 2014 plassert under § 110c og hadde en litt annen ordlyd. Bestemmelsen var ment å gi uttrykk for den sentrale stillingen menneskerettighetene har i norsk rett, og bidra til økt stabilitet og kontinuitet i Grunnloven.⁴⁹ § 92 sier nå at ”statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter”.

Etter vedtagelsen av et generelt og ubegrenset diskrimineringsforbud i Grl. § 98 er denne bestemmelsen og dens fremtidige håndheving av domstolene avgjørende for forståelsen av vernets rekkevidde. § 98 sammenholdt med ordinær diskrimineringslovgivning og EMK danner rettskildegrunnlaget for avhandlingen.

2.2 Særlige tolkningsspørsmål

Et utgangspunkt for lovtolkning er en naturlig forståelse av ordlyden på opprinnelsestiden.⁵⁰ For Grunnlovens vedkommende må imidlertid denne hovedregelen modifiseres. Grunnlovens alder gjør at det skapes en spenning mellom teksten og endrede samfunnsforhold. Etter en omfattende grunnlovsreform i 2014 er det naturlig at domstolene støtter seg på disse forarbeidene i fortolkningen av lovens innhold, i tillegg til ordlyden. Vanligvis inneholder forarbeider uttalelser også fra departementet, men i dette tilfellet har vi utredningen fra Menneskerettighetsutvalget, innstillingene til Stortinget og referater fra debatten som fulgte. Indreberg uttaler at Høyesterett må kunne vektlegge uttalelser fra Menneskerettighetsutvalget, og hun trekker også frem at Stortingets innstilling inneholder et sammendrag av utvalgets rapport, samt en omtale av merknader til de foreslåtte bestemmelsene.⁵¹

Kanskje kan det være grunn til å være forsiktig med å trekke konklusjoner på bakgrunn av ordlyden, gitt den måten Grunnloven har blitt til på?⁵² Menneskerettighetsutvalget var opptatt av å finne gode helhetlige løsninger, og kanskje mindre fokusert på en nærmere analyse av de enkelte bestemmelsene utfra deres ordlyd. Etter at forslagene ble fremmet hadde ikke Stortinget adgang til å bearbeide de forslagene som kom inn, og selv om forslagene ble fremmet

⁴⁹ Dok. 16 (2011-2012) s. 64

⁵⁰ Aall (2011) s. 36

⁵¹ Indreberg (2015) s. 402

⁵² Indreberg (2015) s. 400

med flere alternativer er det fare for at ordlyden ikke samsvarer med innholdet i alle bestemmelsene slik de var ment.⁵³

Et annet spørsmål er om Høyesterett i anvendelsen av de nye bestemmelsene skal anlegge en dynamisk tolkningsstil, i likhet med konvensjonsorganer som håndhever menneskerettighetene.⁵⁴ Det er naturlig at synet på Grunnlovens rettigheter vil endre seg over tid. En tolkning i samsvar med utviklingen i tiden betyr ikke nødvendigvis at domstolene forsøker å uthule Grunnlovens kompetanseregler om at Stortinget skal endre Grunnloven i tråd med § 121.

2.3 Selvstendig tolkning av menneskerettighetene i Grunnloven

Et særlig spørsmål som oppstår er hvordan domstolene skal forholde seg i anvendelsen av Grunnloven, ordinær lovgivning og EMK når det gjelder å løse menneskerettighetsspørsmål. I den såkalte *Maria-saken* oppholdt en kenyansk kvinne seg ulovlig i Norge etter å ha fått avslag på asylsøknaden.⁵⁵ Datteren på fem år var norsk statsborger, og kvinnen ønsket familie-gjenforening. Høyesterett måtte ta stilling til om avslaget var i strid med retten til privatliv etter EMK artikkel 8 og den nye grunnlovsbestemmelsen i § 102. Høyesterett kjente vedtakene ugyldig og avsa fastsettelsesdom på at vedtakene var i strid med EMK artikkel 8. Høyesterett viste også til Grunnloven § 102 og § 104. I avsnitt 57 viser førstvoterende til at bestemmelsen i § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene:

”men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett - ikke de internasjonale håndhevingsorganene - som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser”.

I dette utsagnet tillegger en enstemmig Høyesterett en av de nye grunnlovsbestemmelsene selvstendig betydning i saken. Utgangspunktet om Høyesteretts ansvar for grunnlovstolkningen gjentas også i avsnitt 64 som angår betydningen av praksis fra Barnekomiteen. Samtidig trekker Høyesterett i avsnitt 57 en grense mellom folkerettslige forbilder og fremtidig praksis, hvor sistnevnte ikke har samme prejudikatsvirkning. Høyesteretts uttalelse tyder på at domstolen ønsker et handlingsrom i måten de tolker Grunnlovens menneskerettigheter på.⁵⁶

⁵³ Indreberg (2015) s. 400

⁵⁴ Indreberg (2015) s. 402-403

⁵⁵ Rt. 2015 s. 93

⁵⁶ Strand og Larsen (2015) s. 101

Av sitatet fremgår det imidlertid at også fremtidige saker kan ha betydning, bare ikke *samme* prejudikatsvirkning som eldre rettspraksis.⁵⁷ Dette er en måte å begrense betydningen internasjonale konvensjoner får på tolkningen av Grunnloven. Skillet mellom tidligere og fremtidig praksis kan imidlertid bli noe kunstig, da praksis fra internasjonale håndhevingsorganer er dynamisk med fokus på bestemmelsens formål og hensikt, noe som vil utvikle seg over tid. Da vil ikke en skarp avgrensning mot fremtidig praksis nødvendigvis være den beste måten å sikre at grunnlovstolkningen forblir et anliggende for nasjonale domstoler. Dommer Bårdsen har påpekt at det er konstitusjonelt uproblematisk at det settes som forutsetning at de nye grunnlovsbestemmelsene tolkes i lys av konvensjonspraksis, så lenge det gjelder praksis som forelå senest på vedtakstidspunktet for bestemmelsen. Å legge bånd på den fremtidig tolkningen ville medført et konstitusjonelt problem siden Stortinget ikke kan binde domstolene til å respektere fremtidig rettspraksis fra eksempelvis EMD.⁵⁸

2.4 Avhandlingens metode

Den gjennomgående fremstillingen vil være forholdet mellom Grunnloven, ordinær lovgivning og EMK. Ved sammenligninger søker jeg å vurdere vernets karakter og dets styrke. Avhandlingen er sammenlignende i sin fremstilling, og hvilke elementer som sammenlignes vil være avhengig av temaet som belyses og hva som er naturlig i den gitte sammenhengen. Enkelte emner vil bestå av en sammenligning av Grunnloven sett opp mot EMK, mens andre temaer vil være knyttet til forholdet mellom Grunnloven og ordinær lovgivning. Grunnloven er hovedtema for avhandlingen, og sammenligninger vil skje med utgangspunkt i grunnlovsvernet.

En utfordring er at mye fremdeles er uklart når det gjelder anvendelsesområdet til denne bestemmelsen. Det skrives stadig ny litteratur om den nye katalogen av menneskerettigheter og diskusjoner føres i fagmiljøene. Avhandlingen vil nødvendigvis bære preg av uvissheter på dette punktet, men jeg vil likevel trekke slutninger der det lar seg gjøre, med utgangspunkt i rettskildene. Også usikkerheten knyttet til utformingen av diskrimineringsvernet i ordinær lovgivning medfører at enkelte spørsmål som tas opp i avhandlingen først vil kunne besvares etter at ny felles diskrimineringslov er vedtatt.

Av de internasjonale konvensjonene som har nedfelt et diskrimineringsforbud er det EMK som danner utgangspunktet for min avhandling. Dette er fordi konvensjonen spiller en viktig

⁵⁷ Bårdsen (2015) s. 20 pkt. 39

⁵⁸ Bårdsen (2015) s. 19 pkt. 38

rolle i norsk rett, og fordi den har påvirket rettsutviklingen i Norge. I tillegg har vi en rik praksis fra EMD som gir grunnlag for å si noe om vernets karakter, anvendelse og rekkevidde. I tillegg har rettspraksis fra EMD vært i utvikling og inkluderer i dag flere diskrimineringsgrunnlag enn tidligere, noe som kan ha medført et utvidet vern, og er dermed et godt utgangspunkt for avhandlingen. EMD har lagt til grunn en dynamisk tolkningsstil med konvensjonene som et levende instrument ("a living instrument"), noe som betyr at standardene i konvensjonen tilpasses sin tid.⁵⁹ Organer som håndhever og overvåker andre konvensjoner Norge er part til er også relevante på diskrimineringsfeltet. Av det øvrige rettskildematerialet på diskrimineringsfeltet er SP artikkel 26 særlig sentral, og jeg vil komme inn på denne bestemmelsen i forbindelse med TP 12. Vedtagelsen av TP 12 er et eksempel på utvikling i det internasjonale diskrimineringsvernet, og jeg skal integrere drøftelser av vernet etter denne protokollen i avhandlingens problemstillinger.

EMK artikkel 14 er i enkelte tilfeller blitt kalt "*the Cinderella provision*" fordi rettspraksis fra EMD ikke har hatt en tilfredsstillende tilnærming til diskrimineringsvernet, og fordi vernet har blitt "annenrangs" ved at bestemmelsen ikke er anvendt slik at den har tilstrekkelig brodd.⁶⁰ Ofte har EMD avgjort saker på grunnlag av andre bestemmelser enn artikkel 14, selv om diskriminering har vært et tema i den konkrete saken. Dette kan ha sammenheng med bestemmelsenes aksessoriske karakter, men også manglende utvikling i diskrimineringsbegrepet og manglende forståelse for at diskriminering omfatter mer enn de klare tilfellene av direkte diskriminering.⁶¹

Inntil nylig var rettspraksis fra EMD rettet mot en formell likhetsmodell som i hovedsak så på hvorvidt det forelå forskjellsbehandling av personer i like situasjoner og om en slik forskjellsbehandling kunne rettfærdiggjøres. En tilnærming til likhet som også omfatter et mål om reell likhet har som utgangspunkt at visse grupper har en større risiko for å bli utsatt for ulemper eller forskjellsbehandling, og en slik tilnærming er opptatt av hvilke virkninger en lov eller en praksis får for individer.⁶² Dersom resultatet av en tilsynelatende nøytral lov rammer enkelte grupper særlig hardt, kan dette stride mot diskrimineringsforbudet. Det siste tiåret har diskrimineringsforbudet imidlertid fått en mer sentral betydning og blir oftere påberopt. Domstolen har videreutviklet anvendelsen av vernet til blant annet å omfatte konsepter som indirekte diskriminering, stereotypisering og stigmatisering.⁶³

⁵⁹ Høstmølingen (2012) s. 95

⁶⁰ O'Connell (2009) s. 2

⁶¹ O'Connell (2009) s. 3

⁶² O'Connell (2009) s. 4

⁶³ Gerards (2013) s. 100

2.5 Avgrensninger

På grunn av avhandlingens omfang har jeg valgt å avgrense mot diskrimineringsvernet i andre konvensjoner enn EMK. Jeg vil streife enkeltbestemmelser, men disse blir ikke drøftet inngående. Videre har jeg valgt å avgrense mot EØS-retten. Jeg vil heller ikke komme inn på arbeidsmiljølovens regler om vern mot diskriminering i lovens kapittel 13. Spørsmålet om hvorvidt juridiske personer er omfattet av vernet er et sentralt og interessant spørsmål, men en slik vurdering vil strekke seg utover rammen for min avhandling, og derfor avgrenser jeg mot dette temaet i sin helhet. Temaet for avhandlingen er forholdet mellom individer eller grupper og statlige myndigheter når det gjelder vernet mot diskriminering, ikke forholdet mellom privatpersoner, selv om jeg vil nevne eksempler på denne grensedragningen. Enkelte steder vil jeg komme inn på forholdet mellom Grl. § 98 og § 92, men en ordentlig vurdering av dette emnet krever en mer inngående drøftelse enn rammene tillater, og derfor har jeg begrenset anvendelsen av § 92 til de punkter hvor den er relevant for behandlingen av § 98.

2.6 Fremstillingen videre

De kommende kapitlene tar for seg sentrale spørsmål knyttet til diskrimineringsvernet. Dette innebærer en vurdering av hvem som er omfattet av vernet og hvilket anvendelsesområde forbudet har. Jeg vil reise flere relevante spørsmål i tilknytning til dette. Redegjørelsen for dagens rettstilstand, og vurderingen av Grunnloven, ordinær lovgivning og EMK artikkel 14 gjennomføres parallelt der det lar seg gjøre. Jeg kommer også inn på SP artikkel 26 og TP 12 artikkel 1. Hvert tema avrundes med en kort konklusjon. I det siste kapittelet skal jeg se på dagens situasjonen og veien videre.

3 Hvilke diskrimineringsgrunnlag er omfattet av vernet?

I dette kapittelet skal jeg se på hvem som kan påberope seg diskrimineringsvernet og hvilke rettigheter og plikter individer og statlige myndigheter har. Videre skal jeg behandle spørsmålet om hvilke diskrimineringsgrunnlag som nyter vern etter Grunnloven, ordinær lovgivning og EMK, samt se på utviklingen av vernet.

3.1 Hvem kan påberope seg diskrimineringsvernet?

3.1.1 Hvem er pliktsubjekt?

Lovgiver vurderte ulike formuleringer av statens forpliktelser etter § 98.⁶⁴ Bestemmelsen er altomfattende og åpen etter sin ordlyd, noe som kan være en fordel for en grunnleggende rettighet som diskrimineringsforbudet. Samtidig kan det bidra til en oppfatning av en flytende grense mellom rettighet og programerklæring. Som utgangspunkt er offentlige myndigheter pliktsubjekter etter Grunnloven, noe som omfatter både lovgivende, utøvende og dømmende makt, men det er også en tradisjon for at enkelte bestemmelser benyttes for å løse private rettstvister.⁶⁵ Selv om Grunnlovens regler kan være egnet til å angå privatpersoner, hadde Menneskerettighetsutvalget i hovedsak offentlige myndigheter for øyet da de la frem sin rapport.

Et diskrimineringsforbud så generelt som det vi har i § 98 kan lede tanken dithen at all forskjellsbehandling er forbudt. Dette er verken tilfellet etter Grunnloven eller den øvrige lovgivningen. Som det følger av ikke-diskrimineringsprinsippet i § 98(2), er det kun ”usaklige eller uforholdsmessig” forskjellsbehandling som ikke er tillatt. Saklighetsvurderingen er en forholdsmessighetsvurdering der de faktorer som begrunner forskjellsbehandlingen må vurderes nærmere.⁶⁶ Først må det vurderes hvorvidt forskjellsbehandlingen bygger på et saklig formål som er relevant ut fra den sammenhengen som foreligger. Dersom begrunnelsen ansees som saklig, må det foretas en konkret forholdsmessighetsvurdering av tiltaket som fører til forskjellsbehandling. Dette innebærer blant annet en vurdering av om tiltakets mål kan oppnås også med mindre inngripende midler.⁶⁷ Dersom den aktuelle bestemmelsen, praksisen eller reguleringen, ansees egnet, nødvendig og forholdsmessig, kan forskjellsbehandling være tillatt i det konkrete tilfellet.

⁶⁴ Innst. 186 S (2013-2014) s. 5

⁶⁵ Dok. 16 (2011-2012) s. 46

⁶⁶ Strand (2012) s. 133

⁶⁷ Strand (2012) s. 134

Det følger av artikkel 1 i EMK at ”de høye Kontraherende parter” skal sikre de rettigheter og plikter som er fastlagt i konvensjonen. Dette understreker at det er statene som er parter til konvensjonen, ikke borgerne selv, selv om disse sikres rettigheter.⁶⁸ ”Skal sikre” innebærer at statene plikter å treffe de tiltak som er nødvendige for at individene skal kunne nyte vernet som fremgår av konvensjonen.⁶⁹ Etter internasjonale menneskerettighetskonvensjoner er det statene som har plikt til å følge opp rettighetene. Dette kan utledes fra systemet med menneskerettighetene hvor statene er avtaleparter og har forpliktet seg etter konvensjonens tekst. At statene er ansvarlige innebærer at alle som utøver offentlig myndighet på alle nivåer innad stat, kommune og fylkeskommune er forpliktet til å handle i tråd med konvensjonen. Plikten gjelder også for organer som handler på vegne av offentlige myndigheter.⁷⁰

Vi har sett at det er henholdsvis statene og statlige myndigheter som er ansvarlige etter diskrimineringsforbudet og menneskerettighetene for øvrig. Etter Grunnloven vil dette medføre særlige plikter for domstolene som skal fastlegge rammene for vernet gjennom praksis, både for vernets anvendelsesområde og for grensene som må trekkes mot den tillatte forskjellsbehandlingen. Et særlig spørsmål er hvilke positive og negative plikter som pålegges statlige myndigheter ved gjennomføring av forpliktelsene. Dette henger sammen med statens eventuelle plikt til å behandle ulike tilfeller ulikt, og ikke bare avstå fra diskriminering. Dette skal jeg se nærmere på i punkt 4.7.

3.1.2 Hvem er rettighetssubjekt?

Et spørsmål er hvilke grupper og individer som nyter diskrimineringsvern, et annet er hvem som har størst behov for vern, hvem som er opptatt av vernet og hvem som er avhengig av det. Individer som befinner seg i en privilegert posisjon er i mindre grad opptatt av prinsippet om likhet, sammenlignet med de som befinner seg i en mindre heldig posisjon.⁷¹ Nettopp på grunn av slike forskjeller er det nødvendig med et likhetsprinsipp og forbud mot diskriminering. Prinsippet om ikke-diskriminering kan i denne sammenhengen sies å være et minimums-tiltak for å oppnå reell likhet. Spørsmålet tydeliggjøres når det gjelder forholdet mellom statsborgere og personer som ikke er statsborgere.

⁶⁸ Bertelsen (2011) s. 37

⁶⁹ Bertelsen (2011) s. 38

⁷⁰ Strand og Larsen (2015) s. 26

⁷¹ Opsahl (1996) s. 197-198

Diskrimineringslovutvalget var delte i synet på hvorvidt § 98 burde utformes som en plikt for det offentlige eller en rettighet for den enkelte til ikke å bli diskriminert.⁷² Menneskerettighetsutvalget la til grunn at retten til ikke å bli diskriminert burde utformes som en individuell rettighet som kan håndheves av domstolene.⁷³ Selv om enkelte grunnlovsbestemmelser gir rom for tvil, kan vi som et utgangspunkt si at det er mennesker som er rettighetssubjektene, ikke dyr eller gjenstander.⁷⁴ Da Grunnloven ble vedtatt i 1814 ble rettighetene forstått som ”borgerrettigheter” – rettigheter som var tiltenkt borgere av landet, og det var heller ikke alle individer som kunne nyte godt av rettighetene Grunnloven oppstilte. Konvensjonene som Norge har sluttet seg til innebærer en definisjon av rettigheter borgerne har i kraft av at de er mennesker med et innebygd menneskeverd. Da er ikke faktorer som statsborgerskap avgjørende for beskyttelsen.⁷⁵

Likhetsprinsippet i § 98(1) synes umiddelbart å gjelde alle mennesker, ikke bare statens borgere. Prinsippet er grunnleggende for utøvelsen av andre menneskerettigheter, noe som også tilsier at prinsippet må gjelde enhver. Annet ledd legger til grunn at ”intet menneske må utsettes for...”, noe som tilsier at det gjelder ethvert menneske. Innebærer dette en ubetinget likestilling mellom norske og utenlandske borgere? Selv om Grunnloven verner alle mennesker, må utenlandske statsborgere tåle visse begrensninger i sine rettigheter, sammenlignet med norske statsborgere.⁷⁶ Et eksempel på dette er at utenlandske borgere normalt ikke kan delta i valg til Stortinget, jamfør formuleringen ”norske borgere” i Grl. § 50.

Rekkevidden av EMK artikkel 14 kan deles inn i personlig og materiell rekkevidde. Artikkel 14 gjelder alle individer innenfor statens jurisdiksjon, uavhengig av om disse er statsborgere i den aktuelle staten, om de er utlendinger, juridiske personer eller fysiske personer.⁷⁷ Utgangspunktet er at kun private aktører har et krav på diskrimineringsvern, ikke offentlige organer eller myndigheter. Man kan tenke seg situasjoner med diskriminering mellom ulike statlige eller kommunale organer som resultat av forfordeling etter budsjettvedtak eller andre situasjoner, men slike tilfeller er ikke vernet av forbudet.⁷⁸ EMK kjennetegnes av en universalitet i den forstand at uavhengig av nasjonalitet verner konvensjonen alle personer innenfor den rettsordenen som omfattes av konvensjonen.⁷⁹

⁷² Dok. 16 (2011-2012) s. 147

⁷³ Dok. 16 (2011-2012) s. 147

⁷⁴ Dok. 16 (2011-2012) s. 44

⁷⁵ Dok. 16 (2011-2012) s. 44

⁷⁶ Dok. 16 (2011-2012) s. 45

⁷⁷ Edel (2010) s. 10

⁷⁸ Emberland (2006) s. 221

⁷⁹ Edel (2010) s. 11

Det følger av EMK artikkel 1 at rettighetene og frihetene skal sikres for ”enhver”. Dette henger sammen med bestemmelse i EMK artikkel 34 om at ”enhver person, frivillig organisasjon eller gruppe av enkeltpersoner” kan sende inn klage til EMD. Dette utelukker ikke at statene kan gjøre forskjell på egne statsborgere og utenlandske statsborgere. Domstolen må foreta en konkret vurdering av bestemmelsenes virkeområde og hvem rettighetene omfatter.⁸⁰ ”Enhver” betyr ikke nødvendigvis det samme i hver konvensjonsbestemmelse.

Etter dette kan vi si at de internasjonale menneskerettighetene har som utgangspunkt at statsborgerskap vanligvis ikke har betydning for individenes vern, noe som henger sammen med den grunnleggende ideen om individets ukrenkelighet og menneskeverd, noe som også gjenspeiles i Grunnlovens § 2 om plikten til å sikre ”demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene”.⁸¹ Selv om menneskerettigheter kan begrenses i visse tilfeller, er det klare utgangspunktet, både etter Grunnloven og EMK, at rettighetsvernet omfatter alle mennesker, jamfør også ordlyden i § 98 første og annet ledd.

3.2 Diskrimineringsgrunnlag i Grunnloven

Diskrimineringslovutvalget og Menneskerettighetsutvalget var uenige når det gjaldt utformingen av en grunnlovsbestemmelse om likhet og ikke-diskriminering og hvilken betydning en slik grunnlovsbestemmelse eventuelt skulle ha. Diskrimineringslovutvalgets flertall mente at en grunnlovsbestemmelse burde utformes med en opplisting av de viktigste diskrimineringsgrunnlagene.⁸² De foreslåtte grunnlagene ble formulert som ”kjønn, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, religion, livssyn, politisk syn, alder eller andre lignende vesentlige forhold ved en person”.⁸³ Etter mindretallets mening var en generell grunnlovsfesting av diskrimineringsforbudet tilstrekkelig, og det nærmere innhold må trekkes opp av lovgiver. Mindretallet sluttet seg til følgende formulering: ”Det påligger statens myndigheter å sikre at ingen mennesker utsettes for diskriminering. Nærmere bestemmelser fastsettes ved lov”. Forskjellen ligger i hvor mye innflytelse på vernet som overlates til henholdsvis lovgiver og domstoler. Mindretallet påpekte at en generell utforming vil tydeliggjøre at ingen av grunnlagene er ”viktigere” enn andre, og at bestemmelsen ikke er over- eller underordnet andre grunnlovsfestede rettigheter. Mindretallet uttalte at en slik formulering i større grad ville virke

⁸⁰ Bertelsen (2011) s. 44

⁸¹ Dok. 16 (2011-2012) s. 45

⁸² NOU 2009:14 s. 321

⁸³ NOU 2009:14 s. 317

som en ”symbolbærer” for den grunntanke samfunnet vårt bygger på.⁸⁴ Samtidig vil ikke en slik bestemmelse kunne påberopes av enkeltindivider som grunnlag for et krav mot staten. Den vil heller ha karakter av en prinsippbestemmelse.⁸⁵ Mindretallet fremhevet at med en slik formulering vil det ikke oppstå fremtidige forskjeller mellom Grunnloven og den diskrimineringslovgivningen som til enhver tid gjelder. De fremholdt at et effektivt diskrimineringsvern heller bør realiseres gjennom ordinær lovgivning, og påpekte at det ikke er nødvendig med en håndhevbar rettighet i Grunnloven, siden vi allerede er forpliktet etter internasjonale menneskerettighetskonvensjoner.⁸⁶

Menneskerettighetsutvalget mente at de ulike diskrimineringsgrunnlagene ikke burde listes opp i en Grunnlovsbestemmelse, men at man heller burde vedta en åpen bestemmelse. På den måten vil samspillet mellom Grunnloven og ordinær lovgivning bli mer dynamisk, og man trenger ikke endre Grunnloven dersom man vil omfatte ytterligere diskrimineringsgrunnlag. Dersom ingen av grunnlagene nevnes, vil man heller ikke strides om hvilke som er nødvendig å inkludere og hvorfor man eventuelt må velge enkelte grunnlag på bekostning av andre.⁸⁷ Denne løsningen ble også valgt av Stortinget. Menneskerettighetsutvalget påpekte at man unngår et tydelig skille mellom diskrimineringsgrunnlagene, og åpner for at grunnlag som ikke nødvendigvis er relevante i dag kan falle inn under forbudet i fremtiden.⁸⁸

Menneskerettighetsutvalget gikk inn for en åpen kategori, men uttalte at en slik generell utforming kan være en ulempe ved at den skaper mindre forutsigbarhet og gir betraktelig spillerom for domstolene, som får stor innflytelse på hvordan diskrimineringsforbudet skal håndheves.⁸⁹ Samtidig peker utvalget på at en åpen kategori vil sikre at den forskjellsbehandling som er usaklig og uforholdsmessig vil rammes av forbudet. Utvalget påpekte at det var viktig å få frem at likhetsprinsippet er et allmenngyldig prinsipp, og at ingen skal utsettes for usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling.⁹⁰ Denne uttalelsen kan tyde på at det ikke var de enkelte diskrimineringsgrunnlagene som stod i fokus, men heller en vedtagelse av det sentrale og overordnede prinsippet uten å begrense utøvelsen gjennom særskilte diskrimineringsgrunnlag.

Grunnlovsfestingen var ikke var ment å endre gjeldende rett. Dette kan tale for at en knappere bestemmelse er å foretrekke framfor en opplisting som kan føre til at enkelte grunnlag ikke

⁸⁴ NOU 2009:14 s. 321

⁸⁵ NOU 2009:14 s. 318

⁸⁶ NOU 2009:14 s. 322

⁸⁷ Dok. 16 (2011-2012) s. 149

⁸⁸ Innst. 186 S (2013-2014) s. 5

⁸⁹ Dok. 16 (2011-2012) s. 152

⁹⁰ Dok. 16 (2011-2012) s. 149

blir grunnlovsfestet på lik linje med andre, avhengig av hvilke man anser som ”viktigst”. Når det gjelder symboleffekten dagens bestemmelse sender, er det også et mer altomfattende signal enn ved å snevre inn gjennom diskrimineringsgrunnlag. For personer som havner i randsonen, eller personer som faller utenfor kategoriseringen, men likevel opplever diskriminering, kan det oppleves som at de ikke er omfattet av forbudet.⁹¹ I stortingsmøtet før vedtagelsen av menneskerettighetskatalogen uttalte stortingsrepresentant Jette F. Christensen at kontroll- og konstitusjonskomiteens flertall mener at bestemmelsen ”står seg og ikke er til å misforstå”.⁹² Samtidig kan det tenkes at dagens knappe formulering er for vag og får karakter av en programerklæring uten rettslig innhold. Dette kan føre til at enkeltindivider i praksis vegrer seg for å påberope bestemmelsen, da den på overflaten ikke inneholder mer enn henvisningen til et generelt prinsipp som samfunnet og rettsstaten Norge er tuftet på. En annen grunn til utformingen kan være at det skal være tydelig at saklig forskjellsbehandling ikke er forbudt, og at et vidtrekkende forbud som lister opp ulike diskrimineringsgrunnlag kan virket avskrekkende og skyve fokus bort fra den forskjellsbehandlingen som er tillatt innenfor lovens rammer. En opplisting av diskrimineringsforbud var ønsket av blant annet Likestillings- og diskrimineringsombudet, og de pekte på at et forbud uten konkretisering vil være mindre rettslig forpliktende for myndighetene, og ikke i tilstrekkelig omfang verne gruppene som har behov for rettslig beskyttelse.⁹³

3.2.1 Ordinær lovgivning

I ordinær lovgivning er diskrimineringsvernet selvstendig, og nedfelt gjennom en opplisting av en rekke diskrimineringsgrunnlag i fire lover. Lovene gjelder på alle samfunnsområder, men det er enkelte begrensninger i håndhevingen. Grunnlagene omfatter typisk personlige karakteristikk, forhold som ligger innenfor individenes personlige autonomi eller situasjoner individer kan befinne seg i som krever et særskilt vern, eksempelvis graviditet.⁹⁴ Likestillingsloven verner diskriminering på grunn av kjønn, noe som også omfatter diskriminering på grunn av graviditet og permisjon ved fødsel og adopsjon.⁹⁵ I forslag til ny felles diskrimineringslov er også omsorgsoppgaver foreslått som eget diskrimineringsgrunnlag.⁹⁶ De øvrige diskrimineringslovene omfatter forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion, livs-

⁹¹ Dok. 16 (2011-2012) s. 149

⁹² Stortingsreferat (2014) s. 2473 første spalte

⁹³ Dok. 16 (2011-2012) s. 149

⁹⁴ BLD (2015a) s. 34

⁹⁵ Lstl. § 5(1)

⁹⁶ BLD (2015a) s. 39

syn, nedsatt funksjonsevne og fra 2013 en ny lov om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.

Høringsfristen på forslag til ny felles diskrimineringslov er i skrivende stund utløpt. Målet med forslaget er å ”styrke likestillingen og skape et bedre diskrimineringsvern for alle”.⁹⁷ Et særlig spørsmål blir da om diskrimineringsgrunnlagene som er foreslått vernet av den kommende loven også vil ha et tilsvarende vern etter Grunnloven.⁹⁸ Dersom domstolenes tolkning og anvendelse av grunnlovsbestemmelsen medfører en utvidelse av de nedfelte diskrimineringsgrunnlagene, vil dette kunne føre til et utvidet grunnlovsvern. Ordlyden i § 98(2) åpner for at fremtidige diskrimineringsgrunnlag kan inkluderes i vurderingen. Dette ble uttalt av Menneskerettighetsutvalget⁹⁹ og fulgt opp av komiteen.¹⁰⁰ Det ble påpekt at fordelene med en slik åpen kategori er at den sikrer at diskrimineringen som er usaklig eller uforholdsmessig rammes av forbudet. En slik utvidelse av grunnlovsvernet basert på eventuelle senere endringer i ordinær lovgivning kan imidlertid være en måte å omgå de særlige krav som stilles til endring av Grunnloven i § 121.¹⁰¹

3.3 Nok å være forskjellsbehandlet?

I vurderingen av om diskrimineringsgrunnlagene burde listes opp i § 98 eller utformes åpent, understreket Menneskerettighetsutvalget at når man først ser på om det foreligger forskjellsbehandling, og deretter vurderer om denne er usaklig eller uforholdsmessig, vil disse elementene utgjøre den sentrale vurderingen. Utvalget påpekte at usaklighetsvurderingen etter Grunnloven ikke bør låses fast til helt bestemte diskrimineringsgrunnlag, men være åpen for at det kan skje endringer over tid og at nye situasjoner kan oppstå.¹⁰² Dette gjelder spørsmålet om det var ønskelig med konkrete diskrimineringsgrunnlag eller ikke. Et annet spørsmål er om vi kan se helt bort fra grunnlagene og heller rette fokus mot den usaklige og uforholdsmessige behandlingen et individ kan oppleve. Kan det være tilstrekkelig for påberopelse av § 98 at et individ mener seg usaklig og uforholdsmessig diskriminert, uten at dette kan knyttes opp mot et særskilt grunnlag?

⁹⁷ BLD (2015a) s. 6

⁹⁸ BLD (2015b) s. 14

⁹⁹ Dok. 16 (2011-2012) s. 150

¹⁰⁰ Innst. 186 S (2013-2014) s. 5

¹⁰¹ BLD (2015b) s. 14

¹⁰² Dok. 16 (2011-2012) s. 150

Ulikhet og forskjellsbehandling har i lang tid vært knyttet til en bestemt gruppetilhørighet, eksempelvis kjønn, etnisitet eller funksjonsnedsettelse. For å sikre lik behandling er det utviklet bestemmelser som tar sikte på å begrense forskjellsbehandlingen av disse gruppene.¹⁰³ Dette betyr at vernet er avhengig av at man tilhører en viss gruppe som kan sies å være i risikozonen for usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling. En slik gruppetilnærming i form av diskrimineringsgrunnlag er ikke nok til å inkludere helheten i individet.¹⁰⁴ Ved å plassere individene i grupper går man ut fra at ved å være et visst kjønn eller å ha en bestemt funksjonsnedsettelse så er man i sammenlignbare situasjoner med andre som har tilsvarende kjennetegn. For kjønn, og historisk sett spesielt for kvinner, kan en slik inndeling ha en negativ effekt for gruppen det angår, selv om kategoriseringen er ment som en måte å styrke vernet på.

Når Grunnloven ikke oppstiller diskrimineringsgrunnlag kan man reise spørsmål om hvorvidt det er tilstrekkelig med en saklighetsvurdering av den konkrete situasjonen, hvor individet og dets behov står i fokus, uavhengig av hvilke markører i form av diskrimineringsgrunnlag som potensielt kan påberopes. Dette kan medføre et svært omfattende diskrimineringsvern med manglende forutberegnelighet for individene, og domstolene vil da få større innflytelse på hvordan vernet skal fastlegges og praktiseres. Selv om endringene i Grunnloven av 2014 ikke var ment å endre gjeldende rett, kan det oppstå situasjoner som dagens lovgiver ikke har vurdert. Teoretisk sett omfatter vernet alle som mener seg diskriminert og befinner seg i en sårbar situasjon. Men potensielt kan det fremmes mange krav for domstolene som gjør det nødvendig å gjennomføre kun en saklighetskontroll av om vedkommende i en gitt situasjon er behandlet dårligere. I konvensjoner som oppstiller sekkebestemmelser vil det bero på en tolkning, og etter EMK en tolkning av innholdet i ”annen status” og ”noe grunnlag”.¹⁰⁵

3.4 Forpliktelser etter internasjonale konvensjoner

De generelle menneskerettighetskonvensjonene Norge er bundet av har ikke-uttømmende lister over diskrimineringsgrunnlag. Menneskerettighetsutvalget hentet inspirasjon fra de internasjonale konvensjonene som inneholder et diskrimineringsforbud med en sekkebestemmelse av typen ”annen status” eller ”status for øvrig” etter en opplisting av de øvrige diskrimineringsgrunnlagene.¹⁰⁶ Utvalget formulerte følgende forslag: ”Alle er like for loven. Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling”. Kontroll- og

¹⁰³ Strand og Larsen (2015) s. 112

¹⁰⁴ Strand og Larsen (2015) s. 113

¹⁰⁵ Emberland (2006) s. 212

¹⁰⁶ Eksempelvis EMK art. 14, SP art. 2 nr. 1, ØSK art. 2 nr. 2

konstitusjonskomiteen fremmet Menneskerettighetsutvalgets forslag til første ledd og fremmet fem alternative forslag til bestemmelsens annet ledd.¹⁰⁷ Alternativ 1B ble bifalt av Stortinget. En dynamisk tolkning av diskrimineringsvernet i internasjonale konvensjoner over tid kan romme flere diskrimineringsgrunnlag, noe vi også skal se i EMDs rettspraksis. Resultatet etter en konkret vurdering vil kunne gi tilsvarende utfall som ved et generelt diskrimineringsforbud uten opplisting av særskilte grunnlag.

Det følger av SP artikkel 26 at alle er like for loven og har rett til lik beskyttelse av loven. Menneskerettighetskomitéen, som overvåker SP-konvensjonen, fremholder i sin praksis at ”equal protection of the law is guaranteed without the need to identify a spesific ground”.¹⁰⁸ Artikkel 26 er tolket dithen at den krever likhet for loven på alle områder, ikke bare de som er vernet av konvensjonen, og er dermed en selvstendig og autonom rettighet som strekker seg lengre enn artikkel 2 i samme konvensjon.¹⁰⁹ Menneskerettighetskomitéen uttaler også at statene må ta hensyn til artikkel 26 når de vedtar ny lovgivning og sikre at innholdet ikke er eller virker diskriminerende.¹¹⁰ Komitéen påpeker også at forskjellsbehandling er å anse som legitim i de tilfeller den ulike behandlingen er objektiv og rimelig begrunnet og forfølger et legitimt mål.¹¹¹ Når det gjelder innholdet i den åpne kategorien ”eller stilling forøvrig” i artikkel 26, har omfanget blitt klargjort i praksis fra komitéen fra sak til sak. Det foreligger ingen generelle kriterier for å fastlegge hvilke grunnlag som omfattes.¹¹² Eksempler på forhold som er inkludert i kategorien er bosted, helse, nedsatt funksjonsevne og alder.¹¹³ Jeg vil returnere til betydningen av denne bestemmelsen også i avhandlingens punkt 5.2.

3.5 Diskrimineringsgrunnlag i EMK artikkel 14

Det følger av EMK artikkel 14 at konvensjonens rettigheter og friheter ”skal bli sikret uten diskriminering på noe grunnlag slik som kjønn, rase, farge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status”. Kategoriene er ikke presise. Betydningen av ”farge” er ikke entydig, men vanligvis vil man trekke den slutning at det gjelder hudfarge og ikke eksemp-

¹⁰⁷ Innst. 186 S (2013-2014) s. 5

¹⁰⁸ Vandenhole (2005) s. 14

¹⁰⁹ Vandenhole (2005) s. 14

¹¹⁰ CCPR General Comment no. 18 (1989), Avsn. 12

¹¹¹ CCPR General Comment no. 18 (1989), Avsn. 13

¹¹² Vandenhole (2005) s. 128

¹¹³ Vandenhole (2005) s. 134

vis hårfarge.¹¹⁴ Diskrimineringsgrunnlaget ”kjønn” kan også innebære tolkningsproblemer. Ved å fremheve ”rettigheter og friheter som er fastlagt i denne konvensjon” knyttes artikkelen opp mot forskjellsbehandling som ligger innenfor interesseområdet til de andre bestemmelsene i konvensjonen.¹¹⁵ Interesseområdet til en bestemmelse kan beskrives som det området eller de situasjonene som har en saklig sammenheng med virkeområdet for en artikkel. Vurderingen av hvor langt vernet etter artikkel 14 strekker seg må vurderes konkret i hver sak, da EMD ikke har generelle retningslinjer for omfanget av interesseområdet til hver enkelt bestemmelse i konvensjonen.¹¹⁶ I de fleste saker for EMD er diskrimineringsanførselen subsidiær til en påstand om at en materiell bestemmelse er krenket.¹¹⁷ I slike tilfeller kan EMD enten gjøre en tilleggsvurdering av artikkel 14 sammenholdt med den materielle bestemmelsen, eller domstolen kan finne krenkelse av den selvstendige bestemmelsen, og deretter uttale at det ikke er nødvendig å vurdere artikkel 14 i tillegg.

Et eksempel på en slik sak er *Folgerø and Others v. Norway*, som gjaldt foreldre som hadde fått avslag på søknader om fritak fra undervisningen i KRL for sine barn. Domstolen fant krenkelse av første protokoll artikkel 2 om retten til utdanning, og uttalte etter dette at det ikke var nødvendig med en separat vurdering av artikkel 14.¹¹⁸

Gjennom den ikke-uttømmende ordlyden ”på noe grunnlag” og ”annen status” har EMD gjennom tolkning omfattet flere diskrimineringsgrunnlag enn de opplistede, blant annet nedsett funksjonsevne og alder. Ordlyden ”på noe grunnlag slik som” viser at den påfølgende opplistingen av grunnlag kun er noen av mange mulige grunnlag hvor forskjellsbehandling er forbudt. Bestemmelsen nevner kun de grunnlag som er ”typiske” i den forstand at disse er særlig problematiske å vektlegge.¹¹⁹ I prinsippet kan enhver forskjellsbehandling bringes inn for domstolen, så lenge det faller innenfor konvensjonens anvendelsesområde. Som vi skal se i neste kapittel, er det en sprikende praksis i anvendelsesområdet for artikkel 14, noe som blant annet henger sammen med vernets aksessoriske utforming.

3.6 Diskrimineringsgrunnlagene etter TP 12

¹¹⁴ Emberland (2006) s. 212

¹¹⁵ Bertelsen (2011) s. 354

¹¹⁶ Bertelsen (2011) s. 355

¹¹⁷ Bertelsen (2011) s. 357

¹¹⁸ *Folgerø and Others v. Norway*, avsn. 103-105

¹¹⁹ Gerards (2013) s. 104

TP 12 tar sikte på å verne de samme gruppene som EMK artikkel 14. Som vi har sett, viser rettspraksis fra EMD at domstolen har inkludert flere diskrimineringsgrunnlag i artikkel 14, og derfor ble behovet for å utvide antall grunnlag ikke ansett som nødvendig i arbeidet med tilleggsprotokollen.¹²⁰ En utvidelse ble heller ikke ansett nødvendig siden listen med diskrimineringsgrunnlag ikke er uttømmende.¹²¹ Ordlyden er lik, og heller ikke TP 12 inneholder en definisjon av diskriminering, eller en henvisning til forbudet mot indirekte diskriminering som har utviklet seg i rettspraksis. Bestemmelsene i protokollen er ment som et tillegg som skal fungere ved siden av de øvrige konvensjonsbestemmelsene, jamfør TP 12 artikkel 3. Vedtagelsen av TP 12 har ikke som målsetning å gjøre artikkel 14 overflødig eller endre dens betydning. Det er et stort overlapp mellom artikkel 14 og TP 12 artikkel 1, men forskjeller i rekkevidden av vernet.¹²²

Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina handlet om adgangen til å stille til valg for to klager som var av jødisk og rom-opprinnelse. Grunnloven skilte mellom ulike folkeslag og kun de som utgjorde ”constituents people” kunne stille til valg. Da klagerne ikke tilhørte disse folkegruppene, ble de hindret i å stille til valg. Klagerne anførte krenkelse av artikkel 14 sammenholdt med protokoll 1 artikkel 3 og protokoll 12 artikkel 1 under henvisning til forskjellsbehandling på grunnlag av etnisitet og rase. Domstolen minnet først om at bestemmelsen i TP 12 artikkel 1 er selvstendig og omfatter tilfeller som er ”set forth by law”.¹²³ Domstolen trakk videre frem rettspraksis fra artikkel 14, og uttalte at begrepet ”diskriminering” må tolkes på samme måte i TP 12 artikkel 1, til tross for vernets utvidede rekkevidde.¹²⁴ Domstolen konkluderte med at det var tale om ulovlig forskjellsbehandling.

3.7 ”Annen status” i EMK artikkel 14

Vi har sett at andre grunnlag enn de opplistede kan falle innenfor forbudet i artikkel 14. Må slike grunnlag ligne på de diskrimineringsgrunnlagene som allerede er listet opp? Hva avgjør om en situasjon eller en tilstand av forskjellsbehandling kan ansees som et diskrimineringsgrunnlag? Dersom grunnlagene skal følge det samme mønsteret som konvensjonsteksten så må det gjelde kjennetegn ved et individ eller forhold som er nært forbundet med det å være et individ.¹²⁵ Grunnlagene representerer viktige kjennetegn hos individer, og det er derfor grunn

¹²⁰ NOU 2009:14 s. 294

¹²¹ Explanatory Report (2000), avsn. 20

¹²² Explanatory Report (2000), avsn. 33

¹²³ *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, avsn. 53

¹²⁴ Avsn. 55

¹²⁵ Emberland (2006) s. 213

til å tro at forhold som utgjør ”annen status” også må være av lignende art, eller knytte seg til forhold som er med på å forme individene. I tillegg vil det typisk være forhold som enkeltindivider selv ikke kan gjøre noe med eller endre på. Selv om man kan endre religion lettere enn man kan endre en funksjonsnedsettelse, står religionsfriheten sentralt i konvensjonsvernet og har grunnleggende rettighetsvern, og ansees som en verdi som bidrar til å definere individer. Det vil kjennes krenkende om man ble påtvunget en religion eller et livssyn.¹²⁶ I andre tilfeller kan diskrimineringsgrunnlaget være nettopp den foreliggende forskjellsbehandlingen i seg selv, uten at det foreligger noen klar markør som kan kategoriseres under diskrimineringsgrunnlagene som er omfattet av artikkel 14.¹²⁷

Også andre upersonlige karakteristikk har blitt ansett av EMD til å være omfattet av diskrimineringsvernet, eksempelvis ekteskapelig status, militær rang, bosted eller immigrasjonsstatus. EMD har en rikholdig praksis, og det er ikke blitt fastlagt klare retningslinjer for å skille mellom de forhold som faller innenfor og utenfor sekkebestemmelsen ”annen status”.¹²⁸ Rettspraksis er også sprikende på dette punktet. Sammenfattet kan man si at det typisk dreier seg om visse fellestrekk som angår flere individer.

Både *Engel-* og *Rasmussen-saken*¹²⁹ gir uttrykk for en åpen tilnærming til diskrimineringsgrunnlagene.¹³⁰ I *Rasmussen-saken* uttaler EMD at klageren og hans tidligere kone ble behandlet forskjellig, men domstolen fant ikke grunn til å fastlegge hvilket grunnlag diskrimineringen var basert på, da artikkel 14 ikke er uttømmende.¹³¹ Dette tyder på at EMD har en noe avslappet tilnærming til identifiseringen og defineringen av spesifikke diskrimineringsgrunnlag.¹³² *Engel-saken* handlet om en klager som ved flere anledninger ble straffet med disiplinære tiltak da han var i militæret. Klageren anførte krenkelse av flere bestemmelser, blant annet artikkel 14 sammenholdt med artikkel 5. Domstolen uttalte at forskjellsbehandling på bakgrunn av militær rang kan være grunnlag for diskriminering etter artikkel 14¹³³.

Tradisjonelt har EMD hatt den tilnærming at diskriminering på grunn av personlige karakteristikk er forbudt, men har også vurdert og konstatert diskriminering i tilfeller som ikke gjelder slike personlige karakteristikk. Dette er i samsvar med ordlyden som oppstiller ek-

¹²⁶ Emberland (2006) s. 213

¹²⁷ Arnardóttir (2003) s. 133

¹²⁸ BLD (2015b) s. 77

¹²⁹ *Engel and Others v. Netherlands, Rasmussen v. Denmark*

¹³⁰ Gerards (2013) s. 104

¹³¹ Avsn. 34

¹³² Arnardóttir (2014) s. 648

¹³³ *Engel and Others v. Netherlands*, avsn. 72

sempelgrunnlag som ”eiendom” - et grunnlag som ikke kan sies å være knyttet til personlige egenskaper eller karakteristikk.¹³⁴

Vil den åpne og generelle bestemmelsen i Grl. § 98 i realiteten verne flere grunnlag enn EMK artikkel 14? Vi har sett og vil se i neste kapittel at EMD til en viss grad fjerner seg fra de nedfelte diskrimineringsgrunnlagene og inkluderer andre grunnlag. Som avhandlingen vil vise er imidlertid vernet begrenset av den aksessoriske utformingen av EMK artikkel 14 og en noe uklar rettspraksis. Hvordan kan vernet på dette punktet sammenlignes med forbudet etter Grl. § 98? Bestemmelsene jeg undersøker i avhandlingen er ulikt utformet, og neste kapittel vurderer anvendelsesområdet for forbudene.

¹³⁴ Arnardóttir (2014) s. 665

4 Diskrimineringsvernets anvendelsesområde

I lys av de grunnlagene som vi har sett kan omfattes av diskrimineringsvernet i Grunnloven, ordinær lovgivning og EMK ønsker jeg videre å se på forbudenes anvendelsesområde og rekkevidde. Jeg vil peke på og drøfte den utvikling som har skjedd i EMDs rettspraksis, samt vurdere hvordan vernet etter Grunnloven § 98 kan anvendes. Jeg vil også vurdere vernet etter TP 12. Innledningsvis vil jeg si noe om forholdet mellom aksessorisk og selvstendig diskrimineringsvern før jeg går over til utviklingen i EMDs rettspraksis.

4.1 Den aksessoriske begrensningen i EMK artikkel 14

EMK artikkel 14 ble tidligere tolket snevert, og det var bare i tilfeller hvor det forelå brudd på en annen bestemmelse at det kunne bli aktuelt å konstatere brudd også på artikkel 14.¹³⁵ En viktig utvikling i EMDs praksis er at det ikke nødvendigvis trenger å foreligge et inngrep i den materielle rettigheten i klassisk forstand. Det er tilstrekkelig at den konkrete situasjonen ligger innenfor en av rettighetenes ”område”.¹³⁶ Omfanget av rettighetens område er også blitt utvidet gjennom EMDs praksis, noe som har gjort at artikkel 14 kan ha fått betydning i tilfeller hvor den materielle bestemmelsen ikke er krenket.¹³⁷

Storkammer-saken *Konstantin Markin v. Russland* gjaldt avslag på søknad om foreldrepermisjon for en russisk mann i forsvaret. Kvinner i tilsvarende posisjoner ble tilkjent permisjon i tre år. Et av spørsmålene for EMD var om det forelå en krenkelse av artikkel 14 sammenholdt med artikkel 8. Domstolen bemerket at artikkel 8 ikke uttrykkelig gir noen rett til foreldrepermisjon, men uttalte at permisjon har stor betydning for utøvelsen av familielivet og måten det organiseres på, noe som innebærer at det må falle innenfor anvendelsesområdet av artikkel 8.¹³⁸

Denne avgjørelsen fra 2012 viser at også andre tilfeller enn man først antar kan falle inn under artikkel 14, og viser en utvikling i vernet. I nyere avgjørelser er det ikke like vanlig at domstolen uttrykkelig behandler artikkel 14 i samsvar med andre konvensjonsrettigheter, noe som tilsier en utvikling i retning av et større nedslagsfelt for artikkel 14.¹³⁹

¹³⁵ Aall (2011) s. 64

¹³⁶ Aall (2011) s. 65

¹³⁷ O’Connell (2009) s. 6

¹³⁸ *Konstantin Markin v. Russland*, avsn. 130

¹³⁹ Arnardóttir (2003) s. 36

Et eksempel på dette er *McKerr v. United Kingdom*. Klagerens far ble skutt og drept av spesialagenter fra politiet. Klageren hevdet at faren urettmessig var drept og anførte krenkelse av artikkel 2 sammenholdt med artikkel 14 under henvisning til at det var langt flere katolikker og nasjonalister som ble drept av politiet i den aktuelle tidsperioden, sammenlignet med protestanter. Domstolen sier ikke uttrykkelig at artikkel 14 må anvendes i forening med artikkel 2, men gjør heller kort rede for bestemmelsen på en selvstendig måte.¹⁴⁰

Ved aksessoriske forbud må den som føler seg diskriminert kunne anføre krenkelse av en materiell rettighetsbestemmelse i konvensjonen, selv om denne ikke trenger å være krenket. Dette er en klar begrensning som følger av diskrimineringsvernets utforming i EMK artikkel 14. I en sak fra 1984 som gjaldt foreldreansvaret for et barn, uttalte EMD at bestemmelsen ikke har noen selvstendig eksistens, men må brukes i forening med en annen konvensjonsrettighet.¹⁴¹ Bestemmelsen har blitt tolket som å være autonom i betydning, men aksessorisk i rekkevidde.¹⁴² Her ser vi en klar forskjell sammenlignet med forbudet i både ordinær lovgivning og i Grl. § 98, som er selvstendige og kan påberopes uavhengig av andre materielle bestemmelser.

Vernet etter Grl. § 98 er sterkere, da ordlyden åpner for at individer kan påberope seg vernet uavhengig av grunnlag. Rettspraksis fra EMD viser imidlertid at vernet i konvensjonen er i endring og i utvidelse, noe som henger sammen med EMDs dynamiske fortolkning av konvensjonen som et levende instrument. Dette gir grunn til å tro at diskrimineringsforbudet vil videreutvikles og se annerledes ut om få år. Et interessant spørsmål er om EMK artikkel 14 vil kunne få større betydning hvis øvrige materielle bestemmelser i konvensjonen endrer seg i lys av samfunnsendringer. Vernet etter artikkel 14 vil i stor grad avhenge av vernet etter eksempelvis artikkel 8 eller artikkel 3, som ofte påberopes i forening med artikkel 14. Det er likevel vanskelig å komme utenom det faktum at vernet etter EMK artikkel 14 er svakere enn selvstendige diskrimineringsforbud da det må eksistere en forbindelse, om enn fjern, mellom den påståtte diskrimineringen og en rettighet som er vernet i konvensjonen.

4.2 Rekkevidden av EMK artikkel 14

Hva kan være grunnen til at saksmengden vedrørende diskriminering øker? Dette kan ha sammenheng med at det fremmes flere saker for EMD hvert eneste år, men også vedtagelsen av et generelt diskrimineringsforbud i TP 12 kan ha hatt betydning for økningen. Det kan tenkes at EMD i større grad vil reflektere over diskriminerings sakene som fremmes og søker å

¹⁴⁰ *McKerr v. United Kingdom*, avsn. 165

¹⁴¹ *Rasmussen v. Denmark*, avsn. 29

¹⁴² *Arnardóttir* (2003) s. 35

tilpasse rettspraksis som angår artikkel 14 nå som det også eksisterer et selvstendig diskrimineringsforbud. Et annet element er at EU-domstolen har en velutviklet rettspraksis på likhets- og ikke-diskriminerings-feltet, noe som kan ha ført til at også EMD ønsker å vie vernet mer oppmerksomhet enn før.¹⁴³

En svakhet i rettspraksisen fra EMD er domstolens forståelse av diskrimineringsbegrepet. Idéen om at det er nødvendig med en sammenligning av klageren og et individ i en sammenlignbar posisjon har ført til en utfordring - sammenligningspersonen som brukes er ofte ikke et godt eksempel i den konkrete situasjonen, og fokuset har i stor grad vært på personene som sammenlignes, ikke på forskjellen i situasjonen individene befinner seg i.¹⁴⁴ Generelt har EMD i slike sammenlignings spørsmål tatt for seg spørsmålet om forskjellsbehandlingen var rimelig og objektivt begrunnet. Gerards argumenterer for at EMDs rettspraksis fra 70-tallet og utover kan deles inn i to ulike spor.¹⁴⁵ På den ene siden tillater domstolen klager som angår enhver forskjellsbehandling, uavhengig av grunnlag, mens på den andre siden tillater EMD kun klager på forskjellsbehandling som gjelder personlig status eller personlige karakteristikk.

4.2.1 Fra Kjeldsen- til Clift-saken.

En sak fra 1976 handlet om en gruppe foreldre med barn i grunnskolen.¹⁴⁶ Det ble innført lovgivning som gjorde seksualundervisning til en del av den obligatoriske undervisningen i skolen, noe foreldrene var motstandere av. Klagerne anførte krenkelse av artikkel 2 i tilleggsprotokollen, samt artiklene 8, 9 og 14 i konvensjonen. Domstolen måtte ta stilling til om det forelå forskjellsbehandling i strid med artikkel 14 sammenholdt med artikkel 2 i protokollen ved at foreldrene ikke fikk ta barna ut av seksualundervisningen, mens det var anledning til å ta barna ut av religionsundervisningen.

EMD uttalte at forskjellsbehandling på grunnlag av "a personal characteristic" som skiller personer eller grupper fra hverandre er forbudt, men bemerket videre at det ikke var noe i den aktuelle loven som tydet på en slik behandling av foreldrene.¹⁴⁷ Domstolen mente videre at forskjellen mellom religions- og seksualundervisning medførte at disse ikke var sammenlign-

¹⁴³ Gerards (2013) s. 101

¹⁴⁴ O'Connell (2009) s. 8

¹⁴⁵ Gerards (2013) s. 99

¹⁴⁶ Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark

¹⁴⁷ Avsn. 56

bare. Domstolen konkluderte etter dette med at det ikke forelå krenkelse av diskrimineringsforbudet. Denne tilnærmingen er bekreftet i senere rettspraksis.¹⁴⁸

Carson-dommen fra 2010 handlet om ulik behandling av en rekke pensjonister grunnet deres bosted.¹⁴⁹ Pensjonister som hadde bosatt seg i utlandet etter yrkeskarrieren, i motsetning til pensjonister som ble boende i Storbritannia, fikk ikke pensjonene sine oppdimensjonert i forhold til inflasjon. Klagerne anførte krenkelse av artikkel 14 sammenholdt med artikkel 1 i første protokoll. Saken bidro imidlertid ikke til avklaring av rettstilstanden, da EMD under vurderingen av om bosted kunne utgjøre ”annen status” gjentok utgangspunktet om at det kun er forskjellsbehandling som gjelder personlige karakteristikk som kan konstituere krenkelse av diskrimineringsforbudet.¹⁵⁰ Domstolen godtok imidlertid en utvidelse av anvendelsesområdet for personlig karakteristikk til å omfatte bosted. Domstolen uttalte at klagerne ikke var i sammenlignbare situasjoner som pensjonister i Storbritannia, og dermed forelå det ingen forskjellsbehandling.¹⁵¹

I tiden som følger *Carson-saken* er rettspraksis sprikende. Enkelte av sakene tyder på en mer åpen holdning overfor diskrimineringsgrunnlagene, mens andre avgjørelser er strengere og forholder seg til kravet om at grunnlaget må være en personlig karakteristikk for at artikkel 14 skal komme til anvendelse og at forholdet skal falle inn under ”annen status”. *Clift-dommen* ble avsagt samme år som *Carson-saken* og handlet om prøveløslatelse.

Klageren var dømt til 18 års fengsel for blant annet drapsforsøk. For innsatte som sonet tidsbestemte dommer på mer enn 15 år måtte tidlig løslatelse endelig godkjennes av statsråden. Prøveløslatelse av innsatte som sonet tidsbestemte dommer på mindre enn 15 år eller tidsubestemte dommer, krevde ikke slik godkjenning. Klageren ble ikke prøveløslatt. For EMD anførte klageren krenkelse av EMK artikkel 14 sammenholdt med artikkel 5. Domstolen uttalte at ”annen status” også kan omfatte tilfeller som ikke innebærer en iboende eller medfødt karakteristikk, og som derfor ikke kan sies å være ”personlig” i den forstand at de er knyttet til individets identitet.¹⁵² EMD påpekte at vurderingen av om det foreligger en forskjellsbehandling basert på en personlig karakteristikk blir gjenstand for en vurdering i den konkrete saken, i lys av konvensjonens mål om å garantere praktiske og effektive rettigheter.¹⁵³

¹⁴⁸ Gerards (2013) s. 105

¹⁴⁹ Carson and Others v. the United Kingdom

¹⁵⁰ Avsn. 70

¹⁵¹ Avsn. 90

¹⁵² Clift v. the United Kingdom, avsn. 58

¹⁵³ Avsn. 60

Domstolen konkluderte med at klageren var omfattet av ”annen status” i EMK artikkel 14, og selv om personlige karakteristikk er utgangspunktet for vurderingen av ”annen status” kan det også være situasjoner med forskjellsbehandling som gjør det nødvendig å vurdere upersonlige karakteristikk.¹⁵⁴ Saken kan sees som en utvikling etter *Carson-saken*, samtidig som øvrig praksis fra denne perioden viser ulike tilnæringsmåter. Totalt sett gir avgjørelsene et uklart bilde av hvilke situasjoner som kan omfattes av ”annen status”.

4.3 Et selvstendig anvendelsesområde for EMK artikkel 14?

Kan man forstå artikkel 14 på en selvstendig måte? Kan man definere vernets anvendelsesområde ut fra bestemmelsens egen ordlyd og eget innhold, eller vil man alltid måtte vurdere dens betydning ut fra området til en annen konvensjonsrettighet? En mer selvstendig forståelse vil gjøre vernet likere det forbudet vi har i GrL § 98. Det er ikke nødvendigvis et mål å ha tilsvarende vern i Grunnloven og EMK, det er alltid mulig å ha et strengere vern i den nasjonale lovgivningen enn det internasjonale konvensjoner krever. Jeg ønsker imidlertid å se på om EMK artikkel 14, som er kritisert for ikke å ha gitt et tilstrekkelig diskrimineringsvern, kan forstås på en annen måte.

Hva er beskyttet av artikkel 14 isolert sett?¹⁵⁵ Hva betyr ”utøvelse” av de rettigheter og friheter som er fastlagt i konvensjonen? Det fremgår av EMDs rettspraksis at ”utøvelse” av konvensjonsrettigheter ikke tilsvarer det samme området som er beskyttet av de øvrige bestemmelsene, da en slik forståelse ville gjort artikkel 14 overflødig. Rettspraksis tyder på at en situasjon som ikke er vernet av en materiell bestemmelse i konvensjonen, hvor medlemslandene kan ha ulik praksis og et sterkere vern enn eksempelvis artikkel 8 omfatter, vil artikkel 14 kreve at en slik praksis gjennomføres på en ikke-diskriminerende måte.¹⁵⁶ I *Abdulaziz-saken* anførte britiske myndigheter at de ikke hadde krenket artikkel 14 siden det nasjonale lovverket på enkelte punkter ga en bedre beskyttelse enn det konvensjonen krevde.¹⁵⁷ Dette argumentet ble ikke godtatt av domstolen, som uttalte at forestillingen om diskrimineringsforbudet etter artikkel 14 handler om forskjellsbehandling uten objektiv eller rimelig begrunnelse, uavhengig av om medlemsstatene har valgt å gi den konkrete rettigheten sterkere vern enn konvensjonen tilsier.

¹⁵⁴ Gerards (2013) s. 107

¹⁵⁵ Baker (2006) s. 715

¹⁵⁶ Baker (2006) s. 716

¹⁵⁷ *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, avsn. 82

I enkelte dommer velger EMD å ikke vurdere anførselen om krenkelse av artikkel 14, dersom den allerede har funnet isolert krenkelse av den materielle bestemmelsen som er påberopt sammenholdt med artikkel 14. I *Thlimmenos-saken* drøftet imidlertid EMD først krenkelse av artikkel 14 sammenholdt med artikkel 9, før den gikk over til den selvstendige drøftelsen av artikkel 9.¹⁵⁸ Dette kan tyde på at EMD tok utgangspunkt i artikkel 14 som den mest sentrale artikkelen og gjorde rede for denne på en selvstendig måte før domstolen gikk over til å vurdere artikkel 9, uten å drøfte denne like inngående. Domstolen vektla den ulike behandlingen klageren hadde blitt utsatt for, i stedet for å redegjøre for artikkel 9 og basere vurderingen på denne.¹⁵⁹ Dette tyder på at området som er vernet av artikkel 14 kan utledes nettopp fra artikkel 14, ikke nødvendigvis via en annen bestemmelse, i dette tilfellet artikkel 9.¹⁶⁰ På denne måten kan domstolen vurdere om ”utøvelsen av de rettigheter og friheter” som er vernet av konvensjonen, gjennomføres uten diskriminering og uten å være bundet av hva som er vernet av de materielle bestemmelsene.

Baker introduserer en tolkning av artikkel 14 som innebærer at når statene velger å beskytte visse rettigheter utover de forpliktelsene som følger av konvensjonen, eksempelvis et sterkere vern av retten til privatliv, må dette gjennomføres på en ikke-diskriminerende måte i tråd med artikkel 14, uavhengig av om staten er forpliktet til slike tiltak etter konvensjonens bestemmelse om retten til privatliv i artikkel 8.¹⁶¹ Baker vurderer grensene for artikkel 14 til å omfatte det området hvor et individ utøver en rettighet eller frihet fastlagt i konvensjonen, avhengig av den konkrete forståelsen av den materielle rettigheten i den staten det gjelder. Dette er en annen tilnæringsmåte til artikkel 14 enn den vi tidligere har sett på, hvor karakteristikk står sentralt og avgjør om vernet kommer til anvendelse.

4.4 Anvendelsesområdet for TP 12 artikkel 1

Det selvstendige vernet etter TP 12 innebærer en betydelig formell utvidelse av vernets virkeområde. I sin rapport til Diskrimineringslovutvalget trekker Gerards frem blant annet *Carson-saken* og bemerker at selv om EMD har utvidet vernets virkeområde etter artikkel 14 ved å inkludere flere diskrimineringsgrunnlag verner konvensjonen i hovedsak klassiske sivile og politiske rettigheter.¹⁶² Sosiale og økonomiske rettigheter kan ikke automatisk falle inn under konvensjonens område, og dermed heller ikke innenfor artikkel 14. Slike saker vil dermed

¹⁵⁸ *Thlimmenos v. Greece*, avsn. 39-42

¹⁵⁹ Baker (2006) s. 723

¹⁶⁰ Baker (2006) s. 724

¹⁶¹ Baker (2006) s. 734

¹⁶² Gerards (2008) s. 373

kunne bli avvist, og dette skaper et behov for et generelt diskrimineringsvern som kan verne individer mot usaklig og urimelig forskjellsbehandling som forekommer etter nasjonal lovgivning eller myndighetspraksis.

Vilkåret for at TP 12 artikkel 1 kommer til anvendelse er at diskrimineringen gjelder ”any right set forth by law” – en lovbestemt rettighet. Protokollen inneholder ingen positiv etablering av likhetsprinsippet som en sentral side av ikke-diskrimineringsprinsippet. Dette kan ha sammenheng med at man ønsket en likest mulig formulering som den etter artikkel 14. I stedet ble det tatt inn en formulering i fortalen som konstaterer at ”all people are equal before the law and are entitled to the equal protection of the law”. Fortalen kan fungere som veiledning i tolkningen av protokollen og sier noe om de hensyn som ligger til grunn for vedtagelsen. Fortalen uttrykker også at medlemsstatene må være ”resolved to take further steps to promote the equality of all persons (...)”. Europarådet vurderte hvilken rekkevidde vernet skulle ha, og uttalte at uttrykket ”any right set forth by law” omfatter situasjoner hvor en person blir forskjellsbehandlet grunnet bestemmelser i nasjonal lovgivning, ved utøvelsen av rettigheter som viser til en plikt for offentlige myndigheter, samt ved utøvelsen av offentlig skjønnsmyndighet og andre handlinger av offentlige myndigheter.¹⁶³ Videre er det i artikkel 1(2) en særskilt bestemmelse som sier at ingen skal utsettes for diskriminering fra ”public authority”. I følge den forklarende rapporten gjelder dette både den utøvende, dømmende og lovgivende makt.¹⁶⁴

4.5 Anvendelsesområdet for GrL § 98

Både tid og ressurser tilsier at nasjonale domstoler skal håndheve rettighetene effektivt.¹⁶⁵ Et viktig mål med grunnlovsreformen var å bidra til mindre press på internasjonale håndhevingsorganer. På den måten unngår man at disse organene belastes mer enn nødvendig, og samtidig unngår man at problemer som kunne vært løst på nasjonalt nivå blir flyttet til internasjonale organer.

Har utvidelsen av vernet i Grunnloven ført til en endring i adgangen til å få en sak om diskriminering prøvd for domstolene, Likestillings- og diskrimineringsombudet eller -nemnda?¹⁶⁶ Menneskerettighetsutvalget la til grunn at Grunnloven bør inneholde en individuell rettighet som kan bringes inn for domstolen i enkeltsaker. I motsetning til kun å være et tolkningsprinsipp eller en retningslinje for lovgiver, vil prinsippet da bli en rettslig skranke ved at lovgiver

¹⁶³ Explanatory Report (2000), avsn. 21-22

¹⁶⁴ Explanatory Report (2000), avsn. 30

¹⁶⁵ Dok. 16 (2011-2012) s. 57

¹⁶⁶ Heretter: LDO, LDN

ikke kan vedta lover som strider mot diskrimineringsforbudet.¹⁶⁷ Selv om det kan oppstå tvil om en gitt praksis eller bestemmelse innebærer diskriminering i det konkrete tilfellet, vil adgangen til å fremme saken for domstolene føre til rettslige avklaringer og nyansene i diskrimineringsvernet kan prøves. Selv om domstolene med en slik bestemmelse vil ha adgang til å sette lover som virker diskriminerende til side, er det grunn til å tro at dette ikke vil forekomme ofte. Dette både fordi prinsippet allerede er velkjent og etablert i rettstradisjonen, og fordi domstolene vil se hen til diskrimineringsbegrepet i ordinær lovgivning.¹⁶⁸ Det følger av Grunnloven § 89 at domstolene har ”rett og plikt” til å prøve lovers og andre beslutningers grunnlovsmessighet. Intensiteten i prøvingen kan variere etter hvilket område vi befinner oss på, og en bestemmelse om ikke-diskriminering vil kunne vurderes på samme måte som andre friheter og rettigheter som tilkommer individer.¹⁶⁹ En lov vil kun settes til side dersom den undergraver likhets- eller ikke-diskrimineringsprinsippet og dermed strider mot Grunnloven. Utfallet kan komme til å variere etter hvilke interesser den konkrete loven er ment til å verne. Vern om personlige interesser krever en mer intensiv prøving enn vern om økonomiske interesser.¹⁷⁰ Her kan diskrimineringsvernet i Grunnloven få en viktig betydning: i de få tilfeller hvor den øvrige diskrimineringslovgivningen ikke dekker det konkrete diskrimineringsgrunnlaget og det ikke finnes et annet passende rettsgrunnlag, vil et vern i Grunnloven kunne prøves direkte av domstolene.¹⁷¹

Praksis etter vedtagelsen av de nye grunnlovsbestemmelsene viser at Høyesterett tillegger de nye bestemmelsene selvstendig vekt, slik vi har sett i *Maria-saken*. Både bestemmelsens ordlyd og forarbeidene tyder på at vernet inneholder selvstendige rettigheter.¹⁷² Dette reiser spørsmål om håndhevingen av vernet av henholdsvis domstolene, LDO og LDN.

LDO og LDN utgjør håndhevingsapparatet for klager som gjelder diskriminering. Regler om organisering av virksomheten til ombudet og nemnda er nedfelt i diskrimineringsombudsloven. Å reise sak for domstolene kan være både tids- og kostnadskrevende, og her er ombuds- og nemndsbehandling et viktig supplement og et lavterskeltilbud.¹⁷³ Det følger av diskrimineringsombudsloven §§ 2(2) og 5(3) at ombud og nemnd er uavhengige forvaltningsorganer. Et særlig spørsmål som oppstår er om kompetansen til ombudet og nemnda er forandret etter vedtagelsen av Grl. § 98. Når det gjelder diskrimineringsgrunnlagene som er nedfelt i ordinær

¹⁶⁷ Dok. 16 (2011-2012) s. 147

¹⁶⁸ Dok. 16 (2011-2012) s. 147

¹⁶⁹ NOU 2009:14 s. 314

¹⁷⁰ NOU 2009:14 s. 315

¹⁷¹ Dok. 16 (2011-2012) s. 147

¹⁷² BLD (2015b) s. 13

¹⁷³ BLD (2015b) s. 204

lovgivning, har ombudet og nemnda kompetanse til å håndheve dette. Organene har imidlertid begrensede muligheter for sanksjonering og kan ikke ilegge erstatning. Dersom en sekkebestemmelse blir vedtatt i en felles diskrimineringslov, medfører dette at også kompetansen til ombudet og nemnda blir mer omfattende. Rekkevidden vil samtidig avhenge av eventuelle lovfestede begrensninger i håndhevingkompetansen. Det er grunn til å tro at domstolene vil orientere seg etter gjeldende lovgivning når de skal fastlegge de nærmere rammene for § 98. Bestemmelsen i Grunnloven vil kunne fungere som en sikkerhetsventil og får selvstendig betydning i tilfeller hvor lovgiver ikke har vedtatt tilstrekkelig lovgivning på et felt hvor diskriminering kan forekomme.¹⁷⁴

I motsetning til dagens diskrimineringslovgivning, samt forslaget som er fremmet om felles diskrimineringslov, er det i Grl. § 98 ikke tatt forbehold om begrensninger i vernet. Dette medfører at det må foretas en konkret avveining dersom det skulle oppstå motstrid mellom diskrimineringsvernet og andre grunnlovsfestede rettigheter. Religions- eller yringsfriheten er ikke absolutte rettigheter, og i enkelte tilfeller må disse tåle begrensninger for å verne andres rettigheter, for eksempel retten til ikke-diskriminering. Denne avveiningen måtte man gjøre også før vedtagelsen av de nye grunnlovsrettighetene, og det representerer ingen nyvinning. En forskjell er imidlertid at tidligere har ikke likhets- og ikke-diskrimineringsprinsippet hatt Grunnlovs rang, noe som har gjort at andre rettigheter, for eksempel hensynet til yringsfriheten, har veid tyngre i konkrete avveininger.¹⁷⁵

Høringsuttalelsen fra Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett ved Universitetet i Oslo retter kritikk mot forslaget om felles diskrimineringslov og vurderingen av lovens saklige virkeområde. Dagens likestillingslov gjelder på alle samfunnsområder, men håndheves ikke for familielivet og andre rent personlige forhold, jamfør likestillingsloven § 26(2). Departementet uttalte at et vern mot diskriminering i familieliv og andre rent personlige forhold kan komme til å stride mot retten til privatliv.¹⁷⁶ Verken Grl. § 98 eller internasjonale konvensjoner oppstiller unntak for privatlivet. Retten til privatliv er vernet etter Grl. § 102 og EMK artikkel 8, og diskrimineringslovgivningen må uansett tolkes i samsvar med disse bestemmelsene. Høringsuttalelsen fremholder at en avgrensning av det saklige virkeområdet for en felles diskrimineringslov kan bidra til at hensynet til privat- og familielivet gis forrang foran diskrimineringsvernet.¹⁷⁷

¹⁷⁴ BLD (2015b) s. 76

¹⁷⁵ NOU 2009:14 s 311

¹⁷⁶ BLD (2015a) s. 19

¹⁷⁷ KVIBALD (2016) s. 8

Ved å innta en rekke menneskerettigheter i Grunnloven vil det kunne oppstå situasjoner hvor rettighetene kolliderer, eksempelvis diskrimineringsvernet og religions- eller ytringsfriheten. Det er ingen fasit på hvilken rettighet som veier tyngst, det må foretas en avveining av rettighetene i konkrete tilfeller. Dersom vernet ikke kan håndheves på privatlivets område, kan dette stride mot vernet vi har etter § 98, som etter sin ordlyd ikke har et begrenset virkeområde.¹⁷⁸ Dagens lovgivning innebærer at ombudet og nemnda ikke kan håndheve diskrimineringsforbudet på privatlivets område, men forslaget fra departementet forstås som at også domstolene skal begrenses i prøvingsadgangen av diskrimineringsforbudet. Dette har ikke tidligere vært gjeldende rett, og domstolene har heller ikke tatt stilling til dette spørsmålet før.¹⁷⁹ Selv om ombud og nemnd ikke har kompetanse til å håndheve vernet, innebærer ikke dette at også domstolene skal sitte på sidelinjen. Dette gjelder særlig etter vedtagelsen av § 98, som er generell og etter sin ordlyd gir domstolene en tilnærmet ubegrenset adgang til å håndheve vernet. Dette henger også sammen med domstolenes ”rett og plikt” etter Grl. § 89” til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven”.¹⁸⁰ Dersom det etter en vurdering vil vise seg at forslaget til felles diskrimineringslov på dette punktet begrenser anvendelsesområdet for diskrimineringsforbudet i § 98, strider en slik utforming mot Grunnloven.

Er det slik at Grunnlovens vern skal være avhengig av den til en hver tid gjeldende diskrimineringslovgivningen? I så fall vil et skiftende stortingsflertall kunne endre ordinær lovgivning og dermed endre måten domstolene håndhever diskrimineringsvernet på. Individene skal kunne rette seg etter gjeldende lovgivning uten å være bekymret for at man som individ eller gruppe ikke vil nyte tilsvarende rettigheter etter neste valg, selv om den lovgivende makt må ha anledning til å endre lovene når det oppstår behov for endret kurs. I realiteten vil anvendelsen av § 98, i samspill med den kommende felles diskrimineringsloven, være avhengig av forholdet mellom lovgivende og dømmende myndighet, noe som allerede forutsettes av et generelt vern som det vi har i Grl. § 98.

4.6 Prøvingsintensitet

Det er i teorien redegjort for en trend i rettspraksis fra EMD hvor visse diskrimineringsgrunnlag underlegges skjerpet domstolskontroll og statene har begrenset skjønnsmargin, for eksempel når det gjelder forskjellsbehandling på grunn av kjønn. I slike tilfeller må forskjellsbe-

¹⁷⁸ KVIBALD (2016) s. 9

¹⁷⁹ KVIBALD (2016) s. 9

¹⁸⁰ KVIBALD (2016) s. 10

handlingen være svært godt begrunnet.¹⁸¹ EMD sier ikke alltid uttrykkelig at den anvender en strengere målestokk eller at statenes skjønnsmargin er begrenset i det konkrete tilfellet, men rettspraksis viser at slike saker underlegges en mer omfattende prøving, og at det må foreligge ”very weighty reasons” for å rettfærdiggjøre forskjellsbehandlingen. I *D.H. and Others*-saken viste domstolen til tidligere rettspraksis og uttalte at den turbulente historien til romfolket har medført at disse er en sårbar minoritet og at de derfor ”require special protection”.¹⁸² EMDs rettspraksis viser at saker som handler om diskriminering av slike utsatte og sårbare individer eller grupper medfører strengere prøving.

Prøvingsintensiteten kan beskrives som en glidende skala hvor de særlig problematiske grunnlagene (”suspect discrimination ground”) kjennetegnes av at de har reell betydning for individers liv og krever en objektiv og rimelig begrunnelse, mens vi i den motsatte enden av skalaen har ubetydelige forskjeller mellom individer eller grupper.¹⁸³ Når det gjelder bevisbyrden har dette nær sammenheng med etableringen av sammenlignbare situasjoner. Som vi har sett har EMD i senere tid omfavnet andre elementer enn den åpenbare direkte diskrimineringen, men ønsket om å etablere en sammenlignbar situasjon er likevel kjernen i vurderingen som gjennomføres av EMD.¹⁸⁴

Utgangspunktet fra *Carson-saken* om at kun identifiserbare karakteristikk kunne falle innenfor rekkevidden av artikkel 14, ble henvist til i senere praksis, men i de fleste avgjørelsene anvendt på andre måter.¹⁸⁵ Parallelt med denne utviklingen ble det også avsagt en rekke avgjørelser som har tatt utgangspunkt i *Carson-saken*, men hvor domstolen har gjentatt at omfanget av vernet etter artikkel 14 kun omfatter de grunnlagene som er analoge eller ligner tilstrekkelig på de grunnlagene som allerede er eksplisitt listet opp i bestemmelsen. *Čadek-dommen* gjaldt forskjellen i status for borgere som hadde erstatningskrav i forbindelse med ekspropriert land sammenlignet med de som hadde oppnådd erstatning ved overdragelse. EMD viste til tidligere rettspraksis og uttalte at den anførte forskjellsbehandlingen ikke var basert på et personlig valg som var koblet til individets personlighet, slik som religion eller politisk ståsted. Behandlingen gjaldt heller ikke iboende karakteristikk som kjønn, funksjonsnedsettelse eller alder, som ikke kan velges bort.¹⁸⁶ Domstolen fant at det aktuelle grunnlaget ikke var relevant etter artikkel 14. Denne saken er et eksempel på at domstolen har justert kursen og i flere tilfeller vurderer de spesifikke diskrimineringsgrunnlagene heller enn en

¹⁸¹ Arnardóttir (2003) s. 141

¹⁸² *D.H. and Others v. Czech Republic*, avsn. 182

¹⁸³ Arnardóttir (2014) s. 654

¹⁸⁴ Arnardóttir (2014) s. 657

¹⁸⁵ Arnardóttir (2014) s. 660

¹⁸⁶ *Čadek and Others v. Czech Republic*, avsn. 94

åpen tilnærming i tråd med tidligere rettspraksis og ordlyden i artikkel 14. Dette kan ha sammenheng med det store sakstilfanget for EMD, hvor domstolen forsøker å oppstille veiledning for hvilke saker som er viktige og som faktisk innebærer tilfeller av diskriminering.¹⁸⁷ Dette kan imidlertid få uheldige konsekvenser, både fordi en slik tilnærming er fjern fra ordlyden i artikkel 14, og fordi færre vil få prøvd saken sin for EMD.¹⁸⁸

Konkretiseringen og utvidelsen som EMD har gjort, vil også kunne påvirke norske domstoler til å anvende vernet med utgangspunkt i personlige karakteristikk og ulik prøvingsintensitet avhengig av om grunnlaget er særlig problematisk. Selv om § 98 ikke er avgrenset i sitt virkeområde vil vernet måtte avveies mot andre grunnlovsbestemmelser, og i enkelte tilfeller tåle begrensninger. I tillegg vil man ha et tosporet vern gjennom ordinær lovgivning og vern etter Grunnloven. Den vide bestemmelsen i § 98 gir grunn til å tro at domstolene, med Høyesterett og dens rettsskapende virksomhet i spissen, vil søke å intensivere prøvingen på enkelte rettsområder. Dette vil kunne skape kontinuitet i et vern som ved første øyekast synes altomfattende, og individer vil lettere kunne forutberegne sin rettsstilling.

4.7 Positive og negative forpliktelser

Rettigheter medfører ulike plikter for staten, både av positiv og negativ art.¹⁸⁹ Man skiller mellom plikten til å respektere, til å beskytte og til å sikre menneskerettighetene. Plikten til å respektere er av negativ art, en plikt for staten til å forholde seg passiv og ikke gripe inn i rettighetene. Å beskytte menneskerettighetene er en plikt til å hindre krenkelser av individers rettigheter. Plikten til å sikre menneskerettighetene stiller krav om aktive tiltak fra staten for å bedre oppfyllelsen av disse rettighetene.¹⁹⁰ Disse kravene vil være forskjellig avhengig av hvilket land og hvilken menneskerett det gjelder. For ikke-diskrimineringsprinsippet omfatter statens forpliktelser ikke bare å hindre vedtagelsen av diskriminerende lovgivning og myndighetspraksis, men også å bidra til å bekjempe diskriminerende praksis og beskytte individene ved å hindre tredjeparter i å diskriminere. Plikten til å sikre vernet kan innebære vedtagelse av lovgivningen som støtter opp under likhets- og ikke-diskrimineringsprinsippet, administrative tiltak eller andre midler som sikrer at prinsippet om likhet blir realisert.¹⁹¹

¹⁸⁷ Arnardóttir (2014) s. 665

¹⁸⁸ Arnardóttir (2014) s. 665-666

¹⁸⁹ Strand og Larsen (2015) s. 29

¹⁹⁰ Strand og Larsen (2015) s. 30

¹⁹¹ Vandenhole (2005) s. 187

Et forbud mot diskriminering er ikke bare en forpliktelse, men også en rettighet individer kan påberope seg.¹⁹² Et minimumsomsfang av statens forpliktelser må være at staten avstår fra diskriminering. Ordet ”sikres” i EMK artikkel 14 skal forstås både som en plikt til å avstå fra diskriminerende handlinger og som en plikt for staten til å iverksette aktive tiltak.¹⁹³ Dette ble uttalt av EMD i *den belgiske språksaken*.¹⁹⁴ Hvilke forpliktelser har statene til å forby forskjellsbehandling som gjøres av private eller av organisasjoner, og er statene forpliktet til å beskytte individene fra slik forskjellsbehandling? Forpliktelsene for offentlige myndigheter står i utgangspunktet som kontrast til handlinger begått av private parter, som vanligvis ikke vil utgjøre brudd på menneskerettighetene, men heller straffbare handlinger.¹⁹⁵ Statene som har sluttet seg til EMK har i utgangspunktet en skjønnsmargin som gjør at de selv i første rekke avgjør om diskrimineringsforbudet er overholdt i den konkrete saken og den kontrollen som gjennomføres av EMD er subsidiær.¹⁹⁶

I *Thlimmenos-saken* ble klageren dømt av en militær domstol fordi han nektet å bære uniform av religiøse grunner. Senere ble klageren nektet adgang til å arbeide som revisor på grunn av den tidligere domfellelsen. EMD uttalte at artikkel 14 også ansees krenket i situasjoner hvor stater ikke behandler ulike tilfeller ulikt. Uten objektiv og rimelig begrunnelse vil en slik forskjellsbehandling medføre krenkelse av diskrimineringsforbudet.¹⁹⁷ Dette er første gang EMD uttrykkelig har sagt at artikkel 14 også verner forskjellig behandling av individer i ulike situasjoner. Domstolen vektla det positive aspektet ved at det skal tilrettelegges for individer som befinner seg i en særskilt kategori. I den ferske dommen *Çam c. Turquie* går EMD langt i å pålegge konvensjonsstatene positive plikter. Saken handlet om en kvinnelig student som ble nektet opptak til den nasjonale musikkolen, til tross for at hun bestod opptaksprøven. Klageren brakte saken inn for EMD og anførte krenkelse av protokoll 1 artikkel 2 sammenholdt med EMK artikkel 14. Domstolen slo fast at statens manglende individuell tilrettelegging for klageren og hennes funksjonsnedsettelse medførte krenkelse av EMK artikkel 14, da det ikke eksisterte noen objektiv eller rimelig begrunnelse for forskjellsbehandlingen.¹⁹⁸ Domstolen sier i denne avgjørelsen tydeligere enn før at diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne også omfatter nektelse av individuell tilrettelegging.¹⁹⁹ Antagelig er dette første gangen en slik plikt er uttalt så tydelig av EMD.²⁰⁰ Domstolen viser også til *D.H. and Others-saken*,

¹⁹² Emberland (2006) s. 225

¹⁹³ Emberland (2006) s. 226

¹⁹⁴ Den belgiske språksaken, avsn. 9 under pkt. B

¹⁹⁵ Strand og Larsen (2015) s. 27

¹⁹⁶ Emberland (2006) s. 228

¹⁹⁷ *Thlimmenos v. Greece*, avsn. 44

¹⁹⁸ ECtHR Press release (2016) s. 2

¹⁹⁹ *Çam c. Turquie*, avsn. 67-68

²⁰⁰ Damamme (2016)

som gjaldt diskriminering av barn med rom-opprinnelse og representerer et gjennombrudd i EMDs praksis når det gjelder en tilnærming til likhetsprinsippet som har reell likhet som mål.²⁰¹ Dommen er senere fulgt opp i *Oršuš and Others v. Croatia*, som handlet om plassering av elever med rom-opprinnelse i egne klasser på barneskolen. Forskjellen er at disse sakene gjelder grupper, mens *Çam v. Turkey* angår et enkeltindivid, og er på dette punktet en utvikling i domstolens rettspraksis.

Grl. § 98 gir ikke uttrykkelig anvisning på at offentlige myndigheter kontinuerlig skal følge opp likhets- og ikke-diskrimineringsprinsippet. Dette kan ha sammenheng med at det er diskrimineringsforbudet i annet ledd som er ment å kunne håndheves av domstolen, og grunnlovsspråket gir ikke så mye rom for detaljer eller nyanser sammenlignet med ordinær lovgivning. Statens positive plikter kan sammenlignes med statenes strukturelle forpliktelser etter de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene, hvor staten pålegges å gjennomføre aktive tiltak for å hindre eller forebygge diskriminering. I tillegg fordrer plikten at når det først forekommer diskriminerende holdninger, handlinger eller praksis, skal staten gripe inn for å eliminere slik praksis.²⁰² Kan man også utlede en slik proaktiv plikt fra Grl. § 98? Ordlyden alene synes å hindre en slik tolkning, da bestemmelsen verken gir anvisning på at det skal treffes tiltak og heller ikke hvilket omfang eventuelle tiltak skal ha eller hvordan de skal utformes. Diskrimineringslovutvalget la til grunn at en grunnlovsbestemmelse om ikke-diskriminering også kan inneholde visse positive plikter.²⁰³ Kan man si at en plikt til å behandle ulike tilfeller ulikt er omfattet av statens positive plikter? Et forbud mot indirekte diskriminering følger ikke uttrykkelig av Grl. § 98, men er nedfelt i ordinær diskrimineringslovgivning.²⁰⁴ Dette videreføres i forslaget til ny felles diskrimineringslov, jamfør forslagets § 6(4) og § 8.²⁰⁵ Domstolene vil orientere seg etter diskrimineringsbegrepet i ordinær lovgivning når vernet etter Grunnloven skal presiseres og tolkes, noe som innebærer at § 98 også kan omfatte et forbud mot indirekte diskriminering.

Etter vedtagelsen av Grl. § 98 kan vi reise spørsmål om det kan skje en endring i vernet etter ordinær diskrimineringslovgivning og i samspillet mellom Grunnloven og ordinær lovgivning. Formålet med dagens diskrimineringslovgivning er å fremme likestilling. Lovene definerer dette som likeverd, like muligheter og rettigheter, tilgjengelighet og tilrettelegging. Menneskerettighetsutvalget fremholdt at grensedragningen for hva som skal ansees som diskriminering, må trekkes opp nærmere av politiske myndigheter. Dette innebærer at det må

²⁰¹ D.H. and Others v. Czech Republic

²⁰² Strand og Larsen (2015) s. 119

²⁰³ NOU 2009:14 s. 315

²⁰⁴ Eks. Lstl § 5(2)

²⁰⁵ BLD (2015a) s. 163,164

fremgå av lovgivningen hvilke grunnlag det er forbudt å forskjellsbehandle på bakgrunn av, og at det må utarbeides regelverk for å sikre individene mot diskriminering.²⁰⁶ Hvilken rolle vil så Grl. § 98 spille i sikringen av vernet, utover det som allerede følger av ordinær lovgivning?

Diskrimineringslovgivningen inneholder positive bestemmelser om de plikter offentlige myndigheter har til å sikre likestilling.²⁰⁷ Når det gjelder Grl. § 98 må statens forpliktelser også tolkes i lys av Grl. § 92 som fastlegger statens positive og negative plikt ("respektere og sikre"). Av dette kan vi utlede at det ikke er tilstrekkelig for å opprettholde diskrimineringsvernet at offentlig myndighet utøves på en måte som respekterer forbudet, det er i tillegg et krav om sikring av denne rettigheten, for eksempel gjennom lovgivning eller andre tiltak. Her er samspeilet mellom Grunnloven og ordinær diskrimineringslovgivning viktig. Hvilken betydning har det at plikten har grunnlovsrang? En viktig følge er at grunnlovsbestemmelsen kan prøves direkte av domstolene dersom lovgiver skulle miste sitt oppdrag av synet og ikke vedta lover som sikrer vernet eller bekjemper forskjellsbehandling.²⁰⁸

4.7.1 Forpliktelser etter TP 12

Omfatter TP 12 artikkel 1 kun negativ plikt til å avstå fra diskriminering, eller også positive plikter? Har TP 12 indirekte horisontal virkning, noe som innebærer at staten også har plikt til å forhindre diskriminering som skjer mellom private parter?²⁰⁹ Artikkel 1 beskytter mot diskriminering fra offentlige myndigheter, men bestemmelsen er ikke ment å pålegge staten en generell plikt til å gjennomføre tiltak for å forhindre eller avhjelpe alle former for diskriminering mellom private.²¹⁰ Det følger av den forklarende rapporten at en slik positiv plikt ikke kan utelukkes, men hovedforpliktelsen etter TP 12 artikkel 1 er av negativ art, jamfør formuleringen "any rights set forth by law" som begrenser muligheten til å innfortolke positive forpliktelser.²¹¹ Spesifikke vern er nedfelt i andre konvensjoner som tar sikte på å verne særskilte grupper.

Vanligvis er ordlyden "secure" et tegn på at det foreligger positive forpliktelser. Rekkevidden av vernet kan komme til å utvikle seg utover det som fremgår av rapporten. Den forklarende

²⁰⁶ Dok. 16 (2011-2012) s. 147

²⁰⁷ Eks. Lstl. § 12

²⁰⁸ Dok. 16 (2011-2012) s. 147

²⁰⁹ Explanatory Report (2000), avsn. 24

²¹⁰ Explanatory Report (2000), avsn. 25

²¹¹ NOU 2009:14 s. 296

rapporten peker på tilfeller hvor det eksisterer et tomrom i nasjonal lovgivning som medfører et svakere diskrimineringsvern.²¹² Slike mangler fra myndighetenes side kan komme til å falle inn under plikten til å sikre rettighetene etter konvensjonen, men hvordan dette vil tolkes i praksis må avventes. Imidlertid kan man si at det innebærer en begrensning i form av at rettigheten må være nedfelt i lov og at forbudet gjelder offentlige myndigheter, jamfør artikkel 1(2). Bestemmelsens andre ledd indikerer visse begrensninger i rekkevidden. Bestemmelsen er ment å ramme alle handlinger som utføres av det offentlige overfor private. Formuleringen ”set forth by law” sammenholdt med ”public authority” tyder på at alle handlinger overfor individer er omfattet, ikke bare handlinger som fremkommer i ”lov” vedtatt av den lovgivende forsamling.²¹³ Første og annet ledd er ment å utfylle hverandre og deres sammenlagte effekt gjør at alle de nevnte tilfellene er omfattet av vernet.²¹⁴ Dette innebærer at begrepet ”law” må tolkes vidt. ”Law” kan også omfatte internasjonal rett, noe flere land har vært bekymret for når det gjelder undertegning og ratifisering av protokollen. Et spørsmål er om EMD kan håndheve statenes overholdelse av internasjonal rett på dette punktet? ”Law” må dekke mer enn selve konvensjonen, ellers ville ikke protokollen vært en utvidelse av diskrimineringsvernet.²¹⁵ En bekymring er om EMD vil anvende bestemmelsen som grunnlag for å vurdere internasjonale forpliktelser på områder hvor den nasjonale lovgivningen ikke sikrer et tilstrekkelig vern. Det følger av den forklarende rapporten at ordvalget ikke innebærer kompetanse for EMD til å vurdere medlemsstatenes overholdelse av andre internasjonale konvensjoner eller avtaler.²¹⁶

4.8 Min vurdering av vernets anvendelsesområde

Den aksessoriske utformingen av EMK artikkel 14 gjør vernets karakter svakere sammenlignet med forbudet i Grl. § 98 i samspill med ordinær diskrimineringslovgivning. Den ikke-uttømmende opplistingen av særlig problematiske grunnlag gjør at vi ikke kan fastlegge omfanget av grunnlagene konkret, og antagelig vil disse utvikles i takt med samfunnet og vernet etter øvrige bestemmelser. En dynamisk standard som rommer fremtidige grunnlag kan være mer fruktbar i en tid hvor diskriminering er et økende problem, men vil samtidig være en utfordring for forutberegneligheten av individers rettsstilling. Den åpne utformingen av § 98 vil også kunne romme flere diskrimineringsgrunnlag enn i dag. Utviklingen av vernet i Norge vil variere etter den konkrete saken, og utvikle seg i takt med endringer i synet på diskrimine-

²¹² Explanatory Report (2000), avsn. 26

²¹³ Edel (2010) s. 39

²¹⁴ Explanatory Report (2000), avsn. 23

²¹⁵ Khaliq (2001) s. 258

²¹⁶ Explanatory Report (2000), avsn. 29

ringsbegrepet. Kan det tenkes at diskrimineringsvernet etter den åpne bestemmelsen i Grl. § 98 også vil gå i retning av å kreve sammenheng med visse personlige karakteristikk slik vi har sett EMD vektlegge i sin rettspraksis? Dette vil være en måte for norske domstoler å avgrense og spesifisere det generelle vernet på. EMD kan også tenkes å fokusere enda mindre på de rettigheter artikkel 14 anføres sammenholdt med, og på denne måten gi diskrimineringsvernet en mer selvstendig posisjon i tråd med konseptet Baker redegjør for.²¹⁷ Vedtagelsen av TP 12 kan også føre til mer praksis angående det selvstendige diskrimineringsforbudet i EMK og kan føre til en endring i domstolens rettspraksis. Kan dette også skje for Grl. § 98? I så fall vil vi få en overgang fra vurdering av enkelte diskrimineringsgrunnlag til en mer generell saklighetsvurdering som kan sammenlignes med rettspraksis fra EMD. Utformingen av diskrimineringsforbudet i ordinær lovgivning vil også ha betydning for hvordan vernet praktiseres av domstolene i de tilfellene individer påberoper seg Grl. § 98. I avhandlingens siste kapittel skal jeg se på dagens situasjon samt gi noen avsluttende bemerkninger for veien videre.

²¹⁷ Baker (2006)

5 Dagens situasjon og veien videre

5.1 Rettspraksis etter grunnlovsreformen

Når man sammenligner Grl. § 98 med de andre nye menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven, kan det oppstå spørsmål om bestemmelsen er mer eller mindre slagkraftig enn de andre, og i så fall hvorfor. I skrivende stund har jeg ikke funnet praksis fra Høyesterett som foretar en selvstendig drøftelse av § 98. Dette kan være fordi spørsmålet ikke har kommet opp for domstolene enda, eller fordi partene har anført bestemmelser i internasjonale konvensjoner i stedet for Grunnlovens bestemmelse. Dette føyer seg inn i rekken av hypotetiske spørsmål om hvordan Høyesterett i fremtiden vil anvende likhets- og ikke-diskrimineringsprinsippet i rettspleien. Én høyesterettsavgjørelse viser til likhetsgrunnsetningen, men uten at den drøftes nærmere eller gir prinsippet selvstendig betydning i saken.²¹⁸ Dette reiser spørsmål om Grunnloven alltid skal være utgangspunkt i saker der den er relevant, eller om man kan løse saken basert på EMK eller andre konvensjoner inkorporert i norsk rett. Skal EMDs tolkningen av konvensjonsbestemmelsene ha relevans for tolkningen av de parallelle rettighetene i Grunnloven? Spørsmålet er om Høyesteretts bruk av de nye hjemlene i Grunnloven er gjennomtenkt nå som vi har en situasjon med dobbel rettighetsbeskyttelse for mange sentrale menneskerettigheter.²¹⁹

Selv om § 98 ennå ikke har fått et selvstendig liv i Høyesteretts praksis kan vi likevel forsøke å se en utvikling når det gjelder bruken av de nye rettighetsbestemmelsene. Kan vi forvente en mer utstrakt bruk av de nye bestemmelsene grunnet usedvanlig grundige forarbeider? Det er grunn til å tro at Høyesterett tar i bruk forarbeidene i sin tolkning av de nye grunnlovsbestemmelsene og på den måten forankrer løsningen i norsk rett. Samtidig kan det tenkes at en utstrakt bruk av EMK nå oppfattes som mer innarbeidet og etablert i Høyesterett, og antas å være et tryggere rettsgrunnlag enn de nye grunnlovsbestemmelsene. Omfattende praksis fra EMD gjør det på den ene siden vanskeligere for dommere å sette seg inn i det nye rettskildematerialet, men på den andre siden er det mulig å finne prejudikater som støtter konkrete løsninger. På diskrimineringsfeltet er rettsgrunnlag også i andre internasjonale konvensjoner Norge er bundet av, like aktuelle som EMK. Siden sakstilfanget fra EMD er såpass stort, blir konvensjonen mer brukbar enn Grunnloven, da rettighetene er mer detaljerte og utbroderte.²²⁰ Dette kan ifølge Anine Kierulf ”medføre at det er EMK som benyttes i praktisk rettsanvendel-

²¹⁸ Rt. 2014 s. 1105 avsn. 26

²¹⁹ Kierulf (2012) s. 131

²²⁰ Kierulf (2014)

se, mens Grunnloven i noen grad stivner som levende rettslig instrument”.²²¹ I artikkelen skrevet rett før vedtagelsen av menneskerettighetskatalogen i Grunnloven uttaler Kierulf videre at dette kan øke innflytelsen fra EMK som igjen fører til at Grunnloven brukes mindre.

5.2 Hvorfor nøle med ratifisering av TP 12?

I debatten rundt en eventuell ratifisering av TP 12 er det reist spørsmål om det vil ha noen tilleggsverdi å ratifisere bestemmelsen sammenlignet med det vernet som allerede følger av SP artikkel 26. Begge bestemmelsene er selvstendige diskrimineringsforbud og har ikke-uttømmende opplister over aktuelle diskrimineringsgrunnlag, i tillegg til at de åpner for vern mot indirekte diskriminering.²²² Begge bestemmelsene vil ved en eventuell ratifisering være omfattet av menneskerettsloven, ha samme trinnhøyde, og være omfattet av den særskilte forrangsbestemmelsen i lovens § 3. På dette punktet er det ingen nevneverdig forskjell mellom de to bestemmelsene, og stater som allerede har inkorporert SP artikkel 26 i sin lovgivning vil neppe oppleve en omfattende rettslig endring eller effekt ved å ratifisere TP 12. En forskjell mellom bestemmelsene er imidlertid deres rekkevidde, da TP 12 artikkel 1 er begrenset til å gjelde rettigheter som er ”set forth by law” og avgrenser dermed mot diskriminering mellom private.²²³ Artikkel 26 inneholder ingen slik begrensning og kan lettere tolkes i den retning at også diskriminering mellom private er omfattet av forbudet. En annen viktig forskjell mellom bestemmelsene er effekten av håndhevingsmekanismene. Uttalelser fra Menneskerettighetskomiteen er ikke bindende. Dette står i kontrast til avgjørelser fra EMD, som er bindende for statene. Dette gir TP 12 artikkel 1 et potensielt større anvendelsesområde og gir styrkede rettigheter til de individer som påberoper seg bestemmelsen.²²⁴

Skepsisen til ratifiseringen av TP 12 blant mange medlemsstater kan skyldes bekymringen for hvilke forpliktelser et slikt generelt diskrimineringsforbud kan medføre.²²⁵ Én mulighet er at EMD åpner for en enda bredere saklig rekkevidde enn det vi allerede har observert gjennom rettspraksis og domstolens dynamiske tilnærming til rettsspørsmål. Når vilkårene for vedtagelsen tolkes vidt, kan enkelte stater bli bekymret for hvordan domstolen i fremtiden vil håndheve det selvstendige vernet. Flertallet i Diskrimineringslovutvalget uttalte i sine vurderinger at det er usikkert hva en ratifikasjon av protokollen vil medføre for Norge, og en for-

²²¹ Kierulf (2014)

²²² Gerards (2008) s. 391

²²³ Gerards (2008) s. 392

²²⁴ Gerards (2008) s. 392

²²⁵ Emberland (2006) s. 233

pliktelse vil innebære å binde staten til en utvikling som fremdeles er usikker.²²⁶ Utvalget bemerket at den nye formuleringen vil utvide vernet, men at det ikke er klart på hvilken måte eller hva utvidelsen medfører. Utvalget er bekymret for en situasjon hvor EMD løsriver seg fra de tradisjonelle diskrimineringsgrunnlagene og heller gjennomfører en generell saklighetsvurdering. Bekymringen gjelder til tross for at forpliktelsene etter protokollen i det vesentlige korresponderer med de plikter Norge allerede har påtatt seg etter SP artikkel 26.²²⁷ Ved å nøle med ratifiseringen vil individenes adgang til å håndheve rettigheter i situasjoner hvor de utsettes for diskriminering bli skadelidende. I stedet for å vektlegge en styrking av individvernet anser flertallet i utvalget hensynet til forutberegnelighet for nasjonale myndigheter for å være viktigere.²²⁸ Utvalgets mindretall gikk inn for å ratifisere konvensjonen. De la vekt på behovet for tilleggsprotokollen og at Norge allerede er folkerettslig forpliktet til å verne individer mot diskriminering gjennom forbud som rekker lengre enn tilleggsprotokollen.²²⁹

5.3 Vil det medføre en endring i Grunnloven § 98 dersom TP 12 ratifiseres?

Med et selvstendig diskrimineringsvern i Grunnloven § 98 kan man si at behovet for TP 12 er mindre enn slik rettstilstanden var før endringene i Grunnloven i 2014. Grunnloven har trinnhøyde over ordinær lov, og et spørsmål er om TP 12 artikkel 1 rommer flere tilfeller av diskriminering enn § 98, slik at den kan få selvstendig betydning i tilfeller hvor § 98 ikke strekker til eller ikke håndheves på en måte som gir individene tilstrekkelig vern. Også dette må overlates til rettspraksis, men med den åpne bestemmelsen i § 98, som er ment å omfatte også fremtidige diskrimineringsgrunnlag som vi verken kjenner til eller vurderer som en risiko i dag, vil alle grunnlagene som er listet opp i TP 12 artikkel 1, også kunne påberopes etter Grl. § 98. Kanskje kan diskrimineringsforbudet i Grl. § 98 få større slagkraft ved at tilleggsprotokollen vedtas? Den europeiske kommisjonen mot rasisme og intoleranse peker i sin femte rapport til Norge på at det har skjedd fremskritt på en rekke områder, blant annet inkludering av menneskeretten til likebehandling i Grunnloven. Kommisjonen fremholder imidlertid at ratifiseringen av TP 12 ”vil gi ytterligere kraft til implementering av denne menneskerettigheten” og anbefaler at Norge ”så snart som mulig” ratifiserer protokollen.²³⁰

²²⁶ NOU 2009:14 s. 299

²²⁷ Strand (2010) s. 226

²²⁸ Strand (2010) s. 227

²²⁹ NOU 2009:14 s. 299

²³⁰ ECRI (2014) s. 11, avsn. 2-3.

Bekymringen rundt ratifiseringen av TP 12 handler i stor grad om usikkerhet og at vi ikke vet hva fremtiden bringer. Vil EMDs dynamiske tilnærming føre til en rettspraksis som går i retning av en generell saklighetsvurdering og i større grad fjerner seg fra tanken om konkrete diskrimineringsgrunnlag? Dersom Norge velger å stå utenfor vedtagelsen av en slik viktig bestemmelse er dette ikke i tråd med oppfatningen av Norge som foregangsland for menneskerettigheter og en nasjon som setter likhet og ikke-diskrimineringsprinsippene høyt i sin rettsanvendelse. Ratifiseringen kan medføre et styrket vern i den forstand at diskrimineringsofre lettere får håndhevet rettigheten. De fleste ønsker en slik utvikling velkommen, et styrket vern for dem som trenger det mest, samtidig som statenes forpliktelser materielt sett ikke endres. Belastning som pålegges konvensjonsstatene ved ratifisering kan heller ikke sies å være stor. Det er også viktig at sentrale stater i Europarådet står samlet om å skape et sterkere vern mot diskriminering og vise at dette er en viktig sak for statlige myndigheter. En bestemmelse vi har stort behov for, og som kan gi forbudet mer brodd i en tid hvor diskriminering på grunn av eksempelvis seksuell orientering og kjønnsidentitet er en utfordring.

5.4 Avslutning

Avhandlingen viser at Grunnlovens vern mot diskriminering er omfattende, selvstendig, kan påberopes av enkeltindivider og er ment som en reell skranke for lovgiver. Diskrimineringsvernets rekkevidde er nært knyttet til utformingen av vernet og om det er ment å ha et selvstendig eller aksessorisk anvendelsesområde. Avhandlingen viser at også det aksessoriske vernet etter EMK artikkel 14 kan omfatte et stort antall diskrimineringsgrunnlag, og det diskuteres i teorien om artikkel 14 kan sies å ha et selvstendig anvendelsesområde. EMK artikkel 14 ble vedtatt i en tid hvor vern på grunnlag av politisk oppfatning og eiendom stod sterkt. Oppstillingen er preget av en annen samfunnsstruktur enn den vi kjenner i dag, men bestemmelsens utforming har gjort det mulig for EMD å utfylle artikkelen på punkter hvor vernet ikke er tilstrekkelig sikret. I tiden fremover vil EMDs dynamiske tolkning muligens utvide grunnlagene ytterligere, i enkelte stater i samspill med det selvstendige vernet etter TP 12 og for den nasjonale håndhevingen også i samspill med ordinær lovgivning. EMD har ikke vært tilbakeholden med å inkludere nye grunnlag, og tiden vil vise om også kommende samfunnsendringer fører til at vernet rommer ytterligere diskrimineringsgrunnlag. Forholdet til TP 12 vil kunne vurderes nærmere etter at flere land har ratifisert og aktivt tatt i bruk det selvstendige vernet protokollen gir.

En bekymring ved vedtagelsen av de nye grunnlovsrettighetene i Norge var om det ville føre til økt saksmengde for domstolene. I den åpne høringen på Stortinget ble det diskutert hvorvidt makt potensielt ville forskyves fra den lovgivende til den dømmende makt hvis utvalgets forslag vedtas, og om domstolene vil få større saksmengde. Menneskerettighetsutvalgets le-

der, Inge Lønning, uttalte at det ikke finnes en eneste materiell rettighet i den foreslåtte katalogen som ikke allerede kan påberopes under norsk rett. Rettighetene finnes enten allerede i alminnelig lovgivning, eller de finnes i de internasjonale konvensjonene som er dekket av menneskerettsloven.²³¹ I teorien kan dette være riktig, men det må samtidig påpekes at rettspraksis etter grunnlovsreformen, særlig *Maria-saken* og etterfølgende avgjørelser, viser en utvikling i grunnlovsvernet, og vi kan ikke utelukke at enkelte bestemmelser får betydning utover det som var tiltenkt av Menneskerettighetsutvalget. Forståelsen av Grunnlovens rettigheter vil utvikle seg avhengig av hvem som tolker dem, det være seg dommere eller andre rettsanvendere. Selv om utvalgets mandat ikke var å etablere nye materielle rettigheter er det en nyvinning i seg selv og en betydelig styrking av menneskerettighetsvernet i Norge at menneskerettighetene nå står i Grunnloven og har trinnhøyde over ordinær lovgivning. Når viktige prinsipper forankres i Grunnloven, ”blir de opphøyd og får på en måte en særlig hellighet. De virker som en forkynnelse av hva som er rett og riktig, og er med på å forme oppfatningene i samfunnet”.²³²

Det eneste som nå gjenstår er at individer som anser seg diskriminert, uansett hvilket grunnlag og uavhengig av om situasjonen kan innlemmes under et anerkjent grunnlag, påberoper seg Grunnloven. Da får domstolene anledning til å bruke Grunnloven, tolke vernet og fastslå dets rekkevidde i praksis. Bestemmelsens ordlyd vil nødvendigvis overlate enkelte tolkningspunkter til domstolene. Gjennom praksis kommer vi nærmere en avklaring av hvilken betydning det har å inkludere et likhets- og ikke-diskrimineringsprinsipp i Grunnloven. Vedtagelsen av en felles diskrimineringslov vil også få betydning for hvordan domstolene anvender diskrimineringsgrunnlagene og hvilke grunnlag som vil omfattes.

Avslutningsvis vil jeg understreke betydningen av diskrimineringsvernet som grunnlovsfestet individrettighet. Jeg vil også gjenta den selvstendige betydningen det har å vedta et diskrimineringsforbud i Grunnloven. Et vern som ikke er saklig begrenset er en viktig utvikling på diskrimineringsrettens område og må ikke undervurderes. Prinsippet er et tungtveiende argument som ikke lar oss glemme at diskrimineringsvernet ikke alltid har vært like høyt ansett som i dag. Det er en sentral rettighet som minner oss om tider hvor likhet for loven ikke var en selvfølge. Det vil også komme tider hvor diskrimineringsvernet trues. Med vernet forankret i Grunnloven, nasjonal lovgivning og internasjonale forpliktelser, vil prinsippets posisjon og betydning også for fremtiden være tydelig.

²³¹ Høring i kontroll- og konstitusjonskomiteen (2012)

²³² Andenæs og Fliflet (2006) s. 382

Litteraturliste

Lover og forarbeider

- 1814 Lov 17. mai 1814 kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – Grl.)
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – Mrl.)
- 2005 Lov 10. juni 2005 nr. 40 lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 62 lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- 2013 Lov 21. juni 2013 nr. 58 lov om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering)
- 2013 Lov 21. juni 2013 nr. 59 lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven)
- 2013 Lov 21. juni 2013 nr. 60 lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet)
- 2013 Lov 21. juni 2013 nr. 61 lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)
- Dok. nr 12:5 (2007-2008) Grunnlovsforslag nr. 5, grunnlovsforslag fra Karin Andersen, Hallgeir H. Langeland, May Hansen, Lars Peder Brekk og André N. Skjelstad

| | |
|---------------------------------|---|
| NOU 2009:14 | Et helhetlig diskrimineringsvern |
| Dok. 16 (2011-2012) | Rapport til Stortingets Presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven |
| Grunnlovsforslag 30 (2011-2012) | Dokument 12 (2011-2012), Grunnlovsforslag 30 Grunnlovsforslag fremsatt på det 156. Storting samt Norges Grunnlov |
| Innst. 169 S (2012-2013) | Innstilling til Stortinget fra kontroll- og konstitusjonskomiteen, Dokument 16 (2011-2012) |
| Innst. 186 S (2013-2014) | Innstilling til Stortinget fra kontroll- og konstitusjonskomiteen, Dokument 12:30 (2011-2012) unntatt romertallene X og XXIV |
| Stortingsreferat (2014) | Stortingsreferat (13. Mai 2014 kl. 10), sak nr. 1 om grunnlovsforslag |
| BLD (2015a) | Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet, høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov, 19.10.2015 https://www.regjeringen.no/contentassets/5342e1dd1467426a98d4b02b7a4a79ca/horingsnotat.pdf [sitert 31.3.16] |
| BLD (2015b) | Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet, vedlegg til høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov, 19.10.2015 https://www.regjeringen.no/contentassets/5342e1dd1467426a98d4b02b7a4a79ca/vedlegg-til-horingsnotat.pdf [sitert 31.3.16] |

Internasjonale konvensjoner

| | |
|------|--|
| UDHR | The Universal Declaration of Human Rights, Paris, 1948 |
| EMK | European Convention on Human Rights, Roma, 1950 |
| SP | International Covenant on Civil and Political rights, 1966 |

ØSK

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 2014 s. 1105

Rt. 2015 s. 93

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen

Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (merits) The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23.7.68

Case of Engel and Others v. Netherlands The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8.6.76

Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7.12.76

Case of Rasmussen v. Denmark The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28.11.84

Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28.5.85

Case of Thlimmenos v. Greece The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6.4.00

Case of McKerr v. United Kingdom The European Court of Human Rights, Strasbourg, 4.5.01

Case of Folgerø and Others v. Norway The European Court of Human Rights, Strasbourg, 29.6.07

| | |
|--|---|
| Case of D.H. and Others v. Czech Republic | The European Court of Human Rights, Strasbourg, 13.11.07 |
| Case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina | The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22.12.09 |
| Case of Carson and Others v. The United Kingdom | The European Court of Human Rights, Strasbourg, 16.3.10 |
| Case of Oršuš and Others v. Croatia | The European Court of Human Rights, Strasbourg, 16.3.2010 |
| Case of Clift v. the United Kingdom | The European Court of Human Rights, Strasbourg, 13.7.10 |
| Case of Konstantin Markin v. Russia | The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22.3.12 |
| Case of Čadek and Others v. Czech Republic | The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22.11.12 |
| Affaire Çam c. Turquie | The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23.2.16 |

Uttalelser fra internasjonale organer

| | |
|------------------------------------|---|
| CCPR General Comment no. 18 (1989) | Human Rights Committee, CCPR General Comment no. 18: Non-discrimination (Adopted at the Thirty-seventh Session of the Human Rights Committee, on 10 November 1989) http://www.refworld.org/docid/453883fa8.html [sitert 17.2.16] |
| Explanatory Report (2000) | Explanatory Report to the Protocol 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma 4/11/2000, https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce48 [sitert |

11.2.16]

- ECRI (2008) European Commission against Racism and Intolerance, ECRIs rapport om Norge (fjerde overvåkingssyklus): Vedtatt 20. Juni 2008, <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Norway/NOR-CbC-IV-2009-004-NOR.pdf> [sitert 28.3.16]
- ECRI (2014) European Commission against Racism and Intolerance, ECRIs rapport om Norge (femte overvåkingssyklus): Vedtatt 10. Desember 2014, <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Norway/NOR-CbC-V-2015-002-NOR.pdf> [sitert 28.3.16]

Juridisk teori

- Aall (2011) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave, 2011
- Andenæs og Fliflet (2006) Andenæs, Johs. og Fliflet, Arne, *Statsforfatningen i Norge*, 10. utgave, 2006
- Arnardóttir (2003) Arnardóttir, Oddný Mjöll, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*”, 2003
- Arnardóttir (2014) Arnardóttir, Oddný Mjöll, ”The Differences that Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights” I: *Human Rights Law Review* (2014) s. 647-670 (Sitert fra Oxfordjournals.org)
- Baker (2006) Baker, Aaron, ”The Enjoyment of Rights and Freedoms: A new Conception of the Ambit under Article 14 ECHR” I: *Modern Law Review*, Vol. 69, No. 5 (2006) s. 714-737 (Sitert fra HeinOnline)

- Bertelsen (2011) Bertelsen, Tor Ehlers, *EMK. Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*, 2011
- Bårdsen (2015) Bårdsen, Arnfinn, De nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler: Noen nyere utviklingslinjer i Norges Høyesterett, Nordisk høyesterettsdommerseminar, Stockholm 23. og 24. mars 2015 <https://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/-Norges-Hoyesterett/Artikler-med-mer/Nordisk-hoyesterettsdommerseminar/>
[siteret 29.1.16]
- Damamme (2016) Joseph Damamme, Strasbourg Observers, Disability discrimination because of denial of “reasonable accommodations”: a very positive connection between the ECHR and the UNCRPD in *Çam v. Turkey*, 1.4.2016, <https://strasbourgobservers.com/2016/04/01/disability-discrimination-because-of-denial-of-reasonable-accommodations-a-very-positive-connection-between-the-echr-and-the-uncrpd-in-cam-v-turkey/> [siteret 4.4.16]
- ECtHR Press release (2016) European Court of Human Rights, Press release - Judgment *Çam v. Turkey* - refusal to enrol a blind student in a music academy, 23.2.2016, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-5307099-6607283> [siteret 4.4.16]
- Edel (2010) Edel, Frédéric, *The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files No. 22, 2010
- Emberland (2006) Emberland, Marius, ”Diskrimineringsforbudet som konvensjonsbeskyttet menneskerettighet”, *Jussens Venner* (2006) s. 197-234 (Siteret fra Idunn.no)
- Gerards (2008) Gerards, Janneke, Vedlegg nr. 2 til NOU 2009:14. Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights. Report prepared for the Commission to Propose a Comprehensive Anti-Discrimination Legislation in Norway, 11.12.08, s. 372-394

- Gerards (2013) Gerards, Janneke, "The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights" I: *Human Rights Law Review*, (2013) s. 99-124 (Sisert fra Oxfordjournals.org)
- Høstmælingen (2012) Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. Utgave, 2012
- Indreberg (2015) Indreberg, Hilde, "Utfordringer for Høyesterett ved grunnlovsfesting av flere menneskerettigheter" I: *Lov, sannhet, rett*, 2015, s. 393-420
- Ketscher (2008) Ketscher, Kirsten, "Diskrimineringsforbud – Nogle generelle overvejelser" I: *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Hellum, Anne og Ketscher, Kirsten (red.), 2008, s. 33-57
- Khaliq (2001) Khaliq, Urfan, "Protocol 12 to the European Convention on Human Rights: a step forward or a step too far" I: *Public Law* (2001) s. 457-464 (sisert fra westlaw.com)
- Kierulf (2012) Kierulf, Anine, "Hvilken rolle spiller Grunnloven § 100 i Høyesteretts yringsfrihetspraksis?", *Lov og Rett* (2012) s. 131-150 (sisert fra Idunn.no)
- Kierulf (2014) Kierulf, Anine, "Når Grunnloven tilsidesettes", utdrag fra Minervas papirutgave, Minerva (nr. 1-2014), <http://www.minervanett.no/nar-grunnloven-tilsidesettes/> [sisert 1.2.16]
- O'Connell (2009) O'Connell, Rory, "Cinderella comes to the ball: Article 14 and the right to non-discrimination in the ECHR" (2009), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1328531 [Sisert 18.2.16]
- Opsahl (1996) Opsahl, Torkel, *Law and Equality: Selected Articles on Human Rights*, 1996

- Strand (2010) Strand, Vibeke Blaker, ”På vei bort fra menneskerettslovens system”? *Kritisk Juss* (nr. 3 2010) s. 218-228
- Strand (2012) Strand, Vibeke Blaker, *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse: Hvor langt rekker individvernet?*, 2012
- Strand og Larsen (2015) Strand, Vibeke Blaker og Larsen, Kjetil Mujezinović, *Menneskerettigheter i et nøtteskall*, 2015
- Tverberg (2014) Tverberg, Arnulf, ”Ny vår for menneskerettighetene i Grunnloven?”, *Lovdatas Grunnlovssider*, 2014, s. 1-10 (Sisert fra lovdata.no)
- Vandenhole (2005) Vandenhole, Wouter, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, 2005
- Wildhaber (2002) Wildhaber, Luzius, ”Protection against discrimination under the European Convention on Human Rights – a second class guarantee?” I: *Baltic Yearbook of International Law, Vol. 2* (2002) s. 71-82 (Sisert fra HeinOnline)

Andre kilder

- LDO (2016) Likestillings- og diskrimineringsombudet, Høringsvar – forslag til felles likestillings- og diskrimineringslov, 07.01.2016 <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-felles-likestillings--og-diskrimineringslov/id2458435/?uid=826cec96-2a88-4fb5-b709-c8d1745fcc56> [sitert 17.2.16]
- KVIBALD (2016) Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett ved Institutt for offentlig rett, UiO, Høringsvar – forslag til felles likestillings- og diskrimineringslov, 22.1.2016 <https://www.regjeringen.no/contentassets/1923cd6a4981440b9cd7d0e66cddb072/kvibald---ny-versjon.pdf> [sitert 18.3.16]

Høring i kontroll- og kon- Åpen høring i Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité (16.
stitusjonskomiteen (2012) april 2012 kl. 12.30) (video fra høring)
<https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/Videoarkiv/Arkiv-TV-sendinger/?mbid=/2012/H264-full/Hoeringssal1/04/16/hoeringssal1-20120416-122459.mp4&msid=301&dateid=10003455>
[sitert 29.1.16, 1 time og 11 minutter ut i sendingen]