



Diskriminerings- retten 2022

Rettsutvikling på likestillings- og
diskrimineringsfeltet, med gjennomgang
av relevante lovendringer, forvaltnings-
og rettspraksis

Diskrimineringsretten 2022

Rettsutvikling på likestillings- og diskrimineringsfeltet, med gjennomgang av relevante lovendringer, forvaltnings- og rettspraksis

Likestillings- og diskrimineringsombudet
LDO 2023

Forsidefoto: Edward Olive
Utforming: Munch design

ISBN
978-82-8320-021-8 (trykt utgave)
978-82-8320-022-5 (elektronisk utgave)

Innhold

Del 1 5

Forord 7

Et overblikk over 2022 8

Del 2 10

Norsk rettsutvikling 11

- 2.1 Lov- og forskriftsendringer 11
 - 2.1.1 Ny lov om offentlige organers ansvar for bruk av tolk mv. (Tolkeloven) 11
 - 2.1.2 Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven) 11
 - 2.1.3 Endringer i folketrygdloven – styrking av fedres rett til uttak av foreldrepenger 12
 - 2.1.4 Endringer i arbeidsmiljølovens regler om midlertidig ansettelse 12
 - 2.1.5 Endringer i ulike lover – rett til barnekoordinator og harmonisering av regler om individuell plan 12
 - 2.1.6 Endring i forskrift om fri rettshjelp – endring i inntektsgrensene 12
 - 2.1.7 Ny forskrift om arbeid i arbeidsgivers hjem 13
- 2.2 Lovforslag/høringer 13
 - 2.2.1 Nytt forslag om regulering av konverteringsterapi 13
 - 2.2.2 Stortingsmelding om sikring av utviklingshemmedes menneskerettigheter – Meld. St. 8 (2022–2023) 13
 - 2.2.3 NOU 2021: 11 Selvstyrt er velstyrt – Forslag til forbedringer i ordningen med brukerstyrt personlig assistanse 14
 - 2.2.4 NOU 2022: 5 Myndighetenes håndtering av koronapandemien – del 2 14
 - 2.2.5 Ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 190 om avskaffelse av vold og trakassering i arbeidslivet, og om endringer i arbeidsmiljølovens regelverk om trakassering 14
- 2.3 Rettspraksis 15
 - 2.3.1 Høyesterett 15
 - 2.3.2 Underrettspraksis 16
- 2.4 Rettspraksis hatytringer 18
- 2.5 Forvaltningspraksis – sammendrag nemndssaker 19
 - 2.5.1 Innledning 19
 - 2.5.2 Saker fordelt etter utfall 19
 - 2.5.3 Saker fordelt på diskrimineringsgrunnlag 19
 - 2.5.4 Saker fordelt på samfunnsområde 20
 - 2.5.5 Oversikt over sammendragene i rapporten 20
 - 2.5.6 Kjønn 20
 - 2.5.7 Etnisitet 20
 - 2.5.8 Funksjonsnedsettelse 23
 - 2.5.9 Alder 25
 - 2.5.10 Arbeidsgivers opplysningsplikt etter ldl § 31 27

- 2.6 Bevisbyrderegelen i likestillings- og diskrimineringsloven § 37 28
 - 2.6.1 Innledning 28
 - 2.6.2 Nærmere om beviskravet i diskrimineringsaker – sannsynlighetsovervekt eller skjerpet krav for den som påstås å ha diskriminert? 29
 - 2.6.3 Ombudets kommentar til diskusjonen om beviskravet 30
 - 2.6.4 Selve bevisvurderingen – helhetlig vurdering eller en vurdering i to ledd? 31
 - 2.6.5 Ombudets kommentar til bevisvurderingen 32
- 2.7 Ombudets anmodning om evaluering av lavterskeltilbudet i diskrimineringsaker – «access to justice» 32
 - 2.7.1 Innledning 32
 - 2.7.2 Bakgrunn – reform av lavterskeltilbudet i 2017 33
 - 2.7.3 Veiledning og rettshjelp i diskrimineringsaker – et udekket behov 34
 - 2.7.4 Formelle begrensninger i nemndas kompetanse 35
 - 2.7.5 Saker som ikke realitetsbehandles 37
 - 2.7.6 Manglende oppfølging av brudd 37

Del 3 40

Internasjonal rettsutvikling 41

- 3.1 Den internasjonale menneskerettskonvensjon og FN-konvensjoner om menneskerettigheter og ikke-diskriminering – betydning for norsk rett 41
 - 3.1.1 EMK og FN-konvensjoner som del av norsk rett – ulik rettslig status 41
 - 3.1.2 Praksis fra EMD og FN-komiteene – rettskildemessig betydning 42
- 3.2 EU-rettens betydning for norsk rett på diskrimineringsfeltet 43
- 3.3 Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol 43
 - 3.3.1 Utvelgelseskriterier – metode 43
 - 3.3.2 Omtale av relevante dommer 43
- 3.4 Praksis fra EU-domstolen 52
- 3.5 FN-praksis 55
 - 3.5.1 FNs kvinnekomité 55
 - 3.5.2 FNs rasediskrimineringskomité 59
 - 3.5.3 FNs komité for rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne 61

DEL 1

Forord og innledning



Likestillings- og diskrimineringsombud
Bjørn Erik Thon

FORORD

Jens Bjørneboe sa det slik: *Et hvert fremskritt er avhengig av at både skrevne og uskrevne lover blir brutt.* Og det er nettopp det deler av årets diskrimineringsrapport handler om: En lov er brutt, og det har fått en konsekvens for den som har brutt loven. Det slår meg også at bredden i likestillings- og diskrimineringsjussen er betydelig, og gjelder helt sentrale deler av et menneskes liv. Retten til arbeid. Retten til ikke å bli trakassert. Retten til å få tilrettelagt arbeid og retten til banktjenester.

Også på lovgivningssiden har det skjedd fremskritt. Fedres rett til uttak av fødselspenger er styrket, og viktige lovendringer knyttet til for eksempel konverteringsterapi og tredje juridisk kjønn er på trappene. Men mye gjenstår. Vi ser store svakheter i dagens ordning med brukerstyrt personlig assistent, og det er behov for å styrke rettshjelpsordningen i diskrimineringsaker. Vi er glade for at lavterskeltilbudet i diskrimineringsaker, der både Diskrimineringsnemnda og vårt veiledningsarbeid skal under lupen, nå er besluttet evaluert.

Hva så med Bjørneboe? Enkelte temaer gikk igjen i hans forfatterskap. Han skrev om rettferdighet, likeverd og frihet, og rettet harde angrep på skolevesen, fengselsvesen og rettsvesen. Tematisk er jeg sikker på at han hadde følt seg hjemme og nikket gjenkjennelig til mye av det dere kan lese i årets rapport, og det vi jobber med i det daglige. Vi jobber for en skole der digitale hjelpemidler i skolen skal være tilgjengelig for alle, og for at kvinners soningsforhold skal forbedres. Vi vil at det forslitte uttrykket om ikke bare ha rett, men også få rett, skal gjelde i praksis. Så kanskje den gode Jens ville nikket gjenkjennelig til vår nye visjon: Forskjellige folk – like muligheter.

Bjørn Erik Thon
likestillings- og diskrimineringsombud

ET OVERBLIKK OVER 2022

I 2022 var det fem år siden likestillings- og diskrimineringsloven ble vedtatt og lavterskeltilbudet i diskrimineringsaker ble lagt om. Etter ombudets syn var det derfor naturlig å be Kultur- og likestillingsdepartementet om en evaluering av lavterskeltilbudet slik det er organisert og fungerer i dag, i et såkalt «access to justice»-perspektiv. Å sikre reell tilgang til håndheving av rettigheter, inkludert diskrimineringsvern, og sanksjonering av brudd på rettighetene, er en grunnleggende forpliktelse myndighetene har etter alle menneskerettskonvensjoner. I punkt 2.7 redegjør vi nærmere for vår henvendelse til departementet om denne tematikken og våre bekymringer knyttet til dagens lavterskeltilbud.

Det kom flere lovendringer, lovforslag og dommer med betydning for likestillings- og diskrimineringsfeltet i 2022. Første januar 2022 trådte den nye tolkeloven i kraft. Det følger av tolkeloven at offentlige organer som bestiller og bruker tolk har plikt til å bruke kvalifisert tolk. For lite bruk av tolker og bruk av ikke kvalifiserte tolker er et alvorlig problem som ombudet lenge har vært opptatt av, og som også FNs rasediskrimineringskomite har tatt opp i sine anbefalinger til Norge. Ombudet er derfor glad for at en ny lov er på plass. Viktig å merke seg er også at loven gjelder tolking for personer med hørselshemming eller kombinert hørsels- og synshemming.

Fra 1. juli 2022 har åpenhetsloven vært gjeldende. Åpenhetsloven regulerer virksomheters åpenhet og

arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold. Loven pålegger virksomheter å utføre aktsomhetsvurderinger for å stanse, forebygge og begrense negative konsekvenser på menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold. Virksomhetene har plikt etter loven til å redegjøre for aktsomhetsvurderingene sine.

I 2022 fikk vi også et nytt forslag til regulering av konverteringsterapi. Ombudet, i likhet med flere andre faginstanser, var kritisk til deler av lovforslaget. Dette gikk særlig på avveiningen mot andre menneskerettigheter, samt behovet for å gjøre lovteksten tydeligere. Lovforslaget er omtalt under punkt 2.2. Det forrige lovforslaget om konverteringsterapi ble omtalt i Diskrimineringsrettrapporten 2021.

I punkt 2.2 omtaler vi også stortingsmeldingen om sikring av utviklingshemmedes menneskerettigheter og NOU 2021:11 *Selvstyrt er velstyrt – Forslag til forbedringer i ordningen med brukerstyrt personlig assistanse*.

Av rettspraksis vil vi trekke frem en interessant dom fra Høyesterett som gjaldt gyldigheten av oppsigelse av en arbeidstaker som hadde behov for tilrettelegging i arbeidet. Saken ble vurdert etter tilretteleggingsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven, men tilretteleggingsplikten etter likestillings- og diskrimineringsloven ble også kommentert. Høyesterett la til grunn at pliktene etter de to lovene i utgangspunktet var overlappende, men forholdet mellom dem ble ikke drøftet nærmere. Se omtalen av dommen under punkt 2.3.1.

En annen interessant dom fra Høyesterett som kom i 2022, var en sak som gjaldt spørsmål om diskriminering av en advokat med dysleksi i forbindelse med fastsettelse av salær etter salærforskriften. Nærmere omtale av dommen er tatt inn under punkt 2.3.1.

Diskrimineringsnemnda avgjorde 418 saker i 2022. Omtalen av utvalgte avgjørelser er tatt inn under punkt 2.5 i rapporten. Nemnda hadde i 2022 flere saker som gjaldt manglende universell utforming av digitale læremidler og læringsplattformer i skolen – et tema som ombudet har fokusert på, både i 2022 og 2023, ved blant annet å arrangere rundebordskonferanser med ansvarlige aktører. Videre avgjorde nemnda også i 2022 en del saker som gjaldt aldersgrenser på utesteder, og kom også for første gang i denne typen saker med pålegg om retting og vedtak om tvangsmulkt. Vi omtaler også en sak som gjaldt krav om norsk statsborgerskap i stillingsutlysning, en problemstilling som er blitt aktualisert særlig som følge av krigen i Ukraina.

Ombudet fremmet en klagesak for nemnda høsten 2021 som gjaldt DNBs praksis med å avslå grunnleggende banktjenester til personer med oppholdskort. Nemnda kom til at praksisen utgjør indirekte forskjellsbehandling på grunn av etnisitet, siden avslag på tilgang til grunnleggende banktjenester med referanse til oppholdsstatus bare vil ramme utenlandske statsborgere, og ikke norske statsborgere. Praksisen rammer disse personene hardt, siden tilgang til grunnleggende banktjenester er helt nødvendig, blant annet for å betale husleie, motta studiestøtte og ta del i regulært, lønnet arbeid.

I 2022 har det vært noe diskusjon i juridiske fagmiljøer om forståelsen og praktiseringen av bevisbyrderegelen i likestillings- og diskrimineringsloven, og om norsk gjeldende rett er i tråd med EU-/EØS-retten

på dette punktet. Vi redegjør for denne diskusjonen i punkt 2.6 i rapporten.

Av internasjonal rettsutvikling som vi omtaler i rapporten punkt 3, vil vi trekke frem Den europeiske menneskerettsdomstols dom i saken Arnar Helgi Lárusson mot Island, som gjaldt tilgjengelighet av kulturbygninger. Domstolen mente at tilgang til kulturbygninger for personer med funksjonsnedsettelse reiste spørsmål om myndighetene hadde overholdt sin positive forpliktelse til å treffe passende tiltak for å gjøre det mulig for klageren å utøve sin rett til privatliv på lik linje med andre. Domstolen kom til at konvensjonen ikke var brutt i denne saken, men gjør en ganske inngående prøving av hvilke skritt kommunen har tatt for å sikre tilgjengelighet, se punkt 3.3.2 nedenfor. Domstolen kom videre med to interessante dommer om etnisk profilering i politiet, som vi kommenterer med bakgrunn i ombudets rapport *Kontroller uten kontroll*, som er en kartlegging av etniske minoriteters møte med norsk politi, og som ble lansert høsten 2022.

Vi redegjør også for en avgjørelse fra CEDAW-komiteen som gjaldt medisinske intervensjoner og keisersnitt uten samtykke under fødsel, noe komiteen mente var «obstetrisk vold» («fødselsvold») i strid med Kvinnekonvensjonen, se punkt 3.5.1.

Videre omtaler vi to nye generelle anbefalinger/kommentarer/fra henholdsvis CEDAW-komiteen og CRPD-komiteen, se punkt 3.5.1 og 3.5.3.

DEL 2

NORSK RETTSUTVIKLING

2.1 Lov- og forskriftsendringer

Nedenfor omtaler vi noen av lov- og forskriftsendringene som ble vedtatt i 2022, og som direkte gjelder eller angår rettsutviklingen på likestillings- og ikke-diskrimineringsfeltet.

Den 1. januar 2022 trådte ny språklov i kraft. Den er omtalt i Diskrimineringsrettrapporten 2021. Lovendringer som følge av implementering av EUs WAD-direktiv (EUs webdirektiv om universell utforming av offentlige nettsteder og mobilapplikasjoner) trådte i kraft samme dato, mens fristen for å etterkomme kravene var 1. februar 2023. Endringene er omtalt i samme rapport. Bestemmelser om merking av retusjert reklame i markedsføringsloven trådte i kraft 1. juli 2022. Reguleringen er ment å bidra til å motvirke kroppspress.

2.1.1 Ny lov om offentlige organers ansvar for bruk av tolk mv. (Tolkeloven)

Tolkeloven trådte i kraft 1. januar 2022. Formålet med loven er å bidra til å sikre rettssikkerhet og forsvarlig hjelp og tjeneste for personer som ikke kan kommunisere forsvarlig med offentlige organer uten tolk. Loven skal også bidra til å sikre at tolker holder en faglig forsvarlig standard. Tolkeloven gjelder tolking til og fra norsk. Loven gjelder også tolking mellom norsk tale og norsk og andre lands tegnspråk, samt annen tolking for personer med hørselshemming eller kombinert hørsels- og synshemming. Det følger av tolkeloven at offentlige organer som bestiller og bruker tolk har plikt til å bruke kvalifisert tolk.

I sitt hørings svar skrev ombudet at for lite bruk av tolker og bruk av ikke kvalifiserte tolker er et alvorlig problem som ombudet lenge har vært opptatt av, og som også FNs rasediskrimineringskomite har tatt opp i sine anbefalinger til Norge. Ombudet stilte seg i utgangspunktet positiv til lovforslaget, men hadde en del innspill til den nærmere reguleringen.

Lenke til ombudets hørings svar:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/196a85d67d594c18bed817df80ceb31d/likestillings--og-diskrimineringsombudet.pdf?uid=Likestillings- og diskrimineringsombudet>

2.1.2 Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven)

Den 1. juli 2022 trådte åpenhetsloven i kraft. Loven skal fremme virksomheters respekt for grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold, og skal sikre allmennheten tilgang til informasjon om hvordan virksomheter håndterer negative konsekvenser for grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold.

Med grunnleggende menneskerettigheter menes i henhold til loven § 3 bokstav b de internasjonalt anerkjente menneskerettighetene som følger av blant annet FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter fra 1966, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter fra 1966 og ILOs kjernekonvensjoner om grunnleggende rettigheter og prinsipper i arbeidslivet.

Loven gjelder for større virksomheter som er hjemmehørende i Norge, og som tilbyr varer og tjenester i eller utenfor Norge. Loven gjelder også for større utenlandske virksomheter som tilbyr varer og tjenester i Norge, og som er skattepliktige til Norge etter norsk intern lovgivning

Åpenhetsloven pålegger virksomheter å utføre aktsomhetsvurderinger for å stanse, forebygge og begrense negative konsekvenser på menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold. Virksomhetene har plikt etter loven til å redegjøre for aktsomhetsvurderingene sine.

Forbrukertilsynet fører tilsyn med at bestemmelsene i loven overholdes. Ved brudd på loven kan Forbrukertilsynet og Markedsrådet fatte vedtak om forbud eller påbud, tvangsmulkt eller overtredelsesgebyr.

2.1.3 Endringer i folketrygdloven – styrking av fedres rett til uttak av foreldrepenger

Som følge av gjennomføring av direktiv (EU) 2019/1158 (direktivet om et balansert arbeids- og familieliv), ble det vedtatt endringer i folketrygdloven som sikrer fedre selvstendig rett til uttak av åtte uker med foreldrepenger uavhengig av om mor går ut i aktivitet.

Far får også mulighet til å ta ut inntil to uker med foreldrepenger i forbindelse med fødselen. Hvis far velger dette, får han to uker mindre igjen til senere. Endringene gjelder for barn født 2. august 2022 eller senere.

Fedres selvstendige rett til uttak av foreldrepenger er en problemstilling som ombudet har løftet ved flere anledninger. Ombudet mener dette er viktig for å bygge opp om et likestilt foreldreskap.

2.1.4 Endringer i arbeidsmiljølovens regler om midlertidig ansettelse

Den generelle adgangen til midlertidig ansettelse i arbeidsmiljøloven § 14-9 andre ledd f ble opphevet med virkning fra 1. juli 2022. Formålet med lovendringen er å styrke arbeidstakernes rett til fast ansettelse. Etter denne datoen vil adgangen til å ansette midlertidig i all hovedsak være begrenset til situasjoner der det foreligger et særlig og tidsavgrenset behov for arbeidskraft. Det ble også vedtatt en ny bestemmelse i loven § 14-1 b om at hovedregelen i arbeidslivet skal være ansettelse på heltid, og at behov for deltidsansettelse skal dokumenteres av arbeidsgiver. Denne bestemmelsen trådte i kraft 1. januar 2023.

Ombudet støttet forslaget i sitt hørings svar, og fremhevet at deltidsarbeid er særlig utbredt i de delene av arbeidslivet der kvinner er i flertall. Ombudet påpekte imidlertid også viktigheten av at det fortsetter å være et tilbud om deltidsstillinger i arbeidslivet. For en del personer med nedsatt arbeidsevne, er det avgjørende å kunne jobbe deltid for å kunne delta i arbeidslivet. For denne gruppen er det også viktig å kunne benytte deltid som et midlertidig eller varig tilretteleggingstiltak.

Lenke til ombudets hørings svar:

<https://www.ldo.no/arkiv/hoyringsarkiv/hoyringar-2022/horingssvar---retten-til-heltid/>

2.1.5 Endringer i ulike lover – rett til barnekoordinator og harmonisering av regler om individuell plan

En lovfestet rett til barnekoordinator for «familiar med barn eller som ventar barn med alvorleg sjukdom, skade eller nedsett funksjonsevne, og som vil ha behov for langvarige og samansette eller koordinerte helse- og omsorgstenester og andre velferdstenester» ble innført fra 1. august 2022. Barnekoordinatoren skal sørge for at familien og barnet får et velferdstjenestetilbud som er koordinert og enhetlig og at de får nødvendig informasjon og veiledning. Fra samme dato trådte også en felles forskrift om individuell plan i kraft. Forskriften har harmoniserte regler om individuell plan som blir opprettet i helse- og omsorgstjenesten, barnevernstjenesten og arbeids- og velferdsforvaltningen.

Lenke til ombudets hørings svar:

<https://www.ldo.no/arkiv/hoyringsarkiv/hoyringar-2017-2020/horing-om-bedere-velferdstjenester-for-barn-og-unge-som-har-behov-for-sammensatt-tjenestetilbud/>

2.1.6 Endring i forskrift om fri rettshjelp – endring i inntektsgrensene

Fra 1. januar 2023 ble inntektsgrensene for å få innvilget fri rettshjelp hevet til 350 000 kroner for enslige og til 540 000 kroner for ektefeller/par.

2.1.7 Ny forskrift om arbeid i arbeidsgivers hjem

Forskrift om arbeid som utføres i privat arbeidsgivers hjem og husholdning trådte i kraft 1. juli 2022. Den nye forskriften har blant annet bakgrunn i ILO-konvensjon nr. 189 om anstendig arbeid for arbeidstakere i private hjem, som Norge ratifiserte i 2021 og som trådte i kraft 8. juli 2022. Konvensjonen skal sikre en internasjonal standard som gir arbeidstakere i private hjem grunnleggende rettigheter i et arbeidsforhold. Forskriften har blant annet regler om arbeidsavtale, fast og midlertidig ansettelse, arbeidsmiljø, arbeidstid og opphør av arbeidsforhold. Forskriften bygger på en tidligere forskrift, men gir blant annet styrkede rettigheter knyttet til diskriminering, permisjon, arbeidstid og vern mot vold og trusler, samt adgang til å bringe inn saker om blant annet permisjonsrettigheter for Tvisteløsningsnemnda. I tillegg gis Arbeidstilsynet myndighet til å føre tilsyn med at reglene følges.

Lenke til ombudets hørings svar:

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-om-ny-forskrift-om-arbeid-i-arbeidsgivers-hjem-og-hushold---med-sikte-pa-eventuell-ratifikasjon-av-ilo-konvensjon-nr.-189-om-anstendig-arbeid-for-arbeidstakere-i-private/id2669846/?uid=7c1af38a-da67-43a2-9bdf-afe56296bc37>

2.2 Lovforslag/høringer

Nedenfor har vi omtalt sentrale lovforslag og høringer som ble lagt frem på likestillings- og diskrimineringsrettens område i 2022.

2.2.1 Nytt forslag om regulering av konverteringsterapi

Det første forslaget om regulering av konverteringsterapi ble sendt på høring i 2021. Dette forslaget er omtalt i Diskrimineringsrettrapporten 2021. Regjeringen Støre sendte et nytt forslag til regulering på høring i 2022, med formål om å totalforby konverteringsterapi. Blant annet skal straffansvar ikke være avhengig av samtykke til handlingene hos mottaker.

Ombudet støttet, som i forrige høringsrunde, et forbud mot konverteringsterapi. Slik praksis kan være i strid med ulike menneskerettigheter, herunder retten til privatliv og familieliv, retten til høyest oppnåelige helse, frihet fra tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling og frihet fra diskriminering. Ombudet mente imidlertid at regjeringens forslag til straffebestemmelse burde presiseres og tydeliggjøres ytterligere av hensyn til religionsfriheten, ytringsfriheten og retten til respekt for privat- og familieliv.

Lenke til ombudets hørings svar:

<https://www.ldo.no/arkiv/hoyringsarkiv/hoyringar-2022/forbud-mot-konverteringsterapi---horingssvar/>

2.2.2 Stortingsmelding om sikring av utviklingshemmedes menneskerettigheter – Meld. St. 8 (2022–2023)

Stortingsmeldingen *Menneskerettar for personar med utviklingshemming – Det handlar om å bli høyrte og sett* – ble lagt frem 4. november 2022. I meldingen redegjør regjeringen for det menneskerettslige grunnlaget for politikken for personer med utviklingshemming. Meldingen inneholder en analyse av hvordan situasjonen er i dag for utviklingshemmede, samt en beskrivelse av tidligere politikk. Meldingen utdypes noen av de overordnede utfordringene på feltet, og foreslår innsetser for å møte disse utfordringene.

Ombudets innspill til meldingen:

<https://www.ldo.no/arkiv/hoyringsarkiv/hoyringar-2022/nnspll-til-stortingsmelding-om-sikring-av-utviklingshemmedes-menneskerettigheter/>

2.2.3 NOU 2021: 11 Selvstyrt er velstyrt – Forslag til forbedringer i ordningen med brukerstyrt personlig assistanse

Utredningen ble sendt på høring 4. mars 2022 og er fortsatt under behandling. Et viktig premiss for utvalgets arbeid var at BPA skulle defineres som et likestillingsverktøy, og ikke en helseordning. Utvalgets innstilling var delt, og kun et mindretall av medlemmene stilte seg bak det som i utredningen omtales som utvalgets helhetlige forslag.

Ombudet mente blant annet at ordningen med BPA bør flyttes ut av helse- og omsorgstjenesteloven og over i egen lovgivning. Videre mente ombudet at forvaltningsansvaret bør overføres fra kommunene til staten. Dessuten gikk ombudet inn for at BPA må gjelde for alle funksjonshemmede med assistansebehov, uten en nedre timebegrensning, uavhengig av alder, boform og kompetanse til å lede egen ordning – på alle samfunnets arenaer der den enkelte har behov for det, i hjemmet, på skole, SFO/AKS i arbeidsliv, fritid og reiser, og på tvers av kommuner.

Lenke til ombudets høringsvar:
<https://www.ldo.no/arkiv/hoyringsarkiv/hoyringar-2022/likestillings--og-diskrimineringsombudet-ombudet-viser-til-nou-202111-selvstyrt-er-velstyrt/>

2.2.4 NOU 2022: 5 Myndighetenes håndtering av koronapandemien – del 2

Koronakommisjonen ble oppnevnt 24. april 2020 for å få en grundig og helhetlig gjennomgang og evaluering av myndighetenes håndtering av pandemien. Kommisjonen leverte sin første rapport 14. april 2021 (NOU 2021: 6). Deretter fortsatte kommisjonen med samme mandat, men ble i brev av 12. mai 2021 bedt om å se særlig på problemstillinger knyttet til vaksiner, intensivberedskap og situasjonen for deler av den kommunale helsetjenesten. Kommisjonen avga sin andre rapport til statsministeren 26. april 2022.

Kommisjonens hovedfunn var at mange sider ved myndighetenes pandemihåndtering har fungert godt. Samtidig hadde granskingen avdekket kritikkverdige forhold der det er behov for endring. Kommisjonen la til grunn at myndighetene ikke var tilstrekkelig forberedt til å kunne møte og håndtere en pandemi av et slikt alvor og omfang som den som rammet Norge og resten av verden. Kommisjonen fant at pandemien har forsterket sosiale og økonomiske ulikheter i befolkningen. Videre avdekket kommisjonen at myndighetenes informasjon om pandemien, smitteverntiltak og vaksinasjon nådde i varierende grad fram til innvandrerbefolkningen.

Ombudet valgte å kommentere utredningens del 6 – Pandemien rammet skjevt. Ombudets hovedbudskap var myndighetene må ta høyde for at kjønn, funksjonsevne, etnisitet og religion er faktorer som kan påvirke hvordan pandemien rammer. Myndighetene må sikre at beredskaps- og kriseplaner tar høyde for mangfoldet i befolkningen. Videre bør myndighetene iverksette sammensatte og langsiktige tiltak for å rette opp skjevhetene som pandemien har skapt.

Lenke til ombudets høringsvar:
<https://www.ldo.no/arkiv/hoyringsarkiv/hoyringar-2022/horing-nou-20225-myndighetenes-handtering-av-koronapandemien--del-2/>

2.2.5 Ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 190 om avskaffelse av vold og trakassering i arbeidslivet, og om endringer i arbeidsmiljølovens regelverk om trakassering

ILO-konvensjon nr. 190 er en internasjonal arbeidslivsstandard som ble vedtatt av ILO sommeren 2019. Den anerkjenner alles rett til et arbeidsliv fritt for vold og trakassering, inkludert kjønnsbasert vold og trakassering.

I høringsnotatet foreslo regjeringen å tydeliggjøre vernet mot trakassering og seksuell trakassering i arbeidsmiljøloven § 4-3, slik at det er presisert i § 4-3 at trakassering omfatter også seksuell trakassering. Det vil dermed fremgå uttrykkelig av loven at rett til et godt psykososialt arbeidsmiljø betyr et arbeidsmiljø fritt for seksuell trakassering.

I sitt høringsvar fremhevet ombudet at den største utfordringen i arbeidet mot vold og trakassering i norsk arbeidsliv ikke er lovverket. Utfordringen i Norge handler om hvordan arbeidsgivere jobber med å forebygge og håndtere vold og trakassering på arbeidsplassene, samt hvordan og i hvilken grad tilsynsmyndighetene følger opp rapportering om trakassering og kjønnsbasert vold. En tydeliggjøring av vernet mot trakassering og seksuell trakassering i arbeidsmiljøloven vil kunne bidra til å styrke dette arbeidet.

Lenke til ombudets høringsvar:
<https://www.ldo.no/arkiv/hoyringsarkiv/hoyringar-2022/horingssvar---ratifikasjon-av-ilo-konvensjon-nr.-190-om-avskaffelse-av-vold-og-trakassering-i-arbeidslivet-og-om-endringer-i-arbeidsmiljolo-ovens-regelverk-om-trakassering/>

2.3 Rettspraksis

2.3.1 Høyesterett

HR-2022-2329-A – familieetablering – 24-årskravet var ikke diskriminerende på grunn av etnisitet

Dommen gjaldt alderskravet på 24 år for familieetablering i utlendingsloven. Formålet med kravet er å motvirke tvangsekteskap. Spørsmålet var om 24-årskravet krenket retten til familieliv i EMK artikkel 8 og diskrimineringsforbudet i artikkel 14, noe Høyesterett mente det ikke gjorde. Høyesterett mente kravet gav en rimelig balanse mellom individets og samfunnets interesser. Praktiseringen av unntaksbestemmelsen gjorde at forholdet heller ikke kunne sies å være diskriminerende, jf. EMK artikkel 14.

Kommentar:

Se særlig hvordan Høyesterett vurderer den konkrete praktiseringen av unntaksbestemmelsen og betydningen av individuelle vurderinger i den enkelte saken.

HR-2022-390-A – oppsigelse, tilrettelegging etter aml, redusert arbeidsevne – ikke krav på varig redusert 50 % stilling

Oppsigelse av en arbeidstaker som hadde fått redusert sin arbeidsevne til 50 % på grunn av depresjon og utbrenthet ble ansett gyldig. Arbeidsgiver hadde forsøkt ulike tilretteleggingstiltak gjennom flere år, men det hadde ikke lyktes å få arbeidstaker tilbake i full stilling. Arbeidsgiver skal tilrettelegge «så langt det er mulig», noe som vil bero på en «konkret, skjønnsmessig helhetsvurdering» i det enkelte tilfellet (avsnitt 48). Her vil det, ifølge Høyesterett, blant annet være av betydning hvorvidt den tilrettelegging som kan kreves er midlertidig eller permanent». Høyesterett la til grunn at tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 4-6 ikke innebar at arbeidsgiver i denne saken måtte la arbeidstaker fortsette på permanent basis i halv stilling. Det må foreligge vektige grunner før aml § 4-6 medfører en plikt for arbeidsgiver til å gjøre permanente endringer i organisasjons- eller stillingsstrukturen i bedriften. Selv om Høyesterett uttalte at arbeidsgivers plikt ikke går så langt som til å opprette en ny stilling for den aktuelle arbeidstakeren, så må arbeidsgiver tilby arbeidstaker en passende stilling i virksomheten, dersom slik stilling er eller blir ledig og arbeidstaker er skikket for den.

Kommentar:

På grunn av partenes anførsler, ble forholdet mellom tilretteleggingsplikten i aml § 4-6 og ldl § 22 ikke

drøftet nærmere. Etter vårt syn kan det ikke utelukkes at rekkevidden av de to bestemmelsene kan bli noe ulik i konkrete saker, ut fra de menneskerettslige hensyn som ldl § 22 også er ment å ivareta. Utviklingen innen EU-retten knyttet til en tilsvarende bestemmelse i rammedirektivet for arbeidslivet vil også kunne medføre endringer i rekkevidden av pliktene etter ldl § 22. Høyesterett uttaler for øvrig følgende om vilkåret i ldl § 22 om at tiltaket ikke må innebære en «uforholdsmessig byrde»: «Om avveiningen alltid vil falle likt ut etter de to bestemmelsene, gir ikke denne saken grunnlag for å ta stilling til» (avsnitt 51). Hvorvidt permanent redusert arbeidstid som et tilretteleggingstiltak kan kreves med hjemmel i ldl § 22, der arbeidsgiver er en større virksomhet, er et interessant spørsmål i den forbindelse.

HR-2022-350-A – Salærforskriften/dysleksi

En advokat gjorde gjeldende at det måtte tas hensyn til hans dysleksi ved salærfastsettingen i en straffesak, nærmere bestemt ved vurderingen av hva som er rimelig og nødvendig tidsbruk i den enkelte sak, jf. salærforskriften § 7. Høyesterett, som behandlet saken i avdeling, kom som de tidligere instanser til at det ikke var grunnlag for å ta hensyn til individuelle forhold ved advokaten ved tolkingen av salærforskriften § 7. Det ble lagt til grunn at retten skal fastsette salæret ut fra sakens omfang og kompleksitet, med utgangspunkt i det antatte tidsforbruket til en alminnelig dyktig advokat på det aktuelle rettsområdet. En eventuell indirekte forskjellsbehandling ved salærfastsettelsen av personer med funksjonsnedsettelse vil uansett være lovlig, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 9. Anken over lagmannsrettens kjennelse ble forkastet. (Rt-sammendrag).

Høyesterett viste til sammenhengen i regelverket, herunder bestemmelsen om utmåling av sakskostnader i sivile saker i tvisteloven § 20-5 og stykkprisforskriften og salærforskriften som et enhetlig system. Dette tilsa at utgangspunktet for salærfastsettelsen er en objektiv vurdering basert på sakens art og omfang.

Den ankende parten hadde påberopt seg CRPD artikkel 27 om retten til arbeid som støtte for sitt syn. Høyesterett la imidlertid til grunn, i likhet med parten selv, at CRPD ikke innebærer en mer vidtrekkende plikt til å ta hensyn til funksjonsnedsettelse ved salærberegningen enn det som følger av likestillings- og diskrimineringsloven. Det samme gjaldt øvrige internasjonale menneskerettsforpliktelser, samt Grunnloven § 98 andre ledd.

Høyesterett vurderte det slik at manglende tilrettelegging i form av økt salær for advokater med alvorlig dysleksi er en forskjellsbehandling som ligger

i grenseland mellom indirekte diskriminering og positiv særbehandling. Manglende tilpassing av salæret ut fra faktisk tidsbruk for den enkelte, kan medføre lavere timebetaling per sak for advokater med dysleksi. Samtidig kan det argumenteres for at dersom dyslektikere får dekket et høyere timeforbruk enn andre, innebærer det at de får mer betalt for samme tjeneste. Høyesterett la til grunn at unnlatt tilrettelegging etter omstendighetene kan innebære indirekte forskjellsbehandling. Forskjellsbehandlingen i denne saken var etter Høyesteretts syn uansett nødvendig, saklig begrunnet og forholdsmessig. Høyesterett pekte på at indirekte forskjellsbehandling lettere vil anses som lovlig enn direkte forskjellsbehandling.

I drøftingen av forholdsmessigheten av forskjellsbehandlingen la Høyesterett til grunn at advokater med dysleksi ikke stenges ute fra noen del av advokatmarkedet. De vil dessuten ofte ikke stilles dårligere enn advokater som har begrenset erfaring, eller som av andre årsaker enn funksjonsnedsettelse er mindre effektive enn flertallet. Videre mente Høyesterett at muligheten for hjelpemidler måtte trekkes inn i denne vurderingen.

Kommentar:

Det kan i noen tilfeller være vanskelig å avgjøre om det i en enkelt sak er tale om indirekte forskjellsbehandling eller positiv særbehandling. Å iverksette tilretteleggingstiltak som skal gi en person like muligheter som andre, vil imidlertid som hovedregel ikke regnes som positiv særbehandling.

HR-2022-401-A – rettslig interesse – kommune som rett saksøkt i krav om erstatning for ikke-økonomisk skade ved brudd på EMK

To brødre som var blitt registrert av kommunen som psykisk utviklingshemmete uten at det var grunnlag for dette, reiste sak mot kommunen med krav om erstatning for ikke-økonomisk tap, med grunnlag i EMK artikkel 13, jf. artikkel 3 og artikkel 8. Høyesterett kom i motsetning til de tidligere instanser til at brødrene kunne fremme kravet mot kommunen, og at de ikke var henvist til å fremme det mot staten. Det ble vist til at EMK er like bindende for kommuner som for staten. Spørsmålet om hvem som var rett saksøkt måtte avgjøres etter vanlige nasjonale regler, og etter intern norsk rett kan søksmål reises mot den offentlige instans som saksøker mener å ha et krav mot. Høyesterett avsa kjennelse for at søksmålet fremmes. (Rt-sammendrag).

Kommentar:

Kjennelsen tydeliggjør kommuner som pliktsubjekt etter menneskerettskonvensjoner som også er inkorporert i norsk rett.

Norge er part i flere menneskerettighetskonvensjoner enn de som er inkorporert i lovgivningen, slik som FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) og Istanbul-konvensjonen. Også disse er rettslig bindende for Norge og legger viktige føringer for kommunenes virksomhet, blant annet kommunenes myndighetsutøvelse og tjenesteyting.¹

HR-2022-883-A – eksklusjon fra trossamfunn

Saken gjaldt gyldigheten av et eksklusjonsvedtak i Jehovas vitner. Sentralt i vurderingen sto spørsmålet om religionsfrihet og domstolenes adgang til å overprøve et trossamfunns interne saksbehandling og vedtak. Både lagmannsrettsdommen og høyesterettsdommen i denne saken er omtalt i Diskrimineringsrettrapporten 2021, kapittel 2.3.2.²

2.3.2 Underrettspraksis

LA-2021-77023 – oppsigelse – redusert arbeidsevne – rekkevidden av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt

En sjåfør fylte ikke lenger de helsemessige vilkårene for førerkort, og ble ansett for å ha en arbeidsytelse markant under det som kunne forventes i ulike andre stillinger i virksomheten som ble tilbudt ham. Retten la til grunn at arbeidsgiver hadde ivaretatt sin tilretteleggingsplikt, jf. arbeidsmiljøloven § 4-6, herunder gjort det som var mulig for å finne alternativt passende arbeid. Retten viste til HR-2022-390-A (omtalt ovenfor under kapittel 2.3.1) i sin vurdering av rekkevidden av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt, og la til grunn at vurderingene etter henholdsvis arbeidsmiljøloven § 4-6 og likestillings- og diskrimineringsloven § 22, i en situasjon som i denne saken, i det alt vesentlige ville være sammenfallende.

1 For en nærmere omtale av kommunene som menneskerettslig pliktsubjekt viser vi til Norges institusjon for menneskerettigheters rapport Kommuner og menneskerettigheter, se særlig kapittel 3 – Lokale myndigheter som menneskerettslig pliktsubjekt –

<https://www.nhri.no/rapport/kommuner/>

2 https://www.ldo.no/globalassets/_ldo_2019/_bilder-til-nye-nettsider/rapporter/ldo_diskrimineringsrettsrapporten_2021_elektronisk_utgave.pdf

At arbeidsgiver var en stor offentlig virksomhet som også var IA-bedrift og omfattet av IA-avtalens bestemmelser om tilrettelegging for arbeidstakere med funksjonsnedsettelse, medførte ikke at arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter arbeidsmiljøloven § 4-6 ble utvidet.

LB-2021-158340 – Beregning av BPA

En person som hadde hatt BPA i en 70 % stilling gjennom flere år, fikk ikke videreført ordningen. Hans BPA hadde hjulpet ham i hans arbeidssituasjon, først på hans VTA (varig tilrettelagt arbeidsplass) og senere i et firma han opprettet. I stedet fikk han innvilget omsorgstjenester i form av helsehjelp i hjemmet og praktisk bistand, blant annet til oppfølging av fritidsaktiviteter og sosiale interesser. Han mente at denne omleggingen var i strid med både pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d, Grunnloven, EMK og CRPD.

Lagmannsretten la til grunn at lovgiver ikke hadde ment at tjenester utenfor helse- og omsorgstjenester, for eksempel bistand i en arbeidssituasjon, skulle omfattes av den rettighetsbaserte BPA-ordningen. Brukerens behov for bistand i en arbeidssituasjon skulle derfor ikke inkluderes når behovet for personlig assistanse etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d skal vurderes. Retten viste til at mer arbeidsrettede tiltak omfattes av andre ordninger enn den rettighetsbaserte BPA etter helse- og omsorgslovgivningen, for eksempel etter tiltaksforskriften.

Tjenestene var forsvarlige og stred ikke mot FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) eller andre konvensjoner. Personen hadde anført at vedtaket om tildeling av BPA stred mot blant annet CRPD. Lagmannsretten la til grunn at tildeling av BPA ikke er den eneste måten forpliktelsene etter CRPD – og andre overnasjonale regler – kan oppfylles. Forpliktelsene etter konvensjonen kan oppfylles også med andre tilbud om tjenester enn de som var omfattet av vedtakene som ble prøvd i denne saken.

Retten mente videre at vedtaket, som var stadfestet av Statsforvalteren, var tilstrekkelig begrunnet. Lagmannsretten fant at den kunne vurdere dette selv om det ikke var fremmet som et selvstendig ugyldighetsgrunnlag forut for ankeforhandlingen. Lagmannsretten konkluderte dermed med at kommunens vedtak om helse- og omsorgstjenester var gyldig.

Kommentar:

CRPD artikkel 19 om retten til å leve et selvstendig liv og være en del av samfunnet sier i bokstav b at personlig bistand skal gis i den grad dette er nødvendig for å sikre retten til å kunne bo og være en del av samfunnet. CRPD artikkel 27 bokstav i gir mennesker med nedsatt funksjonsevne rett til rimelig tilrettelegging på arbeidsplassen. Rett til å treffe egne valg og uavhengighet er generelle prinsipper i artikkel 3 bokstav a. Dette kan tale for at kommunen bør strekke seg langt for å imøtekomme en persons ønske om å få tjenester som er nødvendige for arbeidsdeltakelse organisert som BPA. En *plikt* for kommunene til å etterkomme personens ønske om å få tjenester som gjelder arbeidsdeltakelse organisert som BPA, er det likevel neppe holdepunkter for å utlede fra CRPD. Dette må også ses i lys av at det i Norge finnes en statlig nasjonal ordning med funksjonsassistanse som skal sikre at personer med funksjonsnedsettelse får nødvendige og tilpassede personlige støttetiltak for å være en del av arbeidslivet. Etter det vi er kjent med fungerer denne ordningen også rimelig godt i praksis. CRPD tar sikte på sikre selvstendig og uavhengig liv samt arbeidsdeltakelse, men hvilke spesifikke ordninger staten velger for å sikre dette, er i betydelig grad opp til staten selv å velge.

2.4 Rettspraksis hatytringer

HR-2022-1843-A – Hatefulle ytringer etter straffeloven § 185 – kjønnsidentitet/kjønnsuttrykk

En mann hadde skrevet følgende kommentarer på Facebook rettet mot fornærmede i saken:

- *Perverse mannegriser som permalaiver at de er småpiker har vel strengt tatt ingen injurierende kraft.*
- *Tror du virkelig at et eneste menneske tror du er et kvinmemneske og ikke en gubbe med rare fantasier.*
- *Det sagt er det uforståelig for meg at myndighetene fremdeles tillater at du har omsorgsansvar for barn.*
- *«B» eksisterer ikke. Det er en syk fantasi i Bs sinn.*

Tiltalte og fornærmede har kjent hverandre i 15–20 år, og har møttes fysisk både på fest og på såkalte «laiv». Tiltalte forklarte at han fremsatte ytringene i den hensikt at de skulle såre fornærmede mest mulig, og at han sa ting som han mente ville få fornærmede til å føle seg ille. Tiltalte ble dømt i tingretten til betinget fengsel i 21 dager og en bot på 15 000 kroner. Anken til lagmannsretten over lovanvendelsen og straffeutmålingen ble forkastet.

Innledningsvis i dommen presiserte Høyesterett at det følger av rettspraksis at det bare er de kvalifisert krenkende utsagnene som omfattes av straffeloven § 185. Avgjørende er særlig om ytringene inneholder en grov nedvurdering av den utsatte enkeltpersonens eller gruppens menneskeverd på grunn av ett eller flere av diskrimineringsgrunnlagene i § 185 andre ledd. Bestemmelsen må tolkes i lys av ytringsfriheten, og det er en relativt rommelig margin for smakløse ytringer.

Tiltaltes forsvarer gjorde gjeldende at terskelen for å bli dømt for diskriminerende eller hatefulle ytringer på grunn av kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk er høyere enn for ytringer som gjelder andre grupper vernet av bestemmelsen. Dette avviste Høyesterett. Terskelen for straff er lik for alle grupper som er vernet av § 185. Samtidig påpekte retten at den konkrete vurderingen av straffbarheten kan bli påvirket av sårbarheten til den gruppen eller de personene som rammes, eksempelvis ved hatefulle ytringer mot barn.

Meningsutvekslingen mellom partene bar preg av krangel, der også fornærmede kom med karakteristikker av tiltalte. Høyesterett uttalte i den forbindelse at også den som deltar i en krangel er omfattet av diskrimineringsvernet.

Høyesterett mente at alle de fire utsagnene, sett i sammenheng med de andre kommentarene i facebook-tråden, var kvalifisert krenkende og i strid med § 185, samt at det var knyttet til fornærmedes kjønnsidentitet. Når det gjelder utsagnet om at «det [er] uforståelig for meg at myndighetene fremdeles tillater at du har omsorgsansvar for barn», så uttalte Høyesterett at: «Å bli stemplet som en som ikke er egnet til å ta seg av egne barn begrunnet i forhold rundt ens kjønnsidentitet, er en alvorlig anklage som gjelder grunnleggende egenskaper – menneskeverdet – ved en person».

Høyesterett fastsatte straffen til betinget fengsel i 15 dager og en bot på 15 000 kroner. Nedsettelsen av straff i forhold til tingrettens dom ble blant annet begrunnet med straffenivået i HR-2020-184-A *Kakerlakk*, som ble ansett å være mer alvorlig enn denne saken, blant annet på grunn av ytringenes grovhet og rekkevidden av ytringene (facebook-gruppen i *kakerlakk*-dommen hadde 20 000 medlemmer). Videre la Høyesterett vekt på at tiltalte i denne saken slettet den første kommentaren på eget initiativ mens replikkvekslingen på Facebook var i gang.

Kommentar:

Dette er den første dommen fra Høyesterett som gjelder hatefulle ytringer på grunn av kjønnsidentitet/kjønnsuttrykk. At Høyesterett presiserer at vernet mot hatefulle ytringer, det vil si terskelen for straff, er det samme for alle diskrimineringsgrunnlag, er viktig. Det er også bra at Høyesterett uttaler seg om betydningen av krangel eller forhold på fornærmedes side – ikke minst siden mange hatefulle ytringer blir fremsatt på sosiale medier, der krangel eller replikkutvekslinger mellom partene ofte forekommer.

HR-2022-1707-A – Hatefulle ytringer etter straffeloven § 185 – etnisitet – barn

En mann hadde ropt til en jente på 16 år med somalisk bakgrunn at hun burde «dra tilbake til Somalia så får du det mye bedre, for der får du ikke noe NAV». Høyesterett fant uttalelsen klart sårende, smakløs og fornærmende, men kom allikevel til at den ikke ville ha vært rammet av strl. § 185 om hatefulle ytringer dersom den hadde vært fremsatt overfor en voksen. Et flertall på tre dommere kom imidlertid til at ytringen var straffbar fordi den var fremsatt overfor et barn, selv om den var helt i grenseland for det straffbare.

Da lagmannsretten hadde gitt en utilstrekkelig beskrivelse av tiltaltes forsett, jf. strl. § 22 første ledd bokstav c, ble lagmannsrettens dom opphevet. Opphevelsen gjaldt også tingrettens dom med hovedforhandling. Høyesteretts mindretall på to dommere kom til at ytringen ikke ble rammet av strl. § 185. Dissens 3-2. (Rt-sammendrag).

Kommentar:

Dommen er interessant fordi den viser hvordan Høyesterett (dog under dissens) vurderer straffbarheten av ytringer i lys av sårbarheten til gruppen eller personen som rammes. Retten mente enstemmig at ytringene *isolert* sett ikke var over terskelen til det straffbare, og slik sier dommen også noe om nedre grense for straffbare ytringer.

2.5 Forvaltningspraksis – sammendrag nemndssaker

2.5.1 Innledning

Diskrimineringsnemnda fikk inn 575 saker i 2022, og den avgjorde 418 saker.³ Dette er en økning fra 2021, da det kom inn 512 saker, og 430 saker ble avgjort. Som vanlig vil det være slik at noen av sakene som ble avgjort i 2022 kom inn i 2021, mens andre fortsatt er under behandling og vil avgjøres i 2023. For sakene som ble realitetsavgjort, var saksbehandlingstiden 286 dager i gjennomsnitt, opp fra 248 dager i 2021.

Fordelingen på samfunnsområde av de sakene som ble avgjort i 2022 er vist i tabeller nedenfor.

2.5.2 Saker fordelt etter utfall

Avgjørelsestype	Antall
Brudd	72
Ikke brudd	85
Avvist	49
Henlagt	100
Avsluttet uten avgjørelse	131
Totalt	437⁴

2.5.3 Saker fordelt på diskrimineringsgrunnlag

Grunnlag	Antall
Funksjonsnedsettelse	126
Etnisitet	97
Alder	93
Kjønn	43
Politisk syn	18
Omsorgsoppgaver	18
Graviditet	15
Permisjon ved fødsel eller adopsjon	14
Livssyn	13
Ikke oppgitt	12
Religion	11
Kjønnsidentitet	10
Medlem i arbeidstakerorganisasjon	8
Kjønnsuttrykk	7

³ Ifølge statistikk på <https://www.diskrimineringsnemnda.no/>

⁴ Totalen inneholder saker som er talt to ganger, idet konklusjonen i enkelte saker både er brudd og ikke brudd på loven for de ulike forholdene det er klaget på.

Grunnlag	Antall
Seksuell orientering	7
Ikke vernet	2
Totalt	494⁵

2.5.4 Saker fordelt på samfunnsområde

Samfunnsområde	Antall
Arbeidsliv	178
Varer og tjenester	125
Offentlig forvaltning	47
Utdanning	21
Bolig	15
Samfunnsliv	12
Politi, rettsvesen m.v.	6
Kombinasjon	3
Frivillig arbeid	1
Totalt	418

2.5.5 Oversikt over sammendragene i rapporten

Nedenfor følger sammendrag av noen saker Diskrimineringsnemnda behandlet i 2022. Sakene er fra ulike samfunnsområder og gjelder ulike diskrimineringsgrunnlag. Sakene vi har tatt med er valgt ut enten fordi de behandler problemstillinger ombudet ofte får henvendelser om, eller fordi de utvikler eller endrer nemndas praksis.

Blant sakene vi omtaler er tre saker om manglende universell utforming av IKT i skolen. Vi redegjør også for to saker om innholdet i arbeidsgivers opplysningsplikt overfor arbeidssøker i ldl § 31. Dessuten omtaler vi en sak om indirekte diskriminering på grunn av etnisitet ved krav om norsk statsborgerskap i stillingsutlysning, samt en sak der nemnda kom til at et lønnsystem basert på alder var diskriminerende.

Vi redegjør også for ombudets klage til nemnda som gjaldt DNBs praksis med å avslå grunnleggende banktjenester til personer med oppholdskort. Nemnda konkluderte med at praksisen utgjorde indirekte diskriminering på grunn av etnisitet.

⁵ Antall saker etter diskrimineringsgrunnlag overstiger antall avgjorte saker totalt fordi det i noen saker er klaget over diskriminering på flere grunnlag.

2.5.6 Kjønn

22/200 – Kjønnsdelte priser på frisørtjenester – brudd
Saken gjaldt spørsmål om diskriminering på grunn av kjønn i forbindelse med ulike frisør-priser for kvinner og menn. Nemnda fant at B frisør på klagetidspunktet opererte med ulik pris for dame- og herreklipp, og at A dermed ble utsatt for direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn når dameklipp var dyrere enn herreklipp.

Nemnda vurderte deretter om forskjellsbehandlingen var lovlig etter § 9. De fant at B frisørs anførsler om saklighet ikke kunne føre frem. Nemnda mente at det at det ofte tar lengre tid å behandle en kvinne, enn en mann, ikke gjør det saklig å begrunne forskjellen i pris med kjønn. Nemnda mente det heller ikke var nødvendig å begrunne forskjellsbehandlingen med kjønn. Det var klart for nemnda at det fantes alternative måter å differensiere prisene for frisørtjenestene på. Nemnda uttalte at prisforskjellen ikke var stor, men de anså likevel forskjellsbehandlingen som uforholdsmessig inngripende.

Nemnda konkluderte med at forskjellsbehandlingen ikke var lovlig etter § 9, og at B frisør handlet i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 6, jf. § 9, ved å operere med ulik pris for dame- og herreklipp.

Kommentar:

Dette er et tema som ombudet har fått flere henvendelser på gjennom årene, men som ikke har vært oppe for Diskrimineringsnemnda før nå i 2022. Det er fortsatt utbredt praksis blant frisører at priser avhenger av hvilket kjønn kunden har. Ombudet har tidligere uttalt at vi mener dette vil være diskriminering på bakgrunn av kjønn. Diskrimineringsnemnda har nå slått fast at det er kjønnsdiskriminering å operere med kjønnstyrte priser.

2.5.7 Etnisitet

21/771 – Krav om norsk statsborgerskap i stillingsutlysning – spørsmål om diskriminering på bakgrunn av etnisitet – brudd

Saken gjaldt spørsmål om diskriminering på bakgrunn av etnisitet i ansettelsesforhold som følge av at det var stilt krav om norsk statsborgerskap i utlysningen.

A er polsk statsborger. Hun søkte på stillingen hos C i november 2021. Rekrutteringsselskapet B var ansvarlig for den aktuelle rekrutteringsprosessen. I stillingsutlysningen fremgikk bl.a. følgende krav: «På grunn av [beskrivelse av bakgrunn] er det en forutsetning at

du er norsk statsborger - og vil oppfylle krav til sikkerhetsklarering etter sikkerhetsloven.» A klagde inn B for diskriminering på bakgrunn av etnisitet.

Nemnda la til grunn at saken reiste spørsmål om indirekte diskriminering på grunn av etnisitet, ettersom kravet om norsk statsborgerskap særlig vil ramme personer med etnisk minoritetsbakgrunn. De fleste norske statsborgere har også norsk opprinnelse/avstamning. Etter nemndas vurdering vil kravet om norsk statsborgerskap stille A dårligere i ansettelsesprosessen enn personer med norsk opprinnelse/avstamning. Nemnda mente derfor at det dette var indirekte forskjellsbehandling på grunn av etnisitet.

Nemnda vurderte deretter om forskjellsbehandlingen likevel var lovlig, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 9 første ledd. Forskjellsbehandling er ikke i strid med diskrimineringsforbudet når den har et saklig formål, er nødvendig for å oppnå formålet og ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles. Kravet om norsk statsborgerskap var begrunnet med behovet for sikkerhetsklarering.

Utenlandske statsborgere kan få sikkerhetsklarering, men det gjelder da enkelte tilleggsvilkår, sammenlignet med norske statsborgere, jf. sikkerhetsloven § 8-7. B og C hadde anført for nemnda at sikkerhetsklarering av utenlandske statsborgere medfører en ekstra usikkerhet knyttet til om Sivil klareringsmyndighet vil gi nødvendig sikkerhetsklarering, og at sikkerhetsklarering av utenlandske statsborgere tar uforholdsmessig lang tid. Dette ble ikke nærmere dokumentert eller sannsynliggjort for nemnda. A hadde fremlagt brev fra Sivil klareringsmyndighet der det fremgikk at det må foretas konkrete og individuelle helhetsvurderinger i alle saker om sikkerhetsklarering, og at opplysninger om tilknytning til andre stater er et forhold som kan tillegges vekt i en slik helhetsvurdering.

På bakgrunn av opplysningene i saken la nemnda til grunn at selv om kravet om norsk statsborgerskap kan være saklig og nødvendig, ville et slikt kategorisk krav uansett ikke være forholdsmessig. Nemnda la i vurderingen avgjørende vekt på at B ikke hadde fremlagt dokumentasjon eller sannsynliggjort påberopte forskjeller når det gjelder muligheten for innvilgelse av sikkerhetsklarering og tilhørende saksbehandlingstid for henholdsvis norske og utenlandske statsborgere. Nemndas vurdering var derfor at vilkårene for lovlig forskjellsbehandling ikke var oppfylt.

Nemndas konklusjon var at A ble diskriminert på grunn av etnisitet i ansettelsesprosessen.

Kommentar:

Diskrimineringsnemnda går i denne saken ikke nærmere inn på hvorfor dette er å anse som indirekte diskriminering på bakgrunn av etnisitet, og ikke vil falle utenfor diskrimineringsvernet siden saken gjelder forskjellsbehandling på bakgrunn av statsborgerskap. Ombudet er ikke uenig i nemndas konklusjon, men ser at det i noen tilfeller kan være vanskelig å fastslå hva som faller innenfor som indirekte etnisitetsdiskriminering, og hva som ikke er å anse som diskriminering fordi forskjellsbehandlingen har sin bakgrunn i statsborgerskap. Problemstillingen er heller ikke drøftet særlig inngående i forarbeidene.

I løpet av 2022 har ombudet fått flere henvendelser angående diskriminering på bakgrunn av etnisitet. En del av disse har vært spørsmål om diskriminering av russiske statsborgere blant annet angående EU-innførte sanksjoner som Norge har sluttet opp om. Problemstillingen om forskjellsbehandling på grunn av statsborgerskap og mulig indirekte diskriminering på grunn av etnisitet er derfor aktuell og relevant.

21/628 – Tilgang til grunnleggende banktjenester for flyktninger – brudd

Ombudet klaget inn DNB for Diskrimineringsnemnda 14.10.2021. Klagen gjaldt DNBs praksis med å avslå grunnleggende banktjenester til personer med oppholdskort. Ombudet mente praksisen var i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av etnisitet, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 6.

På bakgrunn av flere henvendelser om tilgangsproblematikk til banktjenester til vår veiledningstjeneste innhentet ombudet ytterligere informasjon om DNBs praksis for etablering av kundeforhold med grunnleggende banktjenester. Praksisen innebar at personer med oppholdskort automatisk utelukkes fra grunnleggende banktjenester. Oppholdskort er et plastkort i kredittkortformat som er et bevis på at man har oppholdstillatelse i Norge. Personer som har fått gyldig opphold i Norge og som er i prosess med å søke om reisebevis for flyktninger eller utlendingspass, og personer med begrenset oppholdstillatelse, har ofte ikke annen gyldig legitimasjon enn oppholdskort. Ombudet fant at DNB tolket regelverket strengere enn de andre bankene vi var i kontakt med. De andre bankene, Danske bank, Handelsbanken og Nordea, forklarte at de foretar en individuell vurdering, og at ved fremvisning av annen identifikasjon kan også personer med oppholdskort få grunnleggende banktjenester hos dem. Dette er i tråd med veilederen til hvitvaskingsregelverket som er utarbeidet av Finanstilsynet.

Det fremgår av Veileder til hvitvaskingsloven fra Finanstilsynet pkt. 4.3.1.7 at finansforetak har

anledning til å gi kunder uten gyldig legitimasjon adgang til begrensede, grunnleggende bank- og forsikringstjenester uten at dette anses som brudd på hvitvaskingslovens regler. Videre fremgår det av samme punkt at finansforetaket kan bekrefte kundens identitet ved å innhente oppholdskort, og foreta annen nødvendig kontroll av identiteten. Dette kan gjøres for eksempel ved å innhente arbeidskontrakt, bekreftelse på rett til offentlig ytelse/stønadsbekreftelse, leiekontrakt, kopi av utenlandsk identitetskort eller ved at en nærstående med gyldig dokumentasjon bekrefter vedkommendes identitet. I Veileder til hvitvaskingsloven fra Finanstilsynet pkt. 4.3.1.8 fremgår det at «(...) finansforetak har ansvar for å legge til rette for finansiell inkludering. Disse foretakene har også kontraheringsplikt etter finansregelverket, særskilt for å tilby grunnleggende banktjenester og forsikringsprodukter.» Ombudet mente at DNB ikke hadde sannsynliggjort at de vurderer mulige kunder med oppholdskort individuelt, og at hovedregelen er at det gis automatisk avslag til kunder med oppholdskort. DNB ekskluderte dermed kunder som veilederen til hvitvaskingsloven eksplisitt nevner kan inkluderes. Det var i lys av dette ombudets vurdering at DNB praktiserer regelverket unødigg strengt.

Basert på våre undersøkelser mente ombudet at DNBs praksis er i strid med forbudet mot indirekte diskriminering på grunn av etnisitet. Praksisen er i utgangspunktet nøytral, ettersom reglene om legitimasjon for å opprette kundeforhold gjelder for alle. Praksisen innebærer imidlertid at personer med oppholdskort stilles dårligere enn andre, ettersom de ikke får tilgang til grunnleggende banktjenester på grunn av sin etnisitet/nasjonale opprinnelse. Forskjellsbehandlingen har direkte sammenheng med personers oppholdsstatus. Avslag på tilgang til grunnleggende banktjenester med referanse til oppholdsstatus vil bare ramme utenlandske statsborgere, ikke norske statsborgere.

Ombudet anførte for nemnda at ekskluderingen av personer med oppholdskort ikke oppfyller vilkårene for tillatt forskjellsbehandling. Hensynet til å forebygge hvitvasking er et legitimt hensyn, og formålet kan i utgangspunktet være saklig. Nødvendighetsvilkåret og forholdsmessighetsvilkåret var imidlertid ikke oppfylt etter ombudets syn. Hvitvaskingsregelverket åpner for å gi grunnleggende banktjenester til personer med oppholdskort. De tre andre bankene ombudet kontaktet, informerte om at de vurderer mulige kunder med oppholdskort individuelt. I disse bankene var det mulig for denne gruppen å få grunnleggende banktjenester. At andre banker gjør dette på en annen måte, er et argument for at forskjellsbehandlingen

ikke er nødvendig. Finanstilsynets veileder gir uttrykkelig rom for en praksis som ivaretar både kontraheeringsplikt, finansiell inkludering og hvitvaskingsrisikoen. I brev av 11. oktober 2021 skrev Finanstilsynet at veilederen åpner for at personer uten gyldig legitimasjon på visse vilkår kan få tilgang til grunnleggende banktjenester. Finanstilsynet skriver videre at det er «(...) Finanstilsynets forventning at bankene tilbyr grunnleggende bank- og forsikringstjenester, dersom det ikke foreligger saklig grunn til å avslå. Saklig grunn til å avslå kan kun identifiseres gjennom at bankene foretar en konkret risikovurdering av hver enkelt person som ønsker å bli kunde eller benytte seg av bankens grunnleggende tjenester.»

Ombudet anførte at forskjellsbehandlingen også var uforholdsmessig inngripende overfor dem som forskjellsbehandles. Tilgang til grunnleggende banktjenester er helt nødvendig, blant annet for å betale husleie, motta studiestøtte og ta del i regulært, lønnet arbeid. Mangel på tilgang til grunnleggende banktjenester er et stort hinder for personer med oppholdskort, i et samfunn som i stor grad forutsetter bankkonto, bankkort og nettbank. Ombudet fremhevet at problemstillingen blir stadig mer prekær ettersom DNB og andre banker i stadig større grad går bort fra banktjenester i filial og butikk, slik at en i praksis er helt avhengig av bankkonto, bankkort og tilgang til nettbank for å ta del i samfunnet.

Nemndas syn på saken:

Nemnda tok først stilling til om DNB faktisk vurderer individuelt personer som har oppholdskort som legitimasjon, eller om bankens praksis er å avvise denne kundegruppen. Etter nemndas vurdering hadde ikke DNB sannsynliggjort at banken foretar individuelle vurderinger av personer med oppholdskort som legitimasjon.

Nemnda konkluderte med at praksisen utgjør indirekte forskjellsbehandling på grunn av etnisitet, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 6, jf. § 8.

Kravet om gyldig legitimasjon for å få grunnleggende banktjenester gjelder i utgangspunktet for alle, uavhengig av etnisitet. Slik kravet praktiseres av DNB, var det nemndas syn at det likevel var egnet til å stille personer med oppholdskort dårligere enn andre, ved at de ikke får tilgang til grunnleggende banktjenester. Nemnda mente derfor at praksisen var egnet til å stille personer dårligere enn andre som følge av etnisitet (nasjonal opprinnelse).

Nemnda vurderte deretter om forskjellsbehandlingen likevel var lovlig, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 9. Nemnda mente at hensynet til å forebygge hvitvasking er et legitimt hensyn, og at

forskjellsbehandlingen hadde et «saklig formål». Spørsmålet var om forskjellsbehandlingen var nødvendig og forholdsmessig. Nemnda kom til at forskjellsbehandlingen ikke var nødvendig. Avgjørende for nemndas vurdering var at hvitvaskingsregelverket gjennom Finanstilsynets rundskriv åpner for at personer med oppholdskort som legitimasjon kan få grunnleggende banktjenester etter en konkret og individuell vurdering. Nemnda la også vekt på at andre banker tilsynelatende balanserer hvitvaskingsregelverket mot likestillings- og diskrimineringsregelverket.

Selv om det ikke hadde betydning for resultatet, vurderte nemnda også om forskjellsbehandlingen var uforholdsmessig inngripende. Nemnda mente praksisen var uforholdsmessig inngripende overfor personer med oppholdskort, ettersom elektroniske banktjenester er helt grunnleggende i dagens samfunn.

Diskrimineringsnemnda fant at DNBs praksis var indirekte diskriminerende på grunn av etnisitet, jf. likestilling- og diskrimineringsloven § 6, jf. § 8.

2.5.8 Funksjonsnedsettelse

21/624 – Forbud mot bruk av toalett på langdistansebuss – indirekte diskriminering av personer med fordøyelsessykdommer

Saken gjaldt spørsmål om personer med mage- og tarmsykdommer ble diskriminert på grunn av funksjonsnedsettelse ved at flere langdistansebusser hos busselskapet AtB ikke tilbød bruk av toalett under transport.

Busselskapet AtB administrerer kollektivtrafikken i Trøndelag fylke. Høsten 2021 innførte de et forbud mot bruk av toalett på langdistansebusser under kjøring. Landsforeningen mot fordøyelsessykdommer (LMF) klagde AtB inn for Diskrimineringsnemnda på bakgrunn av denne praksisen.

Nemnda vurderte om AtB sin praksis med å forby passasjerer å benytte toalettet om bord i bussen under kjøring er indirekte diskriminering. Praksisen er i utgangspunktet lik for alle passasjerer, men stiller reisende med fordøyelsessykdommer dårligere fordi de er avhengig av hyppig og/eller umiddelbar tilgang til et toalett, og/eller har behov for å benytte lengre tid på toalettet, og ble derfor ansett for å være indirekte diskriminerende.

Nemnda vurderte deretter om forskjellsbehandlingen likevel er lovlig etter unntakene i likestilling- og diskrimineringsloven § 9.

Partene var for nemnda enige om at hensynet til trafikksikkerhet er et saklig formål. Spørsmålet nemnda tok stilling til var om praksisen med å ikke tillate

toalettbruk under kjøring er nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende. Nemnda pekte på at det ikke var lagt frem dokumentasjon i saken som tilsier at uavbrutt bruk av setebelte er nødvendig for å oppfylle lov eller forskrift om krav til bruk av setebelte.

Nemnda la vekt på at passasjerer med fordøyelsessykdommer har behov for å benytte toalettet oftere, og mer akutt, enn passasjerer uten slik funksjonsnedsettelse. Nemnda la til grunn at en løsning med at passasjerer må gi beskjed til sjåføren som må finne egnet sted å stanse, ville medføre at mange passasjerer i denne pasientgruppen i praksis ikke kan benytte busstilbudet. På denne bakgrunn konkluderte nemnda med at praksisen var uforholdsmessig inngripende overfor passasjerer med fordøyelsessykdommer.

Vilkårene for lovlig forskjellsbehandling var dermed ikke oppfylt og praksisen var indirekte diskriminerende på bakgrunn av funksjonsnedsettelse.

Kommentar:

Transportøkonomisk institutt kom i 2022 med en rapport om universell utforming av transportsektoren i Norge. I rapporten fremkommer det at det er behov for bredere inkludering av brukergrupper både innen forskning, i lovverk og i veiledere. Det påpekes at når man utformer transportsektoren, bør man tenke lenger enn fysiske begrensninger og inkludere usynlige funksjonsnedsettelser, herunder personer med fordøyelses- og urinveissykdommer.

21/503 – Manglende universell utforming av digitale læremidler i skolen – brudd – pålegg om retting og tvangsmulkt

Saken gjaldt spørsmål om Oslo kommune diskriminerte en blind elev, A, ved at et digitalt læremiddel, Skolestudio, som brukes på elevens skole, ikke var universelt utformet. Skolestudio brukes i undervisningen i samfunnsfag, norsk, KRLE og engelsk. A fikk dermed ikke tilgang til det samme læringsinnholdet som de andre elevene.

Nemnda presiserte at læremiddelet var hovedløsning for Oslo kommune, rettet mot elevene ved skolene i kommunen. Læremiddelet er dermed omfattet av plikten til universell utforming av IKT og kravene i forskrift om universell utforming av IKT-løsninger, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 18 og forskrift om universell utforming av IKT-løsninger § 2 første og andre ledd.

For nemnda ble det innhentet en ikt-faglig uttalelse fra Digitaliseringsdirektoratet. I uttalelsen konkluderte direktoratet med at bruddene var av en slik karakter at Skolestudio i liten grad var tilgjengelig for brukere med synshemming. Direktoratet hadde også

uttalt at det verken er teknisk vanskelig eller kostbart å korrigere feilene, men at det kunne være tidkrevende ettersom det var avdekket mange feil.

Det følger av likestillings- og diskrimineringsloven § 18 tredje ledd at plikten til universell utforming av IKT ikke gjelder dersom den medfører «uforholdsmessig stor byrde» for virksomheten. Utdanningsetaten hadde ikke anført at unntaksbestemmelsen kom til anvendelse i dette tilfellet, men nemnda understreket likevel at unntaksregelen er snever, og vil som hovedregel ikke gjelde for IKT-løsninger som er omfattet av kravene i forskrift om universell utforming av IKT-løsninger. Nemnda understreket at det i denne saken også var snakk om omfattende brudd på minstekravene. Sett hen til den positive effekten for brukeren som oppnås ved universell utforming av Skolestudio, og tatt i betraktning Utdanningsetatens størrelse og omfattende ressurser, mente nemnda at det var klart at plikten til universell utforming ikke ville medføre en uforholdsmessig stor byrde for virksomheten. Nemnda konkluderte med at unntaksbestemmelsen i likestillings- og diskrimineringsloven § 18 tredje ledd ikke kom til anvendelse. Skolestudio var dermed ikke universelt utformet i samsvar med likestillings- og diskrimineringsloven § 18. Brudd på plikten til universell utforming av IKT etter § 18 regnes som diskriminering, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 12 første ledd. Nemnda konkluderte med at Utdanningsetaten diskriminerer A som følge av manglende universell utforming av Skolestudio.

A hadde fremmet krav om oppreisning for nemnda. Det fremgår av likestillings- og diskrimineringsloven § 38 første ledd bokstav b at den som er blitt behandlet i strid med reglene om individuell tilrettelegging, kan kreve oppreisning. Retten til oppreisning etter likestillings- og diskrimineringsloven gjelder imidlertid ikke for brudd på plikten til universell utforming etter § 18. Diskrimineringsnemndas myndighet til å tilkjenne oppreisning er også begrenset til arbeidsforhold og ved arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere, jf. diskrimineringsombudsloven § 12 første ledd. Kravet om oppreisning ble derfor avvist, jf. diskrimineringsombudsloven § 10 første ledd bokstav b.

Ved brudd på diskrimineringsregelverket kan nemnda også gi pålegg om retting, jf. diskrimineringsombudsloven § 11 andre ledd. Det følger av diskrimineringsombudslovens forarbeider at nemnda må vurdere konkret om pålegget utgjør en forholdsmessig reaksjon, jf. Prop. 80 L (2016–2017) side 105. Etter nemndas vurdering var det i dette tilfellet nødvendig å pålegge retting for å sikre at diskrimineringen opphører. Nemnda mente også at pålegg om retting var

en forholdsmessig reaksjon. Her la nemnda vekt på at Skolestudio benyttes av mange elever, både i Oslo kommune og i andre kommuner i Norge og at universell utforming er nødvendig for å sikre elevene lik tilgang til læringsinnholdet.

For å sikre at nemndas pålegg om retting gjennomføres, kan nemnda treffe vedtak om tvangsmulkt, jf. diskrimineringsombudsloven § 13 første ledd. Nemnda mente at det i denne saken var grunnlag for å treffe vedtak om tvangsmulkt for å sikre gjennomføring av pålegget om retting. Tvangsmulkten ble fastsatt til 5000 kr. Nemnda mente dette beløpet var passende for å sikre at Oslo kommune ved Utdanningsetaten fikk en klar oppfordring til å etterleve pålegget om retting så raskt som mulig. Nemnda fremhevet at tiltakene som skal gjennomføres er av stor viktighet for både A og andre elever som bruker Skolestudio og at dette tilsier at det bør gis en løpende mulkt av en viss størrelse for å sikre rettidig etterlevelse. Saken er p.t. fortsatt under behandling.

21/305 – Manglende universell utforming av digital læringsplattform

Saken gjaldt spørsmål om diskriminering av en ungdomsskoleelev i Oslo kommune på grunn av manglende universell utforming av den digitale læringsplattformen itslearning. Nemnda kom til at læringsplattformen ikke var universelt utformet og påla Oslo kommune ved Utdanningsetaten å rette feil som ble påpekt i den IKT-faglige uttalelsen fra Digitaliseringsdirektoratet. Frist for retting var 1. august 2022. For å sikre gjennomføringen av pålegget vedtok nemnda tvangsmulkt med kroner 5 000. Saken ble først avsluttet som følge av at pålegget om retting var oppfylt. Saken ble så gjenåpnet som følge av nye opplysninger i saken. Saken ble avsluttet i februar 2023, siden forholdet var blitt rettet.⁶

21/263 – Manglende universell utforming av mobilapplikasjon for kommunikasjon mellom foresatte og skoler – brudd – pålegg om retting

Manglende universell utforming var også spørsmålet i sak 21/263. Saken gjaldt spørsmål om diskriminering på grunn av manglende universell utforming av mobilapplikasjonen «Skolemelding foresatte» som benyttes til kommunikasjon mellom skoler og foresatte i Oslo kommune. Nemnda kom til at det ikke var sannsynliggjort at appen var universelt utformet på tidspunktet for nemndas behandling av saken. Nemnda påla Oslo kommune Utdanningsetaten å rette

feil som ble påpekt i IKT-faglig uttalelse fra Digitaliseringsdirektoratet. Frist for retting var 16. mai 2022. Pålegget om retting ble oppfylt innen fristen.⁷

Kommentar:

Høsten 2022 inviterte ombudet sentrale aktører som har ansvar for at digitale læremiddel kan brukes av alle til en rundebordskonferanse. Vi inviterte politikere, byråkrater utviklere og innkjøpere sammen med representanter for elever som mister undervisning ettersom læremidlene ikke er tilgjengelige for dem. Relevante aktører her er Kunnskapsdepartementet, Utdanningsdirektoratet, Kommunenes Sentralforbund, IKT-Norge, Statped, Bufdir, Forleggerforeningen, UU-tilsynet, Norges Blindforbund, Dysleksiforbundet og Unge funksjonshemmede.

På konferansen ble problemstillinger, utfordringer og mulige løsninger identifisert. Etter nye møter gjennom vinteren med de ulike aktørene, inviterte ombudet til en oppfølgingskonferanse våren 2023.

På oppfølgingskonferansen 16. mars 2023 fortsatte aktørene dialogen om status på arbeidet med å sikre universelt utformede læremidler, mulige løsninger og veien videre. Det ble diskutert løsninger både på kort og lengre sikt, og løsninger på ulike nivåer. Sentralt for løsningene er at de involverer flere aktører som må samarbeide. Derfor vil ombudet følge opp arbeidet med en rundebordskonferanse også høsten 2023. Innen den tid har regjeringen varslet at den vil legge fram en strategi sammen med KS om digitalisering i skole og barnehage. I strategien vil universell utforming være ett av hovedtemaene. Ombudet håper at strategien inneholder konkrete tiltak for å løse problemet, og at strategien avklarer hvorvidt en nasjonal godkjenningsordning for læremidler vil være en del av løsningen, slik en rapport fra Oslo Economics anbefaler.

Ombudet vil også understreke at vi er enig i nemndas avgjørelse om å pålegge retting i disse sakene. Det er ombudets syn at dette klart er en forholdsmessig reaksjon ettersom manglede universell utforming av digitale læremidler har svært uheldige konsekvenser for elever med funksjonsnedsettelse.

2.5.9 Alder

22/175 – Aldersdiskriminering på utested – brudd – pålegg om retting

Saken gjaldt spørsmål om diskriminering på grunn av alder ved at en kvinne ikke fikk komme inn på et

utested fordi hun var yngre enn 23 år.

Nemnda uttalte at terskelen for å godta forskjellsbehandling ved aldersgrenser som ikke er knyttet til aldersgrensene for alkoholservering er høy, og kun aktuelt i særlige unntakstilfeller. Utestedet hadde i denne saken vist til at formålet med aldersgrensen var brannsikkerhet. Nemnda uttalte at brannsikkerhet er et saklig formål, men at bruk av 23-års aldersgrense ikke var nødvendig for å oppnå formålet der det forelå ikke-diskriminerende alternativer, slik som for eksempel økt vakthold eller en generell antallsbegrensning.

Diskrimineringsnemnda konkluderte derfor med at utestedet handlet i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av alder.

Ved brudd på diskrimineringsregelverket kan nemnda gi pålegg om retting, jf. diskrimineringsombudsloven § 11 annet ledd. Det følger av diskrimineringsombudslovens forarbeider at nemnda da må foreta en konkret vurdering av om pålegget utgjør en forholdsmessig reaksjon, jf. Prop. 80 L (2016–2017) side 105. Nemnda fremhevet at forbudet mot aldersdiskriminering utenfor arbeidsforhold har hatt virkning siden januar 2018, men at de på tross av dette opplever en økning i antall klagesaker om aldersdiskriminering i utelivsbransjen som tilsier at dette er en nokså utbredt praksis. For å sikre at den aldersdiskriminerende praksisen faktisk opphører etter vedtak, mente nemnda at det var nødvendig å pålegge de konkrete utestedene å stanse bruken av de nevnte aldersgrensene. Nemnda vurderte at pålegget var en forholdsmessig reaksjon ettersom det ikke ville være særlig byrdefullt eller ressurskrevende å stanse bruk av 23-års aldersgrense. Nemnda fattet også vedtak om tvangsmulkt på 2000 kroner per virkedag, hvis pålegget ikke ble oppfylt innen fristen. Den uttalte at mulkten bør være av en viss størrelse for å rettidig etterlevelse, og for å sikre at det ikke blir lønnsomt for selskapet å fortsette den diskriminerende praksisen.

Kommentar:

Nemnda har behandlet flere saker om aldersgrenser på utesteder, og har kommet til brudd i mange av disse sakene. Dette er imidlertid første saken hvor nemnda har gitt pålegg om retting og vedtak om tvangsmulkt. Dette gir et klart signal til det enkelte utested, men også til utelivsbransjen generelt, om at denne praksisen er i strid med lovverket. Ombudet ser det som positivt at nemnda benytter muligheten til å gi pålegg om retting i saker der dette fremstår som en forholdsmessig reaksjon.

⁷ <https://www.diskrimineringsnemnda.no/showcase/2021000263>

21/544 – Lønnssystem knyttet til alder – brudd
– spørsmål om beløpsbegrensning i vedtak om
erstatning

Saken gjaldt spørsmål om Mester Grønn AS handlet i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av alder, ved at de ansatte fikk ulikt betalt avhengig av alder.

Saken ble behandlet i forsterket nemnd, bestående av fem nemndledere.

Mester Grønn AS var ikke tilknyttet en tariffavtale, men hadde et eget lønssystem direkte knyttet til alder. Ettersom alder var avgjørende for lønns plasseringen, la nemnda til grunn at saken reiste spørsmål om direkte diskriminering av A på grunn av alder.

Det første spørsmålet nemnda tok stilling til var om A ble behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon på grunn av sin alder, som følge av dette lønssystemet der hun ble lavt lønnet som følge av ung alder. Nemnda konkluderte med at A ble behandlet dårligere enn andre arbeidstakere i Mester Grønn AS, og at dette skjer utelukkende på bakgrunn av hennes alder.

Nemnda vurderte deretter om dette lønssystemet var saklig, nødvendig og forholdsmessig. Ut ifra stillingens karakter og arbeidsoppgaver mente nemnda at det ikke var grunnlag for å si at forskjellsbehandlingen hadde et saklig formål. Ettersom alle vilkårene i unntaksbestemmelsen må være oppfylt for at forskjellsbehandlingen skal være lovlig, vurderte ikke nemnda nødvendigheten og forholdsmessigheten ved lønssystemet. Nemnda konkluderte med at det foreligger diskriminering i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1 (1).

Den ansatte som klagde saken inn for Diskrimineringsnemnda hadde også krevd oppreisning og erstatning. Nemnda delte seg i spørsmålet om oppreisning.

Nemndas flertall tilkjente A oppreisning. De fastsatte oppreisningsbeløpet til 20 000 kroner. Flertallet la vekt på at de var kommet til at det forelå klar aldersdiskriminering, selv om diskrimineringen ikke hadde ført til en personlig krenkelse av A. Flertallet la også vekt på at Mester Grønn AS er en stor arbeidsgiver som har benyttet seg av det diskriminerende lønssystemet i flere år, og til det skjeve styrkeforholdet mellom partene. Flertallet mente det ikke var forhold ved arbeidsgivers økonomiske stilling som skulle tilsi et lavere oppreisningsbeløp.

Nemndas mindretall mente derimot at A ikke skulle tilkjennes oppreisning. I deres vurdering av spørsmålet om oppreisning la mindretallet vekt på at diskrimineringen ikke hadde ført til en personlig krenkelse av A. Mindretallet la til grunn at forskjellsbehandlingen først og fremst hadde hatt en økonomisk følge for A

og at hun ble kompensert for dette i erstatningsspørsmålet. Mindretallet var ikke enige med flertallet i at styrkeforholdet mellom partene skulle tillegges vekt i vurderingen av spørsmålet om oppreisning.

A hadde for nemnda også fremmet et erstatningskrav på 57 836 kroner. Nemnda tok først stilling til om deres kompetanse til å tilkjenne erstatning er beløpsmessig begrenset. I forarbeidene til diskrimineringsombudsloven har departementet uttalt følgende om dette: «Departementet legger til grunn at erstatningsbeløpene i disse sakene i hovedsak vil dreie seg om beskjedne beløp, og at nemndas vedtaksmyndighet begrenses til beløp som ligger under kr. 10 000.» Uttalelsen kan tolkes slik at nemndas kompetanse til å tilkjenne erstatning er beløpsmessig begrenset, men en slik beløpsbegrensning fremgår ikke av lovteksten i diskrimineringsombudsloven § 12. Nemnda uttalte at dersom det er lovgivers intensjon at det skal gjelde en slik forhåndsdefinert beløpsgrense, som ytterligere vil begrense nemndas kompetanse, er det naturlig at denne kompetansebegrensningen fremgår av lovteksten. Nemnda viste også til at det følger av den materielle bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 13-9 (1) – som tilsvarende likestillings- og diskrimineringsloven § 38 tredje ledd – at erstatningen skal dekke økonomisk tap som følge av diskrimineringen.

Nemnda fremhever at den klare ordlyden i bestemmelsen og det alminnelige erstatningsrettslige prinsippet om full erstatning taler imot at det foreligger en beløpsbegrensning på 10 000 kroner. I forarbeidene til likestillings- og diskrimineringsloven fremgår det heller ikke en slik begrensning. På bakgrunn av foreliggende rettskildesituasjon, var det nemndas vurdering at lovens klare ordlyd ikke kan settes til side. Nemnda uttaler at en beløpsbegrensning på 10 000 kroner i realiteten vil innebære at Diskrimineringsnemnda ikke vil være et reelt lavterskeltilbud i enkle saksforhold om erstatning. Nemnda mener derfor at kompetansen til å tilkjenne erstatning ikke er beløpsmessig begrenset til 10 000 kroner.

Det var ikke omtvistet at A faktisk hadde fått utbetalt lavere lønn enn sine eldre kollegaer. A hadde sannsynliggjort et økonomisk tap og det var årsaksammenheng mellom diskrimineringen og tapet. Nemnda fastsatte erstatningsbeløpet til 57 836 kroner.

Kommentar:

Denne saken gjaldt ikke en tariffavtale, men ulike tariffar basert på alder er etter det ombudet er kjent med ikke uvanlig, og det kan tenkes at denne type regulering i tariffavtaler også kan klages inn for Diskrimineringsnemnda.

Ombudet vil fremheve at vi er enig i nemndas

vurdering av deres kompetanse til å tilkjenne full erstatning. Det er ombudets syn at det bør fremgå tydeligere av lov eller forarbeider at dette er gjeldende rett, slik at uklarheter rundt dette oppklares. Dette er også et tema som vi har tatt opp i vår henvendelse til Kultur- og likestillingsdepartementet om evaluering av lavterskeltilbudet, se punkt 2.7.4 nedenfor.

Ombudet vil også bemerke at flertallets avgjørelse i spørsmålet om oppreisning i denne saken står i noe kontrast til sak 21/590, der en nyansatt ble oppsagt på bakgrunn av at hun brukte hijab på opplæring. Nemnda mente det i de saken ikke var grunnlag for oppreisning, blant annet på bakgrunn av at oppsigelsen ble trukket tilbake innen kort tid og at vedkommende fikk en beklagelse. Det er ombudets syn at terskelen for når oppreisning skal gis synes å være praktisert noe ulikt i disse to sakene.

2.5.10 Arbeidsgivers opplysningsplikt etter ldl § 31

21/166 – Innholdet i arbeidsgivers opplysningsplikt etter ldl § 31 – brudd

Saken gjaldt spørsmål om diskriminering på grunn av etnisitet i forbindelse med to ansettelsesprosesser i 2020 og 2018 ved at en polsk arbeidssøker ikke ble innkalt til intervju til noen av stillingene. Denne delen av saken ble henlagt etter vilkåret «åpenbart ikke i strid», ettersom arbeidsgiver hadde ansatt henholdsvis en polsk og en dansk arbeidssøker. Saken gjaldt også spørsmål om brudd på arbeidsgivers opplysningsplikt, ved at arbeidsgiver ikke ville opplyse til klager hvem som fikk stillingen i 2020.

Nemnda vurderte om opplysningsplikten etter likestilling og diskrimineringslovens § 31 var brutt. Bestemmelsen gir arbeidssøkere som mener seg forbigått i strid med loven, rett til å kreve at arbeidsgiveren skriftlig gir opplysninger om den som ble ansatt, herunder «utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner».

Diskrimineringsnemnda har tidligere i sak DIN-2020-300 presisert at bestemmelsen vil være brutt dersom arbeidsgiveren ikke etterkommer arbeidssøkerens krav om opplysninger etter § 31 forut for en eventuell klagesaksprosess, uavhengig av om opplysningene gjøres kjent for arbeidssøkeren på et senere tidspunkt.

Nemnda tok først stilling til om e-posten fra A der han hadde etterspurt informasjon om den som ble ansatt var tilstrekkelig klar til at den utløste en plikt for arbeidsgiver etter § 31. A ba både om en liste over alle personene som ble kalt inn til intervju, og informasjon om hvem som ble tilbudt stillingen.

Nemnda uttalte at spørsmålet om hvem som ble

tilbudt stillingen er helt i kjernen av opplysningsplikten i § 31 og at formålet med § 31 er at arbeidssøkeren skal kunne vurdere om hen har blitt diskriminert uten å starte en unødvendig klagesak. Dersom arbeidstakeren ikke får vite hvem som er ansatt, er det umulig å kunne gjøre en slik vurdering på forhånd. Nemnda mente derfor at e-posten fra A var tilstrekkelig klar til å utløse opplysningsplikten etter § 31.

Nemnda gikk deretter over til å vurdere hvilke opplysninger A hadde krav på å få utlevert etter § 31. A hadde bedt om en liste over alle personene som ble innkalt til intervju og opplysning om hvem som ble tilbudt stillingen. Selskapet svarte at dette ikke var mulig «Due to candidate confidentiality ...» Nemnda presiserte at bestemmelsen i § 31 kun gir arbeidssøker rett til å få opplysninger om «den som ble ansatt». A hadde derfor ikke krav på å få utlevert noen liste over alle som ble innkalt til intervju. Spørsmålet for nemnda var videre om A hadde rett på å få vite navnet på den som ble ansatt eller om det hadde vært tilstrekkelig å sende over en sladdet CV slik rekrutteringsselskapet hadde gjort i forbindelse med klagesaken i nemnda.

Bestemmelsen i § 31 gir rett på å vite opplysninger om «den som ble ansatt», slik som «utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner». Ordlyden sier ingenting om arbeidssøkeren har krav på å få vite navnet på den som har blitt ansatt. Nemnda presiserte at denne problemstillingen ikke er drøftet eller nevnt i forarbeider, rettspraksis, nemndspraksis eller lovkommentarer.

Nemnda uttalte at den var av den oppfatning at det å få vite navnet på den som er ansatt er i tråd med bestemmelsens formål om å unngå unødvendige klagesaker. Nemnda la vekt på at å få vite navnet vil være viktig for å kunne vurdere om man er blitt diskriminert, spesielt i saker hvor arbeidssøkeren har et utenlandskklingende navn og/eller er av en annen etnisk opprinnelse. Nemnda mente heller ikke at personvern hensyn ville være til hinder for at arbeidsgiver leverer ut navnet på den som er blitt ansatt.

Nemnda kom på denne bakgrunn til at A derfor hadde rett til å få vite navnet på den som ble ansatt. B hadde brutt opplysningsplikten overfor A etter likestillings- og diskrimineringsloven § 31.

21/725 – Innholdet i arbeidsgivers opplysningsplikt i helseforetak – brudd

Saken gjaldt innholdet i opplysningsplikten ved en ansettelsesprosess i helseforetak.

A hevdet at sykehuset B ikke hadde gitt tilstrekkelige opplysninger om de som var blitt ansatt. Sykehuset anførte at utdanning og praksis til de som fikk

stillingene kom klart frem i e-post der det var vist til at de som ble ansatt i stillingene hadde erfaring som fysioterapeut og med behandling. B sykehus hevdet at dette var tilstrekkelig for å innfri kravene etter likestillings- og diskrimineringsloven § 31.

Nemnda understreker at bestemmelsen om opplysningsplikt skal bidra til et mer effektivt diskrimineringsvern og en mer effektiv håndheving. Bestemmelsen skal sikre at en arbeidssøker som opplever seg forbigått, skal kunne vurdere om vedkommende er blitt utsatt for diskriminering. Nemnda uttalte at dette nødvendigvis gjør at arbeidssøkeren får konkret og spesifikk informasjon om den som fikk stillingen sin utdanning, erfaring og eventuelle andre «klart konstaterbare kvalifikasjoner».

B sykehus hadde ikke gitt spesifikk informasjon om utdanning og erfaring til de som ble ansatt. I sin tilbakemelding fokuserte de i hovedsak på kvalifikasjonskravene i utlysningen. Det var nemndas syn at dette ikke ga A mulighet til å vurdere seg selv opp mot kandidatene som fikk stillingen. Nemnda uttalte at for at bestemmelsen skal fungere etter sitt formål, er det viktig at det gis detaljert og konkret informasjon om de som fikk stillingen – noe tilsvarende det som gis i en CV eller utvidet søkerliste. Nemnda kom på denne bakgrunn til at sykehuset brøt arbeidsgivers opplysningsplikt under søknadsprosessen.

Kommentar:

Det følger av helseforetaksloven § 5 at forvaltningslovens kapittel 4 om innsyn i sakens dokumenter og den tilhørende forskriften, ikke gjelder for helseforetakene. Dette medfører at søkere i helseforetakene har mer begrenset rett til innsyn i ansettelsesprosesser. Avgjørelsen fra Diskrimineringsnemnda er en viktig presisering av at pliktene etter likestilling og diskrimineringsloven § 31 skal etterleves også i disse virksomhetene.

2.6 Bevisbyrderregelen i likestillings- og diskrimineringsloven § 37

2.6.1 Innledning

Ombudet har merket seg at forståelsen og praktiseringen av bevisbyrderregelen i likestillings- og diskrimineringsloven (ldl) § 37 er blitt utfordret den siste tiden. Ordlyden i bestemmelsen (og de tilsvarende bestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 13-8 og skipsarbeidsloven § 10-8) anses å være i tråd med EU-/EØS-rettslige krav. Det er forståelsen og praktiseringen av bestemmelsen, nærmere bestemt hvilket beviskrav som skal gjelde og om bevisvurderingen skal gjøres i ett eller to trinn, som er omdiskutert.

Nedenfor gjør vi rede for de ulike synspunktene på disse spørsmålene og vår vurdering av dem.

Begrepsavklaringer

For ordens skyld vil vi innledningsvis klargjøre noen av begrepene som omtales videre i dette kapitlet. Med *bevisbyrde* menes tvilsrisiko. Det vil si at den som har bevisbyrden, har risikoen for å tape hvis det er bevistvil når bevisførselen er ferdig. Bevisbyrderregelen i ldl § 37 kalles vanligvis for en regel om *delt bevisbyrde*, men i juridisk teori er det flere som mener at dette begrepet ikke er helt treffende, og at også «overført» eller «omvendt» bevisbyrde kan betegne regelen. Det vanligste er imidlertid å bruke begrepet «delt bevisbyrde». Ved delt bevisbyrde har den som påstår å ha blitt diskriminert *bevisføringsplikt*. Det vil si at klager/saksøker må legge frem bevis eller vise til omstendigheter, for at påstanden er riktig. Dersom den som påstår seg diskriminert gjør dette, og håndhevingsorganet finner at det er grunn til å tro at diskriminering har skjedd, går bevisbyrden (tvilsrisikoen) over på den som anklages for diskriminering. Da foreligger det en *presumsjon* for at diskriminering har skjedd. Dette følger direkte av ordlyden i ldl § 37.

Med *beviskrav* menes kravet til styrke på bevisene for at en påstand skal vinne frem. Beviskravet for å skape en presumsjon for diskriminering er lavere enn 50 % sannsynlighet, men det er vanskelig å anslå mer presist. Beviskravet for den anklagedes motbevis der en presumsjon for diskriminering foreligger, er i norsk rett blitt satt til *sannsynlighetsovervekt*, det vil si mer enn 50 % sannsynlighet. Det betyr at den som anklages for diskriminering må legge frem bevis eller vise til forhold som gjør det mest sannsynlig, altså med mer enn 50 % sannsynlighet, at diskriminering ikke har skjedd, for ikke å bli felt for diskriminering.

Den videre fremstillingen

Beviskravet i diskrimineringsaker vil bli diskutert nærmere nedenfor. I tillegg drøfter vi fremgangsmåten ved bevisvurderingen, det vil si på hvilket trinn i bevisbedømmelsen bevisbyrderegelen kommer inn: Helt til slutt etter en samlet vurdering av alle bevisene, eller i to trinn, der man først tar stilling til om presumsjon for diskriminering foreligger?

2.6.2 Nærmere om beviskravet i diskrimineringsaker – sannsynlighetsovervekt eller skjerpet krav for den som påstås å ha diskriminert?

Beviskravet i gjeldende rett

Likestillings- og diskrimineringsloven § 37 første ledd lyder slik:

«Diskriminering skal anses å ha skjedd hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd, og den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har skjedd.»

Beviskravet fremgår ikke direkte av ordlyden. I forarbeidene og i rettspraksis, samt i forvaltningspraksis, er det lagt til grunn at beviskravet er sannsynlighetsovervekt. Det er dette utgangspunktet som nå er utfordret i juridisk teori.

I Prop. 63 L (2018–2019) om endringer i diskrimineringsombudsloven og likestillings- og diskrimineringsloven kapittel 2.4.1 side 17 er bevisbyrderegelen oppsummert på denne måten:

«Den som påstås å diskriminere har tvilsrisikoen der det etter avsluttet bevisførsel fortsatt er tvil om det har skjedd diskriminering. Beviskravet er det samme som ellers – alminnelig sannsynlighetsovervekt. Bevisbedømmelsen er heller ikke annerledes enn i andre saker. Det alminnelige prinsippet om fri bevisbedømmelse og utgangspunktet om at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn for en avgjørelse endres ikke gjennom regelen om bevisbyrde. Det vil imidlertid generelt ha liten bevisverdi at den som er påstått å diskriminere forsikrer at vedkommende ikke har diskriminert.»

Høyesterett utlegger regelen slik i HR-2020-2476-A (Mekanikerlærling):

«Det er innledningsvis viktig å slå fast at bevisbyrderegelen i § 27 ikke innebærer noe unntak fra det alminnelige beviskravet i sivile saker. Beviskravet er, her som ellers, at det mest sannsynlige faktum – etter en samlet

vurdering av bevisene i saken – skal legges til grunn (avsnitt 74).

Dersom det etter en slik samlet bevisvurdering foreligger absolutt bevisvil, det vil si at det ene faktum er like sannsynlig som det andre, fastsetter bestemmelsen at denne bevisvilen skal gå ut over ‘den ansvarlige’, jf. § 27 første ledd bokstav b. Slike bevissituasjoner forekommer imidlertid sjelden i praksis» (avsnitt 75).

Høyesterett uttalte deretter:

«Ut over disse grunnleggende utgangspunktene må den rettslige betydningen av bevisbyrderegelen i § 27 etter mitt syn fastlegges konkret og på grunnlag av bevissituasjonen og de bevisspørsmål som reises i den enkelte sak» (avsnitt 77).

Samme forståelse av bevisbyrderegelen har Høyesterett lagt til grunn i dommene HR-2012-580-A (Nav Smøla) og HR-2014-831-A (Kontreadmiral). Også Diskrimineringsnemnda har i sin praksis lagt til grunn at beviskravet for innklagedes motbevis i diskrimineringsaker er sannsynlighetsovervekt.

Synet på beviskravet i juridisk teori

I sin bok *Likestillings- og diskrimineringsrett* (2022) løfter professorene Vibeke Blaker Strand (UiO) og Anne Hellum (UiO) opp spørsmålet om beviskrav og forståelsen av bevisbyrderegelen i likestillings- og diskrimineringsloven § 37. Der drøfter de hvordan bevisbyrderegelen i EUs ikke-diskrimineringsdirektiver forstås og praktiseres av EU-domstolen og sammenholder dette med hvordan regelen forstås og praktiseres i norsk rett. Deres konklusjon er at den norske forståelsen og praktiseringen av bevisbyrderegelen er i strid med EU-retten:⁸

«En tolkning av den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen som går ut på at retten skal legge det mest sannsynlige faktum til grunn, er ikke i tråd med EU-/EØS-retten (side 375). Plikten til å motbevise diskriminering innebærer noe mer enn å etablere sannsynlighetsovervekt for at diskriminering ikke har funnet sted.»

De viser til EU-domstolens fortolkningsdom i saken C-54/07 *Feryn* og til en rapport skrevet av to jurister på vegne av The European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field for EU-kommisjonen,

⁸ Hellum/Strand, *Likestillings- og diskrimineringsrett*, Oslo 2022, side 375.

med henvisning til og kritikk av en dom fra konstitusjonsdomstolen i Slovakia.⁹

Samme konklusjon har Maria Reiten Hindahl i sin masteroppgave *Does Norway comply with the reversed burden of proof?*¹⁰

Anne Robberstad stiller seg tvilende til dette standpunktet i sin artikkel «Likestillings- og diskrimineringsloven. Lovkommentar/Likestillings- og diskrimineringsrett» i *Lov og Rett* 2023 nr. 3.¹¹ Hun skriver at både forarbeider og rettspraksis tilsier at det vanlige norske beviskravet gjelder for anklagede, altså «mer enn 50 prosent sannsynlighet». Hun uttaler at Hellum/Strand ikke gir belegg for sin påstand om at beviskravet må skjerpes i henhold til EU-/EØS-retten med praksis fra EU-domstolen.

Professor Magne Strandberg (UiB) mener på sin side at de beste grunner taler for at kravet om sannsynlighetsovervekt ikke er i strid med EU/EØS-retten, men det kan heller ikke helt utelukkes, se artikkelen «Beviskrav og bevisbyrde etter likestillings- og diskrimineringsloven § 37» i *Lov og Rett* 2022 nr. 8.¹² Han påpeker at direktivene etter sin ordlyd bare krever omvendt bevisbyrde i diskriminerings saker, og at de ikke sier noe om hva beviskravet skal være. Han forklarer dette med at det er en generell tilbakeholdenhet med å regulere prosessuelle spørsmål i EU, og at beviskravene i sivile saker varierer sterkt fra medlemsland til medlemsland. Han skriver videre at EU-domstolen ikke direkte har tatt stilling til om sannsynlighetsovervekt er et godkjent beviskrav etter direktivene. Han påpeker at domstolen i C-54/07 *Feryn* uttalte at det er opp til den nasjonale domstolen å avgjøre om forholdene den anklagede har lagt frem til støtte for sin påstand om at han ikke har diskriminert, er tilstrekkelige.

2.6.3 Ombudets kommentar til diskusjonen om beviskravet

Diskusjonen om beviskravet i diskriminerings saker er interessant i flere henseender, men fra ombudets ståsted er det først og fremst hvilken praktisk betydning beviskravet har for diskrimineringsvernet, som er viktig. Spørsmålet er om forståelsen og praktiseringen av bevisbyrderegelen i norsk rett svekker diskrimineringsvernet?

Når den som mener seg diskriminert har vist til omstendigheter eller opplysninger som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd, blir spørsmålet håndhevingsorganet må ta stilling til: Har den påstått ansvarlige lagt frem tilstrekkelig med bevis til å motbevise påstanden om diskriminering? Ved et beviskrav på mer enn 50 % (sannsynlighetsovervekt), vil en påstand om diskriminering som oppfyller presumsjonskravet («grunn til å tro») i prinsippet vanskeligere vinne frem enn dersom det stilles høyere krav til den påstått ansvarliges motbevis (bevisene for at diskriminering ikke har skjedd). Med andre ord vil et høyere beviskrav for motbeviset kunne føre til flere fellede avgjørelser. Her er det verdt å nevne at innføringen av bevisbyrderegelen ble gjort for å effektivisere diskrimineringsvernet.

Bevisbyrderegelen er i utgangspunktet en regel om hvem tvilsrisikoen skal gå utover, og avviker fra det mest vanlige sivilrettslige utgangspunktet om at det er den som hevder å ha et krav, som må føre bevis for dette (med mer enn 50 % sannsynlighet) for ikke å tape. På dette punktet bedrer den diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen den diskriminertes rettsstilling, uavhengig av om beviskravet sies å være sannsynlighetsovervekt eller høyere, siden det er motparten som må legge frem tilstrekkelig med motbevis for ikke å tape. Dersom håndhevingsorganet er i absolutt tvil om bevisvurderingen, medfører bevisbyrderegelen at den som hevder seg diskriminert vinner frem, jf. HR-2020-2476-A (Mekanikerlærling) avsnitt 75. Også dette er en styrking av rettsstillingen, sett fra den diskriminertes side.

Spørsmålet som blant annet Hellum/Strand reiser, er om bevisbyrderegelen, ut fra EU-/EØS-retten, skal medføre at den som hevder seg diskriminert, vinner frem med sin påstand dersom det er skapt en presumsjon for at diskriminering har skjedd (ut fra et lavere beviskrav enn sannsynlighetsovervekt) også i de tilfellene der det er *mest sannsynlig* at diskriminering ikke har skjedd – altså at flere påstander om diskriminering skal føre frem enn i dag. Ved denne tilnærmingen vil altså den som påstår seg å ha blitt diskriminert tape saken bare i de tilfellene der den ansvarlige legger frem veldig sterke bevis for at diskriminering ikke har skjedd. I de andre tilfellene, for eksempel der den ansvarlige legger frem bevis som gjør det mest sannsynlig at diskriminering ikke har skjedd, men ikke veldig mye mer sannsynlig, skal konklusjonen altså være at diskriminering har skjedd.

Selve bevisvurderingen er konkret i den enkelte sak, og det er vanskelig å si hvilke saker som ville ha fått et annet resultat med et høyere beviskrav enn det som praktiseres i Norge i dag. Bevisvurderingen er

⁹ *Reversing the Burden of Proof: Practical Dilemmas at the European and National Level*, 2014, Lilla Farkas and Oragh O'Farrell.

¹⁰ Masteravhandling Maria Reiten Hindahl, *Does Norway comply with the reversed burden of proof?*, Radboud Universiteit 2023.

¹¹ *Lov og Rett* 2023/3, side 193–200.

¹² *Lov og Rett* 2022/8, side 510–529.

skjønsmessig, og det spesifiseres ikke nøyaktig tallmessig hvilken bevisverdi og vekt de ulike bevisene har i de enkelte sakene. Vi vil likevel anta at noen av sakene der håndhevingsorganet har kommet til at det foreligger sannsynlighetsovervekt for at diskriminering ikke har skjedd, ville kunne ha fått et motsatt resultat med et høyere beviskrav for den ansvarlige.

På de områdene som omfattes av EUs ikke-diskrimineringsdirektiver, vil hensynet bak bevisbyrderregelen sett opp mot motpartens mulighet til å føre motbevis kunne tilsi at beviskravet burde vært høyere enn sannsynlighetsovervekt. Dette gjelder for eksempel innen arbeidslivet, der den påstått ansvarlige er arbeidsgiver. Den norske bevisbyrderregelen har imidlertid et videre anvendelsesområde, og vil også gjelde i tvister mellom private parter, herunder i saker om trakassering og seksuell trakassering. Et forhøyet beviskrav for anklagede her vil i større grad aktualisere rettssikkerhetshensyn for den påstått ansvarlige. Et alternativ, dersom man ønsker å fastsette et høyere beviskrav i diskrimineringsaker, vil kunne være å differensiere ut fra samfunnsområde eller type motpart.

I sin artikkel¹³ viser Strandberg til at EU-domstolen utviklet bevisbyrderregelen med grunnlag i effektivitetsprinsippet, som går ut på at nasjonale prosessregler ikke i praksis må gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å håndheve eller utøve de materielle rettighetene som følger av EU-retten. Et lavt beviskrav for den anklagede vil føre til at det er vanskelig å nå frem med en påstand om diskriminering. Strandberg påpeker imidlertid at beviskravene må ses i sammenheng med andre prosessuelle regler, herunder regler om tilgang til bevis. På dette punktet kan norske prosessregler gjøre det lettere å opplyse saken og vinne frem, selv om noen land kan ha strengere beviskrav enn Norge. Han viser også til at det er utviklet ikke-bindende europeiske modellregler for sivilprosess, ELI-UNIDROIT med et høyt beviskrav for sivile saker, som kanskje i fremtiden kan medføre at EU-domstolen vil utvikle mer bestemte beviskrav, og muligens høyere enn de norske.

Når det gjelder hvilke krav som følger av EU-/EØS-retten, så er det etter vårt syn ikke grunnlag for å utvetydig slå fast at den norske forståelsen og praktiseringen av bevisbyrderregelen er i strid med denne. Så vidt vi kan se, har ikke EU-domstolen direkte uttalt seg om beviskravet, det er ulik praktisering i ulike EU-medlemsland, og det er uenighet i juridisk teori. Ut fra formålet med bevisbyrderregelen, kan man imidlertid argumentere for et høyere beviskrav innen noen

samfunnsområder enn det som praktiseres i Norge i dag, for eksempel på arbeidslivets område.

2.6.4 Selve bevisvurderingen – helhetlig vurdering eller en vurdering i to ledd?

Ved bruken av bevisbyrderregelen i enkeltsaker kan det oppstå spørsmål om regelen kommer inn etter en samlet vurdering av bevisene, eller om regelen legger opp til en fremgangsmåte i to trinn. Diskrimineringsnemnda har i noen saker vært delt i sitt syn på hvordan bevisbyrderregelen skal brukes, se for eksempel sak 21/382, 22/90 og sak 22/137. Også i juridisk teori er det ulike syn på hvordan regelen skal anvendes, se nærmere nedenfor.

Den praktiske betydningen av valg av tilnærming kan diskuteres, men slik vi ser det, kan det være en fare for at det indirekte kan skjerpe kravene til de bevisene eller omstendighetene som den som mener seg diskriminert legger frem når man ser på bevisene i en samlet vurdering i stedet for en toleddet prosess. Som kjent skal det ikke så mye til før det kan sies å være grunn til å tro at diskriminering har skjedd (presumsjon). Altså at det er et lavere beviskrav enn sannsynlighetsovervekt for de opplysningene eller forholdene som klageren eller saksøkeren må legge frem når det skal vurderes om det foreligger presumsjon for at diskriminering har skjedd.

Bevisbyrderregelen ved en samlet vurdering

Utgangspunktet ved en samlet vurdering er å komme frem til hvilket faktum som er mest sannsynlig ut fra det totale bevisbildet. Bevisbyrderregelen brukes når håndhevingsorganet er i absolutt tvil om hva som er mest sannsynlig. Har den som hevder seg diskriminert ført tilstrekkelige bevis for at det foreligger en presumsjon for diskriminering i et slikt tilfelle, skal det konkluderes med at diskriminering har skjedd.

Bevisbyrderregelen i en to-trinnsvurdering

I en todelt vurdering ser man først på om «det er grunn til å tro» at diskriminering har skjedd, for deretter å vurdere bevisene den påstått ansvarlige har lagt frem. Dersom det innledningsvis konstateres at det ikke er «grunn til å tro», er det ikke nødvendig å gå videre i bevisvurderingen. Konklusjonen blir da at diskriminering ikke har skjedd. Hvis det derimot er skapt en presumsjon for diskriminering, vil bevisbyrden «gå over». Da vurderes de bevisene eller omstendighetene motparten har fremført til støtte for sitt syn om at diskriminering ikke har skjedd. Dette er den mest vanlige måten å bruke bevisbyrderregelen på, og den fremgangsmåten som synes å være mest i tråd med

ordlyden i ldl § 37. Se for eksempel HR-2012-580-A (Nav Smøla) og HR-2014-831-A (Kontreadmiral).

Praksis og juridisk teori

Det kan synes å være avgjørelsen i HR-2020-2476-A (Mekanikerlærling) som er bakgrunnen for at Diskrimineringsnemnda i flere saker har vært delt i synet på hvordan bevisbyrderregelen skal anvendes. I denne saken kan det se ut til at Høyesterett gjør en samlet bevisvurdering, men dommen kan også tolkes annerledes, ikke minst fordi retten tok stilling til en konkret anførsel om bevisbyrde, som kan ha påvirket den videre drøftingen.

Strandberg tolker Høyesteretts dom i denne saken slik at den er i tråd med lovens ordlyd, forarbeider, teori og praksis fra EU-domstolen, og konkluderer med at den diskrimineringsrettslige bevisbyrderregelen fortsatt skal praktiseres i to ledd.¹⁴

I sin bok *Hvem har bevisbyrden? Tvilsrisikoen i sivile saker*¹⁵ skriver Anne Robberstad på sin side at

«Bevisvurderingen må etter mitt syn gjøres ferdig før § 37 tas i bruk. Den avsluttende vurdering av om ulovlig diskriminering (eller trakassering) har skjedd, må basere seg på det samlede resultatet av bevisvurderingen. Bare da kan det konstateres om det er «grunn til å tro» at diskriminering har skjedd, og om det likevel er sannsynliggjort at dette ikke er tilfellet.»

Hellum/Strand legger til grunn at bevisvurderingen skal skje i to trinn, men påpeker samtidig at bevisvurderingen i hver enkelt sak til syvende og sist vil bero på en helhetsvurdering av alle bevis som er fremlagt.¹⁶

2.6.5 Ombudets kommentar til bevisvurderingen

Det vil være naturlig at ombudet følger med på utviklingen, ikke minst nemndas praksis, for å se hvordan valg av tilnærming slår ut i konkrete saker. Dersom det etableres en praksis med en samlet vurdering av bevisene som svekker betydningen av «grunn til å tro»-vurderingen (presumsjonsregelen) som loven legger opp til, vil det være grunn til å løfte denne problemstillingen opp til departementet for vurdering.

¹⁴ Lov og Rett 2022/8, side 510–529.

¹⁵ Robberstad, *Hvem har bevisbyrden? Tvilsrisikoen i sivile saker*, Oslo 2021, side 75 flg.

¹⁶ Hellum/Strand, *Likestillings- og diskrimineringsrett*, Oslo 2022, side 378.

2.7 Ombudets anmodning om evaluering av lavterskeltilbudet i diskrimineringsaker – «access to justice»

2.7.1 Innledning

Når noen blir utsatt for diskriminering, er det viktig at de har en mulighet til å hevde sin rett. Det må finnes et organ som kan slå fast om diskrimineringsforbudet er brutt eller ikke, og det må være praktisk mulig å klage til dette organet. I tillegg må det finnes sanksjoner når konklusjonen er at diskrimineringsforbudet er brutt, og sanksjonene må også være tilgjengelige i praksis. Det er dette som menes med at diskrimineringsvernet må være *effektivt*, nemlig at klager har tilgang til håndheving og sanksjonering i praksis.

Norske myndigheter er forpliktet av en rekke internasjonale rettskilder som stiller krav til «access to justice» i det nasjonale rettssystemet. «Access to justice» er en samlebetegnelse for krav i internasjonal rett til å sikre håndheving og sanksjonering av brudd på rettigheter, herunder diskrimineringsvernet. Både SP,¹⁷ ØSK,¹⁸ CEDAW,¹⁹ CERD,²⁰ CRPD,²¹ EMK²² og EU-/EØS-retten stiller krav om «access to justice» ved brudd på diskrimineringsvernet. Særlig EU-/EØS-retten stiller konkrete krav til håndheving og sanksjonering på nasjonalt nivå.²³

I Norge kan diskrimineringsaker håndheves enten i domstolene eller i Diskrimineringsnemnda. Det å gå til domstolen innebærer en stor økonomisk risiko, og dette er derfor i praksis umulig for mange. Diskrimineringsnemnda er ment å være et alternativ til domstolene, som skal være et raskere og billigere tilbud. Diskrimineringsnemnda, sammen med Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO), omtales derfor ofte som *lavterskeltilbudet* for diskrimineringsaker. Likestillings- og diskrimineringsombudet gir veiledning om diskrimineringsregelverket, blant annet til personer som ønsker å klage til Diskrimineringsnemnda.

¹⁷ Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter.

¹⁸ Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

¹⁹ FNs kvinnediskrimineringskonvensjon.

²⁰ FNs rasediskrimineringskonvensjon.

²¹ FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.

²² Den europeiske menneskerettskonvensjonen.

²³ De relevante EU-direktivene er kjønnslikestillingsdirektivet (2006/54/EF), kjønnslikestillingsdirektivet om varer og tjenester (2004/113/EF), rasediskrimineringsdirektivet (2000/43/EF) og rammedirektivet (2000/78/EF).

Fordi internasjonal rett stiller krav til Norges håndhevingsapparat i diskriminerings saker, må altså det norske systemet for håndheving og sanksjonering vurderes opp mot de internasjonale forpliktelsene om «access to justice». Det er først og fremst lavterskeltilbudet som er relevant her, siden det er dette som er tilgjengelig for klagere i praksis. Diskrimineringsnemnda, Likestillings- og diskrimineringsombudet og reglene om fri rettshjelp må ses i sammenheng, siden det er det samlede tilbudet som er avgjørende for klagere.

I dette kapittelet gjør vi rede for hvordan lavterskeltilbudet fungerer i dag og hvilke utfordringer vi ser opp mot målet om et effektivt og reelt lavterskeltilbud, samt de internasjonale «access to justice»-forpliktelsene. Oppsummert har vi identifisert følgende hovedutfordringer ved håndhevingsapparatet:

- Mangler i tilbudet om veiledning og rettshjelp
- Begrensninger i Diskrimineringsnemndas formelle kompetanse
- Manglende realitetsbehandling av et stort antall saker
- Manglende oppfølging av bruddsaker

Likestillings- og diskrimineringsombudet har kontaktet Kultur- og likstillingsdepartementet angående disse utfordringene.²⁴ I brevet ber vi departementet om å evaluere lavterskeltilbudet for håndheving av diskriminerings saker. Ombudet skriver at evalueringen bør undersøke om lavterskeltilbudet fungerer på den måten lovgiver forutsatte, og om lavterskeltilbudet oppfyller de internasjonale forpliktelsene norske myndigheter har til å sikre ofre for diskriminering «access to justice».

2.7.2 Bakgrunn – reform av lavterskeltilbudet i 2017

I 2017 ble det vedtatt en reform av lavterskeltilbudet i diskriminerings saker. Denne omtales ofte som «2017-reformen».

Før 2017-reformen behandlet Likestillings- og diskrimineringsombudet klagesaker i første instans. Ombudet kom med ikke-bindende uttalelser, og disse kunne man klage på til Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

De to største endringene ved 2017-reformen var at håndhevingsoppgavene ble fjernet fra ombudet, og

at Diskrimineringsnemnda ble opprettet som en ny nemnd. Ombudets veiledningsfunksjon ble videreført.

Dagens håndhevingsapparat i diskriminerings saker består altså av Diskrimineringsnemnda og Likestillings- og diskrimineringsombudet. Lovgivers intensjon var at Diskrimineringsnemnda skulle være et «effektivt lavterskeltilbud», og at klagere ikke skulle ha behov for bistand fra advokat. Ombudets veiledningsfunksjon, sammen med nemndas veiledning, skulle dekke klagerens behov for rettshjelp. En annen viktig endring var at Diskrimineringsnemnda som hovedregel skulle ha skriftlig saksbehandling, i motsetning til hovedregelen om muntlig saksbehandling for tidligere nemnder.

Diskrimineringsnemnda fikk videre kompetanse enn det tidligere nemnder hadde hatt. En viktig endring var at Diskrimineringsnemnda fikk kompetanse til å tilkjenne oppreisning og erstatning på nærmere bestemte vilkår. Ved senere lovendringer fikk nemnda også kompetanse til å behandle saker om seksuell trakassering og gjengjeldelse.

Flere aktører har vært kritiske til sider ved 2017-reformen. CEDAW-komiteen, CRPD-komiteen og ECRI har i sine rapporter til Norge vært kritiske til aspekter ved håndhevings systemet.²⁵ I disse rapportene er det særlig avgrensninger i nemndas kompetanse og manglende tilbud om rettshjelp som har blitt kritisert. I tillegg har selve reformen blitt kritisert i juridisk teori. Spørsmålet om «access to justice» i diskriminerings saker er tatt opp i juridisk teori av flere, blant annet Karin M. Bruzelius og professorene Vibeke Blaker Strand og Anne Hellum ved UiO.²⁶ Masteroppgaven «Det norske lavterskeltilbudet i diskriminerings saker: En kritisk rettsdogmatisk og rettssosiologisk analyse i kjølvannet av 2017-reformen» kritiserer også lavterskeltilbudet på bakgrunn av empiriske funn fra intervjuer med personer som har klaget til nemnda.²⁷

²⁴ Se brev fra Likestillings- og diskrimineringsombudet til Kultur- og likestillingsdepartementet datert 20. desember 2022. Brevet kan leses her: <https://www.ldo.no/ombudet-og-samfunnet/siste-nytt2/ber-om-evaluering-av-diskrimineringsnemnda/>.

²⁵ CEDAW-komiteens konkluderende observasjoner til Norges tiende rapport (2023) avsnitt 16, CRPD-komiteens konkluderende observasjoner til Norges første rapport (2019) avsnitt 7 og ECRIs sjettede rapport om Norge (2020) s. 9–11.

²⁶ Se Karin M. Bruzelius «Access to justice – ikke en realitet i diskrimineringsretten», *Lov og Rett* årgang 61, nr. 10 (2022), s. 608–610 og Anne Hellum og Vibeke Blaker Strand, *Likestillings- og diskrimineringsrett*, Oslo: Gyldendal 2022.

²⁷ Camilla Winterstø «Det norske lavterskeltilbudet i diskriminerings saker: En kritisk rettsdogmatisk og rettssosiologisk analyse i kjølvannet av 2017-reformen», *Kvinnerettslig skriftserie* nr. 110, 2022.

2.7.3 Veiledning og rettshjelp i diskriminerings-saker – et udekket behov

Rettshjelp og veiledning til personer som er utsatt for diskriminering er en nødvendig forutsetning for at disse skal få tilgang til håndheving av diskrimineringsvernet. Dette er også lagt til grunn i en rekke internasjonale konvensjoner. Disse stiller krav om at norske myndigheter tilbyr veiledning og rettshjelp i den grad det er nødvendig for å sørge for at alle individer får en praktisk mulighet til å få håndhevet rettighetene sine.²⁸

Diskriminerings saker er ikke et prioritert saksområde etter rettshjelpsloven, og fri rettshjelp er dermed ikke tilgjengelig i de aller fleste diskriminerings saker i Norge. Dermed er det avgjørende at klagere får tilstrekkelig veiledning fra LDO og Diskrimineringsnemnda, som er de to forvaltningsorganene som har veiledningsplikt på området.

Fri rettshjelp i diskriminerings saker

Diskriminerings saker er ikke et prioritert saksområde etter rettshjelpsloven.²⁹ I praksis betyr dette at det i de aller fleste tilfeller ikke er tilbud om fri rettshjelp i saker om diskriminering, hverken for Diskrimineringsnemnda eller i de alminnelige domstolene.

Diskrimineringsnemndas veiledningsplikt

Diskrimineringsnemndas veiledningsplikt er uklar. Både lovtekst, forskrift og forarbeider gir få føringer for hvilke bestemmelser nemnda skal veilede klagere om, og i hvor stort omfang den skal gi veiledning.

I forarbeidene slås det fast at nemndas sekretariat skal veilede partene på samme måte som før 2017-reformen, uten at det drøftes hvilken betydning det har at nemnda nå er en reell førsteinstans som er det første organet en klager møter i klageprosessen.³⁰ Det drøftes heller ikke hvilken betydning klagers situasjon, gruppetilhørighet og eventuell utsatthet, samt sakens natur har for omfanget av veiledningen.

²⁸ Dette er innfortolket i EMK artikkel 6 (se EMDs avgjørelse *Airey v. Ireland*, avsnitt 26), SP artikkel 14 (se FNs menneskerettskomites generelle kommentar nr. 32 avsnitt 10) og CEDAW artikkel 2 (CEDAW-komiteens generelle anbefaling nr. 28 avsnitt 34 og CEDAW-komiteens generelle anbefaling nr. 33 avsnitt 11 og 36. Plikten følger også av EØS-retten, ettersom EFTA-domstolen har fortolket EUs grunnrettighetspakt artikkel 47 som en kodifisering av generelle prinsipper som også gjelder i EØS-retten (E-15/10 Posten Norge avsnitt 86).

²⁹ Lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp.

³⁰ Prop. 80 L (2016–2017) s. 41. Tidligere var Likestillings- og diskrimineringsombudet førsteinstans i forvaltningsapparatet og ga ikke-bindende uttalelser i diskriminerings saker.

Betydningen av de internasjonale forpliktelsene for dette spørsmålet drøftes heller ikke i forarbeidene.

I praksis er det opp til Diskrimineringsnemnda å vurdere hvordan den skal gi veiledning, og det finnes lite empiri om hvordan dette skjer i praksis. Ombudet mener at det er behov for mer kunnskap om innholdet i og omfanget av veiledningen som Diskrimineringsnemnda gir, og at det må utredes om dette oppfyller de internasjonale kravene til «access to justice».

Diskrimineringsnemndas saksbehandling er som hovedregel skriftlig.³¹ Dette er begrunnet i behovet for enkel og rask saksbehandling. Ombudet vil peke på at en hovedregel om skriftlig saksbehandling også kan ha negative sider, selv om dette fører til kortere saksbehandlingstid. Empiriske funn tilsier at klagere ikke alltid forstår den skriftlige informasjonen de får tilsendt av nemnda, noe som kan virke negativt inn på saken deres.³²

Det er også grunn til å tro at klagere av ulike grunner kan ha problemer med å beskrive saken sin og argumentere for sitt syn skriftlig. Ombudet vil peke på empiriske funn som tilsier at nemnda i stor grad vektlegger sin nøytralitet når de veileder klagere.³³ Ombudet er bekymret for at dette kan føre til at klagerne ikke får tilstrekkelig veiledning, noe som kan utgjøre et rettssikkerhetsproblem. Dette kan også være problematisk sett opp mot norske myndigheters forpliktelser til å sørge for «access to justice» i diskriminerings saker. Tilgang til veiledning og rettshjelp er en grunnleggende forutsetning for å få tilgang til håndheving av diskrimineringsvernet, og mangler på dette området er derfor alvorlige.

Ombudet mener på bakgrunn av dette at utredningen bør undersøke hvordan man kan sørge for at partenes behov for veiledning ivaretas i tråd med «access to justice»-forpliktelsene, samtidig som nemnda oppfyller sin plikt til nøytralitet. I en slik vurdering må også nemndas plikt til å opplyse saken etter forvaltningsloven § 17 vurderes. Videre vil nemndas plikt til å arbeide aktivt for likestilling og mot diskriminering være relevant for hvordan deres veiledningsplikt skal oppfylles. For eksempel vil språk og funksjonsnedsettelse kunne ha betydning for hva slags veiledning en klager vil ha nytte av.

³¹ Diskrol. § 9.

³² Winterstø (2022) s. 39–42.

³³ Winterstø (2022) s. 44, der det vises til et punkt i Diskrimineringsnemndas rutiner som sier at «Telefonisk kontakt med den enkelte part bør unngås i den grad det er mulig».

Likestillings- og diskrimineringsombudets veiledningsplikt

LDO har en omfattende veiledningsplikt som skal avlaste nemnda. De to organene må altså ses i sammenheng. Det er på det rene at ombudets veiledningsplikt er mer omfattende enn nemndas. Ombudet plikter ikke å være nøytral på samme måte som Diskrimineringsnemnda, og står derfor fritt til å gi både veiledning om regelverket og strategiske råd til dem som kontakter veiledningstjenesten.

Ombudet mener at denne veiledningen er en viktig del av håndhevingsapparatet, fordi den både kan gjøre klagere i stand til å føre en sak for nemnda og bidrar til å løse saker uten nemndsbehandling. Det finnes imidlertid få føringer for hvordan de to organenes veiledning skal utfylle hverandre i praksis. Før 2017-reformen var alle klagere i kontakt med ombudet fordi dette var første klageinstans, men dette er ikke lenger tilfelle. Betydningen denne endringen har for ombudets veiledning drøftes ikke i forarbeidene.

Det er forutsatt i lovens forarbeider at de som klager til nemnda og som av ulike grunner vil ha problemer med å utforme en skriftlig klage selv, skal få assistanse av ombudet.³⁴ Lovgiver sier imidlertid ikke noe om hvordan dette skal skje i praksis, og hvordan man skal sørge for at klagere som har behov for mer veiledning enn det nemnda kan gi faktisk kommer i kontakt med ombudet. I forarbeidene legges det til grunn at «ombudet er en så godt innarbeidet veiledningsinstans i diskriminerings saker at mennesker som mener seg diskriminert, også i fremtiden, vil henvende seg til ombudet for veiledning før de eventuelt bringer en sak inn for nemnda til formell klagesaksbehandling».³⁵ Empiriske funn tilsier imidlertid at dette ikke alltid er tilfelle.³⁶ Ombudet mener derfor at det er behov for en tydeligere grensedragnings mellom nemndas og ombudets veiledningsplikt.

2.7.4 Formelle begrensninger i nemndas kompetanse

Diskrimineringsnemnda har som utgangspunkt kompetanse til å håndheve de fleste bestemmelsene i likestillings- og diskrimineringsloven.³⁷ Nemndas mandat er altså tilsynelatende svært vidt, men i realiteten er det flere begrensninger i nemndas kompetanse. Disse har stor betydning for klageres tilgang til håndheving

og sanksjonering. I dette punktet vil ombudet trekke frem ulike områder der nemndas kompetanse er begrenset. Ombudet mener at det bør utredes om disse begrensningene er tilstrekkelig godt begrunnet, sett opp mot kravene om «access to justice».

En begrensning i nemndas kompetanse får store praktiske konsekvenser. Det at nemnda ikke kan behandle en sak, kan bety at klager i realiteten står uten muligheter til å få håndhevet sine rettigheter. Dette kan være problematisk sett opp mot Norges internasjonale forpliktelser om å sikre «access to justice».

Motstrid mellom diskrimineringsforbudet og annen lovgivning

Det følger av diskrol. § 1 femte ledd at Diskrimineringsnemnda ikke har kompetanse til å håndheve virksomheten til Stortinget. Dette er begrunnet i Norges konstitusjonelle system, som tilsier at et forvaltningsorgan ikke bør kunne overprøve Stortingets lovgivende virksomhet.³⁸ Denne oppgaven skal overlates til domstolene.

Nemnda kan altså ikke fatte vedtak eller gi ikke-bindende uttalelser³⁹ om at en lov er i strid med diskrimineringsforbudet. Spørsmålet om hvordan nemnda skal behandle påstander om motstrid mellom diskrimineringsforbudet og *forskrifter*, har vært omstridt.⁴⁰ Det er ikke alltid klart om forskrifter anses som «virksomheten til Stortinget» etter ldl. § 1 femte ledd eller ikke.

Som utgangspunkt plikter nemnda å gi ikke-bindende uttalelser i saker hvor forskrifter er i strid med likestillings- og diskrimineringsloven.⁴¹ Dette utgangspunktet nyanseres gjennom nemndas praksis. Nemnda skiller mellom tilfeller der den anførte forskjellsbehandlingen er hjemlet i forskrift og tilfeller der hjemmelen finnes i lov, det vil si at forskriften dermed ikke medfører forskjellsbehandling utover det som lovgiver allerede har fastsatt i loven (som hjemler forskriften).⁴² Dersom forskjellsbehandlingen følger direkte av loven, vurderer nemnda at det diskriminerende forholdet følger av loven og dermed faller inn under «virksomheten til Stortinget» etter § 1 femte ledd. Som følge av dette anser nemnda at den ikke kan behandle saken.⁴³ En avklaring og påfølgende

34 Prop. 80 L (2016–2017) s. 27–29.

35 Prop. 80 L (2016–2017) s. 28.

36 Winterstø (2022) s. 60–61.

37 Diskrol. § 7.

38 Prop. 80 L (2016–2017) s. 78.

39 At begrensningen også gjelder for ikke-bindende uttalelser, er forutsatt i lovens forarbeider, se Prop. 80 L (2016–2017) s. 78.

40 Se for eksempel Hellum og Strand (2022) s. 673–676.

41 Diskrol. § 14 annet ledd.

42 Se Hellum og Strand (2022) s. 675–676 for nærmere redegjørelse.

43 Se Diskrimineringsnemndas klagesak 1/2018.

presisering i lovteksten om nemndas kompetanse i disse tilfellene, hadde vært ønskelig.

I praksis innebærer begrensningen i nemndas kompetanse at en person som mener seg rammet av diskriminerende lovgivning, ofte ikke har reell tilgang til håndheving. Ombudet er enig i at nemndas oppgaver bør begrenses slik at det konstitusjonelle systemet ivaretas, men vil peke på at resten av håndhevingsystemet har mangler som gjør at norske myndigheter risikerer å bryte sine «access to justice»-forpliktelser. Dersom nemnda ikke skal ha kompetanse til å behandle slike saker, må norske myndigheter sørge for at det finnes andre måter å få tilgang til håndhevingsapparatet på i praksis – i dette tilfellet domstolene.

En ytterligere problemstilling knyttet til motstrid er spørsmålet om hvordan nemnda skal forholde seg til Norges konvensjonsforpliktelser etter for eksempel CERD, CEDAW og CRPD i tilfeller der konvensjonene kan gi rettigheter som går utover det som følger av likestillings- og diskrimineringsloven. Dette har lovgiver ikke tatt stilling til.

Ombudet mener at alle begrensninger i nemndas kompetanse på dette området bør komme tydelig frem i lovteksten.

Erstatning – uklarhet rundt beløpsbegrensning

En person som har blitt utsatt for diskriminering kan kreve erstatning for økonomisk tap. I noen tilfeller kan Diskrimineringsnemnda tilkjenne erstatning ved brudd på diskrimineringsforbudet. Det betyr at nemnda bestemmer at den som er ansvarlig for diskrimineringen (innklagede) må betale erstatning for å dekke det økonomiske tapet klageren har hatt som følge av lovbruddet. Denne kompetansen er imidlertid også begrenset.

Nemnda kan tilkjenne erstatning i saker der innklagede ikke gjør gjeldende annet enn «manglende betalingsevne eller andre åpenbart uholdbare innsigelser», jf. diskrol. § 12 annet ledd. I tillegg må nemnda være enstemmig. I lovteksten står det ikke at det er noen øvre grense for hvor mye nemnda kan tilkjenne i erstatning. Departementet har imidlertid uttalt i forarbeider at det gjelder en beløpsgrense på 10 000 kroner.⁴⁴ Diskrimineringsnemnda praktiserer ikke noen slik beløpsgrense og har tilkjent langt høyere erstatningsbeløp enn dette.⁴⁵ Det er altså uklarhet knyttet til om det gjelder en beløpsgrense eller ikke.

Ombudet mener at denne uklarheten er uheldig.

Erstatning er en viktig sanksjon ved brudd på diskrimineringsvernet, og det har stor betydning for klagere.

Ombudet vil også peke på at EU-/EØS-retten fastslår at erstatning som hovedregel ikke kan begrenses til et på forhånd fastsatt maksimumsbeløp.⁴⁶ Det kan derfor stilles spørsmål ved om en eventuell beløpsgrense er i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser. Videre vil vi vise til det grunnleggende prinsippet om at det er det fulle tapet som skal dekkes. Hvis det skal være en beløpsbegrensning i nemnda, vil klager bli nødt til å gå til domstolen for å få dekket hele tapet sitt. Dette er etter vår mening en problematisk løsning sett opp mot prinsippet om «access to justice».

Oppreisning – begrenset til arbeidsforhold

En person som blir utsatt for diskriminering kan også kreve oppreisning, som er en kompensasjon for ikke økonomisk tap (tort og svie).⁴⁷ Diskrimineringsnemnda har kompetanse til å tilkjenne oppreisning «i arbeidsforhold», jf. diskrol. § 12 første ledd. Det innebærer at det kun er arbeidsgiver som kan bli pålagt å betale oppreisning, og ikke privatpersoner som er innklaget.

Oppreisning er den sentrale sanksjonen ved brudd på diskrimineringsvernet, og det er viktig at denne er tilgjengelig for ofre for diskriminering. Det at sanksjoner er tilgjengelige i praksis, er også en sentral del av Norges «access to justice»-forpliktelser, og særlig EU-direktivene stiller strenge krav på dette området. EU-direktivene krever at det må finnes sanksjoner som er effektive, forholdsmessige og avskrekkende,⁴⁸ og noen av direktivenes virkeområde er videre enn kun arbeidsforhold.

Det at Diskrimineringsnemnda kun kan tilkjenne oppreisning i arbeidsforhold, innebærer at denne sanksjonen i praksis ikke er tilgjengelig i et stort antall saker. Ombudet mener at dette er en svakhet ved dagens håndhevingsystem, og at begrunnelsen for denne begrensningen i nemndas kompetanse ikke er godt nok begrunnet sett i lys av de internasjonale forpliktelsene Norge har på området. Dette drøftes ikke i lovens forarbeider, der konsekvenser av en slik utvidelse kun drøftes opp mot krav til bevisføring, saksbehandlingsregler og privatpersoners mulige ansvar.⁴⁹

⁴⁴ Prop. 154 L (2020–2021) 35–36.

⁴⁵ Se for eksempel klagesak 21/544 fra Diskrimineringsnemnda.

⁴⁶ Kjønnsliekestillingsdirektivet artikkel 18 og kjønnsliekestillingsdirektivet om varer og tjenester artikkel 8 nr. 2.

⁴⁷ Ldl. § 38.

⁴⁸ Kjønnsliekestillingsdirektivet artikkel 25, kjønnsliekestillingsdirektivet om varer og tjenester artikkel 14, rasediskrimineringsdirektivet artikkel 15 og rammedirektivet artikkel 17.

⁴⁹ Prop. 80 L (2016–2017) s. 88–93.

Bestemmelser om diskriminering i andre lover

Det finnes bestemmelser om likestilling og ikke-diskriminering i andre lover enn likestillings- og diskrimineringsloven, men det er ikke alle av disse som nemnda har kompetanse til å håndheve. Det vil si at nemnda ikke kan behandle en sak der en klager påstår at det er brudd på en av disse bestemmelsene. «Access to justice»-forpliktelsene gjelder også for de delene av diskrimineringslovgivningen som er unntatt fra nemndas håndhevingsmandat. En gjennomgang av lavterskeltilbudet vil etter ombudets syn også måtte vurdere om Diskrimineringsnemnda bør få kompetanse til å håndheve også disse bestemmelsene.

Et eksempel på slike bestemmelser er eierseksjonsloven § 26 og borettslagsloven § 5-11 om tilrettelegging. Gjennom ombudets veiledningsarbeid har vi erfart at det er behov for et organ som kan fastsette når tilrettelegging etter disse bestemmelsene kan nektes av sameier og borettslag, fordi dette er av stor praktisk betydning for personer som har behov for tilrettelegging.

2.7.5 Saker som ikke realitetsbehandles

Omtrent 6 av 10 saker som klages inn for Diskrimineringsnemnda blir ikke realitetsbehandlet.⁵⁰ Det betyr at nemnda ikke behandler spørsmålet om det er brudd på loven eller ikke, og at saken enten avvises, henlegges eller avsluttes uten avgjørelse. For klager innebærer dette i praksis at man ikke får tilgang til håndheving av diskrimineringsvernet, fordi man ikke får en avgjørelse med en konklusjon i saken.

Det er uklart hva som er grunnen til at dette tallet er så høyt. Det kan være mange grunner til at nemnda avviser, henlegger eller avslutter en sak uten avgjørelse. For eksempel kan det være at nemnda ikke har kompetanse til å behandle saken,⁵¹ at det påståtte bruddet skjedde for mer enn tre år siden,⁵² at klager ikke gir nemnda nok informasjon, at klager slutter å svare på nemndas henvendelser eller at det er «åpenbart» at det ikke er brudd på diskrimineringsforbudet i den aktuelle saken.⁵³ Ressurshensyn kan også ha betydning her, ettersom nemnda har opplevd en dobling av antall saker fra 2020 til 2022.⁵⁴

50 Se statistikk fra 2022 på Diskrimineringsnemndas nettside: <https://www.diskrimineringsnemnda.no/klagesaker-og-statistikk/s%C3%B8kstatistikk>

51 Se punkt 2.7.4 ovenfor om formelle begrensninger i nemndas kompetanse.

52 Diskrol. § 10 annet ledd.

53 Diskrol. § 10 tredje ledd.

54 <https://www.diskrimineringsnemnda.no/nyheter/9158>.

Ombudet er imidlertid bekymret for at det høye tallet også kan ha sammenheng med at klagerne ikke har fått nok veiledning i klageprosessen. Reglene i likestillings- og diskrimineringsloven er komplekse, og det kan være svært utfordrende for klager å argumentere for hvorfor det er brudd på loven i et konkret tilfelle. Videre må partene ta stilling til ulike anførsler og saksbehandlingsspørsmål underveis i prosessen, noe som kan være krevende for den enkelte. Dersom klagerne ikke blir veiledet slik at de forstår hva som skal til for at nemnda kan realitetsbehandle saken, er det en risiko for at saker som burde ha blitt realitetsbehandlet, i stedet avvises, henlegges eller avsluttes uten avgjørelse. Dette må ses i sammenheng med at veiledningen nemnda gir hovedsakelig er skriftlig.⁵⁵ For en del klager vil det være vanskelig å forstå den skriftlige veiledningen, og det gjør det også vanskelig for nemnda å fange opp om klager har forstått informasjonen de har fått eller ikke.⁵⁶

På bakgrunn av dette mener ombudet at det bør undersøkes hva som er grunnen til at så mange saker ikke realitetsbehandles. Når praksisen hos nemnda på dette området er kartlagt, bør denne vurderes opp mot «access to justice»-forpliktelsene. Hvis det viser seg at det høye tallet delvis skyldes at klager ikke får nok veiledning, er dette problem sett opp mot «access to justice»-forpliktelsene som krever at klager får tilstrekkelig veiledning og rettshjelp.

2.7.6 Manglende oppfølging av brudd

Oppfølging av bruddsaker er en forutsetning for et effektivt diskrimineringsvern. Det er viktig at brudd på diskrimineringsvernet følges opp, slik at sakene kan føre til en endring i praksis eller forhindre fremtidige brudd.

Diskrimineringsnemnda har kompetanse til å treffe vedtak om pålegg i saker der konklusjonen er brudd.⁵⁷ Det betyr at den innklagede part får en plikt til å gjøre noe for å stoppe et pågående brudd eller å hindre gjentakelse. Et typisk eksempel er i saker om universell utforming, der den ansvarlige kan bli pålagt å rette opp en feil slik at kravene til universell utforming er oppfylt. Pålegg er altså et potensielt effektivt virkemiddel for å oppnå en praktisk endring der nemnda kommer til brudd på likestillings- og diskrimineringsloven.

55 Se punkt 2.7.3 ovenfor om veiledning og rettshjelp i diskrimineringsaker.

56 Winterstø (2022) s. 39–42.

57 Diskrol. § 11.

Etter diskrol. § 11 annet ledd kan nemnda pålegge innklagede å «pålegge stansing, retting og andre tiltak som er nødvendige for å sikre at diskriminering, trakassering, instruks eller gjengjeldelse opphører, og for å hindre gjentakelse». Diskrimineringsnemnda har foreløpig truffet vedtak om pålegg i relativt få saker, og flertallet av disse handler om universell utforming.

Ombudet mener at hjemmelen for å ilegge pålegg etter diskrol. § 11 er noe uklar. Diskrimineringsnemnda ser ut til å legge til grunn at pålegg kun er aktuelt i saker der det er snakk om pågående forhold,⁵⁸ mens det i forarbeidene åpnes for at dette også kan brukes i saker om avsluttede forhold der pålegg er nødvendig for å hindre gjentakelse.⁵⁹ Dette er et tolkningsspørsmål som kan ha stor betydning for hvordan pålegg brukes i praksis, noe som er viktig i og med at pålegg er det eneste virkemiddelet i loven som søker å endre den faktiske situasjonen. Ombudet mener derfor at bestemmelsen om pålegg må vurderes i lys av Diskrimineringsnemndas praksis, og at departementet bør vurdere om bestemmelsen bør presiseres slik at det kommer tydelig frem når pålegg kan og bør brukes.

Det er også mulig å følge opp brudd uten å formelt pålegge den innklagede part noen plikter. Før 2017-reformen var ombudets rutine å følge opp alle egne saker der konklusjonen var brudd. Ombudet tok kontakt med den innklagede part og oppfordret parten til å rette seg etter uttalelsen. Empiriske funn tilsier at oppfølging av bruddsaker er viktig for klagere,⁶⁰ og oppfølging er også viktig for å se individuelle saker og strukturelt diskrimineringsvern i sammenheng. Etter dagens ordning blir ikke lenger alle bruddsaker fulgt opp i etterkant.⁶¹ På dette punktet har 2017-reformen altså ført til en stor endring som har fått lite oppmerksomhet. CEDAW-komiteen har kritisert mangelen på oppfølging av bruddsaker i Norge.⁶²

Diskrimineringsnemnda har hjemmel til å følge opp saker der konklusjonen er brudd etter forskrift om organisasjon, oppgaver og saksbehandling for Diskrimineringsnemnda⁶³ § 2 første ledd annet punktum, men i praksis skjer dette bare i saker det nemnda har truffet vedtak om pålegg.⁶⁴ Det fremstår som uklart hva som er innholdet i denne forskriftsbestemmelsen,

og om den innebærer en *plikt* for nemnda til å følge opp brudd eller kun en kompetanse. Ombudet mener derfor at bestemmelsen bør klargjøres, og at departementet bør vurdere om den skal tas ut av forskriften og inntas i lovteksten.

Det er også uklart hva som er ombudets rolle når det gjelder å følge opp bruddsaker. Selv om ombudet har et vidt mandat som ikke direkte utelukker oppfølging av nemndas bruddsaker, vil en generell ordning om at ombudet skal følge opp nemndas bruddsaker kunne være problematisk. Dette ville reise spørsmål om taushetsplikt og personvern. Ikke minst vil dette også gå på bekostning av ombudets mulighet til å ivareta sine allerede eksisterende oppgaver. En mulighet kunne være at ombudet fikk i oppgave å følge opp noen utvalgte saker.

⁵⁸ Winterstø (2022) s. 72.

⁵⁹ Prop. 80 L (2016–2017) s. 46–47.

⁶⁰ Winterstø (2022) s. 68–71.

⁶¹ Winterstø (2022) s. 72.

⁶² CEDAW-komiteens konkluderende observasjoner til Norges tiende rapport (2023) avsnitt 16.

⁶³ FOR-2017-12-20-2260.

⁶⁴ Winterstø (2022) s. 72.

DEL 3

INTERNASJONAL RETTSUTVIKLING

Nedenfor gjør vi rede for betydningen av EU-retten og internasjonale menneskerettskonvensjoner i norsk rett. Deretter omtaler vi et utvalg av dommer fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) og EU-domstolen, samt praksis og kommentarer fra FN-komiteéene ombudet har tilsynsansvar for.

3.1 Den internasjonale menneskerettskonvensjon og FN-konvensjoner om menneskerettigheter og ikke-diskriminering – betydning for norsk rett

3.1.1 EMK og FN-konvensjoner som del av norsk rett – ulik rettslig status

Både Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, FNs barnekonvensjon og FNs kvinnediskrimineringskonvensjon er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven,⁶⁵ og det følger av menneskerettsloven § 3 at bestemmelsene i disse konvensjonene ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning.⁶⁶

I tillegg er FNs rasediskrimineringskonvensjon inkorporert i norsk rett i henhold til likestillings- og diskrimineringsloven § 5. Denne konvensjonen er, i motsetning til de konvensjonene som er tatt inn i menneskerettsloven, ikke gitt forrang foran norsk rett.

Når det gjelder FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD), ble denne ratifisert av Norge i 2013, og det betyr at Norge er folkerettslig forpliktet av konvensjonen. Dette tilsier at norsk rett, så langt det er mulig, skal fortolkes og anvendes i samsvar med disse forpliktelsene. Dette følger av Grunnloven § 92 og av Høyesteretts praksis, se Rt. 1984 side 1175, hvor det ble fremhevet at norsk lov så vidt mulig må forutsettes å være i samsvar med traktater Norge er bundet av.⁶⁷

En konsekvens av CRPD ikke er inkorporert i norsk rett, er likevel at utgangspunktet er at norsk rett vil gå foran CRPD dersom det foreligger klar motstrid.⁶⁸

Diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14 kommer til anvendelse forutsatt at de faktiske forhold i saken faller innenfor virkeområde til en eller flere rettigheter i EMK. Det vil si at diskrimineringsvernet i EMK artikkel 14 er aksessorisk. Det må imidlertid ikke foreligge brudd på øvrige artikler for at diskrimineringsforbudet kan gjøres gjeldende. EMK artikkel 14 supplerer slik de materielle rettighetene i EMK. Norge har ikke sluttet seg til tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK om et generelt vern mot diskriminering. Norge signerte

⁶⁵ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, 21. mai 1999 nr. 30 § 2.

⁶⁶ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, 21. mai 1999 nr. 30 § 2

⁶⁷ Dette presumpsjonsprinsippet er lagt til grunn av Høyesterett i en rekke saker over lang tid, eksempelvis i Rt. 1984 side 1175, hvor det ble fremhevet som et reelt hensyn at norsk lov så vidt mulig må forutsettes å være i samsvar med traktater Norge er bundet av.

⁶⁸ Se for eksempel Rt. 1997 s 580 (OFS-saken).

denne tilleggsprotokollen i 2003, men har foreløpig ikke ratifisert protokollen. Det er først ved en eventuell ratifikasjon Norge blir rettslig forpliktet etter protokollen.

Når det gjelder individklageordningene, har Norge ratifisert klageordningene etter FNs kvinnediskrimineringskonvensjon, FNs rasediskrimineringskonvensjon, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter – men ikke klageordningene etter FNs konvensjon om økonomiske sosiale og kulturelle rettigheter, FNs barnekonvensjon og FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.⁶⁹

3.1.2 Praksis fra EMD og FN-komiteene – rettskildemessig betydning

Praksis fra EMD har stor betydning i norsk rett. Høyesterett har uttalt at når norske domstoler skal tolke EMK, skal de bruke samme tolkningsprinsipper som EMD. Også praksis fra FNs konvensjonsorganer kan ha stor vekt ved tolkning av konvensjonene, og slik få betydning i norsk rett.

3.1.2.1 Generelle kommentarer fra FN-komiteene

Når det gjelder hvilke rettskildemessig vekt praksis fra disse FN-komiteene har, er det rettslige utgangspunkt at denne praksisen ikke er folkerettslig bindende.⁷⁰ Imidlertid kan de likevel tillegges vekt.

Høyesterett har uttalt at generelle tolkningsuttalelser fra FNs menneskerettighetskomité, som overvåker FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), kan ha betydelig vekt som rettskilde.⁷¹ Tilsvarende er lagt til grunn for uttalelser fra FNs barnekomité. I den forbindelse har Høyesterett uttalt at den nærmere vekten av slike uttalelser avhenger av om den anses å gi uttrykk for overvåkingsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene. Særlig må man vurdere om uttalelsen må ses som en tolkningsuttalelse, eller mer som en tilrådning om optimal praksis på konvensjonens område. Det må i den forbindelse vurderes hvor godt den kan forankres i konvensjonsteksten.⁷² Hvilken overføringsverdi

dette har til generelle tolkningsuttalelser fra andre komitéer, for eksempel CRPD-komiteen, er uavklart.⁷³

Når det gjelder generell kommentar nr. 1 (2014) fra CRPD-komiteen om tolkning av CRPD artikkel 12 om rett til å frata rettslig handleevne, har Høyesterett i Rt. 2016-2591 avvist å vektlegge denne kommentaren.

Det er samtidig grunn til å være forsiktig med å trekke generelle slutninger fra disse uttalelsene om betydningen av praksis fra CRPD-komiteen. Høyesterett vurderte i denne saken et tolknings spørsmål på et rettsområde hvor Norge har avgitt en tolkningserklæring som klart avviker fra CRPD-komiteens tolkning i den generelle kommentaren.

3.1.2.2 Statsrapporter

FN-komiteene vurderer også jevnlig rapporter fra Norge om Norges etterlevelse av sine forpliktelser, og gir avsluttende merknader til statsrapporter (concluding observations). Formålet med vurderingen av statsrapporter er å sikre dialog med staten og å avdekke og fremme oppmerksomhet om faktiske omstendigheter i staten som gir grunnlag for bekymring om at individene ikke får sine rettigheter oppfylt i praksis. Selv om avsluttende merknader som sådan ikke er rettslig bindende, skjer de innenfor et rettslig rammeverk, det vil si hvilke plikter konvensjonene pålegger staten, og de kan dermed ha en viss rettskildemessig vekt.⁷⁴ I tillegg kommer at de indirekte kan ha betydning for FN-organers tolkningspraksis.

Det viktigste er likevel at de rent faktisk kan få betydning for statens oppfyllelse av sine plikter i politikkutforming, som følge av at komiteens dialog med staten og de merknader som offentliggjøres kan skape forståelse av og oppmerksomhet om kritiske forhold i den enkelte stat.⁷⁵

Menneskerettighetene binder alle av statens myndigheter. Både domstolene, Stortinget og forvaltningen (herunder også kommunene) må derfor forholde seg til praksis fra EMD og FN-komiteene.

⁶⁹ Spørsmålet om Norge skal tilslutte seg disse er vurdert relativt nylig, og konklusjon om at Norge ikke skal tilslutte seg disse finnes bl.a. i Innst. 161 (2016–2017).

⁷⁰ Det er også lagt til grunn av Høyesterett i flere saker jf.f.eks Rt. 2009 side 1261 avsnitt 41 (Sri Lanka).

⁷¹ Se bl.a. Rt. 2008 s. 1763 avsnitt 81.

⁷² Se bl.a. Rt. 2009 s. 1261, avsnitt 44, og HR-2019-2301-A avsnitt 78 om vekten av uttalelser fra FNs barnekomité.

⁷³ Se for eksempel HR-2016-2591-A avsnitt 57–58.

⁷⁴ Se omtale av dette av Thom Arne Hellerslia: «Uttalelser fra FN-komiteene – en strukturell analyse», *Jussens Venner*, Vol. 53 side 71–111.

⁷⁵ Også sivilsamfunns skyggerapporter og uavhengige menneskerettsorganers supplerende rapporter bidrar til dette.

3.2 EU-rettens betydning for norsk rett på diskrimineringsfeltet

EU har vedtatt en rekke direktiver og forordninger om likestilling og ikke-diskriminering. Gjennom EØS-avtalen er store deler av EU-retten bindende for Norge, herunder direktiver som gjelder kjønnslikestilling, som blant annet likebehandlingsdirektivet 2006/54/EF og direktivet om likebehandling av kvinner og menn i forbindelse med adgang til og levering av varer og tjenester, direktiv 2004/113/EF. Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen skal ved motstrid gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold, jf. EØS-loven § 2. Norske regler som er vedtatt som følge av en rettsakt som er innlemmet i EØS-avtalen, skal tolkes i tråd med praksis fra EU-domstolen. Praksis fra EU-domstolen etter 2. mai 1992 er ikke formelt bindende for Norge i henhold til EØS-avtalen, men slik senere praksis tillegges i henhold til EFTA-domstolens og Høyesteretts praksis likevel meget stor vekt.

Flere direktiver og forordninger som ikke er bindende for Norge gjennom EØS-avtalen, har blitt gjennomført i norsk rett på frivillig grunnlag. Dette gjelder blant annet rasediskrimineringsdirektivet 2000/43/EF og rammedirektiv 2000/78/EF. Sistnevnte direktiv forbyr diskriminering innen arbeidslivet på grunnlagene religion og livssyn, alder, seksuell orientering og funksjonsnedsettelse. Norsk regelverk skal være minst på høyde med nivået i disse direktivene, jf. Rt. 2011 side 964 (Gjensidige), og Høyesterett har i flere avgjørelser tatt utgangspunkt i EU-domstolens avgjørelser i sin tolkning av aldersdiskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven kapittel 13.

3.3 Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol

3.3.1 Utvelgelseskriterier – metode

LDO har registrert alle avgjørelser fra EMD der artikkel 14 er en av de berørte artikkelen (brudd/ikke brudd) i saken. Vi har valgt ut artikkel 14-avgjørelser som er relevante for rettsutviklingen på diskrimineringsfeltet eller omtales av domstolen som såkalte nøkkelsaker («key cases»). I tillegg til artikkel 14-avgjørelser, består utvalget nedenfor av avgjørelser fra EMD i 2022 som omhandler EMKs tilleggsprotokoll 12 eller anses som er relevante for LDOs satsningsområder.

3.3.2 Omtale av relevante dommer

Arnar Helgi Lárusson mot Island – saksnummer 23077/19 – tilgjengelighet av kulturbygninger – spørsmål som gjelder retten til privatliv i artikkel 8 – ikke diskriminering i strid med artikkel 14

Saken gjaldt Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8 om retten til privatliv, sammenholdt med forbudet mot diskriminering i artikkel 14. Spørsmålet var om manglende tilgang til to offentlige kultur- og samfunnsbygninger for brukere av rullestol utgjorde en krenkelse av konvensjonen.

Faktum

Klageren var en islandsk statsborger født i 1976, bosatt i Reykjanesbær. Han var blitt varig lam fra brystet og ned etter en ulykke i 2002 og brukte rullestol. I 2015 reiste han, sammen med en sammenslutning av personer med ryggradsskader, søksmål mot kommunen der han bodde, som dreide seg om rullestoltilgangen til bygninger for kunst og kultur. Saksøkerne krevde fastsettelsesdom for at kommunen og deres holdingselskap, som eide en av bygningene, skulle forbedre tilgjengeligheten i bygningene på bestemte måter. Bygningene huset Reykjanesbærs viktigste kunst- og kultursenter. Klageren krevde blant annet installasjon av rullestolheis mellom etasjene i bygningen, ramper mellom ulike gallerier og endring av terskelen til hovedinngangen for å muliggjøre tilgang for rullestol. I tillegg krevde klageren ca. 7300 euro i erstatning for ikke-økonomisk skade. Saksøkerne anførte at den manglende tilgangen til dem hindret rullestolbrukere å nyte sitt privatliv på linje med andre, i strid med Grunnloven, konvensjonen og FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.

De nasjonale domstolene på Island kom til at kommunen var juridisk forpliktet til å arbeide for bedre

rullestoltilgang til offentlige bygninger og institusjoner som yter offentlige tjenester, noe kommunen hadde tatt initiativ til å gjøre. Kommunene hadde en skjønnsmargin i prioriteringen av slike prosjekter, og maktfordelingen hindret domstolen fra å ta stilling til om myndighetene var forpliktet til å foreta bestemte tiltak. Saksøkerne anket dommen inn for Høyesterett. Høyesterett stadfestet førsteinstansens konklusjon. Høyesterett pekte på at CRPD var ratifisert, men ikke inkorporert i nasjonal rett, slik at saksøkerne ikke direkte kunne støtte seg på dens bestemmelser, selv om nasjonal rett måtte tolkes i harmoni med statens folkerettslige forpliktelser så langt det var mulig. Høyesterett mente kommunen hadde overholdt sin rettslige forpliktelse til å utarbeide en strategi for å forbedre adkomsten til offentlige bygninger og offentlige tjenesteinstitusjoner i samsvar med gjeldende lovgivning. Strategien var vedtatt med hensyn til statens internasjonale forpliktelser, deriblant CRPD, og den var blitt satt i verk i Reykjanesbær, som hadde tatt skritt for å forbedre tilgangen til visse offentlige bygninger. Høyesterett viste til at kommunene hadde selvstyre i saker betrodd dem ved lov og i bruken av egne midler. Kommunen var derfor den eneste som var kompetent til å ta stilling til forbedringene som var krevd, og hadde en bred skjønnsmargin til å prioritere midler for å bedre tilgangen til bygninger.

Klagen

Klageren brakte saken inn for Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) i april 2019. Klageren anførte at den manglende tilgang til de to offentlige kultur- og samfunnsbygningene for brukere av rullestol utgjorde en krenkelse av hans rettigheter etter EMK artikkel 8, sammenholdt med artikkel 14. Han pekte på at dette hindret hans personlige utvikling og til å etablere og utvikle relasjoner i lokalsamfunnet. Klageren viste til at han ble hindret fra å delta på kulturelle arrangementer, kunstutstillinger, konserter og andre arrangementer, og til å følge barna sine til bursdagsselskaper og lignende arrangementer, noe som hindret hans deltakelse i samfunnet. Klageren mente det EMD skulle vurdere var om staten fritt kunne tilby kulturtjenester som ikke var tilgjengelige for rullestolbrukere. Han mente de nasjonale domstolene hadde unnlatt å avveie rettighetene og vurdere om tiltakene som var iverksatt var tilstrekkelige.

EMDs vurdering

EMD innledet med å slå fast at saken gjaldt spørsmål om manglende tilgang til offentlige kultur- og samfunnsbygninger for rullestolbrukere. Domstolen pekte på at den faktiske tilgjengeligheten til de aktuelle

bygningene var omtvistet mellom partene. Først tok EMD stilling til om saken var egnet for prøving. Staten anførte at de nasjonale rettsmidlene ikke var uttømt, fordi klageren ikke i tilstrekkelig grad hadde hevdet sine rettigheter etter konvensjonen på nasjonalt nivå, men primært basert seg på CRPD.

EMD fremholdt at konvensjonen artikkel 35 nr. 1 pålegger klageren å reise klagen, om ikke ved å eksplisitt å henvise til konvensjonen, så i det minste i substans. Dette innebærer at klageren må anføre juridiske argumenter med samme eller liknende virkning, slik at nasjonale domstoler blir gitt mulighet til å rette opp i den påståtte krenkelsen. I denne saken hadde klageren henvist eksplisitt til EMK i de skriftlige innleggene til førsteinstansen, og til retten til privat- og familieliv og ønsket om tilgang til bygningene på lik linje som andre innbyggere i kommunen. Det skriftlige innlegget for Høyesterett viste til saksbehandlingen for førsteinstansen, og støttet seg uttrykkelig på retten til å nyte tjenester i de aktuelle bygningene på samme måte som andre. Selv om det ikke eksplisitt ble referert til de relevante bestemmelsene i EMK, var det ifølge EMD klart at klageren i substans hadde påberopt seg rettighetene han nå anførte for EMD på en måte om hadde vært tilstrekkelig til å gi de nasjonale domstolene mulighet til å behandle klagen hans. Klagen kunne derfor ikke avvises på grunnlag av at nasjonale rettsmidler ikke var uttømt.

Domstolen vurderte deretter om EMK artikkel 14 sammenholdt med artikkel 8 var anvendelig i saken. Domstolen viste til at «privatliv» i EMK artikkel 8 dekker den fysiske og psykiske integriteten til en person, og til en viss grad retten til å etablere og utvikle relasjoner med andre mennesker og noen ganger aspekter ved noens fysiske eller sosiale identitet. Det kan også omfatte retten til personlig utvikling eller selvbestemmelse. Når det gjelder tilgjengelighet til offentlige bygninger, har EMD tidligere slått fast at artikkel 8 kun kommer til anvendelse i unntakstilfeller, der klagerens manglende tilgang til offentlige bygninger og bygninger åpne for allmennheten påvirker vedkommendes liv på en måte som griper inn i retten til personlig utvikling og til å etablere og utvikle relasjoner med andre mennesker og omverdenen. Domstolen viste til at den i tre tidligere saker har kommet til at manglende rullestoltilgang falt utenfor betydningen av «privatliv» i artikkel 8. Denne saken skilte seg imidlertid fra disse. Domstolen viste til at denne saken dreide seg om bygninger som eies og/eller drives av og ligger i klagerens egen kommune. Videre at klageren hadde identifisert et lite og klart definert antall offentlige bygninger der han manglet tilgang, og hadde forklart hvordan dette påvirket livet hans. Den første bygningen var

kommunens hovedsenter for kunst og kultur, og det var ikke åpenbart at klageren kunne få tilgang til liknende arrangementer og tjenester på andre arenaer i kommunen. Selv om den andre bygningen særlig rettet seg mot barn og ungdom, ble den leid ut til arrangementer der også foreldre kunne delta. Domstolen pekte på at bygningene så ut til å spille en viktig rolle i lokalsamfunnet i kommunen, som hadde færre enn 20 000 innbyggere. Uten tilgang til fasiliteter og tjenester som er tilgjengelige for allmennheten, ville ikke personer med funksjonsnedsettelse ha lik mulighet for deltakelse i samfunnet. På denne bakgrunn kon domstolen til at saken falt innenfor rammen av «privatliv» i EMK artikkel 8. Dermed var EMK artikkel 14 sammenholdt med artikkel 8 anvendelig i saken.

Domstolen gikk deretter over til å vurdere sakens materielle spørsmål. Den påpekte at «diskriminering» betyr å behandle noen i en sammenliknbar situasjon ulikt, uten noen objektiv eller rimelig begrunnelse, og der man ikke forfølger et legitimt formål eller det er forholdsmessighet mellom midlene som brukes og målet som søkes realisert. I tillegg krenkes retten til ikke å bli diskriminert når stater uten en objektiv og rimelig begrunnelse unnlater å behandle personer ulikt når situasjonen deres er vesentlig forskjellig. At situasjonen må være vesentlig forskjellig, innebærer en viss terskel, og for at denne skal nås kreves det at tiltaket har en særlig skadevirkning for enkeltpersoner på grunn av et beskyttet grunnlag, knyttet til deres situasjon og i lys av det påberopte diskrimineringsgrunnlaget. Domstolen bemerket at konvensjonen så langt det er mulig bør tolkes i harmoni med andre folkerettslige regler, slik at blant annet CRPD måtte tas i betraktning.

I tidligere saker om rettighetene til personer med funksjonsnedsettelse har EMD, med henvisning til CRPD, kommet til at EMK artikkel 14 må leses i lys av kravet til «rimelig tilrettelegging», forstått som nødvendige og passende tilpasninger, som ikke pålegger en uforholdsmessig eller utilbørlig byrde, der det er nødvendig i en bestemt sak. Slike rimelige tilpasninger bidrar til å rette opp faktiske ulikheter som er uberegtigede og derfor utgjør diskriminering. Domstolen pekte på at disse hensynene i like stor grad gjør seg gjeldende for personer med funksjonsnedsettelse deltakelse i sosialt og kulturelt liv, og viste til CRPD artikkel 30. Domstolen mente saken burde vurderes ut fra om myndighetene hadde overholdt sin positive forpliktelse til å treffe passende tiltak for å gjøre det mulig for klageren å utøve sin rett til privatliv på lik linje med andre. Domstolen måtte derfor begrense seg til å undersøke om staten hadde gjort nødvendige og hensiktsmessige justeringer for å tilrettelegge for personer

med funksjonsnedsettelse, samtidig som det ikke påla staten en uforholdsmessig eller utilbørlig byrde.

Domstolen bemerket at de nasjonale domstolene i sine dommer ikke eksplisitt anerkjente og vurderte rettighetene og interessene som stod på spill, men avgjorde saken på grunnlag av skjønn som var gitt kommunene ved fordeling av midler og prioritering av prosjekter. Domstolen kunne derfor ikke dra nytte av nasjonale domstolers vurderinger og avveininger. Likevel var ikke EMD overbevist om at mangelen på tilgang til bygningene utgjorde diskriminering, tatt i betraktning statens brede skjønnsmargin. Domstolen pekte på at det så ut til å ha blitt gjort en betydelig innsats for å forbedre tilgjengeligheten til offentlige bygninger og bygninger med offentlige funksjoner i Reykjanesbær etter 2011. Kommunen hadde prioritert å forbedre tilgjengeligheten til utdannings- og idrettsanlegg, noe som ifølge EMD verken var vilkårlig eller urimelig. Domstolen aksepterte at det å pålegge staten krav om å iverksette ytterligere tiltak ville være å pålegge en uforholdsmessig eller utilbørlig byrde. Domstolen viste til at staten og Reykjanesbær hadde iverksatt betydelige tiltak for å vurdere og ivareta behovet for tilgang til offentlige bygninger, innenfor rammen av det tilgjengelige budsjettet og med hensyn til kulturminnevernet til bygningene. EMD understreket at dens vurderinger var begrenset til om staten hadde overholdt de positive forpliktelsene ved å iverksette tilstrekkelige tiltak for å rette opp ulikhetene som påvirket klagerens likeverdige rett til privatliv. I lys av dette og de tiltakene som var iverksatt, kom domstolen til at klageren ikke var blitt diskriminert i utøvelsen av sin rett til privatliv. Domstolen konkluderte med 6 mot 1 stemme at det ikke forelå noen krenkelse av konvensjonen artikkel 8 sammenholdt med artikkel 14.⁷⁶

Kommentar:

Det er nyttig at EMD i denne saken klargjør hvilke kriterier som er avgjørende for om mangel på tilgjengelighet til offentlige bygninger eller bygninger åpne for allmennheten utgjør et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8, jf. artikkel 14.

EMD vektlegger følgende:

- Når klager kan belegge konkret at mangel på tilgang griper inn i rett til å leve selvstendig på lik linje med andre, kan EMD komme til at EMK artikkel 14 sammenholdt med artikkel 8 er anvendelig i saken.

⁷⁶ <https://lovdata.no/dokument/EMDN/avgjorelse/emdn-2019-23077-j-islan?q=arnar>

- Når det fremsettes krav om manglende tilgang til offentlige bygninger innenfor rammen av retten til respekt for privatliv, legger EMD samtidig til grunn at staten bør gis en bred skjønnsmargin.
- EMK bør, så langt det er mulig, tolkes i harmoni med andre folkerettslige regler, slik at blant annet CRPD må tas i betraktning.
- EMK artikkel 14 må leses i lys av kravet til «rimelig tilrettelegging» i CRPD, forstått som nødvendige og passende tilpasninger, som ikke pålegger en uforholdsmessig eller utilbørlig byrde, der det er nødvendig i en bestemt sak.
- EMD vektlegger at når det har blitt gjort en betydelig innsats for å forbedre tilgjengeligheten til offentlige bygninger og bygninger med offentlige funksjoner, med prioritering av blant annet utdanningsbygg, ville det å pålegge staten krav om å iverksette ytterligere tiltak utgjøre en uforholdsmessig eller utilbørlig byrde.
- EMD kommer til ikke-brudd etter en konkret vurdering av om kommunen har gjort rimelige skritt for å sikre tilgjengelighet. EMD vektlegger at kommunen har foretatt en prioritering som ikke fremstår som urimelig, og at det derfor vil fremstå som uforholdsmessig eller utilbørlig byrde å pålegge kommunen ytterligere tiltak.

Også etter ldl § 17 tredje ledd begrenses plikten til universell utforming mot tiltak som kan innebære en uforholdsmessig byrde. I tillegg kommer at ldl § 17 fjerde ledd sier at plikten skal anses oppfylt dersom virksomheten oppfyller krav til universell utforming i lov eller forskrift.

EMD foretar i denne saken mot Island en rimelig inngående vurdering av hvilke skritt kommunen har tatt for å sikre tilgjengelighet. Konklusjonen om at det vil være uforholdsmessig å kreve ytterligere tiltak, bygger på kommunen allerede har gjort mye innenfor de økonomiske rammene den har. Det kan slik sett argumenteres for at denne EMD-dommen taler for at Diskrimineringsnemnda bør gjøre en inngående prøving og vurderinger av hva som konkret har vært gjort for å sikre tilgjengelighet, og om det vil være uforholdsmessig å kreve mer, i saker som gjelder brudd på plikten til å sikre universell utforming etter likestillings- og diskrimineringsloven. Både universell utforming og «uforholdsmessig byrde» er rettslige standarder som blant annet skal tolkes i lys av samfunnsutviklingen og menneskerettighetene. Vi ser at EMD gjør en dynamisk tolkning i disse spørsmålene, blant annet ved utvidelse av anvendelsesområdet til artikkel 8 og ved å se hen til CRPD. Det er derfor viktig for håndhevingsapparatet å følge med på internasjonal rettsutvikling

om dette, slik at disse standardene tolkes og praktiseres i tråd med våre menneskerettslige forpliktelser.

Y. og andre mot Bulgaria – saksnummer 9077/18 – partnerdrap – brudd på statens positive forpliktelser etter artikkel 2 – ikke brudd på artikkel 14 (diskriminering)

Faktum

Saken gjaldt en kvinne som var blitt drept av sin tidligere partner. Klagen ble fremmet av to av hennes familiemedlemmer. Kvinnen hadde kontaktet politiet gjentatte ganger i de to foregående årene før hun ble drept på grunn av er truende adferd fra ham.

EMDs vurdering

Spørsmålet for EMD var om staten hadde brutt sin forpliktelse til å iverksette tiltak for å beskytte kvinnens liv etter artikkel 2, og om statens manglende beskyttelse av kvinnen var et resultat av en systematisk/strukturell likegyldighet angående vold mot kvinner og dermed diskriminerende etter artikkel 14.

Domstolen understreket at artikkel 2 pålegger staten positive forpliktelser til å respondere umiddelbart på anklager om vold i nære relasjoner, og når en slik anklage er fremmet må det undersøkes hvorvidt det foreligger reell og umiddelbar fare for tap av liv. En slik risikoanalyse skal være grundig, og hvis slik risiko avdekkes, må myndighetene sette i gang tiltak som er adekvate og proporsjonale for å minimere denne risikoen.

Domstolen fant at myndighetenes håndtering av kvinnens henvendelser hadde vært mangelfull. Domstolen uttalte at dersom myndighetene hadde gjennomført en risikoanalyse på bakgrunn av informasjonen de hadde etter gjentatte anmeldelser, ville de avdekket at mannen utgjorde en reell og umiddelbar trussel mot hennes liv. Myndighetene hadde da hatt flere beskyttende tiltak tilgjengelig som de kunne benyttet seg av. Domstolen konkluderte med at manglende effektive tiltak for å beskytte kvinnens liv utgjorde brudd på artikkel 2.

EMD vurderte deretter om det var brudd på artikkel 14 om diskriminering sammenholdt med artikkel 2. Klager hadde fremholdt at myndighetens manglende iverksettelse av effektive tiltak for å beskytte kvinnen ikke var en isolert hendelse, men hadde sammenheng med at hun var kvinne og myndighetenes generelle diskriminerende ineffektivitet i oppfølgingen av vold mot kvinner.

Domstolen undersøkte om det var bevis for at vold i hjemmet hovedsakelig rammet kvinner, og om den generelle holdningen til myndighetene hadde skapt et

klima som kunne bidra til slik vold, da dette ville flytte bevisbyrden over på staten for å vise hvilke tiltak den hadde igangsatt for å motvirke dette.

EMD uttalte at som i alle medlemslandene i Europarådet, rammet vold i hjemmet i Bulgaria hovedsakelig kvinner. Det var imidlertid ikke fremlagt bevis som tydet på at myndighetene forsøkte å fraråde kvinner som ble ofre for slik vold å klage på det, eller at domstolene systematisk forsinket utstedelsen av beskyttelsesordrer eller andre tiltak for å beskytte kvinner. Myndighetene førte imidlertid ikke statistikk over slike saker eller kartlegging over måten politimyndighetene håndterte dem på, noe EMD fremholdt at var en alvorlig mangel. Klagerne hadde forsøkt å underbygge sin påstand med statistikk og rapporter fra sivilt samfunn, men EMD mente dokumentasjonen de hadde fremlagt ikke i seg selv var tilstrekkelig til å fastslå at det forelå en generell diskriminerende ineffektivitet fra myndighetene i slike saker.

Domstolen kommenterte også på Bulgarias manglende ratifisering av Europarådets konvensjon om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i hjemmet («Istanbulkonvensjonen»). Domstolen understreket konvensjonens betydning for å heve standarden for beskyttelse av kvinner fra vold i hjemmet og dermed også for realisering av de jure og de facto likestilling mellom menn og kvinner. Det var allikevel ikke opp til EMD å uttale seg om hvorvidt en kontraherende stat skulle ratifisere en internasjonal traktat.

Domstolen la vekt på at partnervold var kriminalisert i Bulgaria og at myndighetene i utgangspunktet hadde mulighet til å iverksette ulike tiltak for å beskytte kvinner utsatt for partnervold. Domstolen fant at politiets passivitet i denne saken, selv om den var forkastelig og i strid med artikkel 2, ikke kunne tas til inntekt for en utbredt diskriminerende holdning fra myndighetenes side. Politiet hadde foretatt en intern etterforskning etter at kvinnen ble drept, og det ble iverksatt disiplinære tiltak mot tjenestemenn som ble funnet å ha forsømt sine plikter i hennes sak. Drapsmannen ble idømt fengselsstraff på tretten år og fire måneder, og hans adferd overfor kvinnen i løpet av månedene før drapet ble ansett for å være straffeskjerpene.

EMD mente på denne bakgrunn at klager ikke hadde kunnet bevise en generell og diskriminerende passivitet fra de nasjonale myndigheters side med hensyn til vold i hjemmet rettet mot kvinner, og at det derfor ikke var brudd på artikkel 14 i konvensjonen.

Det har vært flere saker oppe for EMD om vold i nære relasjoner i 2022. Også i saken *Landi v. Italia*, (saksnummer 10929/19) der klager var blitt mishandlet av sin tidligere mann og han hadde drept et av

deres barn, fant EMD at myndighetenes håndtering av saken medførte et brudd på artikkel 2, men ikke på artikkel 14.

Kommentar:

Utredningen til Partnerdrapskommisjonen, NOU 2020: 17 *Varslede drap*, viste at i de fleste drapssakene hadde det vært ett eller flere forvarsler i form av kontakt med hjelpeapparat eller politi i forkant av drapet. Dette underbygger hvor viktig det er at partnervold blir etterforsket og tatt på alvor i rettsvesenet. Dommen i HR-2013-881-A er et eksempel på en sak der manglende etterforskning av alvorlige trusler og manglende oppfølging av gjentatte brudd på besøksforbud ble ansett å være brudd på statens positive forpliktelser til å sikre henne mot forfølgelse fra gjerningspersonen, nærmere bestemt et brudd på EMK artikkel 8 om retten til respekt for privat- og familieliv. Det har imidlertid ikke vært mange dommer om brudd på statens positive forpliktelser i denne typen saker i Norge. Vi mener at det viktig at internasjonale menneskerettslige forpliktelser, blant annet nedfelt i EMK, CEDAW og Istanbulkonvensjonen, blir påberopt i klager på etterforskning i denne typen saker, slik at vi i størst mulig grad kan sikre at norsk praksis er i tråd med internasjonale krav.

I motsetning til Bulgaria har Norge ratifisert Istanbulkonvensjonen om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner. Det følger av konvensjonen artikkel 11 nr. 1 at staten har plikt til å innhente statistikk og støtte forskning som kan vise forekomst, årsaker og virkning av slik vold, samt effekten av gjeldende tiltak for å gjennomføre konvensjonen.

Sammen med saken *Landi mot Italia* som omhandler samme tematikk, kan *Y. og andre mot Bulgaria* tas til inntekt for at det er etablert en ny retning i EMDs rettspraksis angående bevisbyrden som må nås av klager som søker å bevise diskriminerende behandling i strid med artikkel 14. I begge disse sakene avviste domstolen søkerens påstand om at det hadde vært et brudd på artikkel 2 sammenholdt med artikkel 14 fordi søkerne ikke fremla tilstrekkelig bevis for diskriminering, herunder statistikk eller observasjoner fra ikke-statlige organisasjoner. Domstolen uttalte at brudd på artikkel 14 kun kan aktualiseres der det er utbredte mangler som skyldtes en klar og systemisk svikt fra de nasjonale myndighetene i å anerkjenne og håndtere problemet med vold i hjemmet og dens diskriminerende effekt på kvinner.

Når det gjelder hvilke krav som stilles til klager for å underbygge påstander om indirekte diskriminering eller systemiske skjevheter, så skal det også nevnes at domstolen i andre saker har vektlagt hvorvidt staten

har fått oppfordringer fra andre internasjonale organer om å fremskaffe slik dokumentasjon, eller det på annen måte kan sies å være klanderverdig av staten at slik dokumentasjon ikke finnes, se for eksempel dommen *Volodina mot Russland* (saksnummer 41261/17).

Samtidig må det understrekes at spørsmålet om diskriminering i denne saken kom i tillegg til vurderingen av om det forelå brudd på den materielle bestemmelsen i artikkel 2, som jo var kjernen i saken. EMD kom som nevnt til at Bulgaria hadde handlet i strid med artikkel 2. Det er derfor ikke grunn til å legge for stor vekt på betydningen av at domstolen kom til at bevisbyrden på klagers side når det gjaldt å skape presumsjon for diskriminering ikke var oppfylt i denne saken.

C. mot Romania – saksnummer 47358/20 – mangelfull etterforskning av anmeldelse av seksuell trakassering – brudd på statens positive forpliktelser

Saken gjaldt statens positive forpliktelser ved anklager om seksuell trakassering på arbeidsplassen.

Faktum

Klager var ansatt i et vaskebyrå og hadde oppdrag på en jernbanestasjon. Hun anmeldte stasjonssjefen C.P for seksuell trakassering på bakgrunn av at han gjentatte ganger over en toårsperiode hadde forsøkt å tvinge seg på henne. C.P hadde blant annet ved flere anledninger forsøkt å kle av klager mot hennes vilje. Ved klage til hans overordnede ble hun fratatt sin stilling. Saken ble henlagt på bakgrunn av at påtalemyndigheten mente handlingene ikke kvalifiserte til å være seksuell trakassering ettersom de ikke fant at handlingene hadde virket ydmykende på klager, noe som var et krav i den nasjonale lovgivningen. Klager anket over avgjørelsen, men denne ble opprettholdt både av påtalemyndighetene og nasjonale domstoler.

Klagen

Klageren hevdet at måten påtalemyndigheten og domstolene hadde håndtert saken på hadde fratatt henne muligheten til å få en rettferdig vurdering av saken og medført negative konsekvenser for hennes privatliv, helse og forholdet til arbeidskollegene. Klager mente at de nasjonale domstolene ikke hadde tatt hensyn til bevisene hun hadde fremlagt for at trakasseringen av henne på arbeidsplassen hadde forårsaket ydmykelse og frykt.

EMDs vurdering

Spørsmålet for domstolen var om staten i straffesaksbehandlingen i tilstrekkelig grad hadde beskyttet klagers rett til respekt for hennes privatliv etter artikkel 8, herunder særlig hennes personlige integritet.

Domstolen fremhevet at jernbaneselskapet var stateid og representerte således en offentlig myndighet hvis handlinger kunne aktualisere statens ansvar i henhold til konvensjonen. Selv om selskapet var blitt informert om anklagene om seksuell trakassering av klager, hadde selskapet forholdt seg passiv og tilsynelatende hadde ingen intern undersøkelse funnet sted. Domstolen understreket at dette i seg selv kunne være i strid med kravene etter artikkel 8.

Ettersom hovedvekten i klagen gjaldt håndteringen av anmeldelsen av påtalemyndighetene og vurderingen gjort av de nasjonale domstoler, vurderte EMD om staten i straffesaksbehandlingen i tilstrekkelig grad hadde beskyttet klagers rett til respekt for hennes privatliv, herunder særlig hennes personlige integritet.

EMD bemerket at både påtalemyndigheten og domstolen fant at trakasseringen klager hadde beskrevet hadde funnet sted, men de mente imidlertid ikke at handlingene utgjorde straffbar seksuell trakassering. Hovedbegrunnelsen for dette var fravær av ydmykelse av klager. Domstolen bemerket at det ikke var mulig ut ifra avgjørelsene fra de nasjonale myndigheter å se hvordan de hadde kommet til frem til denne konklusjonen. Påtalemyndigheten hadde bare beskrevet i detalj bevisene som ble fremlagt, uten å nærmere redegjøre for sin vurdering av hvorfor den seksuelle trakasseringen som var beskrevet ikke hadde virket ydmykende. EMD uttalte at det ikke så ut til at klagers egne beskrivelser var hensyntatt, og heller ikke det skjeve maktforholdet mellom klager og C.P. Myndighetene hadde heller ikke tatt aktive skritt for å fastslå hvilke konsekvenser C.P.s handlinger hadde hatt for klager. Domstolen bemerket at ettersom elementet med ydmykelse var sentralt for å kunne klassifisere handlingene som straffbar seksuell trakassering, kunne det for eksempel vært fremskaffet en psykologisk vurdering av klager.

EMD la også vekt på at det i påtalemyndighetens avgjørelse var inkludert en detaljert redegjørelse av C.P. sine uttalelser om klagers privatliv og klagers påståtte motiver for anmeldelsen av ham. Domstolen uttalte at det var vanskelig å se hvilket formål det skulle tjene med såpass omfattende gjengivelse av dette. Domstolen fremholdt at dette virket stigmatiserende overfor klager.

Domstolen fremhevet at på den internasjonale arenaen ble seksuell trakassering fordømt, og stater ble oppfordret til å effektivt straffe gjerningsmenn og sette en stopper for straffrihet. Samtidig krevde internasjonale instrumenter at avtalepartene skulle treffe nødvendige lovgivningsmessige og andre tiltak for å beskytte ofrenes rettigheter og interesser. Slike tiltak innebar blant annet beskyttelse mot reviktimisering

(secondary victimisation). Domstolen mente myndighetene ikke hadde oppfylt denne plikten i saken.

Domstolen la også vekt på at klager hadde måtte slutte i jobben etter hun anmeldte trakasseringen. Heller ikke dette, som domstolen la til grunn at måtte ha medført vanskeligheter og maktesløshet, hadde hatt noen betydning for måten myndighetene hadde vurdert klagers sak på.

På bakgrunn av dette fant EMD at etterforskningen av klagers sak hadde hatt så betydelige mangler at det utgjorde et brudd på statenes positive forpliktelser etter artikkel 8.

Kommentar:

Ut fra faktum i saken er det nærliggende å anta at fordommer eller stereotyper har vært førende for hvordan denne saken har blitt etterforsket og senere behandlet i domstolene. Selv om vi ikke kjent med direkte sammenlignbare saker fra Norge, kan vi utelukke at det i enkelttilfeller kan skje at saker ikke blir opplyst godt nok av slike årsaker også her. Denne avgjørelsen er en påminnelse om at det er viktig å være på vakt for blindsoner og fordommer, bevisste og ubevisste, når det gjelder etterforskning av straffbare forhold, og da kanskje særlig saker om seksuelle krenkelser eller saker der en eller begge parter tilhører en minoritet som er omfattet av diskrimineringsgrunnlagene i likestillings- og diskrimineringsloven.

*Basu mot Tyskland – saksnummer 218/19 – dom av 18. oktober 2022 – politikontroll – etnisitet – brudd på artikkel 8, 14 og 13*⁷⁷

Faktum i saken

Saken gjaldt lovligheten av politiets identitetskontroll av klageren, Basu. Kontrollen skjedde på et tog, like ved grensen mellom Tsjekia og Tyskland. Klageren var middelaldrende med indisk opphav og utseende.

Basu mente at politiet ikke hadde rettslig grunnlag for kontrollen, og videre at kontrollen var diskriminerende fordi det kun var han og datteren som ble kontrollert og at de også var de eneste med mørk hudfarge i kupéen. Klager anførte at myndighetene unnlot å undersøke hans klage om raseprofilering i politiet. Staten på sin side anførte at kontrollen skjedde med hjemmel i lov, men erkjente at det ikke var noen konkret mistanke rettet mot Basu og hans datter. Politiet betegnet kontrollen som en stikkprøvekontroll.

EMDs vurdering

Innledningsvis vurderte domstolen om ID-kontrollen utgjorde et inngrep i klagers privatliv, jf. EMK artikkel 8. EMD uttalte at dersom «den berørte personen har en argumenterbar påstand om at han eller hun ble utvalgt som mål for kontroll på grunn av spesielle fysiske eller etniske egenskaper», vil kontrollen utgjøre et inngrep i vedkommendes privatliv. EMD viste til eksempler der politiet ikke kontrollerer andre blant majoritetsbefolkningen, og dersom det avsløres gjennom politibetjentens vitneforklaring at etnisitet kan ha vært et motiv.⁷⁸ EMD kom til at kontrollen av Basu utgjorde et inngrep i hans privatliv.

Det neste spørsmålet var om inngrepet likevel var lovlig.⁷⁹ I den anledning viste EMD til statens «særlige etterforskningsplikt» i saker der rasediskriminering påstås.⁸⁰ EMD tok stilling til om denne plikten var overholdt av staten med hensyn til Basus anmeldelse av det tyske politiet. EMD påpekte at etterforskningen var mangelfull, ettersom saken kun ble etterforsket internt av politimyndigheten, og av en overordnet til politibetjenten som utførte ID-kontrollen. Etterforskningen ble derfor ikke utført av et tilstrekkelig uavhengig organ.⁸¹ Den tyske forvaltningsdomstolens behandling av saken kunne ikke bøte på denne prosessuelle mangelen, fordi klagen ikke fikk en realitetsvurdering. Forvaltningsdomstolen mente at Basu ikke hadde en berettiget klageinteresse i saken.⁸² Basus nasjonale anke ble dessuten nektet fremmet.

EMDs konklusjon

På grunn av de prosessuelle manglene la EMD til grunn at det påhvilde staten å føre bevis for at diskriminering ikke har funnet sted, såkalt omvendt bevisbyrde. Tyskland evnet ikke å føre slike bevis, og EMD konkluderte derfor med brudd på EMK artikkel 14 og 8.⁸³

Kommentar:

Dommen er, etter det ombudet kjenner til, den første av sitt slag hvor EMD drøfter og tar stilling til fenomenet etnisk profilering. Dette er et tema som i senere tid også har blitt satt på dagsorden i norsk kontekst.

En viktig avklaring i dommen er betydningen av klagers subjektive opplevelse for om kontrollen i det hele tatt utgjør et inngrep i privatlivets fred. Dersom

⁷⁸ Se dommens avsnitt 25.

⁷⁹ Jf. EMK art. 8 andre ledd.

⁸⁰ Se dommens avsnitt 33–34.

⁸¹ Se dommens avsnitt 36.

⁸² Se dommens avsnitt 37.

⁸³ Se dommens avsnitt 39.

borgeren kan argumentere for at vedkommende ble profilert på grunn av ytre kjennetegn som hudfarge, vil EMK komme til anvendelse. I slike tilfeller stiller EMD krav til at saken etterforskes nasjonalt. Det skal da stilles spørsmål til politiets grunnlag for mistanke. Utgangspunktet er at hudfarge eller etnisk utseende ikke er tilstrekkelig grunnlag for slik mistanke.

Utover dette gir ikke dommen en avklaring på hva som utgjør en diskriminerende politikontroll. Det er de prosessuelle manglene ved nasjonal etterforskning av den enkelte sak hvor det er grunn til å mistenke diskriminering, som medfører at staten i denne saken dømmes for brudd på EMK.

Dissenterende dommer Pavli kommer til samme resultat som flertallet, men har en annen begrunnelse. Han påpeker en interessant problemstilling, som siteres her:⁸⁴

«Som en juridisk og praktisk utfordring er innsamling av statistikk eller operative politiregistre på rasemesige eller etniske grunnlag i mange land forbudt ved lov om diskriminering. Paradoksalt nok kan det imidlertid gjøre det mye vanskeligere for både offentlige tilsynsorganer og mulige ofre for profilering å vurdere og demonstrere den mulige eksistensen av indirekte diskriminering gjennom forankret eller uformell praksis innen rettshåndhevelse og andre domener».

Denne uttalelsen er høyst relevant i norsk kontekst, særlig i forbindelse med utprøvingen av kvitteringsordningen i Oslo politidistrikt. Slik ombudet forstår Pavlis bekymring, har etniske minoriteter eller andre som opplever overkontroller og profilering av politiet, svært begrenset mulighet til å dokumentere dette. En form for registrering av etnisk utseende eller innvandrerbakgrunn, vil kunne bidra til å dokumentere strukturell diskriminering, og dermed styrke grunnlaget for å forebygge og hindre en uthuling av diskrimineringsvernet. Per nå vil imidlertid ikke kvitteringsordningen inkludere en slik registrering av etnisk utseende eller landbakgrunn. Ombudet mener en slik utvidelse av ordningen burde utredes nærmere.

Muhammad mot Spania – saksnummer 34085/17-dom av 18. oktober 2022 – spørsmål om diskriminering på grunn av etnisitet ved politikontroll – ikke brudd

Faktum i saken

Saken gjaldt lovligheten av en bot som følge av at klageren, Muhammad, nektet å identifisere seg under en politikontroll.

Muhammad ble stoppet av politiet da han gikk gatelangs i et turistområde i Barcelona sammen med en venn. Klageren var bosatt i Spania, og var pakistansk statsborger og hadde pakistansk utseende. Også klagerens venn hadde pakistansk utseende.

Klageren anførte at politibetjenten begrunnet kontrollen i at klager var «svart» og at betjenten uttalte at han «ikke ville ha stoppet en tysk statsborger». Klager mente derfor at han var utsatt for diskriminering av politiet. Politiet, på sin side, påstod at dette aldri ble uttalt. Deres forklaring var at politiet patruljerte i området og at klageren lo av politiet og tiltalte politiet med ukvemsord. Derfor ba politiet klageren legitimere seg, hvilket han nektet, hvorpå han ble innbrakt til politistasjonen. Klageren ble gitt en administrativ bot for å ha nektet å identifisere seg, utvist «mangel på respekt for myndigheten» og «utvist en uforskammet holdning».

Muhammad anmeldte politiet for ulovlig tjenestehandling. Anmeldelsen ble først avvist av domstolene, men påklaget av klageren, og deretter iverksatte domstolen etterforskning av politiet. Imidlertid var ikke påstanden om diskriminering gjenstand for etterforskning. Politibetjentene og klageren ble avhørt. Saken ble deretter henlagt av nasjonal domstol på grunn av manglende bevis.

Parallelt med dette fremmet klageren et statlig erstatningskrav på grunnlag av den diskriminerende identitetskontrollen. Saken ble avvist ettersom forskjellsbehandlingen ikke var bevist. Ankesaken ble også avvist av nasjonale domstoler.

EMDs vurdering

EMD tok innledningsvis stilling til om kontrollen utgjorde et inngrep i Muhammads privatliv. Dette ble besvart bekreftende fordi den opplevdes rasediskriminerende og påvirket hans psykologiske integritet. Igjen var spørsmålet om den nasjonale etterforskningen var tilfredsstillende.⁸⁵ EMDs flertall (med 4 mot 3 dommere) kom til at den nasjonale etterforskningen

tilfredsstilte de nasjonale forpliktelsene.⁸⁶ Flertallet viste til at spanske myndigheter gjorde en realitetsvurdering av klagers påstander, i motsetning til tyske myndigheter i Basus sak. Flertallet vurderte videre klagerens anførsel om at politiet ikke kontrollerte personer tilhørende den etniske majoriteten i området. I denne forbindelse uttalte flertallet at dette ikke er tilstrekkelig argument for å snu bevisbyrden til Muhammads favør.⁸⁷

Når det gjaldt klagers påstander om diskriminerende kontroll, påpekte flertallet at klagerens venn ikke var blitt kontrollert. Flertallet fant ingen grunn til å avvike fra spanske myndigheters vurdering, om at det var hans holdning, og ikke hans etnisitet, som var årsak til kontrollen.

EMDs konklusjon

EMDs flertall (4 mot 3) konkluderte med at det ikke forelå brudd på EMK art. 14. Dommen er avsagt med dissens, hvor mindretallet kom til brudd på konvensjonsbestemmelsene art. 8 og 14.

EMDs mindretall

De dissenterende dommerne kom til brudd på både EMKs bestemmelser om retten til et privatliv og diskrimineringsforbudet. Mindretallet pekte på svakheter ved den spanske etterforskningen. De trakk frem at klager og hans venn ikke fikk mulighet til å forklare seg muntlig, og at den nasjonale etterforskningen ikke behandlet anførselen om diskriminerende kontroll.

Dommer Zünd viste til at den nasjonale domstolen avviste klagers anke fordi han ikke kunne bevise sin versjon av hendelsesforløpet, samtidig som de avviste hans forsøk på å fremlegge bevis i saken. Dommer Krenc trakk frem svakheten ved flertallets begrunnelse hva gjelder statens positive plikt til å ha et rettslig rammeverk som gir effektiv beskyttelse mot vilkårlige og diskriminerende politikontroller. Han påpekte at den nasjonale politilovgivningen ikke stiller krav om en tilstrekkelig begrunnelse for identitetskontroller, og dermed ga rom for vilkårlighet og diskriminering.

Derfor konkluderte de dissenterende dommerne med at den nasjonale etterforskningen ikke i tilstrekkelig grad undersøkte påstandene om rasediskriminering. Da staten ikke kunne bevise at kontrollen var motivert av legitime grunner, konkluderte mindretallet med brudd på art. 8 og 14.

Kommentar

I likhet med saken *Basu mot Tyskland*, illustrerer denne dommen den avgjørende betydningen av nasjonal etterforskning i saker som gjelder påstander om diskriminerende politikontroller. Hvorvidt nasjonal etterforskning oppfyller kravet om en grundig og effektiv undersøkelse, avgjør om bevisbyrden flyttes over til staten. Både flertallet og mindretallet slutter opp om dette utgangspunktet.

Dommen er særlig interessant med hensyn til flertallets og mindretallets ulike vurdering av om nettopp den nasjonal etterforskning var tilstrekkelig utført i den aktuelle saken. Etter ombudets vurdering fremstår flertallets begrunnelse som mangelfull, jf. mindretallets henvisning til paradokset hvor klagers forsøk på å fremlegge bevis avvises av nasjonal domstol, samtidig som anken nektes fremmet fordi påstandene ikke lar seg bevise. Noe som vel kan betegnes som en klassisk catch-22.

Overført til norsk kontekst oppstår to interessante problemstillinger. Det første gjelder om den norske klageordningen tilfredsstiller kravet til institusjonell og praktisk uavhengighet, som evner å sikre grundig og effektiv etterforskning ved påstand om diskriminerende kontroller.⁸⁸ En slik ordning må antas å ha en *gjenopprettende effekt*.

I Norge kan enhver borger klage på politiet dersom man mener at feil er begått, herunder påstand om diskriminerende opptreden. Politidistriktets egen vurdering av klagen kan trolig ikke tjene som en uavhengig vurdering, slik EMD krever. Mer alvorlige tjenestefeil kan anmeldes til Spesialenheten for politisaker. Den behandler saker om straffbare hendelser begått av politiet i tjeneste. Ut fra Spesialenhetens avgjørelser i saker som gjelder politiets mulige diskriminerende opptreden, ser ombudet at Spesialenheten legger til grunn at saker om diskriminering faller utenfor deres mandat.⁸⁹ Disse sakene vil derfor i praksis kun bli behandlet av Diskrimineringsnemnda og de ordinære domstolene. Etter vårt syn må effektiv etterforskning og uavhengig avgjørelse sikres i slike saker. I lys

⁸⁸ Se avsnitt 33 i dommen.

⁸⁹ Se f.eks. sak 589/19-123 av 23.03.2020. Anmeldelsen gjaldt etnisk diskriminering ved at en person med afrikansk opphav ble stanset i 8 kontroller på 5 år på grunn av sin etnisitet. Saken ble henlagt uten etterforskning selv om hendelsene «kunne innebære ulovlig diskriminering». Spesialenheten anså det ikke som sannsynlig at tjenestepersonenes opptreden kunne lede til straffeansvar. Slik ombudet forstår avgjørelsen, vil ikke Spesialenheten anse brudd på diskrimineringsforbudet som en tjenestefeil iht. straffeloven § 171.

⁸⁶ Se avsnitt 75 i dommen.

⁸⁷ Se avsnitt 99 i dommen.

av at det finnes et eget klagesystem for behandling av tjenestefeil, vil vi oppfordre Justisdepartementet til å utrede og klargjøre om og eventuelt hvordan Spesialenheten bør håndtere denne typen saker. Herunder bør det utredes om det kunne være hensiktsmessig at Spesialenheten etterforsker sakene og at de deretter oversendes Diskrimineringsnemnda for avgjørelse.

Den andre problemstillingen henspiller på dissenterende dommer Klarcs poeng om statens positive forpliktelse til å ha et «rettslig rammeverk» som gir effektive beskyttelse mot vilkårlige og diskriminerende politikontroller. Et slikt rammeverk antas å ha en *forebyggende effekt* mot diskriminering. I vår rapport *Kontroller uten kontroll* vurderer ombudet den norske politilovgivningen, og kartlegger enkelte begrensninger med hensyn til å sikre etterlevelse av diskrimineringsforbudet.⁹⁰ Ombudet konkluderer med at Norge mangler en kontrollmekanisme for å avdekke en eventuelt diskriminerende praksis ved politikontroller.⁹¹ Videre påpeker vi at norsk lovverk ikke pålegger politimyndighetene en plikt til å *begrunne* sine kontroller og at den kontrollerte dermed i realiteten begrenser mulighet til å påklage en eventuell diskriminerende praksis.⁹² Det er usikkert om politilovens generelle begrensninger ved anvendelse av makt som følger av politiloven § 6 og politiinstruksen, er tilstrekkelig for å sikre effektiv beskyttelse mot vilkårlige og diskriminerende kontroller. Ombudet etterlyser derfor norske politimyndigheters og Justisdepartementets vurdering av dette spørsmålet.

3.4 Praksis fra EU-domstolen

C-344/20 L.F. mot S.C.R.L. – nøytralitetskrav for ansatte – spørsmål om forskjellsbehandling på grunn av religion

En kvinne ble ikke tatt i betraktning da hun søkte på en praksisplass hos en virksomhet, S.C.R.L. Årsaken var at arbeidsgiver hadde innført et forbud for ansatte mot å gi uttrykk for sin religiøse, ideologiske eller politiske overbevisning, herunder gjennom bekledning. Kvinnen var muslim og brukte hijab. Hun mente seg derfor diskriminert på grunn av religion.

EU-domstolen la til grunn at dersom en arbeidsgiver håndhever slike forbud overfor alle ansatte, vil en slik forskjellsbehandling ikke utgjøre direkte forskjellsbehandling på grunn av religion. Domstolen presiserte for øvrig at personkretsen man kan sammenligne med når det gjelder virkningen av slike forbud, ikke er begrenset til personer uten en bestemt religion eller tro.

Videre uttalte domstolen at begrepene «religion eller tro» i artikkel 1 i direktiv 2000/78/EF (rammedirektivet) skal forstås slik at de utgjør ett diskrimineringsgrunnlag, som omfatter såvel religiøs som ideologisk og åndelig overbevisning. Politiske eller andre syn omfattes ikke av dette grunnlaget, og direktivet kan ikke tolkes utvidende på dette punktet. Medlemsstatene kan imidlertid ha nasjonale bestemmelser som verner mot diskriminering på disse grunnlagene.

Kommentar:

EU-domstolen fastholder sin praksis i saker om uniformskrav sett opp mot religion, men presiserer kravet til rettferdiggjøring av forskjellsbehandling som begrunnes med ønske om nøytralitet. Arbeidsgiver må vise et reelt behov for et slikt forbud, altså noe mer enn et rent ønske om nøytralitet.

C-485/20 HR Rail – plikten til tilrettelegging i arbeidslivet ved funksjonsnedsettelse – rekkevidde

En mann ble ansatt i det belgiske selskapet HR Rail. Arbeidsoppgavene var å vedlikeholde jernbaneskinner. I prøvetiden fikk han diagnostisert en hjertefeil som gjorde pacemaker nødvendig. På grunn av pacemakeren kunne han ikke lenger utføre oppgavene som lå til stillingen. Han fikk først tilbud om en lagerstilling, men han klaget på dette vedtaket. Han ble senere oppsagt og gikk til sak mot tidligere arbeidsgiver.

EU-domstolen uttalte at begrepet «rimelig tilrettelegging» i rammedirektivet artikkel 5 «Tilpasninger til handicappede i rimeligt omfang» omfatter tilbud om annen, ledig stilling enn den vedkommende

⁹⁰ Tilgjengelig fra https://www.ldo.no/globalassets/_ldo_2019/_bilder-til-nye-nettsider/etnisitet/ldo_kontroller_uten_kontroll_elektronisk_versjon.pdf

⁹¹ Ibid, se kap 10 s. 47.

⁹² Ibid, s. 48 og 50–51.

opprinnelig ble tilsatt i. Forutsetningen er at arbeidstakeren er kvalifisert, egnet og disponibel for stillingen og dette ikke vil utgjøre en uforholdsmessig byrde for arbeidsgiver. Denne plikten gjelder også overfor ansatte i prøvetiden.

Kommentar:

Retten presiserer at plikten omfatter tilbud om annen ledig stilling i virksomheten. Arbeidsgiver har altså ikke plikt til å opprette en ny stilling. Dette er i tråd med norsk rett.

I avgjørelsen la retten stor vekt på formålet med bestemmelsen om tilrettelegging på grunn av funksjonsnedsettelse og presiserte for øvrig at det følger av dens rettspraksis at direktiv 2000/78 så vidt mulig bør tolkes i overensstemmelse med CRPD, jf. dommen i sak C-824/19 med videre henvisninger.

C-301/21 Curtea de Apel Alba Iulia m.fl. mot YF m.fl. – rammedirektivet i arbeidslivet kan ikke tolkes utvidende mht diskrimineringsgrunnlag

En ordning som gav etterbetaling av lønnstillegg for perioden 2010–2015 til dommere som var tilsatt før 1. januar 2010, men ikke til senere tilsatte dommere, kunne ikke sies å utgjøre verken direkte eller indirekte forskjellsbehandling på grunn av alder.

EU-domstolen la til grunn at direktiv 2000/78/EF artikkel 1 ikke kan tolkes utvidende, slik at listen over diskrimineringsgrunnlag må sies å være uttømmende.

Kommentar:

Til sammenligning gir EMK artikkel 14 ikke en uttømmende opplisting av vernede grunnlag eller forhold, jf. formuleringen «eller annen status». I sin rådgivende uttalelse av 13. juli 2022, anmodning nr. P16-2021-002, åpner Den europeiske menneskerettsdomstolen for at også en tidsfaktor i seg selv muligens kan være et forhold som kan ha et diskrimineringsvern.

C-389/20 CJ mot Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) – indirekte diskriminering av kvinner i trygdeordning

En spansk trygdeordning for arbeidstakere som jobber i andres hjem («domestic workers») gav ikke mulighet for slike ansatte til å betale inn til ordningen for å sikre dagpengerettigheter ved arbeidsløshet. Siden de aller fleste ansatte i private hjem er kvinner, var det vesentlig flere kvinner enn menn som ble rammet av denne begrensningen. Bakgrunnen for regelen var dette var en type arbeid og arbeidsforhold som skiller seg fra annen type arbeid, som krever andre ferdigheter og der arbeidsgiverne i utgangspunktet får profitte av

arbeidstakerens innsats. Dessuten er det vanskeligere å følge opp slike arbeidsforhold og sjekke om vilkårene for arbeidsledighetstrygd var oppfylt. Rett til slik trygd ville dessuten føre til økte lønnskostnader med videre, noe som igjen ville føre til færre slike jobber, og eventuelt mer svart arbeid.

EU-domstolen kom til at en slik begrensning vil være i strid med tryggedirektivet om lik behandling av kvinner og menn (direktiv 79/7/EØF) og forbudet mot indirekte diskriminering. Direktivet er for øvrig bindende for Norge gjennom EØS-avtalen. Domstolen uttalte at å sikre sysselsettingen, ivareta sosiale rettigheter og hindre svart arbeid og trygdebedrageri i utgangspunktet er saklige hensyn. Ordningen må imidlertid brukes og håndheves på en konsekvent og systematisk måte, det vil si at det må godtgjøres at denne gruppen av arbeidstakere er så forskjellig fra andre grupper av arbeidstakere, som ikke var ekskludert fra ordningen med arbeidsledighetstrygd, at forskjellsbehandlingen kan rettferdiggjøres. Her viste domstolen til at andre grupper arbeidstakere som jobber for private arbeidsgivere, med omtrent samme lønn og kvalifikasjonskrav, slik som gartnere, sjåfører med videre, ikke var unntatt fra ordningen. Domstolen mente dette reiser spørsmål om begrensningen var egnet til å oppnå de saklige formålene, og om den gikk lenger enn nødvendig, noe den nasjonale domstolen måtte vurdere.

EU-domstolen viste også til at det å bli utelukket fra arbeidsledighetstrygd også hadde andre konsekvenser, som manglende rett til uføreytelser og andre sosiale ytelser for arbeidsledige. En ordning som stiller kvinnelige ansatte i en særlig dårligere stilling enn mannlige ansatte, og som ikke kan saklig begrunnes i forhold som ikke er knyttet til kjønn, vil altså være i strid med direktivet om lik behandling av kvinner og menn i trygdespørsmål.

Kommentar:

Dommen anerkjenner at visse typer lønnet arbeid i hjemmet er «kjønnet», og samtidig at dette er arbeidsforhold som er sammenlignbare med andre arbeidsforhold for private arbeidsgivere. Dommen vil kunne ha stor betydning, idet det er ulik grad av rettigheter og beskyttelse av denne typen arbeidstakere i de ulike medlemsstatene i EU. Se også omtalen ovenfor under kapittel 2.1 om ny forskrift om arbeid i arbeidsgivers hjem, som ble vedtatt i forbindelse med ratifikasjonen av ILO-konvensjon nr. 189 om anstendig arbeid for arbeidstakere i private hjem.

C-587/20 A. mot HK/Danmark og HK/Privat –
aldersgrense for lederverv i fagforening

En fagforening hadde aldersgrense for vervet som formann. Bare personer som ikke har fylt 60 år kunne stille til formannsvalg. Spørsmålet i saken var om forbudet mot diskriminering på grunn av alder i direktiv 2000/78/EF (rammedirektivet) kom til anvendelse, i og med at det ikke dreide seg om et ordinært arbeidsforhold eller utøvelse av selvstendig næringsvirksomhet, men mer hadde preg av et politisk verv.

EU-domstolen påpekte at etter ordlyden i direktivet er det ikke begrenset til å omfatte kun «arbeidstakere», og at punkter i fortalen viser at direktivet ikke kan tolkes innskrenkende på dette punktet. Videre pekte domstolen på at direktivet konkretiserer, innen sitt virkeområde, det generelle prinsippet om forbud mot forskjellsbehandling i EU-charteret artikkel 21.

Direktivet omfatter også personer som velges til sitt arbeid/lønnet sysselsetting, og stillinger av politisk karakter er i utgangspunktet heller ikke unntatt fra virkeområdet. Forbudet mot diskriminering som følger av direktivet vil dessuten være en lovlig begrensning i foreningsfriheten, idet forbudet er fastlagt ved lov, berører ikke det vesentligste innholdet i foreningsfriheten, har saklige formål, er nødvendig og proporsjonalt.

EU-domstolen uttalte også at et verv som formann dessuten vil falle inn under alternativet «deltakelse i arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjon», som er omfattet av direktivet artikkel 3 nr. 1 bokstav d.

Kommentar:

Norge er ikke bundet av rammedirektivet, men skal ha et diskrimineringsvern på høyde med det som følger av direktivet. Problemstillingen i denne saken vil trolig måtte vurderes etter likestillings- og diskrimineringsloven § 6, jf. §§ 7 og 8, og ikke etter arbeidsmiljøloven kapittel 13, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 2 andre ledd.

C-304/21 VT mot Ministero dell'Interno and Ministero dell'Interno – Dipartimento della Pubblica Sicurezza –
aldersgrense for polititjenestepersoner

Statspolitiet i Italia har en aldersgrense på 30 år for rekruttering. Spørsmålet i saken var om dette kravet er i strid med forbudet mot aldersdiskriminering som følger av direktiv 2000/78/EF (rammedirektivet).

Krav om visse fysiske ferdigheter er et «regulært og avgjørende erhvervsmessig krav», som er knyttet til alder. EU-domstolen uttalte i sin fortolkningsdom at et slikt krav vil være i strid med rammedirektivet artikkel 4 nr. 1, med mindre oppgavene som faktisk utføres av disse polititjenestepersonene i det vesentlige er operative eller utøvende funksjoner som krever usedvanlig høye fysiske ferdigheter. Dersom slike fysiske ferdigheter kreves, og dette er saklig begrunnet, må alderskravet uansett være saklig, nødvendig og forholdsmessig for å være lovlig. I vurderingen av forholdsmessigheten vil det være relevant å se på en fysisk test som alternativ til alderskrav. I og med at det var noen unntak fra alderskravet for visse grupper, så kravet ut til å være uforholdsmessig, idet det ikke ble gjennomført på en sammenhengende og systematisk måte. Det var dermed ikke egnet til å sikre gjennomføringen av de anførte formålene.

Heller ikke kunne alderskravet anses å være tillatt etter direktivet artikkel 6, som åpner for forskjellsbehandling som begrunnes i sosialpolitiske formål, der det kan stilles alderskrav ved opptak til utdanning eller krav om fremtidig gjenstående tjenestetid etter rekruttering. Også her er det vilkår om at alderskrav må være egnet og nødvendig for å oppnå formålene. Den nasjonale retten må uansett avgjøre om arbeidsoppgavene i det vesentlige krever slike særlige fysiske ferdigheter, og om polititjenestepersoner over 30 år ikke vil være i stand til å utføre slike oppgaver i en tilstrekkelig lang periode. I motsatt fall vil alderskravet være i strid med direktivet.

3.5 FN-praksis

3.5.1 FNs kvinnekomité

3.5.1.1 Generelle kommentarer og anbefalinger

Generell anbefaling nr. 39 av 26. oktober 2022 om rettighetene til urfolkskvinner og -jenter – CEDAW/C/GC/39

I 2022 avga CEDAW-komiteen en tolkning av hvordan kvinnekonvensjonen skal forstås når det gjelder rettighetene til urfolkskvinner og -jenter. Generelle anbefalinger inneholder både kommentarer og anbefalinger til stater for å sikre at lover, politikk og tiltak er i samsvar med konvensjoner.

Komiteen slår fast at diskriminering og kjønnsbasert vold mot kvinner og jenter med urfolksbakgrunn er utbredt både i rurale og urbane strøk i verden. Anbefalingen omfatter urfolkskvinner og jenter uavhengig av om de lever i eller utenfor urfolk sine geografiske områder. I kommentaren bes stater være særlig oppmerksom på urfolkskvinner og -jenter som lever i urbane områder der de opplever rasisme, diskriminering, assimilering og kjønnsbasert vold.

Komiteen anerkjenner urfolkskvinnens og -jentes egenaktivitet både i og utenfor eget samfunn og deres nøkkelrolle som ledere, kunnskapsbærere og formidlere av egen kultur.

Det legges til grunn at urfolk er mennesker som selv identifiserer seg som dette, etter internasjonale standarder for selvidentifisering. Det er anslått at det finnes rundt 477 millioner urfolk i verden i dag, hvorav over halvparten av disse er kvinner. Norge har ett urfolk, samene. Anbefalingen omfatter imidlertid også urfolk som er i bevegelse eller flytter til et annet land, blant andre flyktninger og migranter.

Komiteen fremhever at urfolkskvinner og -jenter er utsatt for sammensatt og sammenvevd diskriminering (interseksjonell diskriminering) på grunn av faktorer som deres urfolksopprinnelse, kjønn, etnisitet, alder, språk, funksjonsevne, seksuell orientering m.m. De har en sammensatt identitet som det er viktig å være klar over og anerkjenne i arbeidet mot diskriminering og kjønnsbasert vold fra statlige og ikke-statlige aktører. Komiteen påpeker at myndighetenes arbeid for å forebygge og håndtere diskriminering mot urfolkskvinner og -jenter må legges til grunn flere perspektiver: kjønn, interseksjonalitet, urfolksperspektiv, interkulturelt perspektiv og tverrfaglighet. Anbefalingen nevner gjentatte ganger viktigheten av å sikre rettighetene til funksjonshemmede urfolkskvinner og -jenter. Lesbiske, biseksuelle, transkjønnede og intersex

er også nevnt. Komiteen uttrykker bekymring for at urfolkskvinner og -jenter også opplever digitale former for diskriminering og kjønnsbasert vold på Internett, sosiale medier og alle teknologiske plattformer.

Forbudet mot diskriminering i kvinnekonvensjonens artikler 1 og 2 må implementeres slik at urfolkskvinner og -jenter sikres selvbestemmelse og tilgang til og integritet når det gjelder egne landområder og ressurser, kultur og miljø. De skal sikres retten til effektiv og likeverdig deltakelse i beslutningsprosesser og til konsultasjon. Urfolkskvinner og -jenter skal sikres fritt og informert samtykke i forkant av rettslige eller administrative tiltak som kan ha innvirkning på dem. Brudd på disse rettighetene utgjør diskriminering, ifølge generell anbefaling nr. 39.

Komiteen gjør stater oppmerksom på at urfolkskvinner og -jenter utøver og forsvarer sine menneskerettigheter i en utfordrende virkelighet der de globalt er sterkt påvirket av eksistensielle trusler i forbindelse med klimaendringer, miljødegradering, tap av biodiversitet og barrierer i tilgangen til mat og vann. Komiteen viser til at næringsvirksomhet som handler om utvinning ofte har ødeleggende effekt på miljø, luft, land, vann, territorier og naturressurser til urfolk og kan forringe rettighetene til urfolkskvinner og -jenter. Anbefalingen beskriver en situasjon der regjeringer og andre aktører stadig utfører aktivitet knyttet til investeringer, infrastruktur, utvikling, konservering, tilpassing og avbøtende tiltak på grunn av klimaendringer, turisme, gruvedrift, tømmerhogst og utvinning uten å sikre effektiv deltakelse og samtykke fra urfolk som påvirkes av slik virksomhet.

Videre nevner anbefalingen statenes forpliktelse til å adressere konsekvensene av blant annet kolonialisme, rasisme, assimilering, tvangsflytting og tap av territorier og andre alvorlige menneskerettsbrudd som rammer urfolkskvinner og -jenter. Diskrimineringen som urfolkskvinner og -jenter opplever, og konsekvensene av dette, må forstås både individuelt og kollektivt, understreker komiteen. Kollektive rettigheter er viktige for urfolkskvinner og -jenter, men i etterstrebbelsen av kollektive rettigheter eller grupperettigheter skal ikke deres individuelle rettigheter neglisjeres eller brytes.

Komiteen gir konkrete anbefalinger knyttet til følgende rettigheter:

- Likestilling og ikke-diskriminering og frihet fra sammensatte og sammenvevde former for diskriminering
- Tilgang til rettigheter og håndheving av disse i ulike rettssystemer

- Retten til effektiv deltakelse i den politiske og offentlige sfæren
- Forebygging av og beskyttelse mot kjønnsbasert vold
- Retten til utdanning, arbeid, helse og kultur
- Retten til land, territorier og naturressurser og til mat, vann og frø
- Retten til et rent, helsefremmende og bærekraftig miljø

LDOs kommentar

Generell anbefaling nr. 39 er aktuell for både norske myndigheter, sivilt samfunn og urfolk selv å se hen til, blant annet når det gjelder retten til konsultasjon og samtykke ved avgjørelser som særlig berører urfolkskvinner og -jenter. Komiteen fremhever at offentlig ansatte må ha opplæring i retten til effektiv deltakelse og anbefaler stater å ansvarliggjøre politiske partier og fagforeninger slik at de ikke diskriminerer urfolkskvinner og -jenter.

LDO merker seg at komiteen fremhever at myndighetene skal identifisere diskriminering som rammer urfolkskvinner og -jenter knyttet til flere sider ved dem, idet mye av diskrimineringen er sammensatt og sammenvevd, og knyttet til forhold som nedsatt funksjonsevne, seksuell orientering og alder.

I lys av LDOs mandat er kommentarene og anbefalingene som omhandler statistikk, forebygging og beskyttelse mot kjønnsbasert vold, forebygging og håndtering av stereotyper, rasisme og diskriminering samt tiltak for å sikre likeverdighet når det gjelder utdanning, arbeid, helse og kultur særlig relevante.

Mangelen på statistikk har blitt tatt opp også av FNs rasediskrimineringskomite (CERD-komiteen)⁹³ og av Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM).⁹⁴ NIM har påpekt at samisk statistikk som er tilgjengelig i dag ikke gir tilstrekkelig grunnlag for å overvåke statens gjennomføring av menneskerettighetsforpliktelser overfor samene.

Når det gjelder rettssikkerhet, anbefaler komiteen at staten sikrer rettssystem som motvirker stereotyper, diskriminering, partiskhet, straff og gjengjeldelse og aktivt rekrutterer urfolkskvinner som dommere og i andre stillinger i retten. Komiteen anbefaler

at rettssystemer har tolker, oversettere, antropologer, psykologer og helsearbeidere som er spesialisert og trent i å ivareta behovene til urfolkskvinner og -jenter. Urfolks egne rettslige systemer anerkjennes av komiteen, med forbehold om at de er i samsvar med menneskerettslige standarder og ikke diskriminerer kvinner og jenter. LDO er en av flere pådrivere for at offentlige tjenester skal bruke kvalifiserte tolker og oversettere for å gi et likeverdig tilbud, jf. også den nye tolkeloven som nå er trådt i kraft, se omtale i kapittel 2.1.1. De andre sidene ved komiteens anbefaling til rettssystemet bør myndighetene drøfte med samiske kvinner og jenter og andre urfolkskvinner og -jenter som befinner seg i Norge for å kartlegge behov og hvilke tiltak som trengs.

Kjønnsbasert vold mot urfolkskvinner og -jenter er underrapportert, skriver komiteen og oppfordrer myndigheter til å innhente data som gjør det mulig å vurdere situasjonen til urfolkskvinner og -jenter og overvåke diskriminering og kjønnsbasert vold som de er utsatt for. Voldsutsatte må sikres et hjelpetilbud som både er tilgjengelig og kulturelt tilpasset. Komiteen anbefaler statene å identifisere, forebygge, håndtere, sanksjonere og utrydde alle former for kjønnsbasert vold mot urfolkskvinner og -jenter, inkludert miljømessig, spirituell, politisk, strukturell, institusjonell og kulturell vold, i tillegg til vold påført av utvinningsindustri. Sametinget, samiske organisasjoner og andre aktører, inkludert LDO, har vært pådrivere for å frembringe kunnskap om og utvikle tiltak rettet mot samiske kvinner og jenter utsatt for kjønnsbasert vold i nære relasjoner. Myndighetene har tatt tak i dette. Det er viktig at arbeidet følges opp og at samiske kvinner og jenter involveres i dette. På bakgrunn av komiteens anbefaling kan det være grunn til å se bredere på flere former for kjønnsbasert vold som samiske kvinner og jenter kan være utsatt for.

I utdanningssektoren oppfordrer komiteen til å utvikle pensum som reflekterer urfolks språk, kultur og historie. I LDOs kontakt med unge samer har det kommet opp et tydelig ønske om at skolen gir alle elever mer og bedre kunnskap om fornorskningssprosessen og formidler ulike sider ved samisk kultur og levemåter også i nyere tid. LDO oppfordrer utdanningsmyndighetene til å utvikle dette i samråd med samiske organisasjoner og unge samer.

Komiteen påpeker betydningen av kultur for urfolkskvinner og -jenter og oppfordrer stater til å beskytte og ivareta urfolksspråk, -kultur og -kunnskap. Videre nevner komiteen at urfolkskvinner og -jenter ikke bare har rett til å nyte godt av egen kultur, men også til å utfordre sider ved kulturen som de oppfatter som diskriminerende. LDO vil påpeke at

⁹³ Se blant annet siste kommentarer og anbefalinger til Norge: <https://www.regjeringen.no/contentassets/099c01568a0e4ecaa8ac606847fd7542/avsluttende-merknader-til-norges-kombinerte-23-og-24-periodiske-rapport-med-ansvarlig-departementer-angitt.pdf>

⁹⁴ https://www.nhri.no/wp-content/uploads/2020/08/StatistikkUrfolk_NO_web_042021.pdf

for urfolk som har opplevd historisk urett og fortsatt opplever rasisme og diskriminering, kan det være vanskelig å utfordre diskriminerende sider ved egen kultur siden det kan misbrukes til å sette hele kulturen i et negativt lys. Det er derfor viktig at myndighetene kontinuerlig anerkjenner overgrep som har skjedd og rasisme og diskriminering som forekommer i nåtid, slik at det skapes rom for å si fra for kvinner og jenter som reagerer på diskriminerende praksis i egen kultur.

LDO merker seg videre komiteens påpekning av at andre urfolk som befinner seg i Norge som flyktninger, migranter eller av andre grunner også omfattes av generell kommentar nr. 39. Dette bør ha konsekvenser for hvordan myndighetene nasjonalt og lokalt jobber med å fange opp urfolkskvinner og -jenter utover samer og sikre rettighetene også til disse.

3.5.1.2 Individuelle klagesaker

Communication No. 49/2019 – N.A.E. mot Spania – brudd på rettigheter under fødsel

Saken gjaldt spørsmål om den spanske staten hadde brutt sine forpliktelser etter CEDAW-konvensjonens artikkel 2, 3, 5 og 12 ved at klager var blitt utsatt for obstetrisk vold (fødselsvold) under fødsel på et sykehus i Spania.

Faktum i saken

En kvinne i Spania hadde hatt et friskt svangerskap. Under svangerskapet hadde hun levert et fødselsbrev til sykehuset der hun understreket at hun ønsket minst mulig medisinsk intervensjon under fødsel, og at dersom medisinsk intervensjon ble nødvendig skulle hennes samtykke innhentes. Hun hadde beskrevet at dersom barnet ble forløst med keisersnitt, skulle barnet umiddelbart leveres til mor for hud til hud-kontakt. Barnet skulle ikke flaskemates av hensyn til å sikre en best mulig ammestart.

Da vannet gikk i uke 38, oppsøkte paret det aktuelle sykehuset. Sykehuset hadde retningslinjer om at man ved vannavgang skal avvente 24 timer før fødsel eventuelt igangsettes. Likevel ble kvinnen igangsatt etter 14 timer. Hun ba gjentatte ganger om informasjon om begrunnelse for dette, og om risiko ved igangsettelse, men dette ble ikke gitt. Hun ble utsatt for flere vaginale undersøkelser uten samtykke i løpet av fødselsforløpet. Barnet ble til slutt forløst med keisersnitt som følge av at fødselen hadde stoppet opp, men uten indikasjon på at dette var medisinsk nødvendig og uten at kvinnens samtykke ble innhentet. Keisersnittet ble utført av leger i spesialisering under veiledning av kirurg. Heller ikke det ble det innhentet samtykke til, noe som var et krav i nasjonal lovgivning. Far til barnet

fikk ikke være med under forløsningen, og klager fikk ikke barnet umiddelbart til seg etter fødsel da hun fortsatt var fastspent etter keisersnittet. Barnet ble tatt direkte til barnelege uten at det var indikasjon for at dette var nødvendig. Klager mistet derfor muligheten til umiddelbar hud til hud-kontakt med barnet. Barnet ble flaskematet selv om klager hadde presisert at hun ikke ønsket dette. Som følge av dette oppsto vedvarende utfordringer med ammingen. Klager ble i etterkant diagnostisert med PTSD som følge av behandlingen hun ble utsatt for under fødselsforløpet.

Klager hevdet at hun ble utsatt for fødselsvold, og at hun både i fødsel og i prosessen for nasjonale domstoler ble utsatt for strukturell diskriminering basert på kjønnsstereotyper. Klageren anla erstatnings søksmål mot sykehuset gjennom de nasjonale forvaltningsdomstolene uten å vinne frem.

Klagen

Klager anførte at behandlingen hun var utsatt for på sykehuset utgjorde obstetrisk vold. Hun hevdet behandlingen hun mottok var et resultat av vedvarende stereotypier om kvinners manglende autonomi og selvbestemmelse over egen kropp og helse. Klager hevdet at stereotypifiseringen også gjennomsyret behandlingen av saken for de nasjonale domstoler, der hennes PTSD-lidelse var blitt bagatellisert, og der dommeren ikke tok hensyn til rapporter og sakkyn-dige vurderinger som klager hadde lagt frem, men kun baserte seg på sykehusets og legenes versjon av saken.

Klager hevdet at hennes rett til seksuell og reproduktiv helse og tilgang til tilfredsstillende hestetjenester uten å bli utsatt for diskriminering og vold ble krenket i strid med artikkel 2, 3, 5 og 12 i konvensjonen.

Komiteens vurdering

Komiteen vurderte først om saken skulle avvises på grunn av manglende uttømming av nasjonale rettsmidler, ettersom staten hevdet at klager kun hadde fremmet erstatningskrav for nasjonale domstoler på bakgrunn av feilbehandling, og ikke fremsatt krav om å vurdere brudd på hennes grunnleggende rettigheter. Komiteen mente at ettersom klager hadde fremmet alle forhold som utgjorde den obstetriske vold hun mente seg utsatt for nasjonale domstoler, var dette tilstrekkelig. Komiteen avviste statens anførsler og behandlet saken.

Temaet til vurdering for komiteen var om det forelå brudd på retten til tilfredsstillende hestetjenester uten å bli utsatt for vold og diskriminering, og retten til personlig autonomi, fysisk og psykisk integritet i henhold til CEDAW-konvensjonen artikkel 2, 3, 5 og 12.

Komitéen uttalte at stereotype forestillinger om kvinner påvirker kvinners rett til beskyttelse mot kjønnsbasert vold, herunder fødselsvold. Komitéen understreket at når myndigheter skal vurdere om slike handlinger har skjedd, bør de utvise særlig forsiktighet for å ikke reprodusere disse stereotypiene.

Komitéen bemerket at spesialrapportøren vedrørende vold mot kvinner har erfart at obstetrisk vold har vist seg å være utbredt. Ifølge spesialrapportøren forekommer dette i en bredere kontekst av strukturell diskriminering og er også et resultat av mangel på utdanning og opplæring av helsepersonell, samt mangel på respekt for kvinners likestilling og menneskerettigheter i fødsel. Spesialrapportøren har uttalt at keisersnitt uten kvinnens samtykke kan utgjøre obstetrisk vold. Spesialrapportøren har også fremhevet at informert samtykke for medisinsk behandling i forbindelse med fødsel er en grunnleggende menneskerettighet. Helsepersonell har en plikt til å innhente slikt samtykke, også der det er krevende. Komitéen fremhever også at den i sine konkluderende bemerkninger til staten har bemerket at keisersnitt utføres i økende grad uten samtykke eller tilstrekkelig medisinsk begrunnelse. Komitéen bemerker også at den tidligere er kommet til brudd i sak om obstetrisk vold mot staten.

Komitéen konkluderte med at klager ble utsatt for obstetrisk vold, og la særlig vekt på tidlig induksjon av fødsel uten at klager ble gitt tilstrekkelig informasjon og uten at hennes informerte samtykke ble innhentet, de mange vaginale undersøkelsene som ble utført, utførelsen av et keisersnitt gjennomført av leger i spesialisering uten klagers samtykke og adskillelsen fra barnet etter fødsel som frarøvet klager muligheten til umiddelbar hud til hud-kontakt.

Komitéen vurderte domstolenes behandling av saken. Komitéen påpekte at domstolen hadde sådd tvil om klagerens PTSD-diagnose på tross av at hun hadde fremlagt erklæring fra psykiater. Komitéen la også vekt på at klagers fremlagte dokumentasjon fra uavhengig helsepersonell ble tillagt liten vekt, og at domstolen ikke selv hadde innhentet sakkyndig vurdering, men kun basert seg på sykehusets forklaring av hvorfor de ulike intervusjonene ble gjennomført. Komitéen konkluderte med at dette medførte stereotypifisering og diskriminering. Komiteen konkluderte med brudd på artikkel 2, 3, 5 og 12 i CEDAW-konvensjonen.

Komiteen ga følgende anbefalinger til staten:

- Oppreisning til klager, inkludert erstatning for de skadene hun ble påført på sin fysiske og psykiske helse
- Sikre kvinners rettigheter til trygt morskap og tilgang til passende obstetriske tjenester i samsvar med generell anbefaling nr. 24 (1999) om kvinner og helse; og spesielt gi kvinner adekvat informasjon på hvert stadium av fødselen og etablere et krav om at det innhentes fritt og informert samtykke for inngrep som utføres i løpet av fødsel for å sikre respekt for deres autonomi og deres evne til å ta informerte beslutninger om deres reproduktive helse;
- Utføre forskning på obstetrisk vold for å belyse situasjonen
- Gi fødselsleger og andre helsearbeidere tilstrekkelig faglig opplæring i kvinners rettigheter til reproduktiv helse
- Sikre tilgang til effektive rettsmidler i saker der kvinners rettigheter til reproduktiv helse er blitt krenket

Staten ble også bedt om å publisere komiteens synspunkter.

Kommentar:

Vi er ikke kjent med lignende saker fra Norge der brudd på enten CEDAW eller likestillings- og diskrimineringsloven er blitt påberopt. Vi antar at slike saker behandles i henhold til det ordinære systemet for klagesaker i helsesektoren, og da først og fremst ut fra helselovgivningens bestemmelser om rettigheter og plikter. Slik vi ser det, kan det ut fra ovenstående sak være relevant å trekke inn også diskrimineringsrettslige vurderinger i denne typen saker nasjonalt. Dette gjelder ikke minst hvordan hensyn til selvbestemmelse skal ivaretas i pasientbehandlingen, i betydningen rett til respekt for personlig autonomi og fysisk og psykisk integritet. Dette vil også kunne være relevant i flere klagesaker som gjelder svangerskap, fødsler og barselomsorg enn det som synes å være tilfelle i dag.

3.5.2 FNs rasediskrimineringskomité

3.5.2.1 Generelle kommentarer

Komiteen kom ikke med noen generelle kommentarer i 2022.

3.5.2.2 Individuelle klagesaker

Communication No. 62/2018 – Jallow mot Danmark – rasistiske hatytringer på kunstutstilling – brudd

Saken gjaldt spørsmål om den danske stat hadde brutt sine forpliktelser etter artikkel 4 og 6 i CERD-konvensjonen ved manglende tiltak for å stoppe rasistiske hatytringer.

Faktum i saken

Klager er Momodou Jallow, tidligere talsperson for National Association of Afro-Swedes, og nasjonal koordinator for European Network Against Racism i Sverige.

Den 23. oktober 2014 ble det holdt en kunstutstilling i den danske parlamentsbygningen i København. Det var også mulig å kjøpe trykk fra utstillingen på stedet. Samlingen inkluderte blant annet et bilde av klager og to andre svarte personer hengende fra en bro, med bildeteksten: «HANG ON, Afrofobians», et bilde av klager avbildet som en slave som var rømt fra sin herre sammen med teksten: «VAR NEGERSLAV ÅR BORTSPRUNGEN!!». Det var også et bilde av Hitler med teksten «NOT ONLY NIGGERS HAVE DREAMS».

Kunstneren hadde tidligere blitt dømt i Sverige for ærekrenkelse og oppfordring til hat mot en etnisk gruppe på bakgrunn av de samme bildene. I København ble bildene stilt ut sammen med en tekst basert på intervjuer med kunstneren som forklarte bildenes bakgrunn og formål, samt en henvisning til de svenske domstolenes dom for hver av dem. Formålet var å skape debatt om ytringsfrihetens grenser.

Jallow sendte inn en klage mot kunstneren og arrangørene av utstillingen med påstand om at utstillingen utgjorde rasediskriminering. Statsadvokaten i København igangsatte etterforskning, men etterforskningen ble avsluttet. Hvert av bildene ble vurdert til å ikke kunne rammes av dansk straffelov, blant annet på grunn av konteksten de var fremsatt i, og at de ikke hadde til formål å virke truende, ydmykende eller nedverdiggende. Det ble fremhevet at dette var et satirisk innlegg i debatt om rasisme og at formålet var å skape debatt om ytringsfrihetens grenser. Klager brakte saken inn for riksadvokaten, men statsadvokatens avgjørelse ble opprettholdt.

Klagen

Klager brakte sin sak til komitéen i 2018. Klager mente at beslutningen om å la utstillingen fortsette og ikke straffeforfølge arrangørene utgjorde brudd med artikkel 4 og 6 i CERD-konvensjonen. Klager mente utstillingen var egnet til å spre rasehat og at manglende effektive tiltak mot utstillingen ikke var i overensstemmelse med konvensjonsforpliktelsene.

Klager hevdet at avgjørelsen om å avslutte etterforskning utgjorde et brudd med konvensjonsforpliktelsene fordi myndighetene i praksis ikke sørger for effektiv etterforskning av rasistiske hatforbrytelser. Klager refererte blant annet til CERD-komiteéns avsluttende bemerkninger til Danmarks statsrapport, der komitéen uttrykte bekymring over Riksadvokatens brede fullmakter til å avslutte etterforskning og henlegge saker, og anbefalte at staten burde etablere et uavhengig og flerkulturelt tilsynsorgan for å vurdere og føre tilsyn med avgjørelser etter straffelovens bestemmelse om rasistiske hatytringer. Klager viste også til komitéens generelle kommentar nr. 35 (2013) om bekjempelse av rasistiske hatytringer, hvor komitéen hadde fremhevet at uavhengige, upartiske rettslige organer var avgjørende for å sikre at enkeltsaker blir vurdert i overensstemmelse med menneskerettighetene. Klager hevdet videre at hans rolle i antidiskrimineringsorganisasjoner gjorde ham til et mål for kunstneren.

Staten mente de hadde oppfylt sine forpliktelser etter konvensjonen. Saken var blitt etterforsket og etterforskningen ble avsluttet etter en grundig og objektiv vurdering.

Komiteens vurdering

Spørsmålet for komitéen var om staten oppfylte sin plikt til å iverksette effektive tiltak mot det rapporterte tilfellet av rasediskriminering.

For å avgjøre om staten hadde brutt artikkel 4 bokstav a, lest i sammenheng med artikkel 6 i konvensjonen, tok komitéen først stilling til om utstillingen av bildene kunne anses for å være rasistiske hatytringer som rammes av konvensjonen. Deretter vurderte komitéen om staten handlet i tråd med artikkel 4 og artikkel 6 i konvensjonen for å bekjempe rasistiske hatytringer.

Komiteén mente at de aktuelle bildene inneholdt nedsettende språkbruk og rasistiske skildringer. Komiteén la derfor til grunn at utstillingen falt innenfor konvensjonens anvendelsesområde. Komiteén uttalte at bildene ikke uten videre kan kvalifiseres som rasistiske hatytringer under artikkel 4, selv om de skildrer et rasistisk innhold eller reproducerer rasistiske stereotyper. For å kvalifisere som rasistiske hatytringer som er omfattet av artikkel 4 bokstav a i konvensjonen, må den aktuelle ytringen også kunne sies å spre

ideer om raseoverlegenhet eller rasehat, oppfordre til hat eller diskriminering, true eller oppfordre til vold. Komitéen bemerket at kriminalisering av ytringer må reserveres for de mest graverende tilfellene, og tiltak for å avskaffe hets og diskriminering må iverksettes med behørig hensyn til retten til menings- og ytringsfrihet. Komitéen fremhevet viktigheten av å finne en balanse mellom den grunnleggende retten til ytringsfrihet og konvensjonsforpliktelsen til å bekjempe rasistiske hatytringer.

Komitéen bemerket imidlertid at noen av de aktuelle bildene viser spesifikke individer, herunder klager, som er kjent for sitt arbeid mot rasediskriminering. Komitéen uttalte at rasistiske personangrep er spesielt skadelige og går utover de akseptable grenser for debatt i et demokratisk samfunn. Komitéen fremhevet at fremstillinger av vold mot bestemte personer eller grupper av personer er spesielt skadelige, gitt at de kan forstås som oppfordring til, eller rettferdiggjøring av, vold. Komitéen bemerket at utstillingskonteksten ikke kan brukes som påskudd for å vise bilder som ellers ville bli forstått som rasistiske hatytringer. Komitéen la også vekt på at de forklarende tekstene til bildene ikke viste at arrangørene av utstillingene tok avstand fra det rasistiske innholdet i bildene. Komitéen fremhevet videre at trykk av bildene ble solgt i forbindelse med utstillingen, og dermed la til rette for og fremmet formidling av bildene, og det rasistiske innholdet, utover selve utstillingen.

Komitéen konkluderte på denne bakgrunn med at visningen av bildene ikke kunne begrunnes med henvisning til retten til ytringsfrihet, men utgjorde rasistiske hatytringer etter artikkel 4 bokstav a i konvensjonen.

Komitéen tok deretter stilling til om staten har oppfylt sin forpliktelse i henhold til artikkel 4 bokstav a, lest i sammenheng med artikkel 6 i konvensjonen til å iverksette effektive tiltak.

Komitéen bemerket at anmeldelsen ble tatt på alvor. Etterforskning ble startet og det ble foretatt grundige vurderinger av om ytringene kunne falle inn under bestemmelsene i dansk straffelov, både av statsadvokaten og riksadvokaten. Komitéen bemerket at det faktum at etterforskningen ikke førte til siktelse eller dom ikke i seg utgjør brudd på artikkel 4. Imidlertid uttalte komiteen at når en ytring faller innenfor rammen av artikkel 4 bokstav a i konvensjonen, er staten forpliktet til å reagere og treffe effektive tiltak. Etterforskning i seg selv er ikke tilstrekkelig. Fraværet av en effektiv respons fra staten var derfor ikke i samsvar med kravene i konvensjonen.

Komitéen anbefalte staten å gi klager en unnskyldning og gi ham full oppreisning. Komitéen ba staten

om å treffe ytterligere tiltak for å sikre at eksisterende lovgivning anvendes på en effektiv måte og med behørig hensyn til kravene i CERD-konvensjonen. Den anbefalte utvikling av retningslinjer for hvordan håndtere tilfeller av rasistiske hatytringer og etablering av opplæringsprogrammer rettet mot politi, påtalemyndigheten og dommere. Staten ble også anmodet om å informere bredt om komitéens avgjørelse.

Kommentar:

Ytringene det danske kunstverket gir uttrykk for er av en slik karakter at de skiller seg rimelig klart fra ytringene i den såkalte «Bar Boca-saken». Det er imidlertid verdt å merke seg at også CERD-komiteen i sin uttalelse uttrykkelig viser til at for at rasistiske hatytringer skal rammes av CERD artikkel 4 bokstav a, må den aktuelle ytringen også kunne sies å spre ideer om raseoverlegenhet eller rasehat, oppfordre til hat eller diskriminering, true eller oppfordre til vold. I tillegg viser komiteen til at kriminalisering av ytringer må reserveres for de mest graverende tilfellene under hensyn til retten til menings- og ytringsfrihet. Dette er hensyn som var sentrale også i Riksadvokatens avgjørelse i «Bar Boca-saken», som gjaldt straffbarheten av ytringer rettet mot en kvinne om hudfarge og hennes rett til å være på utestedet. Spørsmålet i saken var hvordan ytringene skulle forstås. Riksadvokaten la etter en samlet vurdering til grunn at utsagnene om at den fornærmede var for mørk i huden til å være på det aktuelle skjenkestedet, måtte forstås som et lite vellykket forsøk på satire over rasisme. Riksadvokaten uttaler blant annet følgende som begrunnelse for å opprettholde henleggelsen av anmeldelsen for brudd på straffeloven § 185:

«Den nedre terskelen for straffeloven § 185 som er etablert gjennom høyesterettspraksis – og som innebærer at relativt sett mindre alvorlige ytringer med et rasistisk innhold ikke rammes av denne straffebestemmelsen – synes å ha støtte i FNs rasediskrimineringskomites anbefalinger om praktiseringen av diskrimineringsvernet etter FNs rasediskrimineringskonvensjon i møte med rasistiske ytringer, se Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation No. 35, Combating racist hate speech, (CERD/C/GC/35), avsnitt 12»

Det er samtidig verdt å merke seg at når det gjelder betydning av kontekst, sier rasediskrimineringskomiteen i denne aktuelle saken mot Danmark at utstillingskonteksten ikke kan brukes som påskudd for å vise bilder som ellers ville bli forstått som rasistiske hatytringer.

Også Riksadvokaten uttrykker i sin avgjørelse «At

et utsagn er ment som satire, parodi eller en annen form for humor innebærer ikke at ytringen uten videre går klar av anvendelsesområdet for straffeloven § 185. Også slike ytringer vil kunne skade de rettsgodene som straffebudet skal verne om, og det er ikke grunnlag for å tolke straffebudet slik at forsøk på humor alltid faller utenfor».

Riksadvokaten viser til at det også er lagt til grunn av Den europeiske menneskerettsdomstol i saken *M'Bala mot Frankrike* (sak 25239/13) at det også kan være nødvendig å reagere strafferettslig mot grove nedvurderinger av utsatte grupper selv om ytringen er kledd et skinn av humor.

Riksadvokaten viser imidlertid også til «forsiktighetsprinsippet» som er utviklet av Høyesterett, og sier at satiriske utsagn – der avgiveren gjør bruk av for eksempel tvetydighet, ironi, overdrivelse, etterligning eller absurditeter, slik at det blir en differanse mellom det som isolert sett kommer direkte til uttrykk verbalt og meningsinnholdet som søkes formidlet til mottakeren – reiser noen særskilte tolkningsproblemer.

Riksadvokaten synes i lys av dette å legge stor vekt på at i den sammenhengen ytringen er fremsatt, innebærer den etter Riksadvokatens vurdering ikke en grov nedvurdering av menneskeverdet til fornærmede eller mørkhudede personer som gruppe. Riksadvokaten har merket seg at ytringen ikke gir tilslutning til konkrete rasistiske fordommer om negative egenskaper ved mørkhudede personer, og at det ikke er brukt kraftuttrykk eller skjellsord mot den fornærmede eller mørkhudede personer som gruppe.

Riksadvokaten henlegger anmeldelsen etter bevisets stilling ettersom han legger til grunn at det er bevismessig usikkerhet om omstendigheter som er av betydning for bedømmelsen av sammenhengen ytringen ble fremsatt i.

I lys av hvordan Riksadvokaten har begrunnet sin beslutning; at sammenhengen gjør at det ikke dreier seg om grov nedvurdering av menneskeverdet til kvinnen, er det vanskelig å se at det er en klar prinsipiell forskjell i tilnærmingen som CERD-komiteen har i sin vurdering av det danske kunstverket som i strid med CERD artikkel 4 bokstav a og Riksadvokatens henleggelse i «Bar-Boca-saken». CERD-komiteens konklusjon om brudd i denne saken om et satirisk kunstverk, viser imidlertid at dersom ytringene i seg selv er grove nok, kan ikke kontekst tillegges avgjørende vekt ved at et ellers klart rasistisk utsagn tolkes innskrenkende.

Det er også verdt å merke seg at komiteen i tillegg til å anbefale Danmark å utvikle retningslinjer for hvordan tilfeller av rasistiske hatytringer skal håndteres, også oppfordrer Danmark å etablere opplæringsprogrammer rettet mot både politi, påtalemyndigheten og dommere.

3.5.3 FNs komité for rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne

3.5.3.1 Generelle kommentarer

General Comment nr. 8 om artikkel 27 (arbeid og sysselsetting)

Den 9. september 2022 kom CRPD-komiteen med en ny General Comment (generell kommentar) om CRPD artikkel 27 (CRPD/C/GC/8). Artikkel 27 handler om sysselsetting og tilgang til arbeid. Formålet med kommentaren er å gi en oversikt over statenes forpliktelser etter CRPD artikkel 27 og forbindelsen til andre bestemmelser i konvensjonen.

Komiteen understreker at retten til arbeid er en grunnleggende menneskerettighet, og at tilgang på arbeid er avgjørende for en persons økonomiske sikkerhet, fysisk og psykisk helse, personlig velvære og identitet. I kommentaren tar komiteen bl.a. opp at *ableisme* er et stort hinder for mange funksjonshemmede i arbeidslivet. Ableisme er ifølge den generelle kommentaren definert som «et verdisystem som anser visse egenskaper ved kropp og sinn som essensielle for å leve et verdifullt liv. Basert på strenge standarder for utseende, funksjon og atferd, anser en tenkemåte basert på ableisme at funksjonsnedsettelse er negativt, fører til lidelse og ulemper og devaluerer mennesker». Komiteen ser dette i sammenheng med at mange stater fortsatt opererer med en medisinsk forståelsesmodell som ikke anerkjenner personer med funksjonsnedsettelse som rettighetsbærere, men reduserer funksjonshemmede til deres funksjonsnedsettelse. Komiteen mener at en slik tilnærming fører til en legitimering og opprettholdelse av diskriminering, barrierer og stereotyper.

Komiteen peker på at personer med funksjonsnedsettelse møter mange barrierer for å utøve sin rett til arbeid på lik linje med andre. Eksempler på barrierer som nevnes av komiteen er høy arbeidsledighet, lavere lønn, ustabilitet, lave standarder i ansettelsesforhold. Videre peker komiteen på utilgjengelige arbeidsplasser, manglende rimelig tilrettelegging og trakassering som viktige barrierer for funksjonshemmede i arbeidslivet. Komiteen skriver også at funksjonshemmede har mindre sannsynlighet for å få lederstillinger, noe som forsterkes dersom personen er en kvinne.

Komiteen omtaler også nye teknologier som kunstig intelligens og skifte til digitalt arbeid og økonomiske transformasjoner som følge av et grønt skifte eller respons på kriser. De skriver at disse endringene kan påvirke arbeidsmarkedet og enten skape nye barrierer og former for diskriminering, men også gi nye veier inn til arbeid.

Komiteen har et stort fokus på segregerte arbeidsplasser. De mener at denne type arbeidsplasser har en medisinsk tilnærming til funksjonshemmede og ikke tar innover seg paradigmeskiftet og at slike arbeidsplasser må utfases. De viser også til at personer i segregerte arbeidsplasser må betales minstelønn.

Når det gjelder offentlig sektor, sier komiteén at dersom det er nødvendig, kan staten innføre midlertidige tiltak for å rekruttere personer med nedsatt funksjonsevne. Den viser også til at ansatte i offentlig sektor bør gjenspeile mangfoldet i samfunnet og at offentlig sektor kan dra nytte av erfaringene til personer med nedsatt funksjonsevne.

Ikke-diskriminering og likestilling trekkes frem av komiteen som helt i kjernen av artikkel 27. Komiteen konkretiserer ulike former for diskriminering av funksjonshemmede i arbeidslivet (direkte og indirekte diskriminering, manglende rimelig tilrettelegging og trakassering) som statene er forpliktet til å beskytte mot, og understreker at vernet mot slik diskriminering gjelder i hele ansettelsesprosessen fra rekruttering til opphør av et arbeidsforhold. Komiteen nevner også diskriminering i form av familiemedlemmer eller andre som blir diskriminert på jobben på grunn av sin tilknytning til en person med funksjonsnedsettelse.

Komiteen er videre opptatt av risikoen for sammensatt diskriminering, det vil si der en person blir diskriminert på grunn av en kombinasjon av diskrimineringsgrunnlag.

Komiteén advarer også om at personer med nedsatt funksjonsevne står i særlig risiko for å bli brukt i ulønnede praksisplasser og opplæringsprogrammer, noe som kan påvirke jobbsikkerhet og karriereutsikter negativt. De viser til at unge mennesker med nedsatt funksjonsevne er spesielt utsatt og at partene bør tydelig regulere og overvåke situasjonen til personer med nedsatt funksjonsevne i denne type programmer.

Andre aspekter ved artikkel 27 som blir omtalt av komiteen er retten til rettferdige arbeidsvilkår på lik linje med andre, lik lønn for likt arbeid eller arbeid av lik verdi, muligheter for videreutdanning og karriereutvikling, valgmuligheter ved valg av arbeid, mulighet for omskolering dersom man får en funksjonsnedsettelse som medfører et behov for det og mulighet for å benytte positiv særbehandling (kvotering/quota mechanisms).

Komiteen omtaler også sammenhengen mellom artikkel 27 og andre artikler i konvensjonen, for eksempel at et inkluderende utdanningssystem er avgjørende for retten til arbeid, artikkel 9 om tilgjengelighet som en avgjørende forutsetning for retten til arbeid og artikkel 31 om statistikk som avgjørende for å kunne identifisere alle former for diskriminering og barrierer i arbeidslivet.

Komiteen går også igjennom ulike sider av statens plikter etter CRPD artikkel 27. Artikkel 27 innebærer både en plikt for staten til å respektere, oppfylle og beskytte retten til arbeid, og komiteén kommenterer på hva de ulike aspektene av statens plikter innebærer.

Komiteen gir også omfattende forklaringer av hvordan de ulike pliktene i artikkel 27 nr. 1 skal forstås, se avsnitt 16-48. Det er blant annet verdt å merke seg at komiteen i avsnitt 16 uttrykker at artikkel 27 nr. 1 bokstav a, som forplikter staten til å forby diskriminering, omfatter en plikt for så vel private som offentlige arbeidsgivere til å sikre rimelig tilrettelegging. I avsnitt 19 utdyper komiteen at rimelig tilrettelegging kan være blant annet rett til å jobbe hjemmefra, reorganisering av aktiviteter eller å gi tilgang til støttepersoner med mer. Komiteen fremhever også at for at det skal være å anse som rimelig tilrettelegging, må tilretteleggingen være kommet i stand gjennom forhandlinger med individet selv. Videre utdyper komiteen i avsnitt 45 at plikten til å sikre rimelig tilrettelegging etter artikkel 27 bokstav i omfatter plikt for arbeidsgiver til å implementere individets foretrukne løsning for tilrettelegging, med mindre dette vil medføre en uforholdsmessig byrde.

Verdt å merke seg er at i forarbeidene til ldl § 22 er det på sin side lagt til grunn at arbeidsgiver har adgang til å velge det minst kostbare eller byrdefulle tiltaket, så lenge tiltaket er egnet og faktisk dekker tilretteleggingsbehovet. Det er imidlertid en forutsetning at dette skje i samråd med den som skal nyttiggjøre seg tiltaket, og at vedkommendes synspunkt blir hørt, se Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) side 181.

Lenke til den generelle kommentaren:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FGC%2F8&Lang=en

3.5.3.2 Individuelle klagesaker

Communication No. 46/2018 – S.K. mot Finland – avslag på søknad om personlig assistanse – brudd

Saken gjaldt spørsmål om den finske stat hadde brutt sine forpliktelser etter CRPD-konvensjonen artikkel 5 og 19 ved å avslå en søknad om personlig assistanse.

Klager var utviklingshemmet og hadde fysiske funksjonsnedsettelser. Han trenger assistanse til alle daglige gjøremål. For å kunne bo i sin egen leilighet har han behov for personlig assistent 24 timer i døgnet. Klager fikk avslag på sin søknad om 140 timer med personlig assistent i uken. Han fikk innvilget 60 timer i uken, og disse skulle hovedsakelig benyttes til aktiviteter utenfor hjemmet.

Klager brakte avgjørelsen inn for forvaltningsdomstolen, som opprettholdt vedtaket. I finsk rett er det et kriterium for å kunne motta personlig assistanse i hjemmet at man selv er i stand til å kunne definere hjelpebehovet og innholdet og utformingen av tjenesten, et såkalt «ressurskriterium» (resource criteria). Avslaget ble begrunnet med at klager ikke oppfylte dette kriteriet. Det ble i avslaget lagt til grunn at klager trengte hjelp med alle sine daglige gjøremål, at han kommuniserte gjennom gester, uttrykk og enkeltord og at det ikke kunne dokumenteres at han ville ha mulighet til å selv kunne definere innholdet i tjenesten han søkte om. Etersom klager ikke selv kunne definere sitt behov for bistand og innholdet og gjennomføring av denne, kunne han derfor ikke innvilges 140 timer personlig assistanse per uke. Dette medførte at klager måtte bo hos sine foreldre for å unngå institusjonalisering.

Klagen

Klager brakte saken inn for CRPD-komiteen. Klager mente avslaget på hans søknad om personlig assistanse medførte at hans rettigheter etter artikkel 19 ble krenket. Avslaget medførte at han ikke kunne bo i egen bolig slik han ønsket og medførte isolasjon og segregering. Avslaget førte til at han var helt avhengig av hjelp fra sin familie for å unngå institusjonalisering. Klager hevdet at å bo på institusjon ikke var kompatibelt med hans personlige behov og raskt ville føre til forverring av hans livskvalitet. Avslaget var i strid med hans rett til selvbestemmelse og autonomi.

Klager hevdet videre at praktiseringen av ressurskriteriet i finsk rett utgjorde et brudd med artikkel 5 om likhet og ikke-diskriminering i CRPD-konvensjonen. Klager anførte at kriteriet om at personer med nedsatt funksjonsevne selv skal kunne definere innholdet i den personlige assistansen er diskriminerende, ikke bare i klagers tilfelle, men også overfor personer med utviklingshemming generelt. Klager viste til statistikk fra sivilsamfunnsorganisasjoner som viste at mange personer med utviklingshemming bor hos sine foreldre selv når de er voksne, og at tilbudet til personer med utviklingshemming er mangelfullt og ikke i tråd med konvensjonsforpliktelsene. Klager hevdet at individer med fysiske funksjonsnedsettelse lettere vil kunne få innvilget personlig assistanse enn personer med utviklingshemming.

Staten hevdet at formålet med personlig assistanse er å støtte personlige valg, og at dette formålet ikke kan nås når man er ute av stand til å fatte egne valg. Staten anførte at ressurskriteriet ikke i seg selv er diskriminerende, ettersom det gjøres en individuell vurdering uavhengig av diagnose eller form for

funksjonsnedsettelse. Staten mente videre at det var andre mer egnede boligformer og tjenester som var passende for klager, og som ikke ville medføre isolasjon og segregering.

Komiteens vurdering

Komiteen understreket at retten til et selvstendig liv og til å være en del av samfunnet etter artikkel 19 skal sikre selvbestemmelse for bosted og boform, og sikre den enkelte tilgang til tjenester som gjør at de kan være inkludert i samfunnet og hindre isolasjon og segregering.

Klager hadde for komiteen hevdet at kun personlig assistanse i eget hjem ville være egnet for ham, mens staten hadde fremholdt at det kunne legges til rette for et selvstendig liv for klager ved andre boformer. Komiteen vektla at staten ikke hadde vist hvordan andre boformer i praksis ville være egnet for å møte klagers behov, og være i tråd med konvensjonsforpliktelsene. CRPD-komiteen uttalte også at avslaget på personlig assistanse i hjemmet på grunn av manglende evne til å bestemme innholdet i tjenesten er et «ableist»-argument som ikke er i tråd med den menneskerettslige modellen/kravene etter CRPD-konvensjonen. Komiteen konkluderte på denne bakgrunn med at klagers rettigheter etter artikkel 19 bokstav b i konvensjonen var krenket.

Komiteen vurderte deretter klagers påstand om at kriteriet i finsk lovgivning om at man selv må være i stand til å definere innholdet i tjenesten er en barriere for utviklingshemmede og utgjør et brudd på artikkel 5 om likhet og ikke-diskriminering i CRPD-konvensjonen. Komiteen påpekte at «diskriminering» betyr å behandle noen i en sammenliknbar situasjon ulikt, uten noen objektiv eller rimelig begrunnelse, og der man ikke forfølger et legitimt formål eller det er forholdsmessighet mellom midlene som brukes og målet som søkes realisert. I tillegg krenkes retten til ikke å bli diskriminert når stater uten en objektiv og rimelig begrunnelse unnlater å behandle personer ulikt når situasjonen deres er vesentlig forskjellig. At situasjonen må være vesentlig forskjellig, innebærer en viss terskel, og for at denne skal nås kreves det at tiltaket har en særlig skadevirkning for enkeltpersoner eller grupper.

Komiteen fant at avslag på klagers søknad om personlig assistanse på grunnlag av ressurskriteriet utgjorde indirekte diskriminering av personer med utviklingshemming, da det hadde den virkning å svekke klagers og andre med utviklingshemming sin rett til å på lik linje med andre leve selvstendig og til å bli inkludert i fellesskapet. Komiteen vektla at staten ikke har gjort rede for hvordan et slikt krav med en

intellektuell komponent gjør det mulig for mennesker som trenger beslutningsstøtte å kunne uttrykke sine meninger på lik linje med andre. Komiteen konkluderte derfor med at anvendelsen av ressurskriteriet i nasjonal lovgivning medførte indirekte diskriminering.

I lys av ovenstående konkluderte komiteen med at staten ikke hadde oppfylt sine forpliktelser i henhold til artikkel 19 bokstav b og artikkel 5 nr. 1 og 2.

Komiteen ga følgende anbefalinger:

- Finske myndigheter bør vurdere klagers søknad om personlig assistanse på nytt og avhjelpe den prekære situasjonen klager har vært i siden 2014.
- Det bør gis kompensasjon for kostnadene som er påløpt ved saksgangen.
- Finland bør ta skritt for å forhindre lignende brudd i fremtiden ved å sikre at anvendelsen av lovgivningen ikke medfører indirekte diskriminering.
- Lovverket bør endres for å sikre at ressurskriteriet ikke er en barriere for funksjonshemmede uavhengig av type funksjonsnedsettelse.

Kommentar:

I norsk rett har vi ikke et slikt ressurskriterium som de opererer med i finsk rett og som komiteen altså konkluderer med at er diskriminerende og i strid med CRPD artikkel 5 og 19.

Da Norge ratifiserte CRPD i 2013, ble det lagt til grunn at konvensjonen samsvarer med norsk rett, med mindre noe annet er sagt. Når det gjelder CRPD artikkel som 19, som er tema i saken ovenfor hvor CRPD-komiteen kommer til at finsk rett ikke er i tråd med CRPD, uttalte Utenriksdepartementet ved ratifikasjon av CRPD at kravene som følger av artikkel 19 «anses å være oppfylt i norsk rett».

Ombudet har imidlertid funnet en rekke utfordringer i praksis når det gjelder helse- og omsorgstjenester til utviklingshemmede som påvirker deres reelle mulighet til å bo og leve selvstendig.

Vår vurdering i rapporten *Retten til et selvstendig liv og til å være en del av samfunnet*, som vi utga i 2022,⁹⁵ er at samlet sett har norsk rett mange bestemmelser som har som formål å støtte opp under også utviklingshemmedes rett til å leve selvstendig og til å være en del av samfunnet. Imidlertid er rettskildebildet komplekst og fragmentert, slik at det samlet sett ikke er egnet til å sikre praksis i tråd med CRPD artikkel 19. Selv om det følger av norsk lov at personen selv

har rett å medvirke og at tjenestene skal individtilpasses, viser vår praksisgjennomgang av 117 klagesaker at det er høyst varierende om disse pliktene etterleves av kommunene. Det er også høyst varierende om Statsforvalteren opphever vedtak dersom medvirkning og individtilpasning ikke er dokumentert av kommunen.

Vår vurdering er at kommunens adgang til selv å velge hvordan tjenestene skal utformes, jf. kommune-loven § 2-1, i praksis får stort gjennomslag. Etter vårt syn er det ikke tilstrekkelige holdepunkter i enkelt saker eller i praksisen som helhet, for å vurdere hva som er terskelen for at en tjeneste skal anses forsvarlig, jf. kravet som følger av helse og omsorgstjenesteloven § 4-1.

Siden forsvarlighetsstandarder i norsk rett er en rettslig standard, er det ikke snakk om en direkte kollisjon mellom hva som rettslig sett er forsvarlige tjenester og de hensyn som ligger i likestillings- og diskrimineringsloven og CRPD. Imidlertid er det slik at når normene som skal danne den nedre grensen for innholdet og omfanget på tjenestene for blant annet utviklingshemmede fremstår som lite forpliktende og er fragmenterte, påvirker dette praksis slik at kommunenes praktiserer sitt skjønn «friere» enn det som synes å ha vært forutsatt av lovgiver. Forsvarlighetsstandarder kan også synes å få den funksjonen at den faktisk hindrer effektiv overføring av tjenestene. Statsforvalteren synes i mange tilfeller å være svært tilbakeholden med å overprøve kommunenes skjønn av hva som er forsvarlig nivå på tjenestene.

Samlet sett tyder vår grundige gjennomgang av 117 klagesaker på at det er behov for en klargjøring av innholdet i forsvarlighetsstandarder. Dette er vesentlig for at norsk rett skal bli egnet til å sikre en praksis i tråd med CRPD.

Ombudet anbefaler i tillegg at CRPD inkorporeres i norsk rett, primært i menneskerettsloven. Selv om konvensjonen allerede i dag er folkerettslig forpliktende og skal tillegges betydning for tolkningen av norsk rett gjennom presumsjonsprinsippet, vil en viktig virkning av inkorporasjon være at konvensjonen blir mer tilgjengelig enn den er i dag, både for dem som har rettigheter, og for myndighetene som har forpliktelser etter den. I tillegg vil inkorporering gjøre det klart at kommunenes selvstyre og skjønn er begrenset av CRPD, på samme måte som det er begrenset av annen norsk lov.

Aller tydeligst og mest tungtveiende blir effekten av inkorporering dersom CRPD inkorporeres i menneskerettsloven med forrang fremfor annen norsk lov, i likhet med FNs kvinnekonvensjon og FNs barnekonvensjon.

⁹⁵ Lenke til rapporten: <https://www.ldo.no/ombudet-og-samfunnet/rapporter/selvbestemmelse-og-rettsikkerhet/retten-til-et-selvstendig-liv-og-til-a-vare-en-del-av-samfunnet/>



**Likestillings- og
diskrimineringsombudet**

Vi hjelper deg

Gratis juridisk veiledning
Finn oss på nett: www.ldo.no
Ring oss: 23 15 73 00



facebook.com/mittOmbud



twitter.com/mittOmbud



instagram.com/mittOmbud