

FAGFELLEVDERT ARTIKKEL

Solberg-regjeringens forslag til reformer på diskrimineringsfeltet:

Uniformering, individualisering, privatisering og avrettsliggjøring

AV ANNE HELLUM

*Anne Hellum er professor ved Institutt for offentlig rett ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, ansvarlig lærer i diskriminerings- og likestillingsrett, og leder av Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett.
E-post: anne.hellum@jus.uio.no*

AV VIBEKE BLAKER STRAND

*Vibeke Blaker Strand er professor ved Institutt for offentlig rett ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, ansvarlig lærer i menneskerettigheter, faglærer i diskriminerings- og likestillingsrett, og en av lederne i fakultetets forskergruppe om «Velferd, rettigheter og diskriminering».
E-post: v.b.strand@jus.uio.no*

SAMMENDRAG Artikkelen gir en kritisk analyse av Solberg-regjeringens reformforslag på diskrimineringsfeltet. Det er foreslått omfattende endringer både i det materielle regelverket og i håndhevingen av det. Endringene berører både diskrimineringsvernets individuelle og strukturelle sider. Artikkelen retter særlig oppmerksomhet mot sider ved forslaget som innebærer – eller kan innebære – at diskrimineringsvernet svekkes, med særlig vekt på situasjonen for svake og marginaliserte grupper. Forholdet mellom Solberg-regjeringens forslag og grensene for det politiske handlingsrom som etableres gjennom Grunnlovens diskrimineringsforbud, internasjonale menneskerettighetsforpliktelser og EU/EØS-rettslige forpliktelser, kommenteres løpende. Selv om Solberg-regjeringens forslag inneholder noen forbedringer sammenlignet med dagens regelverk, særlig når det gjelder

vernets sanksjonering, konkluderes det med at reformen sett som helhet innebærer at regelverket og håndhevingsapparatet svekkes langt mer enn det styrkes.

STIKKORD likestilling, diskriminering, reell likhet, effektiv sanksjonering, håndheving, individuelt og strukturelt vern

SUMMARY This article provides a critical analysis of the Solberg-government's equality and anti-discrimination reform. The government has recently presented a new unified and gender-neutral equality and anti-discrimination bill, which will explicitly prohibit intersectional discrimination. It also proposes a new law enforcement system, which will have the power to grant economic compensation for victims of discrimination. How the reform, which aims at a simpler and more effective anti-discrimination regime, may weaken the position of individuals within vulnerable and marginal groups, is an overall concern. The article discusses the relationship between the Solberg-government's proposal and the legal limits provided by the Norwegian Constitution and Norway's obligations under international human rights conventions and EU/EEA-law.

KEYWORDS equality, discrimination, individual and structural discrimination, substantive equality, effective enforcement, legal uniformity

1 Bakgrunn

Solberg-regjeringen har bebudet reformer som har som formål å effektivisere og styrke diskrimineringsvernet. I henholdsvis oktober 2015 og november 2016 sendte Barne- og likestillingsdepartementet (BLD) to forslag på høring. Det ene omfattet forslag til felles likestillings- og diskrimineringslov.¹ Det andre omhandlet endringer i håndhevingsapparatet på diskrimineringsområdet.² BLD arbeider nå med sikte på å fremme to lovproposisjoner for Stortinget i vårsesjonen 2017. Her vil det komme forslag til en ny felles likestillings- og diskrimineringslov og forslag om endringer i lovgivningen om håndteringsapparatet.³

-
1. Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, «Høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov», 20. oktober 2015 (Høringsnotat 2015).
 2. Barne- og likestillingsdepartementet, høringsnotat: «Effektivisering av håndhevingen på diskrimineringsområdet», 30. november 2016 (Høringsnotat 2016). Høringsnotatet bygger i stor grad på en ekstern ekspertutredning foretatt av Advokatfirmaet Pricewaterhouse-Coopers (PwC), avgitt 4. mars 2016. Arbeidet ble ledet av Helga Aune. Else McClimans var underleverandør til utredningen. Utredningen finnes her: <https://www.regjeringen.no/contentassets/04bd6c545ae74c4ebea246f44dcf4942/utredning-av-handhevings--og-virkemiddelapparatet-pa-likestillings--og-diskrimineringsfeltet.Pdf> (lesedato 4.1.2017). I PwC-rapporten ble det utredet hvordan et håndhevingsssystem som innfører et skille mellom ombudets lovhandhever- og pådriverrolle, kan gjennomføres organisatorisk og lovteknisk.
 3. Se www.regjeringen.no/no/dokumenter/planlagte-saker-til-Stortinget-varsesjonen-2017 (lesedato 2.3.2017).

De to forslagene inneholder en rekke elementer og er meget omfattende. Forslagene tar tak i kritikken av diskrimineringsvernets fragmenterte, endimensjonale, til dels uensartede og håndhevingsvake karakter. Denne kritikken må blant annet ses i sammenheng med den raske og ujevne veksten i den materielle lovgivningen på diskrimineringsfeltet de siste ti år. Likestillingsloven 1978⁴ – som gjaldt diskriminering på grunn av kjønn – var lenge den eneste norske loven som forbød diskriminering.⁵ I dag har vi fire generelle lover på diskrimineringsfeltet: likestillingsloven 2013⁶, diskrimineringsloven om etnisitet 2013⁷, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven 2013⁸ og diskrimineringsloven om seksuell orientering⁹. Lovene etablerer vern mot å bli diskriminert på en rekke grunnlag, slik som kjønn, etnisitet, religion, nedsatt funksjonsevne, seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Diskrimineringsvernet har, gjennom praksis fra vernets nasjonale håndhevingsorganer, utviklet seg fra et endimensjonalt til et flerdimensjonalt vern som inkluderer *sammensatt* diskriminering.¹⁰ Vernet mot sammensatt diskriminering fremkommer imidlertid ikke av ordlyden i noen av lovene. Dette har vært ansett som problematisk fra et rettssikkerhetsperspektiv.¹¹ Solberg-regjeringens forslag til felles lov inneholder derfor et eksplisitt forbud mot sammensatt diskriminering. Regjeringen foreslår også visse andre endringer som bidrar til å tydeliggjøre den materielle diskrimineringslovgivningen. Aktivitetspliktens nærmere innhold foreslås utdypet og konkretisert i lovteksten. Det samme gjelder vernet mot direkte og indirekte diskriminering på grunn av graviditet og foreldrepermisjon, samt vernet mot direkte diskriminering i arbeidslivet.¹²

Diskrimineringsvernet har blitt karakterisert som håndhevingsvakt. Mens det materielle regelverket som beskytter individer mot diskriminering, har blitt styr-

4. Lov 9. juni 1978 nr. 45 (opphevet).

5. Det fantes enkeltbestemmelser i andre lover som omhandlet diskrimineringsrettslige spørsmål, se særlig arbeidsmiljøloven (aml.) 1977 (opphevet) § 55 A og straffeloven 1902 (opphevet) § 135 a og § 349 a. (videreført i straffeloven 2005 § 185 og § 186).

6. Lov 21. juni 2013 nr. 59.

7. Lov 21. juni 2013 nr. 60.

8. Lov 21. juni 2013 nr. 61.

9. Lov 21. juni 2013 nr. 58.

10. Sammensatt diskriminering brukes som en samlebetegnelse for situasjoner hvor det finner sted diskriminering på flere grunnlag samtidig (akkumulasjon), eller situasjoner hvor det er en kombinasjon av flere diskrimineringsgrunnlag som utgjør grunnlag for diskriminering (sammenveving), se Prop. 88 L (2012–2013) s. 89.

11. Se for eksempel Anne Hellum, «Vern mot sammensatt diskriminering etter internasjonale menneskerettigheter og norsk rett: kvinner i krysset mellom kjønn og etnisitet», i *Like rettigheter – ulike liv*, Oslo 2014, s. 39–68.

12. For en kritikk av forenklingen som ble foretatt i 2013, særlig når det gjelder graviditetsdiskrimineringsvernet, se Vibeke Blaker Strand, «Forenklingsjuss – en trussel mot individers vern mot kjønnsdiskriminering?», *Lov og Rett* vol. 54, 2015 nr. 8, s. 449–470.

ket gjennom både reformer og fortolkningspraksis, har de særlige håndhevingsorganenes kompetanse til å sanksjonere brudd på diskrimineringslovgivningen stort sett stått på stedet hvil siden 1978. Dette har ført til at diskrimineringsregelverket er omtalt som en Rolls-Royce med folkevognmotor.¹³ Etableringen av et felles håndhevingsapparat i 2006 – bestående av Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO, ombudet) og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (LDN, nemnda) – førte ikke til endringer i håndhevingsorganenes kompetanse.¹⁴ Det har vært reist spørsmål ved om eksisterende håndhevingsystem tilfredsstillende internasjonale krav om at det materielle vernet skal håndheves og sanksjoneres effektivt. Solberg-regjeringen foreslår nå å gi nemnda kompetanse til å tilkjenne oppreisning i saker innenfor arbeidslivet og erstatning i enkle saksforhold, noe som vil imøtekomme mye av kritikken på dette punkt.¹⁵

Mens det foreslås materielle og håndhevingsmessige endringer som bidrar til å tydeliggjøre og således styrke vernet, inneholder høringene en rekke *andre* forslag som innebærer en vesentlig kursendring. Kursendringen – dersom forslagene vedtas – har som konsekvens at regelverket på diskrimineringsfeltet i mindre grad enn tidligere vil fremme reell likestilling. Ved å holde det åpent om familie- og privatliv skal unntas fra lovens virkeområde, oppheve gruppespesifikke formålsbestemmelser, avskaffe arbeidsgiveres forpliktelser til aktivt likestillingsarbeid, fjerne ombudets kompetanse som lovhåndhever, samt å innføre skriftlig én-instansbehandling og gebyr som vilkår for å få behandlet saken hos nemnda, er totalbildet et mer uniformt, individualisert og privatisert regelverk. Ved at sentrale elementer i dagens regelverk foreslås fjernet, innebærer reformen dessuten en delvis avrettsliggjøring av diskrimineringsregelverket.

Den nøytrale og uniforme utformingen som foreslås, gir et regelverk som ser bort fra strukturelle, økonomiske, sosiale og kulturelle forskjeller i samfunnet rundt. Individuelle tilfeller av diskriminering vil dermed i mindre grad enn tidligere kunne settes i sammenheng med samfunnsstrukturene. Dette betyr at regelverket blir mer individualisert. Sett som helhet fører reformen til privatisering ved at ansvaret for å gjennomføre vernet mot diskriminering skyves fra samfunnet, ved blant annet arbeidsgivere og likestillingsmyndighetene, og over på individene.

13. Anne Hellum og Helga Hernes, «Diskrimineringsvernet er ikke effektivt», Aftenposten 18. april 2013, se <http://www.aftenposten.no/meninger/Diskrimineringsvernet-er-ikke-effektivt-122160b.html> (lesedato 4.1.2017).

14. Ombudets og nemndas virksomhet reguleres gjennom lov 10. juni 2005 nr. 40.

15. Ombudet er av den oppfatning at BLDs forslag ikke går langt nok, se høringsuttalelse fra LDO til Høringsnotat 2016, s. 9–10. Det faller utenfor formålet med denne artikkelen å gå nærmere inn på denne kritikken. Uttalelsen finnes her: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---effektivisering-av-handhevingen-pa-diskrimineringsområdet/id2516442/?uid=bfcd95e8-d15d-41ce-ac68-50258b71654d> (lesedato 6.1.2017).

At det finner sted en tilbaketrekking av sentrale samfunnsaktørers ansvar, uttrykkes blant annet på følgende måte i høringsnotatet fra 2015:

Departementet forutsetter at arbeidsgivere selv ønsker å drive likestillingsarbeid, uavhengig av tilsyn og sanksjoner. [...] Regjeringen ønsker å redusere tidkrevende og byråkratiserende pålegg som er rettet mot næringslivet.¹⁶

Formålet med denne artikkelen er å løfte frem og problematisere sider ved Solberg-regjeringens forslag som vi mener innebærer – eller kan innebære – tilbakeskritt. Forholdet mellom regjeringens forslag og grensene for det politiske handlingsrom, som etableres gjennom Grunnlovens diskrimineringsforbud, internasjonale menneskerettskonvensjoner og EU/EØS-rettslige forpliktelser, vil kommenteres løpende. De to separate høringene fra BLD har gjort at en rekke materielle og håndhevingsmessige dimensjoner som har betydning både for det individuelle og strukturelle vernet, i liten grad har vært sett i sammenheng. I vår vurdering av høringsforslagenes konsekvenser for diskrimineringsvernets individuelle og strukturelle sider trekker vi inn både materielle og håndhevingsmessige problemstillinger.¹⁷

Aller først, i punkt 2, 3 og 4, gis en ramme for den videre fremstillingen. Fokus rettes mot rettskildebildets utvikling, utredninger og lovarbeid på feltet samt det overordnede formål at diskrimineringslovgivningen skal bidra til reell likhet. I punkt 5 og 6 ser vi på virkeområdet for en ny felles lov samt spørsmål knyttet til hva som tapes ved en nøytralitetstilnærming sammenlignet med en tilnærming som tar høyde for faktiske og samfunnsmessige ulikheter mellom de ulike gruppene som omfattes av de lovfestede diskrimineringsgrunnlagene. I punkt 7 rettes oppmerksomheten mot det individuelle vernet mot diskriminering, mens diskrimineringsvernets strukturelle side er tema i punkt 8. Vi gir noen avsluttende kommentarer i punkt 9.

2 Rettskildebildet – noen utviklingstrekk

Norsk diskrimineringsvern har utviklet seg over tid gjennom en rekke spredte lover. Den første likestillingsloven, som ble vedtatt i 1978, forbød kjønnsdiskriminering og

16. Høringsnotat 2015, s. 113.

17. Denne artikkelen er en videreutvikling av to høringsuttalelser utarbeidet av de to forfatterne på vegne av Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett (KVIBALD) ved Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo, til departementets to høringer. Høringsuttalelsene er tilgjengelige i sin helhet på følgende nettsider: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--forslag-til-felles-likestillings--og-diskrimineringslov/id2458435/> og <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---effektivisering-av-handhevingen-pa-diskrimineringsområdet/id2516442/>.

hadde som formål å bedre kvinners stilling.¹⁸ Loven, som ble vedtatt to år før Norges ratifikasjon av FNs kvinnediskrimineringskonvensjon (KDK), gjorde Norge til et foregangsland når det gjelder kjønnslikestilling.¹⁹ Til sammenligning tok det 35 år fra Norges ratifikasjon av FNs rasediskrimineringskonvensjon (RDK) i 1970 til vedtakelsen av diskrimineringsloven mot etnisk diskriminering i 2005.^{20 21}

I dag er de nasjonale diskrimineringslovene nært forbundet med EU/EØS-retten og en rekke internasjonale menneskerettskonvensjoner. EU-rettens bestemmelser om kjønnslikestilling utgjør en uttrykkelig del av EØS-avtalen gjennom artikkel 69 og 70. Dette har som følge at EUs direktiver om likestilling mellom kvinner og menn er del av / gjøres til del av EØS-avtalen og skal dermed gjennomføres i norsk rett.²² Dette gjelder direktiv 2006/54/EF (likebehandlingsdirektivet) *om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med beskjeftigelse og erverv*, og direktiv 2004/113/EF *om gjennomføring av prinsippet om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med adgang til og levering av varer og tjenester*.

EU vedtok i år 2000 en ikke-diskrimineringspakke som blant annet bestod av EUs rammedirektiv om likebehandling med hensyn til sysselsetting og arbeid (direktiv 2000/78/EF)²³ og EUs etnisitetsdirektiv (direktiv 2000/43/EF)²⁴. Direktivene gir vern mot diskriminering som har sammenheng med seksuell orientering, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, alder, rase og etnisk opprinnelse. Formelt sett er ikke disse direktivene en del av EØS-avtalen.²⁵ Norske myndigheter har imidlertid politisk forpliktet seg til å innføre rettsstandarder som minst er på høyde med diskrimineringsvernet i EU.²⁶

I kjølvannet av at EU vedtok disse direktivene, skjøt vedtakelsen av nasjonale diskrimineringslover fart. I 2004 ble det innført et nytt kapittel om vern mot diskriminering i arbeidsmiljøloven 1977.²⁷ Loven om etnisk diskriminering ble ved-

18. Kvinnebevegelsen krevet en lov mot diskriminering av kvinner. Se Tove Stang Dahl, Kjersti Graver, Anne Hellum og Anne Robberstad, *Juss og juks*, Pax 1976.

19. KDK ble vedtatt i 1979 og ratifisert av Norge 21. mai 1981.

20. RDK ble vedtatt i 1966 og ratifisert av Norge 6. august 1970.

21. Lov 3. juni 2005 nr. 33 (opphevet). Erstattet av diskrimineringsloven om etnisitet 2013.

22. For en oversikt over EU/EØS-rettslige direktiver på diskrimineringsfeltet, se Prop. 88 L (2012–2013) s. 21 f.

23. Direktivet omfatter forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse og alder.

24. Direktivet omfatter forbud mot diskriminering på grunn av rase og etnisk opprinnelse.

25. Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 36. Nærmere om dette i Vibeke Blaker Strand, *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse. Hvor langt rekker individvernet?*, Oslo 2012, s. 45 f.

26. St.prp. nr. 11 (2003–2004) s. 2.

27. Kapittelet ble innført ved lov 26. mars 2004 nr. 15 om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m. Kapittelet er delvis videreført i arbeidsmiljøloven 2005 kapittel 13.

tatt i 2005. Loven om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne – diskriminerings- og tilgjengelighetsloven²⁸ – ble vedtatt i 2008. Fem år senere – i 2013 – ble det vedtatt en ny lov som forbyr diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.

Også internasjonale menneskerettskonvensjoner som Norge er tilsluttet, er søkt implementert gjennom de nasjonale diskrimineringslovene. I tillegg til KDK og RDK er FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD) av 2008 sentral på diskrimineringsfeltet. Dessuten er en rekke bredt anlagte konvensjoner på menneskerettsfeltet av betydning for spørsmål om diskriminering: Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) av 1950, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) av 1966, FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) av 1966 og FNs barnekonvensjon (BK) av 1989. Alle disse konvensjonene, med unntak av CRPD, er gjort til norsk rett ved inkorporasjon, jf. menneskerettsloven²⁹ § 2 og diskrimineringsloven om etnisitet § 5.

De internasjonale kildene har blant annet betydning ved at de etablerer rammer/begrensninger for nasjonal politikktutforming. I denne sammenheng kan det nevnes at likestillingsloven 1978 har vært gjenstand for en rekke revisjoner som blant annet har hatt som formål å bringe kjønnsdiskrimineringsvernet på linje med Norges forpliktelser etter EØS-retten og KDK.³⁰ Et gjennomgående trekk ved rettsutviklingen er hvordan vernet av de ulike grunnlagene gradvis (men ikke helt og fullt) har blitt løftet opp til det nivå som har blitt kjempet frem og utviklet gjennom likestillingsloven.

Siste utviklingstrekk er at et generelt forbud mot diskriminering ble grunnlovfestet i mai 2014. Grunnloven § 98 lyder:

Alle er like for loven.

Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.

Grunnloven § 98 etablerer en ny ramme rundt den nasjonale diskrimineringslovgivningen. Menneskerettighetsutvalget, utvalget som utredet forslaget til styrket menneskerettighetsbeskyttelse i Grunnloven, fremhevet at diskrimineringsbestemmelsen er utformet som en

individuell rettighet som kan bringes inn for domstolene i enkeltsaker. En slik grunnlovsbestemmelse vil sette rettslige skranker for lovgiver, ved at lovgiver ikke kan vedta

28. Lov 20. juni 2008 nr. 42 (opphevet), erstattet av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven 2013.

29. Lov 21. mai 1999 nr. 30.

30. Se Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) og Ot.prp. nr. 79 (2008–2009).

regler i strid med diskrimineringsforbudet. Den nærmere grenseoppgangen for hva som er å anse som diskriminering, må imidlertid først og fremst trekkes av de politiske myndigheter.³¹

Videre påpeker utvalget at det er

av avgjørende betydning at de politiske myndigheter sørger for et omfattende regelverk på området med det siktemål å søke å beskytte individene mot diskriminering. Det vil være dette regelverket domstolene må forholde seg til og tolke i vanskelige saker. [...] Dersom øvrig regelverk mot formodning skulle mangle, vil grunnlovsbestemmelsen måtte prøves direkte av domstolene.³²

Utvalget peker her på sammenhengen mellom lovgivers regelutforming og domstolenes ansvar for å sikre at lovgivningen er i tråd med Grunnloven, jf. Grunnloven § 89 om domstolenes prøvesesrett. Også Grunnloven utgjør en skranke når en ny felles likestillings- og diskrimineringslov skal utformes.

3 Utvalg, utredninger og lovreformer

Regelverket på diskrimineringsfeltet har blitt kritisert for å være fragmentert, endimensjonalt og utilstrekkelig når det gjelder sanksjoner. Stoltenberg II-regjeringen nedsatte i lys av denne kritikken to offentlige utvalg. Diskrimineringslovutvalget, nedsatt i 2007 og ledet av professor Hans Petter Graver, fikk som mandat å legge frem forslag til en samlet og mer helhetlig diskrimineringslovgivning i Norge. Utvalget fremsatte i utredningen NOU 2009: 14 *Et helhetlig diskrimineringsvern* forslag til en felles lov. Likestillingsutvalget, nedsatt i 2010 og ledet av professor Hege Skjeie, skulle blant annet levere en gjennomgang og vurdering av virkemiddelapparatet knyttet til likestillings- og diskrimineringsfeltet. NOU 2011: 12 *Struktur for likestilling* ble lagt frem i 2011 og inneholdt en rekke forslag for å styrke håndhevingsapparatet på likestillings- og diskrimineringsfeltet; herunder ble det foreslått å gi nemnda kompetanse til å tilkjenne oppreisning i saker der det ble konstatert diskriminering.³³

31. Dokument 16 (2011–2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*, s. 147.

32. *Ibid.*

33. Likestillingsutvalget leverte også utredningen NOU 2012: 15 *Politikk for likestilling*. Utvalgets overordnede mandat var at det skulle utrede norsk likestillingspolitikk med utgangspunkt i livsløp, etnisitet og klasse.

Diskrimineringslovutvalgets forslag til samlet lov ble forkastet av Stoltenberg II-regjeringen våren 2013. I høringsrunden var det blant annet fra fagbevegelsen og kvinnebevegelsen uttrykt «bekymring for at en samlet diskrimineringslov vil kunne svekke diskrimineringsvernet for kvinner ved at likestillingsloven oppheves».³⁴ Stoltenberg II-regjeringen besluttet å opprettholde systemet med flere lover.³⁵ Samtidig ønsket regjeringen å oppnå en del av den forenkling som Diskrimineringslovutvalget hadde foreslått. Dette resulterte i en harmoniseringsreform der likestillingsloven 1978, diskrimineringsloven om etnisk diskriminering 2005 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven 2008 ble erstattet av tre nye lover: likestillingsloven 2013, diskrimineringsloven om etnisitet 2013 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven 2013. En helt ny lov om diskriminering på grunn av seksuell orientering kom til. Formålet med 2013-reformen var å skape et enklere og mer ensartet vern på tvers av de ulike lovene. Departementet mente at: «Likere og mer tilgjengelige lovtekster innebærer [...] et styrket diskrimineringsvern.»³⁶ Solberg-regjeringens forslag om en felles lov bygger på Diskrimineringslovutvalgets opprinnelige forslag.

Stoltenberg II-regjeringen fulgte ikke opp Likestillingsutvalgets forslag om å styrke håndhevingsapparatet på diskrimineringsfeltet, herunder forslaget om å gi nemnda kompetanse til å tilkjenne oppreisning.

Det nasjonale systemet for håndheving av spørsmål om diskriminering har en todelt struktur. Håndheving skjer både i et eget lavterskel håndhevingsapparat (bestående av ombudet og nemnda) og i ordinære domstoler. Håndhevingsapparatets nærmere kompetanse er først og fremst regulert i diskrimineringsombudsloven (diskrol.). Ombudet har en lovhåndheverfunksjon, en pådriverfunksjon (som inkluderer en kompetanserolle og en rolle som rettighetsveileder) og en konvensjonstilsynsfunksjon. Ombudet har ikke kompetanse til å treffe rettslig bindende vedtak, men kan avsi ikke-bindende uttalelser i enkeltsaker, jf. diskrol. § 3 (3) 1. pkt.³⁷ Denne lovhåndheverfunksjonen foreslås nå avskaffet av Solberg-regjeringen.

Etter dagens ordning skal ombudet videre søke å oppnå at partene frivillig retter seg etter de ikke-bindende uttalelsene, se diskrol. § 3 (3) 2. pkt. Dersom frivillig ordning ikke oppnås, kan en sak bringes inn for nemnda, se diskrol. § 6. Utgangspunktet i saker mellom private parter er at nemnda fatter bindende vedtak om hvorvidt det foreligger brudd på de nasjonale diskrimineringslovene, slik disse er

34. Prop. 88 L (2012–2013) s. 47.

35. Ibid.

36. Prop. 88 L (2012–2013) s. 10.

37. I visse hastetilfeller kan ombudet likevel treffe vedtak, se diskrol. § 4.

listet opp i diskrol. § 1 (2), se lovens § 7 (1). I saker der ulike offentlige myndigheter er part, er spørsmålet om nemndas kompetanse mer uavklart.³⁸

Det er kun domstolene som har kompetanse til å tilkjenne oppreisning og erstatning og til å håndheve likestillingslovens forbud mot seksuell trakassering. Dette har vært gjenstand for kritikk ettersom de aller fleste saker på diskrimineringsfeltet behandles hos ombud og nemnd.³⁹ Når det gjelder muligheten til å få tilkjent oppreisning og/eller erstatning, er det ansett som problematisk at en person som har fått medhold i nemnda om at vedkommende har vært utsatt for diskriminering, skal måtte anlegge ny sak for domstolene for å kunne få økonomisk kompensasjon. EU/EØS-retten og internasjonale menneskerettigheter inneholder krav om at det materielle vernet skal håndheves og sanksjoneres effektivt. Norge har vært gjenstand for internasjonal kritikk fordi manglende sanksjonskompetanse hos nemnda har blitt ansett som utilstrekkelig for å gjennomføre diskrimineringsvernet på en effektiv måte.⁴⁰ Solberg-regjeringens forslag om at nemnda skal kunne tilkjenne oppreisning og i visse tilfeller også erstatning, følger opp forslaget fra Likestillingsutvalget, og søker å imøtekomme internasjonale krav.

4 Rettsregler som virkemidler for å bidra til reell likhet

Vernet mot diskriminering, både på nasjonalt og internasjonalt plan, kan ses som midler for å oppnå likhet. Likhetskravet har beveget seg fra et krav om formell likhet til et krav om reell – eller substansiell – likhet.⁴¹ Dette er uttrykt på følgende måte av ØSK-komiteen som overvåker statenes gjennomføring av ØSK-konvensjonen:

Merely addressing formal discrimination will not ensure substantive equality Eliminating discrimination in practice requires paying sufficient attention to groups of individuals which suffer historical or persistent prejudice instead of merely comparing the formal treatment of individuals in similar situations. States parties must

38. Se Vibeke Blaker Strand, «Håndheving av diskrimineringsvernet i møte med andre lover i velferdsstaten», i *Rettigheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*, Oslo 2016, s. 135–166.

39. Ibid.

40. European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) anbefalte i sin behandling av Norges 4. rapport å gi nemnda kompetanse til å tilkjenne erstatning og oppreisning, jf. NOR-CbC-IV-2009-004-NOR punkt 41.

41. Hva som mer konkret ligger i et krav om substansiell likhet, er det imidlertid ikke enighet om. Fredman uttrykker dette på følgende måte: «What substantive equality contains on a concrete level is not always clear-cut, as substantive equality involves complex decisions as to the objectives to be achieved and the means to be taken», jf. Sandra Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford 2008, s. 178.

therefore immediately adopt the necessary measures to prevent, diminish and eliminate the conditions and attitudes which cause or perpetuate substantive or de facto discrimination.⁴²

Kravet om reell likhet operasjonaliseres i rettsregler som etablerer vern mot direkte og indirekte diskriminering, samt i forpliktelser om å endre strukturer som fører til ulovlig forskjellsbehandling. Diskrimineringsvernets *individuelle side* handler om enkeltmenneskers mulighet til å få konstatert at man har blitt utsatt for direkte, indirekte eller sammensatt diskriminering, samt eventuell tilkjennelse av oppreisning og/eller erstatning. *Direkte diskriminering* foreligger der forskjellsbehandlingen eksplisitt – direkte – har sammenheng med et eller flere av diskrimineringsgrunnlagene, og det ikke anses å foreligge noen tilstrekkelig begrunnelse for den aktuelle forskjellsbehandlingen. *Indirekte diskriminering* foreligger der bestemmelser, betingelser, praksiser m.m. er nøytralt utformet eller bygger på nøytrale kriterier (og dermed ikke er i strid med et forbud mot direkte diskriminering), men likevel fører til at personer havner i en dårligere posisjon enn andre på grunn av sitt kjønn, sin etniske bakgrunn, sin religion, sin nedsatte funksjonsevne m.m., eller kombinasjoner av disse, og hvor begrunnelsen ikke er tilstrekkelig.⁴³

Den individuelle siden av diskrimineringsvernet har i årenes løp blitt supplert av forpliktelser til å endre økonomiske, sosiale og kulturelle strukturer. Med strukturell eller systemisk diskriminering forstås lovregler, praksiser eller holdninger som fører til systematiske ulikheter mellom ulike grupper.⁴⁴ Diskrimineringsvernets *strukturelle side* handler om plikter for offentlige myndigheter, men også for ulike private aktører slik som arbeidsgivere, til å iverksette ulike positivt definerte tiltak som skal bidra til å forhindre eller minske forekomsten av diskriminering. Det kan dreie seg om aktivitetsplikter, redegjørelsesplikter samt plikter til å ta skritt for å avskaffe bakenforliggende fordommer og stereotypier som fører til diskriminering. Diskriminerende strukturer kan komme til uttrykk både i rettslige, sosiale og kulturelle normer og praksiser. Håndheving av den strukturelle siden av diskrimineringsvernet er viktig for å bidra til samfunnsendring og, derigjennom, til reell likhet.

Diskrimineringsregelverket som *helhet*, slik det er forankret i både nasjonale regler, EU/EØS-rett og i internasjonale menneskerettskonvensjoner, rommer både individuelle rettigheter og strukturelle forpliktelser, herunder deres tette sammen-

42. ØSK-komiteen, *General Comment No. 20* (2009), punkt 8(b).

43. For en nærmere beskrivelse av vilkårene for direkte og indirekte diskriminering, se Vibeke Blaker Strand og Kjetil Mujezinović Larsen, *Menneskerettigheter i et nattesfall*, Oslo 2015, s. 117–119.

44. ØSK-komiteen, *General Comment No. 20* (2009), punkt 12.

heng: Saker om diskriminering på individnivå henger ofte sammen med diskriminerende strukturer. Dermed vil proaktive plikter som bidrar til endring av økonomiske, sosiale og kulturelle strukturer, ofte kunne resultere i mindre diskriminering på individnivå.

Et sentralt spørsmål er hvor langt statens plikt til å sørge for effektiv håndheving av vernet mot individuell og strukturell diskriminering strekker seg. Hensynet til reell likestilling taler for å organisere håndhevingsapparatet slik at de nære sammenhenger mellom diskrimineringsvernets individuelle og strukturelle sider kan gjøres til gjenstand for vurdering. Solberg-regjeringens forslag om å fjerne lov- håndheveroppgaven fra ombudet vil kunne resultere i at sammenhengene mellom diskrimineringsregelverkets individuelle og strukturelle sider vil bli vanskeligere å få øye på og ta tak i. Dette spørsmålet vil bli problematisert i den videre fremstillingen, både i punkt 7 der det individuelle vernet diskuteres, og i punkt 8 der diskrimineringsvernets strukturelle side er tema.

5 Lovgivningens virkeområde

Det foreslås at den nye felles likestillings- og diskrimineringsloven skal gjelde «på alle samfunnsområder», men holdes åpent om det skal innføres et unntak for «familieliv og andre rent personlige forhold».⁴⁵ I dag er det saklige virkeområdet i tre av diskrimineringslovene – diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, diskrimineringsloven om etnisitet og diskrimineringsloven om seksuell orientering – avgrenset mot «familieliv og andre rent personlige forhold». Likestillingsloven «gjelder på alle områder i samfunnet». Dersom en felles lov skal gjelde på alle områder, foreslår departementet å lovfeste at verken domstoler, ombud eller nemnd skal kunne håndheve loven i spørsmål som gjelder familieliv og andre rent personlige forhold.

Dersom loven utformes slik at den ikke gjelder for «familieliv og andre rent personlige forhold», vil det innebære en klar svekkelse av kjønnsdiskrimineringsvernet. I det første utkastet til likestillingslov som ble lagt frem i 1974, var det foreslått at likestillingsloven skulle avgrenses mot «privatlivet». Privatlivet ble ansett å handle om familieliv, foreningsliv og trossamfunn.⁴⁶ På grunnlag av skarp kritikk ble det i 1978 vedtatt en snevrere avgrensning. Likestillingsloven skulle gjelde «på alle områder, med unntak av indre forhold i trossamfunn»⁴⁷. Også unntaket for

45. Høringsnotat 2015, s. 16 f.

46. Stina Hansteen Solhøy, «Unntak for trossamfunn? Politikkutforming i spenningsfeltet mellom statlige likestillingsambisjoner og religiøs autonomi 1974–2014», doktoravhandling forsvart ved Det samfunnsvitenskapelige fakultet, UiO 2016, s. 82 f.

47. Likestillingsloven 1978 § 2.

indre forhold i trossamfunn var meget omstridt. Først i 2010 – etter 32 år – ble det fjernet. Det ble da lovfestet at likestillingsloven gjelder på alle områder.⁴⁸ Å gjeninnføre en avgrensning i det saklige virkeområdet i spørsmål som gjelder likestilling mellom kjønnene – denne gangen utformet som et unntak for «familieliv og andre rent personlige forhold» – innebærer en uheldig reversering.

BLD har ikke foretatt noen grundig empirisk, rettslig og konsekvensorientert analyse av spørsmålet om å unnta familieliv og andre rent personlige forhold for alle diskrimineringsgrunnlag. Et fellestrekk ved situasjonen til kvinner, mennesker med funksjonsnedsettelse, eldre og LHBTI-personer (lesbiske, homofile, bifile, trans- og intersex-personer) er at deres velferd og utviklingsmuligheter er sterkt avhengig av de familiemessige og personlige relasjoner de inngår i. Forekomsten av vold og seksuelle overgrep mot kvinner og jentebarn er godt dokumentert. Videre foreligger det en omfattende dokumentasjon av økonomiske og fysiske overgrep mot eldre i hjemmet.⁴⁹ Forskning om seksuell orientering og levekår viser klare forskjeller mellom henholdsvis heterofile og bifile, lesbiske og homofile når det gjelder dårlige og brutte forhold til foreldre og søsken.⁵⁰ Europarådsrapporten «Safeguarding adults and children with disabilities against abuse» inneholder en omfattende kartlegging av overgrep mot mennesker med nedsatt funksjonsevne i hjemmet, i offentlighetssfæren og i institusjoner.⁵¹ Rapporten fremhever tiltak for å forebygge vold i alle disse sfærene.

Et unntak for familieliv og andre rent personlige forhold er vanskelig å forene med menneskerettslige forpliktelser. Ingen av konvensjonenes diskrimineringsforbud inneholder begrensninger i forbudenes virkeområde. Det er dessuten på det rene at staten i visse tilfeller er forpliktet til å gi det enkelte individ beskyttelse mot krenkelser i privatlivet fra andre private aktører. Dette er blant annet lagt til grunn av EMD i saker om EMK artikkel 8.⁵²

KDK gjelder på alle livs- og rettsområder, herunder familieliv, organisasjonsliv og i religiøse institusjoner. Bakgrunnen for konvensjonens vide virkeområde er at mønstre for ulikhet og mangel på anerkjennelse, som utspiller seg i familien,

48. Lov 9. april 2010 nr. 12.

49. Olaug Nesje Juklestad, «Fakta om overgrep mot eldre», *Aldring og livsløp* 3/2006, s. 1–7. http://www.nova.no/asset/2394/1/2394_1.pdf (sist besøkt 6.1. 2017).

50. Normann Andersson og Kirsti Malterud (red.), *Seksuell orientering og levekår*, 2013, se: <https://bora.uib.no/handle/1956/7550> (lesedato 6.1.2017).

51. Council of Europe, *Safeguarding adults and children with disabilities against abuse* (2002) – <https://book.coe.int/eur/en/integration-of-people-with-disabilities/2415-safeguarding-adults-and-children-with-disabilities-against-abuse.html> (lesedato 6.1.2017).

52. Ursula Kilkelly, *The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe 2001, s. 20–21, se <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007ff47> (lesedato: 7.1.2017).

reproduseres når det gjelder adgang til helse, utdanning, arbeid og deltakelse. Et unntak for privat- og familielivet vil videre være uforenelig med ØSK-komiteens fortolkning av rekkevidden av ØSK-konvensjonens diskrimineringsforbud:

Discrimination is frequently encountered in families, workplaces, and other sectors of society. For example, actors in the private housing sector (e.g. private landlords, credit providers and public housing providers) may directly or indirectly deny access to housing or mortgages on the basis of ethnicity, marital status, disability or sexual orientation while some families may refuse to send girl children to school. States parties must therefore adopt measures, which should include legislation, to ensure that individuals and entities in the private sphere do not discriminate on prohibited grounds.⁵³

Heller ikke Grunnlovens diskrimineringsforbud i § 98 (2) inneholder begrensninger i diskrimineringsforbudets virkeområde. Dersom en felles likestillings- og diskrimineringslov avgrenses mot privat- og familielivet, vil det kunne oppstå spørsmål om grunnlovsstrid, se også Grunnloven § 89.

Vår konklusjon er at virkeområdet i en felles lov ikke bør avgrenses mot «familieliv og andre rent personlige forhold». Også en løsning der den nye loven skal gjelde på alle områder, men ikke håndheves innen privat- og familielivet, byr på mange av de samme utfordringene, særlig dersom domstolsprøving avskjæres. Utgangspunktet bør være at loven skal gjelde og kunne håndheves på alle samfunnsområder, for alle de ulike grunnlagene. Dersom egenarten til enkelte av grunnlagene gjør at det bør trekkes en materiell og/eller håndhevingsmessig grense mot «familieliv og andre rent personlige forhold», må begrunnelsen for dette tilfredsstillende ordinære menneskerettslige krav til proporsjonalitet. Dette kan vi ikke se at departementet har gjort i sitt lovforslag.

6 Nøytralitet og uniformering versus tydeliggjøring av gruppespesifikke særpreg

Departementet foreslår å erstatte de fire nåværende diskrimineringslovene med en samlet likestillings- og diskrimineringslov. En forenklet felles lov anses av departementet for å være den beste måten å fremme likhet, tilgjengelighet og effektivitet på. Et grunnleggende spørsmål er hva slags likhet de foreslåtte regelforenklingene fører til. Fremmer det foreliggende forslaget reell likhet ved å ta hensyn til særpreg

53. ØSK-komiteen, generell kommentar nr. 20, punkt 11.

for de ulike diskrimineringsgrunnlagene, eller skjer det en forenkling som går i retning av formell likhet og, som en konsekvens av dette, et svekket vern?

Den nye lovens formål skal være å

fremme likestilling og hindre diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, [alder og andre lignende, vesentlige kjennetegn ved en person].⁵⁴

Det er ut fra hensynet til reell likhet og rettssikkerhet positivt at det i formålsbestemmelsen er foretatt en konkretisering og utdyping av hvilke grunnlag som omfattes av formålet om å fremme likestilling og hindre diskriminering.

Den foreslåtte formålsbestemmelsen har en nøytral utforming ved at alle grunnlag stilles på lik linje. Lovens formål relaterer seg ikke eksplisitt til samfunnssituasjonen til de ulike grupper som er omfattet av vernet. Heller ikke de særlige utfordringer som oppstår når det gjelder likestillings- og diskrimineringsvern i situasjoner med sammensatt diskriminering, er berørt som del av lovens formål. At sammensatt diskriminering er forbudt, følger kun av diskrimineringsforbudet inntatt i forslaget § 6, der det heter at diskriminering som har sammenheng med «kombinasjoner av» de ulike grunnlagene, er forbudt.

En sentral begrunnelse for utformingen av en samlet lov er, i henhold til departementet, behovet for et uttrykkelig vern mot sammensatt diskriminering. Vernet mot sammensatt diskriminering har imidlertid utviklet seg gjennom håndhevingspraksis der de ulike diskrimineringslovene er sett i sammenheng med hverandre. Et formalisert – og dermed styrket – vern mot sammensatt diskriminering vil kunne inntas i hver enkelt diskrimineringslov og er ikke avhengig av etablering av en felles lov.

Formålsbestemmelsens nøytrale og uniforme utforming går hånd i hånd med at det foreslås å oppheve de spesifikke formålsangivelsene i henholdsvis likestillingsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Konsekvensen av denne avrettsliggjøringen er en svekkelse av både det individuelle og det strukturelle vernet.

BLD foreslår å fjerne den delen av diskriminerings- og tilgjengelighetslovens formålsbestemmelse som lyder: «Loven skal bidra til nedbygging av samfunnskapte funksjonshemmende barrierer og hindre at nye skapes.» Med dette oppheves en symbolsk, kommunikasjonsmessig og rettslig anerkjennelse av at funksjonshemming oppstår i individers møte med samfunnet, og altså ikke er en indi-

54. Se § 1 lovforslaget inntatt i Høringsnotat 2015. Teksten i klammer synliggjør at BLD holder det åpent om dette skal inn i loven.

viduell egenskap. Den er av stor praktisk betydning ettersom en stor del av klagen som omhandler mennesker med nedsatt funksjonsevne, vedrører brudd på tilretteleggingsregler. Ved å fjerne denne delen av dagens formålsbestemmelse, som utgjør en sentral retningslinje ved tolkingen av lovens tilretteleggingsregler, vil diskrimineringsvernet for mennesker med nedsatt funksjonsevne svekkes.

Likestillingslovens formål om at loven «særlig tar sikte på å bedre kvinners stilling», foreslås også opphevet. Behovet for en lov som tar utgangspunkt i kvinners livserfaringer og livsverdier, ble fremhevet av kvinnepolitikere og kvinneverettsaktivister i forbindelse med vedtakelsen av likestillingsloven i 1978.⁵⁵ Likestillingsutvalget viser i sin gjennomgang av norsk kvinne-, kjønns- og likestillingsforskning innen ulike fagområder at vi er langt fra reell kjønnslikestilling i dagens Norge. Utredningen dokumenterer at det i stor grad – men ikke alltid – dreier seg om skjev fordeling av makt, ressurser og familieforpliktelser i kvinners disfavør. Den utdyper samtidig hvordan kvinner er særlig utsatte for å oppleve diskriminering på flere grunnlag samtidig, for eksempel på grunn av kombinasjonen kjønn og etnisitet eller kjønn og funksjonsnedsettelse. Lovforslaget sender med sin kjønnsnøytrale formålsparagraf et signal om at kvinner og menn har samme behov for vern mot kjønnsdiskriminering. Lovforslaget forsterker på denne måten en av de største barrierene for likestilling i dagens samfunn, nemlig ideen om at kvinner og menn er likestilte.

Formålet om at loven skal bedre kvinners stilling, har betydning når lovens øvrige bestemmelser tolkes. Bortfall av dette formålet vil kunne svekke kvinners vern mot indirekte og strukturell diskriminering. Vi har i senere år sett mange eksempler på vedtakelse av ny lovgivning som med utgangspunkt i et kjønnsnøytralt likestillingsideal er problematisk fordi det ikke tas tilstrekkelig hensyn til eksisterende biologiske og sosiale forskjeller mellom kvinner og menn, for eksempel spørsmålet om kjønnsnøytral krisesenterlov.⁵⁶ Et annet eksempel er reglene om tredeling av foreldrepermisjon som tar bort beskyttelsen av de ekstra ukene permisjon som kvinner etter EUs barseldirektiv har krav på i barseltiden. Forskning dokumenter nå at ordningen ikke er i tråd med barseldirektivet, fordi den ikke i tilstrekkelig grad tar hensyn til kvinners og barnas behov i barseltiden, men gjør deler av permisjonen i barseltiden til gjenstand for forhandling.⁵⁷ Den norske ordningen taper av syne at hensynene bak barselpermisjon er andre enn

55. Dahl mfl.1976.

56. Anne Hellum, «Mellom kjønnsespesifikk og kjønnsnøytral rettighetsfesting: Krisesenterloven», i Ingunn Ik Dahl og Vibeke Blaker Strand (red.), *Rettingheter i velferdsstaten. Begreper, trender, teorier*, Oslo 2016, s. 203–226.

57. Helga Aune og Gro Nylander, «Barseltid et faktum – barselpermisjon en rettslig sannhet», *Nordisk Socialrettslig Tidsskrift* nr. 11–12 2015, s. 45–82.

hensynene bak foreldrepermisjon, og at det påligger staten en plikt til å gi kvinner særlige rettigheter når det er grunn til det. Dersom likestillingslovens formål om å bedre kvinners stilling fjernes, gis det en rettslig åpning for kjønnsblinde kjønnsbalansetiltak som kan slå meget uheldig ut.

Høringsutkastets forslag om nøytrale formålsbestemmelser utgjør en forenklingssjuss som er vanskelig å forene med kravene i særlig KDK og CRPD om at det for å skape reell likhet skal tas hensyn til foreliggende sosiale skjevheter. I sin behandling av Norges åttende statsrapport i 2012 var FNs kvinnediskrimineringskomité kritisk til Diskrimineringslovutvalgets forslag i NOU 2009: 14 til felles diskrimineringslov. Kritikken rettet seg mot lovforslagets kjønnsnøytrale utforming og er i høy grad relevant for Solberg-regjeringens forslag:

The Committee is [...] concerned that the use of gender-neutral legislation, policies and programmes, which might lead to inadequate protection of women against direct and indirect discrimination and hinder the achievement of substantive equality between women and men.⁵⁸

Forslaget til felles likestillings- og diskrimineringslov bygger på en nøytralitetstilnærming der alle problemstillinger beskrives på samme måte, til tross for dyptgående forskjeller mellom grunnlagene både når det gjelder diskriminerings karakter, årsaker og utbredelse. Det utgjør en rettslig uniformering som vanskelig lar seg forene med formålet om å sikre reell likhet. Etter vår oppfatning vil en modell med flere lover gi et bedre utgangspunkt for utdyping og konkretisering av de enkelte grunnlagenes innhold og omfang. Tilnærmingen med flere diskrimineringslover gir oss et språk for å snakke om forskjeller og likheter mellom de ulike former for forskjellsbehandling og diskriminering som rammer ulike grupper.

7 Det individuelle vernet mot diskriminering

Diskrimineringsvernets *individuelle side* handler om enkeltmenneskers mulighet til å få konstatert at man har blitt utsatt for direkte, indirekte eller sammensatt diskriminering, samt eventuell tilkjennelse av oppreisning og/eller erstatning.

7.1 Materielle dimensjoner

Den materielle siden av det individuelle vernet mot diskriminering foreslås utformet på en måte som er på linje med kravene i Norges internasjonale forpliktelser.

58. CEDAW/C/NOR/Co/8 punkt 9.

Vi støtter forslaget om å tydeliggjøre i lovteksten at adgangen til direkte forskjellsbehandling i arbeidslivet skal være særlig snever, samt at vernet mot direkte og indirekte diskriminering på grunn av graviditet og foreldrepermisjon utdypes og tydeliggjøres.⁵⁹

7.2 Håndheving av individvernet

BLD foreslår at nemnda gis kompetanse til å tilkjenne oppreisning i saker innenfor arbeidslivet og erstatning i enkle saksforhold. Dette utgjør, etter vår oppfatning, en viktig og nødvendig styrking av det individuelle diskrimineringsvernet. Sanksjoner kan dessuten ha en preventiv effekt og således bidra til å endre diskriminerende holdninger og strukturer.

Det er imidlertid flere andre sider ved BLDs forslag som kan bidra til å svekke individers mulighet til å få håndhevet en sak om diskriminering. I det følgende vil tre dimensjoner tas opp: fjerning av lovhåndheverfunksjonen fra ombudet; innføring av klagegebyr og skriftlig saksbehandling; og fortsatt domstolshåndheving av saker om seksuell trakassering. Disse forslagene vil, om de vedtas, føre til et mer privatisert vern: Håndheving av diskrimineringsvernet forutsetter at individet selv evner å fremme sin sak i de rette kanaler og på riktig måte.

7.2.1 Fjerning av lovhåndheverfunksjonen fra ombudet

Ombudet har etter eksisterende lovgivning en lovhåndheverfunksjon (som omfatter det individuelle og visse aspekter ved det strukturelle vernet), en pådriverfunksjon (som inkluderer en kompetanserolle og en rolle som rettighetsveileder) og en internasjonal tilsynsfunksjon. Denne kombinerte rollen gjør at eksisterende lavterskeltilbud er godt egnet til å sikre at personer fra ressursvake grupper får adgang til å få prøvd en sak om diskriminering. Selv om ombudets uttalelser ikke er formelt bindende, innebærer de at det tas konkret stilling til om en person har blitt utsatt for diskriminering eller ikke. BLD foreslår å flytte ombudets lovhåndheverfunksjon til nemnda, slik at dagens (reelle) to-instanssystem erstattes av en én-instans behandling hos nemnda. Departementets begrunnelse for forslaget er at «en tydelig rolledeling» mellom håndhever- og pådriveroppgaver «vil gi bedret legitimitet og økt profesjonalitet både for pådriver- og lovhåndheverrollen».⁶⁰

En grunnpremiss i BLDs høringsforslag er at det i dag ikke foreligger en reell to-instansbehandling, fordi ombudet kun avsier ikke-bindende uttalelser. I tillegg fremheves det at saksbehandlingstiden i dagens håndhevingsapparat er svært lang.⁶¹

59. For en kritikk av 2013-lovens tilnærming til disse spørsmålene, se Strand 2015, s. 449–470.

60. Høringsnotat 2016, s. 24.

61. Høringsnotat 2016, s. 7.

Begge premisser må etter vår oppfatning nyanseres. Det er i praksis en glidende overgang mellom ombudets veileder- og håndheverrolle. De fleste veilednings-sakene som går over til å bli klagesaker, løses på frivillig grunnlag mellom partene. Ombudet opplyser at i 2016 ble 68 % av klagesakene avsluttet hos ombudet etter en saksbehandlingstid på 114 dager.⁶² I flere saker som ombudet behandler i dag, kommer partene på bakgrunn av ombudets uttalelse frem til en minnelig løsning som kan omfatte både oppreisning og erstatning.⁶³ BLD foretar ingen vurdering av betydningen av denne siden av ombudets arbeid.

Ombudet skal etter diskrimineringsombudsloven § 3 (3) foreta en oppfølging av saker der det er avgitt uttalelse om lovbrudd. Det heter at:

Ombudet skal søke å oppnå at partene frivillig retter seg etter uttalelsen. Dersom frivillig ordning ikke oppnås, kan ombudet forelegge saken for nemnda til behandling etter § 6.

Det finnes en rekke eksempler på saker fra ombudet som har endt med en frivillig løsning etter at ombudet først har konstatert lovbrudd, og der oppfølgingsfunksjonen har vært avgjørende for resultatet.⁶⁴ Noen tilsvarende oppfølgingsfunksjon er – så vidt vi kan se – ikke videreført i høringsforslaget, verken for ombudet eller nemnda.

BLD foreslår at ombudet fortsatt skal kunne gi generell og individuell rettighetsveiledning. Dette omfatter råd til enkeltpersoner og virksomheter om hvilke rettigheter og plikter de har etter diskrimineringslovgivningen. Dette er en omfattende oppgave ettersom ombudet behandler ca. 1800 saker per år.⁶⁵ Hvordan denne lovpålagte oppgaven vil kunne utføres samtidig som en rekke juridiske stillinger foreslås overført fra ombudet til nemnda, er overhodet ikke berørt i høringsnotatet.

Høringsnotatet inneholder en rekke uklarheter vedrørende innholdet og omfanget av LDOs individuelle veiledningsplikt. Departementet understreker uten noen nærmere utdyping at LDOs veiledning må avgrenses mot å representere en part utad.⁶⁶ Hva som skal til for å fange opp de rettslige behovene til de mest ressursvake klagerne som på grunn av språkproblemer, manglende rettskunnskap eller manglende organisasjonstilknytning vil ha problemer med å utforme en skriftlig klage, er heller ikke berørt. Det er etter vår oppfatning viktig

62. Opplysning fra seniorrådgiver Margrete Søbstad, LDO, i mail til Anne Hellum, november 2016.

63. Se høringsuttalelse fra LDO til Høringsnotat 2016, s. 10.

64. Se LDO sak 15/911, 14/1269, 12/1764, 13/2274 og 14/2433, 14/1434, 15/721, 16/1352.

65. Høringsnotat 2016, s. 26.

66. Ibid.

at ombudets rolle som rettighetsveileder utformes på en måte som gjør at denne gruppen klagere ikke bare får kunnskap om hvilke rettigheter de har, men også assistanse som gjør dem i stand til å fremme sin sak for nemnda.

Den foreslåtte organiseringen gjør det nødvendig å se på mulighetene for å innføre en ordning med fri rettshjelp i diskrimineringssaker, både i saker som bringes inn for nemnda, og for ordinære domstoler. Dette henger sammen med retten til å få sin sak prøvd. Vi er overrasket over at forslaget, som utvilsomt vil ramme individer fra ressursvake grupper, ikke berører rettshjelpstematikken. European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), som overvåker hvordan Europarådets medlemmer arbeider mot rasisme, anbefaler at diskriminerte som mangler tilstrekkelige ressurser til å fremme sin sak, gis en lovfestet rett til fri rettshjelp.⁶⁷ Vi minner i denne sammenheng også om at FNs kvinnekommisjoneringsskomité gjentatte ganger har understreket Norges forpliktelse til å sikre at innvandrerkvinner får samme adgang til beskyttelse mot diskriminering som etnisk norske kvinner og menn fra deres egen gruppe.⁶⁸

7.2.2 Klagegebyr og skriftlig saksbehandling

Dagens lavterskeltilbud er gratis. Enhver person kan bringe en sak inn for ombudet, se diskrol. § 3 (4) 2. pkt. Det foreligger ikke spesielle formkrav. Henvendelser kan skje enten muntlig eller skriftlig.⁶⁹ Nemndas behandling av saker skjer i dag som hovedregel ved muntlig forhandling. BLD foreslår at det innføres et klagegebyr for saker som bringes inn for nemnda. Det foreslås dessuten at saksbehandlingen hos nemnda som hovedregel skal være skriftlig. Disse forslagene endrer håndhevingsapparatets karakter av å være et lavterskeltilbud.

Formelt like regler kan slå ulikt ut i praksis. Innføring av klagegebyr, oppad begrenset til et halvt rettsgebyr (det vil si om lag 500 kr), vil for noen være et stengsel mot å få sin sak behandlet. Vi mener at innføring av rettsgebyr ikke i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til reell likhet og tilgjengelighet, ved at det svekker karakteren av nemnda som lavterskeltilbud for alle. Innføring av gebyr innebærer en særlig hindring for personer som er fattige.

67. ECRI General Policy Recommendation No.7: National legislation to combat racism and racial discrimination (2002), avsnitt V 26.

68. Disse anbefalingene er analysert av Tina Nordstrøm og Anne Hellum i «Innvandrerkvinner rett til rettighetsinformasjon: Fra internasjonale menneskerettigheter til norsk lovgivning, politikk og praksis», i *Like rettigheter og ulike liv*, Anne Hellum og Julia Kohler Olsen (red.), Gyldendal 2014, s. 357 f.

69. Se Forskrift (FOR-2013-12-18-1613) om organisasjon og virksomhet for Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda § 3.

Ordringen er på kollisjonskurs med menneskerettslige standarder om at adgang til «justice» skal sikres for alle. FN's kvinnekrimineringsskominité har utdypet hva som ligger i dette:

With regard to accessibility of justice systems, the Committee recommends that States parties [r]emove economic barriers to justice by providing legal aid and ensure that fees for issuing and filing documents, as well as court costs, are reduced for women with low incomes and waived for women living in poverty.⁷⁰

De mange problemer knyttet til å få håndhevet sine rettigheter når man er fattig, har dessuten vært tema for FN's spesialrapportør om «extreme poverty and human rights». I rapportørens 2012-rapport heter det:

In addition to the costs of legal assistance [...], there are numerous other costs associated with accessing justice which constitute a major barrier for the poor, who simply cannot afford those expenditures. Fees are encountered at every stage of the legal process, along with several indirect costs, such as for obtaining a legal document, witness costs, commissioning independent expertise, photocopies and phone calls. The cumulative impact of those costs is a crucial factor preventing the poor from accessing and benefiting from the justice system.⁷¹

Det er etter vår oppfatning nødvendig å etablere en ordning der personer med særlig dårlig økonomi ikke trenger å betale rettsgebyr, slik at disse får en reell mulighet til å få sin sak behandlet av nemnda. Å unnlate dette vil kunne innebære brudd på forbudet mot indirekte diskriminering.

I dag skal nemndas behandling av saker som hovedregel skje ved muntlig forhandling, og sakens parter har rett til å delta i forhandlingene for å gi eventuelle tilleggsopplysninger og besvare spørsmål fra nemnda.⁷² Departementet foreslår at saksbehandlingen i en ny nemnd som hovedregel skal være skriftlig, men at det skal åpnes for muntlig forhandling i saker der det er reelt behov for dette av hensyn til sakens opplysning. Dette skal det være opp til nemndsleder å vurdere.⁷³

Hovedregelen om muntlig forhandling er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti. Slik umiddelbarhet kan være ekstra viktig på dette rettsområdet ettersom

70. FN's kvinnekrimineringsskominité, generell kommentar nr. 33, punkt 17 a).

71. Se dokument A/67/278 punkt 51.

72. Se FOR-2013-12-18-1613 § 15.

73. Det foreslås imidlertid at partene skal ha en ubetinget rett til muntlig behandling i saker hvor det er krevd oppreisning, se Høringsnotat 2016, s. 50.

fordommer og diskriminerende holdninger kan være avgjørende temaer når man skal vurdere hva som ligger bak forskjellsbehandling som har funnet sted. Denne typen bevisetemaer kan være lettere å få tak i gjennom muntlige spørsmål og svar enn ved skriftlig behandling. Skriftlighet vil innebære at individer må passe på at hele saken «tas med» i det skriftlige materialet, samt at sakens faktum beskrives på en måte som gjør det relevant i forhold til diskriminerings- og likestillingslovgivningen. Dette vil være langt enklere å gjøre for en som har ressurser til å bruke advokat.

Vår oppfatning er at hovedregelen om muntlig forhandling bør videreføres. Dersom forslaget om skriftlig saksbehandling likevel blir opprettholdt, må det suppleres med tiltak som sikrer individets mulighet til å ivareta sine interesser i håndhevingen av en sak. Ombudets adgang til å opptre som partshjelper bør styrkes, ikke bare i saker for domstolene, men også i saker som behandles av nemnda.

7.2.3 Håndheving av saker om seksuell trakassering

BLD foreslår å videreføre ordningen med at likestillingslovgivningens forbud mot seksuell trakassering håndheves av domstolene. Departementet anfører at seksuell trakassering er av en mer alvorlig karakter enn andre former for trakassering og diskriminering som nemnda har kompetanse til å behandle. Hensynet til rettssikkerheten til den som anklages for trakassering, taler etter departementets oppfatning for domstolsbehandling. Departementet presiserer at ombudet vil kunne gi rettighetsveiledning og være partshjelper i saker om seksuell trakassering.

Vi mener den glidende overgang mellom kjønnsmessig trakassering og seksuell trakassering taler for å gi nemnda kompetanse til å behandle denne typen saker. Videre mener vi gapet mellom den store faktiske forekomsten av seksuell trakassering og det svært lave antallet saker for domstolene taler for at nemnda bør kunne håndheve disse sakene. Vi mener at rettssikkerheten til de involverte parter vil kunne ivaretas tilstrekkelig innenfor den styrkede nemndstrukturen som er foreslått. Etter vår oppfatning bør det vurderes å oppstille en rett for partene til muntlig behandling i slike saker, på samme måte som det foreslås at partene skal ha en ubetinget rett til muntlig behandling i saker der det er reist krav om oppreisning. Etter vår oppfatning er det vanskelig å se noen viktig grunn til ikke å etterkomme anmodningen fra FNs kvinnekommisjon i tilknytning til behandlingen av Norges 8. statsrapport hvor den anbefalte Norge å:

- a. Ytterligere styrke Likestillings- og diskrimineringsombudet, ved at det blir gitt tilstrekkelige menneskelige og tekniske ressurser og å vurdere å gi ombudet og nemnda adgang til å prøve saker som gjelder seksuell trakassering;

- b. Styrke evalueringen av tiltak som treffes for å forsikre seg om at slike tiltak oppfyller de målene som er satt.⁷⁴

8 Diskrimineringsvernets strukturelle side

Vernet mot direkte og indirekte diskriminering på individuelt grunnlag henger nøye sammen med offentlige myndigheters og arbeidsgiveres plikt til å arbeide aktivt for likestilling. Staten har etter blant annet RDK, KDK og CRPD plikt til å sørge for at så vel offentlige som private aktører avstår fra diskriminering på individuelt grunnlag og samtidig forebygger diskriminering på strukturelt grunnlag gjennom proaktivt likestillingsarbeid.

8.1 Materielle dimensjoner

Samtlige nasjonale diskrimineringslover pålegger arbeidsgivere en plikt til å arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme likestilling. Aktivitetsplikten etter likestillingsloven av 2013 omfatter alle private og offentlige arbeidsgivere uansett størrelse, mens plikten etter de øvrige diskrimineringslovene er begrenset til private arbeidsgivere med mer enn 50 ansatte. Likestillingslovens formålsbestemmelse om å bedre kvinners stilling legger viktige føringer for tolkingen og gjennomføringen av aktivitetsplikten på kjønnslikestillingsfeltet. Samtlige diskrimineringslover inneholder en plikt for arbeidsgivere til å redegjøre for likestillingstiltak som er iverksatt og planlegges innført. Ombudet og nemnda er gitt kompetanse til å håndheve og medvirke til gjennomføringen av redegjøringsplikten. BLD foreslår en vesentlig svekkelse av disse strukturelle forpliktelsene.

Aktivitetsplikten skal opprettholdes for offentlige arbeidsgivere, men BLD foreslår å begrense arbeidsgivers aktivitetsplikt til private bedrifter som har mer enn 50 ansatte. Begrunnelsen er at de små private virksomhetene har:

ulike forutsetninger for å drive likestillings- og mangfoldsarbeid. Små virksomheter har en lite formalisert styringsstruktur og baserer i liten grad sin personalpolitikk på skriftlig nedfelte retningslinjer og dokumentasjon.⁷⁵

Forslaget er verken i tråd med forslagene til Diskrimineringslovutvalget eller Likestillingsutvalget, som begge foreslo at aktivitetsplikten skulle gjelde alle virksomheter.⁷⁶ Om forslaget vedtas vil det føre til at nesten alle private virksomheter unn-

74. CEDAWC/NOR/CO/8 punkt 14. Norsk oversettelse utgitt av BLD i 2012.

75. Høringsnotat 2015, s. 111.

76. For flere detaljer om hva de to utvalgene foreslo, se Høringsnotat 2015, s. 104–105.

tas. I henhold til SSB utgjorde private virksomheter med mer enn 50 ansatte i 2015 under 1 % av virksomhetene. Det vil si at de fleste bedrifter som sysselsetter kvinner, vil kunne fortsette å ha en uformell styringsstruktur, herunder en lite transparent ansettelses- og personalpolitikk. Forslaget utgjør således en kraftig svekkelse av kvinners mulighet til reell likestilling i en tid med økende usikkerhet på arbeidsmarkedet. Gjennom dette forslaget blir felles lov brukt som brekkstang for å svekke pliktene til å arbeide proaktivt for kjønnslikestilling. Dette er klart problematisk sett i lys av kravene i KDK artikkel 2 e) og f) der statene pålegges å treffe alle tiltak som er nødvendige for å hindre at organisasjoner eller foretak diskriminerer kvinner, samt å ta skritt for å endre eller oppheve sedvaner og praksiser som innebærer diskriminering av kvinner. Forslaget om å svekke aktivitetsplikten innebærer at oppmerksomheten vris bort fra spørsmål om diskriminerende strukturer, noe som fører til et langt mer innsnevret og individualisert vern.

BLD foreslår videre å oppheve redegjørelsesplikten, herunder ombudets og nemndas håndhevingskompetanse på dette punkt. Med dette fjernes det eneste rettslige virkemiddel for å sikre gjennomføringen av en personalpolitikk som forebygger diskriminering i arbeidslivet, herunder muligheten for sanksjonering av arbeidsgivere som ikke følger opp plikten. Også muligheten til å følge med på overholdelsen av (den resterende del av) aktivitetsplikten blir med dette borte.

Departementet understreker at en frivillig ordning vil være bedre egnet enn dagens ordning – som anses som en belastning for arbeidsgiverne. Hvorvidt denne innskrenkningen – som fører til en privatisering av diskrimineringsvernets gjennomføring – lar seg forsvare i lys av internasjonale krav om effektiv sanksjonering av diskrimineringsvernet, er overhodet ikke utredet. Vi vil understreke at kravet om effektiv sanksjonering av diskrimineringsvernet omfatter både det individuelle og det strukturelle vernet. Vi viser i denne sammenheng til at FN's kvinnekommisjon i sin behandling av individklagesaker, ut fra hensynet til effektiv gjennomføring, både uttrykker seg om brudd på diskrimineringsvernets individuelle og dets strukturelle sider.⁷⁷ Svekkelsen av aktivitetsplikten og fjerningen av redegjørelsesplikten innebærer en avrettsliggjøring. Det etableres tomme rom i den nasjonale diskrimineringslovgivningen som ikke korresponderer med håndhevingspraksis under internasjonale konvensjoner, der det fokuseres på betydningen av proaktive forpliktelser som middel til å ivareta konvensjonsforpliktelser på diskrimineringsområdet.

77. Se f.eks. CEDAW Communication No. 17/2008 (Silvia Pimentel case).

8.2 Håndheving

I tillegg til at det på det på det materielle plan foreslås en vesentlig svekkelse av diskrimineringsvernets strukturelle side, etterlater BLDs forslag en rekke spørsmål og uklarheter hva gjelder håndhevingen av de gjenværende «flikene» av diskrimineringsvernets strukturelle side. Vi vil belyse fire problemstillinger: beskjæring av ombudets og nemndas håndheving av diskrimineringsvernets strukturelle side; begrensninger i ombudets veiledningsplikt; og behov for lovfesting av ombudets ansvar for å fremme reell likestilling.

8.2.1 Ombudets håndheving av diskrimineringsvernets strukturelle side

Som vi har sett, foreslår BLD å flytte ombudets lovhåndheverfunksjon til en ny nemnd. En konsekvens kan bli at ombudet fratras kunnskap og informasjon om enkeltsaker. Ombudets pådriver- og tilsynsfunksjon vil dermed kunne svekkes ved at det blir vanskeligere å diagnostisere forhold som fører til diskriminering, samt å identifisere sammenhenger mellom diskrimineringsregelverkets individuelle og strukturelle sider.⁷⁸ Fordelene ved at ombudet både har en rolle som lov- håndhever og pådriver, er tidligere understreket av flere uavhengige aktører.⁷⁹ BLD har ikke foretatt noen selvstendig vurdering av konsekvensene forslaget har for formålet om å sikre reell likestilling.

Vi mener det er fare for at foreliggende forslag kan komme til «å kaste barnet ut med badevannet». Ombudet har gjennom sin kompetanse til å komme med uttalelser om hvorvidt det foreligger diskriminering i enkeltsaker, samtidig skaffet seg kunnskap om strukturelle forhold som utfordrer eller er i strid med diskrimineringsvernet. Ombudet har dessuten etter dagens regulering etter diskrol. § 3 (4) kompetanse til å ta opp saker på eget initiativ – og dernest til å avggi uttalelser etter § 3 (3). Denne fremgangsmåten har utgjort en bærebjelke i ombudets håndheving av det strukturelle vernet.

For å konkretisere betydningen av ombudets kompetanse til å ta opp og avggi uttalelser i saker på eget initiativ, særlig med hensyn til å binde sammen det individuelle og strukturelle vernet, vil vi gi noen eksempler.

78. Betydningen av innsyn i enkeltsakers bredere kontekst kommer særlig frem i ombudets praktiske og analytiske arbeid med håndteringen av sammensatt diskriminering. Ved slutten av 2013 gjennomførte ombudet under ledelse av Ronald Craig en analyse av utvalgte saker for å vurdere ombudets interseksjonelle perspektiv i behandlingen av relevante klagesaker (LDO internt notat 2013). I 2015 utarbeidet ombudet en omfattende analyse av positiv særbehandling som omfattet saker behandlet av ombud, nemnd, norske og internasjonale domstoler – http://www.ldo.no/globalassets/brosjyrer-handboker-rapporter/diverse-pdf1/diverse-pdf/rapporter_analyser/rapport-om-positiv-sarbehandling-ldo-2015_til_pdf.pdf.

79. Se rapport fra Arbeidsforskningsinstituttet (AFI) 1/09 og NOU 2011: 18 punkt 8.4.

Ombudets uttalelser i saker hun har fått kunnskap om gjennom enkeltindivider eller organisasjoner, har flere ganger resultert i lov- og/eller forskriftsendringer.⁸⁰ Dette var tilfellet da Foreningen 2 Foreldre tok kontakt med ombudet og mente at det tidligere regelverket i barneloven om fradrag i barnebidragets størrelse som følge av samvær var utformet på en måte som diskriminerte menn. Ombudet avga i 2005 en uttalelse der det ble konkludert med at regelverket var i strid med likestillingsloven.⁸¹ Konsekvensen ble at både barneloven og den relevante forskriften ble endret.⁸² I proposisjonen viste departementet uttrykkelig til ombudets uttalelse som en del av begrunnelsen for å endre det relevante regelverket.

Også ombudets uttalelse om at Folkeregisterets ulovfestede krav om fullstendig kjønnsbekreftende operasjon og sterilisering som vilkår for kjønnsskifte utgjorde indirekte diskriminering av transpersoner, har hatt betydning i lovendringsammenheng.⁸³ Ombudets vurdering av denne praksisens usaklige, urimelige og unødvendig inngripende karakter overfor transpersoner, dannet utgangspunktet for Helse- og omsorgsdepartementets forslag til en ny lov om endring av juridisk kjønn, som siden er vedtatt.⁸⁴ Ombudets vurdering i denne saken henger nøye sammen med hennes rolle som pådriver for LHBTI-personers diskrimineringsvern etter norsk og internasjonal rett.

At ombudet har tatt opp saker på eget initiativ, har dessuten ført til at nemnda har behandlet saker som ikke nødvendigvis ble klaget inn av enkeltpersoner. Et eksempel er den banebrytende ACE-saken,⁸⁵ som omhandlet bruk av kjønnsdiskriminerende læremidler i konservative kristne privatskoler. Denne saken hadde antakelig ikke blitt brakt inn for nemnda om ikke ombudet først hadde tatt den opp på eget initiativ. ACE-saken tydeliggjør et slags tomrom i det foreliggende forslaget: Hvordan skal man for fremtiden kunne håndheve saker om diskriminering som er av stor prinsipiell betydning – slik som diskriminering i en religiøs privatskole – der det ikke er individer som klager?

Som vi ser, har ombudets kompetanse til å ta opp spørsmål på eget initiativ hatt stor betydning i saker mot både offentlige myndigheter og private parter, der man

80. Se Strand 2016, s. 152 f.

81. Brev fra Likestillingsombudet til Barne- og familiedepartementet, 30. september 2005, 2286/2005/092 MS/BP.

82. Barneloven ble endret gjennom lov 12.12.2008 nr. 85 som trådte i kraft 01.01.2009. Forskriften ble endret ved forskrift 15.12.2008 nr. 1367, som også trådte i kraft 01.01.2009.

83. LDO 14/840 Diskriminering på grunn av kjønnsidentitet. Om LDOs og LDNs betydning for rettsutviklingen på dette feltet, se Anne Hellum, «Vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk – noen utviklingslinjer i internasjonal og norsk rett», i *Festkrift til Aslak Syse*, Gyldendal 2016, s. 208–211.

84. Helse- og omsorgsdepartementet, *Høringsnotat: Forslag til lov om endring av juridisk kjønn*, 2015.

85. LKN-2001-1.

ikke har noen konkret individuell klager. En tilsvarende funksjon er, så vidt vi kan se, ikke tillagt den nye nemnda. Det kan stilles spørsmål ved om forslaget – om det vedtas – bryter med statens forpliktelser etter KDK artikkel 2 f) og artikkel 5 a) om at staten skal iverksette alle egnede tiltak for å endre eller oppheve diskriminerende lover, forskrifter, praksiser og strukturer.

8.2.2 Nemndas kompetanse til å håndheve diskrimineringsvernets strukturelle side

BLD tar i høringsnotatet ikke stilling til spørsmålet om nemnda har eller bør ha myndighet til å avgi ikke-bindende uttalelser i saker som omhandler forholdet mellom likestillings- og diskrimineringslovgivningen og andre lover.⁸⁶ Vi vil understreke betydningen av at dagens ordning, der nemnda (frem til høsten 2015) har vært ansett å ha kompetanse til å avgi ikke-bindende uttalelser om hvorvidt en lov er i strid med diskrimineringslovgivningen, opprettholdes og klargjøres. Denne adgangen forutsettes i forarbeidene til diskrimineringsombudsloven, er avklart gjennom uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling, er lagt til grunn av nemnda i en rekke saker og siden fulgt opp av Justisdepartementet og Stortinget ved inkorporasjon av KDK i menneskerettsloven.⁸⁷ Vi mener at nemndas praksisendring høsten 2015, i form av avvisning av saker som gjelder mulig kollisjon mellom diskrimineringsvernet og annen lovgivning, bygger på en feilaktig tolkning av eksisterende rettskildemateriale.⁸⁸ Tilnærmingen er også problematisk i lys av statens plikt til å avskaffe diskriminering i lovverket, se KDK artikkel 2 f).

Etter vår oppfatning er det svært viktig at BLD i proposisjonen – og eventuelt i lovteksten – tydeliggjør nemndas kompetanse til å uttale seg om hvorvidt en lov er i strid med likestillings- og diskrimineringslovgivningen. Sett i lys av foreliggende rettskildebilde, herunder nemndas praksis frem til 2015,⁸⁹ bør det dessuten etter vår oppfatning fastholdes og klargjøres at den nye nemnda både har rett og antakelig plikt til å påpeke diskriminerende strukturer som den blir klar over gjennom behandling av enkeltsaker. Slik kritikk vil blant annet kunne omfatte alle former for offentlig myndighetsutøvelse.

Gjennom den nye diskrimineringsbestemmelsen i Grunnloven § 98 er det tydeliggjort at forbudet mot diskriminering er en skranke for både lovgiver og andre

86. Høringsnotat 2016, s. 64.

87. Ot.prp. nr. 93 (2008–2009) s. 23.

88. Utdypet i Strand 2016, s.48. Se også Aslak Syse, «Diskrimineringsvernets normative styrke – et norsk eksempel til advarsel», s.139–154 i Mette Hartlev, Stine Jørgensen, Helga Aune og Anne Hellum (red.), *Festskrift til Kirsten Ketscher*, Karnov 2017.

89. LDN-2006-9 sak 9B, brev fra nemndas leder 12. mai 2006 til BLD, se punkt 4.

offentlige myndigheter, se § 89 om domstolenes rett og plikt til «å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven». Bestemmelsen forsterker argumentet om at nemnda – som i praksis er det organ som kommer til å behandle flest enkeltsaker på dette feltet – skal påpeke diskriminerende strukturer som den avdekker. Dette er nødvendig for å sikre effektiv gjennomføring av diskrimineringsvernet.

8.2.3 Nærmere om ombudets veiledningsplikt vedrørende arbeidsgiveres aktivitetsplikt

Departementet foreslår å videreføre ordningen med at ombudet gir veiledning vedrørende private og offentlige arbeidsgiveres aktivitetsplikt etter de fire diskrimineringslovene, herunder likestillingslovens §§ 15 og 25 som pålegger arbeidsgiver, organisasjonsledelse og ledelsen i utdanningsinstitusjoner å forebygge seksuell trakassering.

Det foreslås imidlertid, som allerede nevnt, å oppheve redegjørelsesplikten. Dersom redegjørelsesplikten avskaffes, vil ombudets og nemndas mulighet til å føre kontroll med gjennomføringen av aktivitetsplikten, herunder plikten til å jobbe aktivt og planmessig for å forebygge etnisk, kjønnsbasert og seksuell trakassering, bli meget vanskelig å gjennomføre.⁹⁰ Med dette fjernes det eneste eksisterende virkemiddel til å sørge for at private og offentlige arbeidsgiveres aktive forpliktelser faktisk overholdes. Ettersom brudd på strukturelle forpliktelser ikke kan påklages av individer eller grupper, er det helt nødvendig med en uavhengig offentlig overvåkingsinstans som har kompetanse og kapasitet til å gjennomføre systematiske undersøkelser av pliktenes gjennomføring. Ombudet har gjennom sin kombinerte veilednings-, dokumentasjons- og pådriverrolle særlige forutsetninger for å stå for overvåking av det strukturelle vernet. Et eksempel på vellykket gjennomføring av denne overvåkingsoppgaven er ombudets kontroll med et utvalg kommuners gjennomføring av redegjørelsesplikten.⁹¹ Ombudets undersøkelse ga opphav til en rekke uttalelser om brudd på redegjørelsesplikten etterfulgt av en serie nemndsvedtak. Undersøkelles- og intervensjonsprosessen munnet i neste omgang ut i en generell veiledning om bedre gjennomføring av redegjørelsesplikten.⁹²

90. Vi mener gode grunner taler for å anse tiltak mot seksuell trakassering som omfattet av arbeidsgivers aktivitetsplikt, se likestillingsloven § 23 som viser til at aktivitetsplikten blant annet omhandler «beskyttelse mot trakassering». Trakasseringsbestemmelsen – likestillingsloven § 8 – omhandler både trakassering på grunn av kjønn og seksuell trakassering.

91. Analysert i Anne Hellum, «Mot et strukturelt diskrimineringsvern», i *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red), Universitetsforlaget 2008, s. 390–93.

92. *Veiledning til bedre redegjørelser for likestilling*, LDO 2008.

Ombudets og nemndas indirekte kontroll med aktivitetsplikten gjennom redegjørelsesplikten utgjør dessuten et rettslig redskap med potensial for å overvåke plikten til å forebygge seksuell trakassering. Forslaget om å oppheve redegjørelsesplikten fører til at ombudets og nemndas mulighet til å overvåke arbeidsgiveres plikt til å «forebygge og søke å hindre at det forekommer trakassering i strid med § 8», opphører.⁹³ Vi minner i denne sammenheng om anmodningen fra FN's kvinnekommisjon om å styrke ombudets rolle og å styrke evalueringen av tiltak vedrørende seksuell trakassering, se artikkelens punkt 7.2.3.

Dersom BLD opprettholder forslaget om å oppheve redegjørelsesplikten og å svekke aktivitetsplikten, må det utredes hvordan aktivitetsplikten skal følges opp og håndheves av ombud og nemnd. Vi frykter videre at forslaget om å fjerne ombudets lovhåndheverrolle og samtidig overføre en stor del av ombudets personale på rettighetsfeltet til den nye nemnda vil medføre en betydelig svekkelse av ombudets veilednings-, dokumentasjons-, pådriver- og tilsynsarbeid.

8.2.4 Tydeliggjøring av ombudets fremtidige rolle i lovgivningen

En av hovedbegrunnelsene for håndhevingsreformen er i henhold til departementet å «gi bedret legitimitet og økt profesjonalitet både for pådriver- og lovhåndheverrollen».⁹⁴

En grunnleggende svakhet ved BLDs forslag er at det utover å avskaffe ombudets lovhåndheverrolle ikke fremmes konkrete forslag som kan bidra til å styrke ombudets uavhengighet, profesjonalitet, legitimitet og autoritet.

Det er etter vår oppfatning et skrikende behov for en lovfesting av ombudets oppgaver, særlig hennes tilsyn med det strukturelle diskrimineringsvernets ulike sider. Denne viktige ombudsfunksjonen fremgår i dag stort sett ikke direkte av lovgivningen, men av forskrift til diskrimineringsombudsloven. I forskriften brukes «pådriveransvar» som betegnelse på ombudets ansvar for å fremme likestilling. Denne begrepsbruken er etter vår oppfatning egnet til å skape misforståelser vedrørende forholdet mellom juss og politikk fordi det strukturelle diskrimineringsvernet rommer rettslige plikter. En lovfesting og tydeliggjøring av ombudets ulike funksjoner, herunder hennes rolle som overvåker av de rettslige forpliktelsene som ligger i det strukturelle diskrimineringsvernet, er en forutsetning for å styrke ombudets autoritet og legitimitet.

93. Diskrimineringsombudsloven § 25 jf. § 26.

94. Høringsnotat 2016, s. 24.

9 Avslutning: Uniformering, individualisering, privatisering og avrettsliggjøring

Forslaget til felles lov bygger, som vi har sett, på et premiss om at en lov som samler alle regler om likestilling og diskriminering, vil være det beste redskapet for å oppnå det som er formålet med diskrimineringslovgivningen. Erfaringen så langt er imidlertid at et system med flere lover har utgjort et godt utgangspunkt for en dynamisk utvikling som har ført til en styrking av vernet både innenfor og på tvers av de enkelte diskrimineringsgrunnlag.

Et gjennomgående trekk i lovforslaget er at de delene i dagens lovregler som gir svakest vern, brukes som utgangspunkt for utforming av det generelle vernet. Resultatet er et vern som åpner for å holde privatlivet utenfor, der de spesifikke formålsangivelsene i henholdsvis likestillingsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven oppheves, og der arbeidsgivers aktivitetsplikt innskrenkes. Disse forslagene, særlig den sterke svekkelsen av kvinners diskrimineringsvern og også svekkelsen av vernet til mennesker med nedsatt funksjonsevne, viser med all tydelighet hvordan hensynet til rettslig uniformering og forenkling kommer på kollisjonskurs med hensynet til reell likhet som krever at de enkelte diskrimineringsgrunnlags særpreg og samfunnsskapte mønstre for ulikhet tas med i betraktning. Forslaget om å avskaffe arbeidsgivers redegjøringsplikt innebærer dessuten at den eneste muligheten for å håndheve arbeidsgivers aktivitetsplikt fjernes.

Forslaget om å gi nemnda kompetanse til å tilkjenne oppreisning i saker mot offentlige og private arbeidsgivere er et stort fremskritt. De institusjonelle og økonomiske rammene som trekkes opp for den foreslåtte håndhevingsstrukturen, er imidlertid ikke egnet til å styrke svake gruppers individvern. Innføring av rettsgebyr, skriftlighet og nedbygging av ombudets veilednings- og håndhevingsfunksjon vil utvilsomt gå hardt ut over individer fra de svakeste gruppene, særlig individer som opplever diskriminering på flere grunnlag samtidig, for eksempel innvandrerkvinner. En konsekvens av den foreslåtte én-instansordningen er at håndhevingsapparatets ansvar for å ta opp saker på eget initiativ, for eksempel saker av stor samfunnsmessig betydning der det ikke er en individuell klager, bortfaller. En beslektet svakhet er at høringsnotatet ikke tar stilling til spørsmålet om den nye nemnda har eller bør ha myndighet til å avgi ikke-bindende uttalelser i saker som omhandler forholdet mellom likestillings- og diskrimineringslovgivningen og andre lover.

En hovedtendens i forslaget til ny lov og nytt håndhevingsapparat er at lovgivningen trekker seg tilbake fra samfunnet. I tråd med dette blir ansvaret for å ivareta vernet mot diskriminering skjøvet fra samfunnet (herunder arbeidsgivere og likestillingsmyndighetene) over på individene. En nærliggende konsekvens av for-

slaget er at individer fra ressurssterke grupper vil gå styrket ut av reformen, mens individer som tilhører en eller flere svake grupper, vil bli diskrimineringsvernets tapere. Det er fare for at reformen, på grunn av manglende hensyntaken til foreliggende sosiale og økonomiske forskjeller i samfunnet og de ulike diskrimineringsgrunnlagenes særpreg, vil videreføre og befeste diskriminerende strukturer. Selv om Solberg-regjeringens forslag rommer visse forbedringer, innebærer reformen i sum en *uniformering, individualisering, privatisering og avrettsliggjøring* av vernet. Dette er dermed en reform som gir med én hånd og tar med den andre. Etter vår oppfatning tas det langt mer enn det gis!