



Uit

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

Analyse av sekkekategoriene i likestillings- og diskrimineringsloven § 1 jf. § 6 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen art. 14

- «andre vesentlige forhold» og «other status»

Andrea Tolo Alver

Liten masteroppgave i rettsvitenskap 3. mai 2019



Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Aktualitet	2
1.3	Oppsummering av funn	2
1.4	Metode og rettskildebildet	3
1.5	Begrepsavklaring.....	4
1.6	Fremstillingen videre.....	5
2	Sekke kategorien i LDL § 1: «andre vesentlige forhold ved en person».....	6
2.1	Innledning	6
2.2	Diskrimineringslovutvalgets og Barne- og likestillingsdepartementets forslag til utformingen av diskrimineringsforbudet og formålsbestemmelsen	7
2.3	Endelig ordlyd i dagens diskrimineringsforbud i LDL § 6.....	9
2.4	Sekke kategorien i LDL § 1 rettslige betydning for diskrimineringsvernet i LDL § 6, sett i lys av foreliggende kilder	10
2.4.1	Struktur	10
2.4.2	Analyse av sekke kategoriens ordlyd og likestillings- og diskrimineringslovens forarbeider	10
2.4.3	Stortingets behandling av sekke kategorien i forbindelse med lovvedtaket.....	14
2.4.4	Øvrige kilder	16
2.5	Konklusjon og sammenfatning	17
3	Sekke kategorien i EMK art. 14: «other status».....	19
3.1	Innledning	19
3.2	Ordlydsfortolkning av sekke kategorien « <i>other status</i> ».....	19
3.3	Presentasjon av praksis frem til 2013	21
3.4	Foreløpig oppsummering	25
3.5	Presentasjon og analyse av utvalgt praksis fra EMD etter 2013.....	26
3.5.1	Struktur	26

3.5.2	Berger – Krall and Others v. Slovenia	27
3.5.3	Ruszkowska v. Poland.....	28
3.5.4	Costel Gaciu v. Romania	29
3.5.5	Fabian v. Hungary	31
3.5.6	Cassar v. Malta.....	33
3.5.7	Bradshaw and others v. Malta.....	34
3.5.8	Praksis tilknyttet de spesifiserte diskrimineringsgrunnlagene	35
3.6	Konklusjon og sammenfatning	37
4	Forholdet mellom den nasjonale og internasjonale sekke kategorien, samt avsluttende bemerkninger	40
5	Kildeliste	43
5.1	Norske lover	43
5.2	Internasjonale konvensjoner	44
5.3	Forarbeider, stortingsdokumenter og lignende	44
5.4	Rettspraxis	45
5.5	Bøker og litteratur	47
5.6	Artikler.....	47
5.7	Nettsider.....	48

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Forbudet mot diskriminering er regulert i nasjonale og internasjonale kilder med mange fellesnevner, men også forskjeller hva gjelder reglens innhold. Rettsområdet er stadig i endring og har dermed fått et dynamisk preg. Ettersom samfunnet endrer seg, ser man behov for at nye grupper og situasjoner må omfattes av diskrimineringsvernet. I denne forbindelse har flere regelverk inntatt formuleringer som åpner for at diskrimineringsvernet kan omfatte andre forhold, enn de som eksplisitt nevnes i loven. Disse vil videre bli omtalt som sekke kategorier eller sekkebestemmelser.

I avhandlingen vil jeg imidlertid kun behandle sekkekategoriene «*andre vesentlige forhold*»¹ i likestillings- og diskrimineringsloven (LDL) § 1 jf. § 6 og «*other status*»² i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) art. 14. Grunnloven³ har nylig inntatt et diskrimineringsforbud i Grl. § 98. Bestemmelsen som sådan vil ikke behandles utførlig i oppgaven, men vil imidlertid trekkes inn der det er naturlig for å understreke sammenhengen mellom grunnlovsvernet og EMK art. 14.

Både diskrimineringsforbudet i LDL § 6 jf. § 1 og forbudet i EMK art. 14 nevner en rekke spesifiserte diskrimineringsgrunnlag. Et diskrimineringsgrunnlag er et kjennetegn forbundet med en person som brukes som begrunnelse, enten eksplisitt eller implisitt, for å behandle mennesker ulikt⁴. Typiske grunnlag er religion, kjønn, eller nasjonalitet⁵ m.fl.

Diskrimineringsgrunnlagets funksjon i loven er følgelig å beskrive et forhold som i utgangspunktet ikke kan begrunne forskjellsbehandling.⁶ Sekke kategorier åpner potensielt for å verne forhold utover de spesifikke diskrimineringsgrunnlagene.

Avhandlingens problemstilling er todelt. Jeg vil først kartlegge bakgrunnen for, og den rettslige betydningen av, sekke kategorien «*andre vesentlige forhold*» i (LDL) § 1 jf. § 6.

Videre vil jeg kartlegge den rettslige betydningen av sekke kategorien «*other status*» i (EMK)

¹ Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestillings og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven eller LDL)

² Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK)

³ Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grunnloven eller Grl.)

⁴ NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern s. 24 og Prop. 81 L (2016-2017) s. 82

⁵ Se EMK art. 14 og LDL § 1 jf. § 6 for en total oversikt over de spesifiserte diskrimineringsgrunnlagene.

⁶ NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern s. 24

artikkel 14. Dette for å avklare rekkevidden av det interne diskrimineringsvernet og konvensjonsvernet. Avslutningsvis vil jeg kort vurdere forholdet mellom sekke kategorien i LDL § 1 og sekke kategorien i EMK art. 14.

Problemstillingen peker altså på to ulike bestemmelser, hvorav den internrettslige bestemmelsen er en formålsangivelse. Det vil si kun en kvalifikasjonsregel, og ikke en operativ bestemmelse. I motsetning til EMK art. 14 som knesetter rettigheter og plikter.

1.2 Aktualitet

I lys av samfunnsdebatten vil enkelte hevde at det har utviklet seg en økt aksept for å anse seg selv eller andre for krenket. Noen mener også at Norge og vestlige land generelt, kan kategoriseres som «*krenkelsessamfunn*» der alle former for forskjellsbehandling er uberettigede krenkelser.⁷

Som et resultat av dette oppstår det stadig spørsmål rundt hvilke grunnlag man kan forskjellsbehandles og diskrimineres på bakgrunn av. Tidligere har både nasjonal og internasjonal rett jevnt over hatt sammenfallende diskrimineringsgrunnlag. Praksis har vist at man i stor grad har vært bundet av disse grunnlagene, og at forhold som har falt utenfor ikke har vært å anse som diskriminering. Dagens sekke kategorier kan imidlertid utfordre tidligere praksis.

I norsk rett ser man også en økt oppmerksomhet rettet mot forbud mot diskriminering. Dette ble særlig tydelig da det nye menneskerettighetskapittelet i Grunnloven fikk et generelt forbud mot diskriminering i mai 2014. At vernet i dag nyter grunnlovsrang viser at Norge som samfunn anser diskrimineringsproblematikken som særlig viktig.

1.3 Oppsummering av funn

LDL hjemler sekke kategorien «*andre vesentlige forhold*» i formålsbestemmelsen, men ikke i selve forbudet mot diskriminering. Løsningen er lovteknisk oppsiktsvekkende. Norsk formell lovgivning bærer etter min kildeanalyse preg av å være relativt restriktiv fordi man begrenser vernet til å gjelde det vi noe kort og upresist kan omtale som de klassiske diskrimineringsstilfellene, med stort fokus på de kjente diskrimineringsgrunnlagene, som er

⁷ <https://www.dagbladet.no/kultur/generasjon-krenket/63361629>

eksplisitt spesifisert. Sekkebestemmelsen har etter mitt syn liten rettslig betydning for forbudet i LDL § 6.

Praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har vist at ordlyden «*other status*» til dels tolkes svært vidt og at EMD overser de begrensninger de oppregnede diskrimineringsgrunnlagene gir.

EMK art. 14 gis etter mitt syn et særdeles vidt nedslagsfelt, som strekker seg langt ut over de klassiske diskrimineringsstilfellene, på grunn av sekkekategori. Diskrimineringsgrunnlagene er tilsynelatende ikke begrensende, så lenge den aktuelle forskjellsbehandlingen kan kategoriseres som urimelig og uforholdsmessig, samtidig som det foreligger en analog situasjon. Det kan derfor virke som at diskrimineringsforbudet i lys av sekkekategori, blir anvendt som en generell likebehandlingsregel, basert på rimelighet.

Etter min forståelse nyter mennesker et videre diskrimineringsvern etter EMK art. 14 på grunn av den liberale tolkningspraksisen EMD legger til grunn, sammenlignet med norsk formell lov. Dette skal jeg påvise i kapitlene 2 og 3 nedenfor.

1.4 Metode og rettskildet bildet

Oppgavens problemstilling krever en gjennomgang av både nasjonale og internasjonale kilder. Ved anvendelsen av de interne norske rettskildene vil jeg praktisere alminnelig juridisk metode, med utgangspunkt i Eckhoffs rettskildelære.⁸ Sekkekategori i LDL § 1 er imidlertid ny og det finnes lite praksis og litteratur på området. Lovens forarbeider utgjør dermed de mest sentrale kildene.

For de EMK-rettslige kildene er man underlagt en til dels ulik tolkningspraksis, sammenlignet med norsk rett. Selv om EMK regnes som norsk lov gjennom menneskerettsloven⁹ (Mrl.) § 2 nr. 1, og skal gå foran annen norsk lov ved motstrid jf. Mrl. § 3 er konvensjonen fortsatt bundet av internasjonal metode.

EMD har i flere avgjørelser fastslått at EMK skal tolkes i lys tolkningsprinsippene kodifisert i Wienkonvensjonen¹⁰ (w) om traktatretten av 1969. Det følger av art. 31 første ledd at «a

⁸ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001.

⁹ Lov av 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven eller mrl.).

¹⁰ Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 (heretter kalt w).

*treaty shall be interpreted in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose».*¹¹

Forarbeidene spiller en beskjeden rolle, i motsetning til ved norsk lovtolkning jf. W artikkel 32. Disse vil således kun ha en sekundær rolle.¹² For øvrig må det prinsipielt fastholdes at EMD har det avgjørende ordet ved tolkningen av EMK.¹³ Dette følger blant annet av EMK art. 32: «*the jurisdiction of the Court shall extend to all matters concerning the interpretation and application of the Convention*».

Høyesterett har sluttet seg til dette og fastslått at domstolens metode skal praktiseres ved anvendelsen av konvensjonen. Praksis fra EMD vil derfor tillegges stor vekt ved kartleggingen av artiklenes innhold.¹⁴

1.5 Begrepsavklaring

Begrepene diskriminering og forskjellsbehandling blir i dagligtalen brukt om hverandre. Den alminnelige forståelsen av begge begrepene er gjerne at det foretas en negativ forskjellsbehandling på bakgrunn av for eksempel kjønn eller religion.¹⁵

Den rettslige definisjonen på diskriminering varierer, avhengig av hvilken type rettsregel man anvender. De fleste definisjoner vil imidlertid ha en rekke likhetstrekk til tross for ulike avgrensninger nasjonalt og internasjonalt.

Likestillings- og diskrimineringslovens (LDL) § 6 fjerde ledd gir en legaldefinisjon av begrepet. Bestemmelsen sier at «*med diskriminering menes direkte eller indirekte forskjellsbehandling etter §§ 7 og 8 som ikke er lovlig etter §§ 9, 10 eller 11*».

Lovens §§ 7 og 8 fastslår at med direkte forskjellsbehandling «*menes at en person behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon, på grunn av forhold som nevnt i § 6 første ledd*». Med indirekte forskjellsbehandling «*menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som*

¹¹ Se *Golder v. the United Kingdom*. Judgement of 21 February 1975.

¹² Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave (2018), s. 37.

¹³ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave (2018), s. 43.

¹⁴ Se for eksempel Rt. 2000 s. 996.

¹⁵ <https://snl.no/diskriminering>

vil stille personer dårligere enn andre, på grunn av forhold som nevnt i § 6 første ledd». Det er denne definisjonen som vil bli lagt til grunn videre i oppgaven.

Forskjellsbehandling fremstår som et mer nøytralt begrep. I rettslig sammenheng har man gjerne anvendt formuleringen både for lovlig og ulovlig forskjellsbehandling.¹⁶ Jeg vil i det videre forbeholde diskrimineringsbegrepet for de lovstridige formene for forskjellsbehandling.

1.6 Fremstillingen videre

I kapittel 2 vil jeg presentere sekkekategori i LDL § 1 jf. § 6. For å belyse dens rettslige betydning for det interne diskrimineringsvernet, vil jeg gjøre rede for diskrimineringslovutvalgets opprinnelige formuleringsforslag til sekkekategori, samt Barne- og likestillingsdepartementets endelige vurderinger før Stortingsbehandling. Videre vil jeg analysere sekkekategoriens ordlyd og de relevante forarbeider, samt se på Stortingets behandling før loven ble vedtatt. Deretter vil jeg nevne det lille som finnes av relevant praksis og litteratur.

I kapittel 3 vil jeg presentere sekkekategori i EMK art. 14. For å belyse dens rettslige betydning for konvensjonsvernet, vil jeg foreta en ordlydsfortolkning av «*other status*», samt presentere og analysere relevant praksis fra EMD. Endelig vil jeg i kapittel 4 berøre forholdet mellom den interne og den internasjonale sekkekategori.

¹⁶ Ot.prp.nr.33 (2004-2005) *Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)*, s. 92.

2 Sekkekategori i LDL § 1: «andre vesentlige forhold ved en person»

2.1 Innledning

Kapittel 2 har et todelt formål. I punkt 2.2. og 2.3 vil jeg først belyse bakgrunnen for formålsbestemmelsens sekkekategori, ved å gjennomgå diskrimineringslovutvalget og Barne- og likestillingsdepartementets lovforslag før vedtaket av dagens likestillings- og diskrimineringslov. Deretter vil jeg kort presentere den endelige ordlyden (uten sekkekategori) i diskrimineringsforbudet i LDL § 6.

I punkt 2.4. vil jeg analysere hvilken rettslig betydning sekkekategori i LDL § 1 får for diskrimineringsvernet i LDL § 6, når den ikke er nevnt i forbudsbestemmelsen. Herunder vil jeg presentere mulige forklaringer, sett i lys av foreliggende kilder.

Sekkekategori finnes kun i formålsbestemmelsen, og er som nevnt ikke en operativ bestemmelse med karakter av rettigheter og plikter. Det følger av LDL § 1 første ledd at *«Lovens formål er å fremme likestilling og hindre diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder og andre vesentlige forhold ved en person»*.

Den nye likestillings- og diskrimineringsloven trådte i kraft 1. januar 2018. Loven samler og viderefører vernet som fulgte av den tidligere likestillingsloven¹⁷, diskrimineringsloven om etnisitet¹⁸, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven¹⁹ og diskrimineringsloven om seksuell orientering²⁰. Samtidig ble den nye Diskrimineringsnemnda opprettet som nytt håndhevingsorgan etter Likestillings- og diskrimineringsombudet²¹.

Bakgrunnen for lovforslaget var et ønske om å styrke og effektivisere diskrimineringsvernet for de berørte parter, samt å likestille lovenes diskrimineringsgrunnlag.²²

¹⁷ Lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene.

¹⁸ Lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn.

¹⁹ Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne.

²⁰ Lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering.

²¹ <https://lovdata.no/dokument/SPHPM/pm-2018-02>

²² Prop.81 L (2016–2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven, s. 16.

Formålsbestemmelsen i LDL § 1 påkaller oppmerksomhet fordi sekkekategori ikke finnes i noen av de tidligere fire lovene, og tilsynelatende åpner for en vesentlig utvidelse av diskrimineringsvernet. Samme formulering ble vurdert for diskrimineringsforbudet i lovens § 6, men man endte i stedet opp med et uttømmende regulert forbud.

Sett i lys av rettskildene, er det noe uklart hvilken funksjon lovgiver har ønsket å gi sekkekategori når det ikke ble inntatt samme formulering i forbudsbestemmelsen i LDL§ 6.

Etter mitt syn har formålsbestemmelsens sekkekategori ikke større rettslig betydning enn som moment ved tolkningen av diskrimineringsforbudet i § LDL 6. Loven åpner tilsynelatende ikke for å beskytte alternative diskrimineringsgrunnlag eller situasjoner basert på en bredere skjønnsmessig vurdering, i lys av sekkekategorien.

2.2 Diskrimineringslovutvalgets og Barne- og likestillingsdepartementets forslag til utformingen av diskrimineringsforbudet og formålsbestemmelsen

Endrede holdninger i samfunnet aktualiserer dynamisk lovgivning. På bakgrunn av slike betraktninger foreslo diskrimineringslovutvalget at diskrimineringsforbudet ikke skulle være uttømmende regulert, men heller suppleres av et skjønnsmessig utformet vilkår. Dette skulle medføre at enkelte former for diskriminering ville omfattes av vernet, til tross for at de ikke var nevnt i lovens oppregnede diskrimineringsgrunnlag. Vilkåret var imidlertid aldri tenkt å være en regel som kunne anvendes i alle tilfeller av usaklig forskjellsbehandling.²³ Utvalget ønsket altså å beholde skillet mellom diskrimineringsvernet og et generelt likebehandlings- og saklighetskrav.

Formålet bak forslaget var å *«ha en fleksibel norm for å fange opp grensetilfeller, tilfeller som likner opplistede grunnlag eller tilfeller som det vil være støtende å holde utenfor vernet. Det siktes kun til grunnlag som har sammenheng eller likhet med de opplistede grunnlagene, i form av personlige forhold som ikke kan endres eller som har stor betydning for den det gjelder.»*²⁴

Bestemmelsen skulle altså muliggjøre et vern for tilfeller som enda ikke har kommet rettslig på spissen, eller som vil havne i randsonen av de øvrige diskrimineringsgrunnlagene. Ved å

²³ NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern, s. 25.

²⁴ NOU 2009:14, s. 25.

hjemle en samlekategori ville man også åpne for et videre diskrimineringsvern i stedet for å ha en uttømmende liste som naturligvis ville begrense tolkningsalternativene. Det ble særlig argumentert med at en sekkekategori kunne gi fleksibilitet med tanke på sårbare grupper som på vedtakstidspunktet ikke var identifisert eller anerkjent.

Endelig foreslo utvalget to vilkår som skulle avgrense nedslagsfeltet i noen grad. Ett krav til likhet og ett til vesentlighet, derav ordlyden «*liknende vesentlige forhold ved en person*».²⁵ Likhetskravet innebar at det ikke er tilstrekkelig at det kan påvises at en person blir behandlet forskjellig fra andre som er i en sammenliknbar situasjon. Begrunnelsen for forskjellsbehandlingen måtte i tillegg knytte seg til et grunnlag som har sammenheng med et eller flere av lovens opplistede grunnlag. Vesentlighetskravet krevet på sin side at det måtte være tale om forhold ved en person som ikke kan endres, eller som har stor betydning for den det gjelder, typisk der personen mangler kontroll over forholdet.²⁶

Hvilke forhold som ville falle innunder samlekategorien måtte bero på en konkret vurdering i hver enkelt sak. Eksempler på grunnlag som potensielt kunne omfattes var blant annet helseforhold²⁷ som grenser til diskrimineringsgrunnlaget «*funksjonsnedsettelse*», forutsatt at de er vesentlige nok. Andre eksempler var utseendemessige forhold, typisk overvekt, eller i enkelte tilfeller sterkt uren hud.²⁸

Andre forhold, herunder økonomisk stilling, sivilstatus, statsborgerskap, bosted og vandel ville ikke kunne omfattes av samlekategorien.²⁹ Dette ble begrunnet med den manglende sammenhengen disse forholdene hadde med de allerede opplistede grunnlagene.

Argumentasjonen gir inntrykk av at man gjennomgående forutsatte at en potensiell sekkekategori ikke skulle åpne for en generell likebehandlingsregel, der det ville være opp til håndhevingsorganene å avgjøre hvilke diskrimineringsgrunnlag som til enhver tid ville gjelde.

Man ser likevel klare tendenser til at diskrimineringsutvalget ønsket en lovgivning som favnet vidt, i den forstand at uoppdagede tilfeller skulle kunne vernes av norsk diskrimineringslovgivning.

²⁵ NOU 2009:14, s. 166-167.

²⁶ NOU 2009:14, s. 166-167.

²⁷ Høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov, s. 66.

²⁸ Høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov, s. 66.

²⁹ Høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov, s. 66-67.

Barne- og likestillingsdepartementet vurderte utvalgets forslag om et ikke uttømmende, skjønnsmessig vilkår, men ønsket en mer restriktiv tilnærming til diskrimineringsvernet. Derfor foreslo departementet en uttømmende liste av diskrimineringsgrunnlag, selv om man delvis anerkjente den fleksibilitet en sekkekategori kunne gi.³⁰

Det avgjørende for departementet var den uforutsigbarhet en sekkebestemmelse kunne skape, og dermed potensielt svekke rettssikkerheten til de som beskyldes for diskriminering, da man ville risikere en søksmålsstorm basert på en rekke ulike grunnlag loven aldri var ment å gjelde. Samtidig ble det pekt på problemer knyttet til utvanning av diskrimineringsvernet og en uheldig rangering av de grunnlag som falt innenfor samlekategoriene og de som var eksplisitt opplistet. I tillegg mente departementet at det ville bli utfordrende å håndheve vernet fordi det ville bli opp til håndhevingsorganene og domstolen å vurdere hva som ville falle innenfor og utenfor diskrimineringsforbudet; vanskelige og tidkrevende vurderinger, som også kunne medføre flere uberettigede klager.³¹

Uavhengig av standpunkt til sekkebestemmelsen synes det likevel som at både departementet og utvalget ønsket å beholde de krav til personlige særegenheter som ligger til grunn for dagens diskrimineringsvern.

Spikeren i kista ble at diskrimineringsforbudet ikke ble utformet med en sekkekategori, og det er tilsynelatende slik at kun de opplistede diskrimineringsgrunnlagene har et vern mot diskriminering i dagens lov, med de fortolkninger ordlyden tillater. Lovgiver tok altså sikte på en enda mer restriktiv lovgivning enn diskrimineringsutvalget foreslo, ved å begrense vernet til de klassiske grunnlagene.

2.3 Endelig ordlyd i dagens diskrimineringsforbud i LDL § 6

For at leser skal merke seg forskjellen i formulering i formålsbestemmelsen LDL §1 og forbudsbestemmelsen i LDL § 6, nevnes forbudets ordlyd for ordens skyld:

«Diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder eller kombinasjoner av disse grunnlagene er forbudt. Med etnisitet menes blant annet nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk.

Forbudet omfatter diskriminering på grunn av eksisterende, antatte, tidligere eller fremtidige forhold som nevnt i første ledd.

³⁰ Prop.81 L (2016–2017), s. 97.

³¹ Prop.81 L (2016–2017), s. 97-98.

Forbudet gjelder også hvis en person blir diskriminert på grunn av sin tilknytning til en annen person, og diskrimineringen skjer på grunn av forhold som nevnt i første ledd.

Med diskriminering menes direkte eller indirekte forskjellsbehandling etter §§ 7 og 8 som ikke er lovlig etter §§ 9, 10 eller 11.»

For det første peker ordlyden på et totalforbud mot diskriminering og er således absolutt i sin utforming. Den presiserer videre en rekke diskrimineringsgrunnlag som det er ulovlig å diskrimineres på bakgrunn av. En forskjellsbehandling alene er ikke tilstrekkelig for å konstatere diskriminering, og man er avhengig av særskilte begrunnelser ved den diskriminerende handlingen eller unnlåtelsen for at bestemmelsen skal få anvendelse. Det er altså ikke hjemlet en sekkekategori i forbudet, men i stedet nevnes en rekke avgrensede grunnlag.

Grunnlagene som sådan er forskjellige og står ikke nødvendigvis i sammenheng med hverandre. Fellestrekk for samtlige av grunnlagene er at de peker på personlige forhold eller særegenheter ved et menneske. Gjerne personlighetstrekk eller fysiske attributter en sjelden kan gjøre noe med, eller som er en så sentral del av ens person at det ville være støtende å kreve at vedkommende endret det.

2.4 Sekkekategorien i LDL § 1 rettslige betydning for diskrimineringsvernet i LDL § 6, sett i lys av foreliggende kilder

2.4.1 Struktur

Hittil har jeg belyst bakgrunnen for sekkekategoriens utforming og plassering, samt dagens ordlyd i diskrimineringsforbudet uten sekkekategori. I det videre vil jeg se på hvilken rettslig betydning sekkekategorien i LDL § 1 får for diskrimineringsvernet i LDL § 6, når den ikke er nevnt i forbudsbestemmelsen. I punkt 2.4.1. vil jeg foreta en ordlydsfortolkning og analyse av «andre vesentlige forhold» i LDL § 1, samt lovens forarbeider. I punkt 2.4.2. vil jeg gjøre rede for Stortingets behandling av sekkekategorien i forbindelse med lovvedtaket. Endelig vil jeg i punkt 2.4.3. gjennomgå praksis og juridisk litteratur.

2.4.2 Analyse av sekkekategoriens ordlyd og likestillings- og diskrimineringslovens forarbeider

Bortsett fra sekkekategorien er ordlyden i LDL § 1 svært likt utformet som diskrimineringsforbudet i lovens § 6 og peker på de alminnelige diskrimineringsgrunnlagene. Sekkekategoriens ordlyd gir inntrykk av diskrimineringsvernet også omfatter tilfeller som

ikke dekkes av de spesifikke diskrimineringsgrunnlagene. Formuleringen fremstår som lovteknisk vanskelig å forene med at departementet i de nevnte forarbeider fraråder, og argumenterer sterkt mot hvorfor diskrimineringsforbudet skulle ha en lignende ordlyd.

Hva angår selve utformingen av sekke kategorien, har lovgiver delvis valgt å følge forslaget fra diskrimineringslovutvalget ved å beholde vesentlighetskriteriet som avgrensning for sekkebestemmelsen. Likhetskriteriet som ble foreslått er imidlertid ikke tatt inn i loven. Spørsmålet videre blir da hvilken betydning formålsbestemmelsen vil få i forhold til diskrimineringsforbudet i § 6.

Forarbeidene adresserer ikke spørsmålet direkte, men understreker at formålet er ment å klargjøre, samt fremheve lovens viktigste målsetninger. Det uttales blant annet at formålet:³²

«knyttes til diskrimineringsgrunnlagene som omfattes av lovens diskrimineringsforbud i § 6. Bestemmelsen erstatter likestillingsloven § 1, diskrimineringsloven om etnisitet § 1, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 1 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 1».

Det fremholdes videre at bestemmelsen ikke innebærer direkte rettigheter eller plikter for myndigheter eller enkeltpersoner. Det betyr at den i praksis ikke har et selvstendig materielt innhold³³. Til tross for dette kan formålsbestemmelsen få betydning ved tolkningen av lovens øvrige bestemmelser. Samtidig tar den sikte på å ha en pedagogisk betydning i den forstand at den viser til de hensyn lovgiver søker å fremme gjennom loven.³⁴

Forarbeidene er tvetydige når de sier at formålet, herunder sekke kategorien, knytter seg til diskrimineringsgrunnlagene omfattet av forbudet i § 6, samtidig som man bevisst har valgt å ikke ha en sekke kategori i selve forbudet.

Betyr dette at man i praksis vil åpne for å supplere de oppramsede diskrimineringsgrunnlagene med alternative grunnlag? En kan se på dette som et spørsmål om forsvarlig lovtolkning. Kan man for eksempel tolke en uttømmende angitt lovbestemmelse utvidende eller analogisk, ut fra en formålsangivelse i samme lov?

Det er ikke tvilsomt at man ved tolkningen av LDL § 6 kan og skal bruke formålsbestemmelsen som retningslinje og moment. På den annen side har lovgiver bevisst

³² Prop.81 L (2016–2017), s. 311.

³³ Prop.81 L (2016–2017), s. 311.

³⁴ Prop.81 L (2016–2017), s. 311.

valgt å utelate sekkekategori i diskrimineringsforbudet av ulike grunner. En analogisk eller utvidende anvendelse, i lys sekkekategori, vil derfor kunne fremstå som et forsøk på å omgå reglene slik de var tiltenkt. Dette er naturligvis uheldig da det fort kan undergrave lovgivers autoritet og legitimitet, som igjen vil stride mot de rettsstatsprinsipper som ligger til grunn i norsk rett.

Slike betraktninger taler for at det ikke kan være anledning til å innfortolke formålsbestemmelsens sekkekategori i selve forbudet. Om man derimot kan tolke hvert enkelt diskrimineringsgrunnlag i forbudet utvidende, i lys av sekkekategori, kan imidlertid stille seg noe annerledes og være mindre betenkelig. I alle fall hvis man tar uttalelsen om at formålet «*knyttes til diskrimineringsgrunnlagene som omfattes av lovens diskrimineringsforbud i § 6*» på ordet.

Før diskrimineringsgrunnlagene kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk kom til uttrykk i loven ville det for eksempel være naturlig å tolke grunnlaget «*kjønn*» utvidende til å gjelde tilfeller der mennesker blir diskriminert fordi de utad uttrykker et annet kjønn enn de de tilsynelatende er, biologisk sett.

På den annen side vil det kunne by på rettssikkerhetsproblemer for de som blir underlagt plikter som følge av en slik utvidende eller analogisk rettsanvendelse. I et samfunn der flere påberoper seg å være krenket av ulike grunner, vil det kunne bli svært vanskelig for blant annet arbeidsgivere å forholde seg til et regelverk som blir tolket i ulike retninger basert på en formålsbestemmelse. Det vil for eksempel kunne bli utfordrende å vite hvilke tiltak som kan iverksettes for å hindre diskriminering. I tillegg vil det kunne by på utfordringer for enkeltmennesket å vite om de faktisk vernes av lovgivningen.

Diskriminering kan ramme borgere uten juridiske forutsetninger for å forstå et komplisert lovverk. For å sikre et effektivt vern både for de som anklages, og for de som er ofre for diskriminering, er det viktig at regelverket ikke blir så komplisert at folk vegrer seg for å ta stilling til sine rettigheter og plikter, begrunnet i forvirring rundt reglene.

Lovers ordlyd bør tilpasses dets publikum, og diskrimineringslovgivningen vil trolig håndteres av alt fra ressurssvake mennesker, til folk uten nevneverdige språkferdigheter. Det er derfor et viktig rettssikkerhetstiltak at folk flest forstår hvilke forhold som rammes av diskrimineringsvernet.

Videre vil en aksept for utvidende og analogisk tolkning av diskrimineringsforbudet kunne skape urealistiske forventninger til publikum ved at «alt» i teorien kan anses som diskriminering, så lenge den krenkede føler det er vesentlig nok. Dette er uheldig ikke bare prosessøkonomisk og av hensyn til rettssikkerheten for den som anklages, men også for de mest sårbare gruppene i samfunnet som kanskje står i fare for å forsvinne i mengden ved en slik tolkningspraksis. Nevnte praksis vil også kunne kategoriseres som en generell saklighetsnorm, noe både departementet og utvalget i utgangspunktet ikke ønsket.³⁵

Det er således flere grunner til hvorfor man bør være tilbakeholden med en utvidende eller analogisk tolkning av diskrimineringsforbudet, sett i lys av formålsbestemmelsen. I tradisjonell norsk metodelære spiller forarbeider en sentral rolle ved lovtolkningen, og i mange tilfeller vil forarbeidene fremstå som den dominerende rettskilden, også i konkurranse med klar lovtekst.³⁶

Det mest lojale overfor lovgiver, basert på ordlyd og forarbeider, vil trolig være å foreta en restriktiv tolkning av forbudet, og kun akseptere en utvidende tolkning av hvert enkelt diskrimineringsgrunnlag i de tilfeller ordlydens ytre ramme tillater det. For eksempel der man har en situasjon som ligger i randsonen av de oppramsede diskrimineringsgrunnlag. Et illustrerende eksempel er en sak behandlet av både diskrimineringsombudet- og nemda.

A hevdet at B hadde diskriminert henne på grunn av hennes livssyn som veganer, da hun ble presset til å avslutte arbeidskontrakten ved et forlik. Både ombudet og nemda konkluderte med at veganisme måtte omfattes av begrepet «livssyn» som i någjeldende lov vil bli fanget opp under trosretning. Det ble lagt avgjørende vekt på at det norske vegansamfunnet definerer veganisme som en filosofi og en måte å leve på som tar avstand fra all utnyttelse av dyr, både når det gjelder mat, klær og all annen bruk av animalske produkter til det beste for mennesker, dyr og miljø. Veganisme ble videre ansett å være en ideologisk livsbetraktning som innebærer mer enn kosthold, men der kosthold, som ett av flere momenter, er tett knyttet til deres videre syn på mennesket og dets plass.³⁷

Et bevisst valg fra lovgivers side om å ikke innlemme sekkekategori i forbudet, burde respekteres. Forarbeidene veier i dag tungt som rettskildefaktor og dersom man skulle overse

³⁵ NOU 2009:14, s. 25.

³⁶ Sverre Blandhol, *Innføring i juridisk metode*, Jussens Venner06 / 2015 (Volum 50), punkt 4.

³⁷ LDO-15-1117 og LDN-26-2016.

klare uttalelser på grunn av ordlyden i en formålsbestemmelse, ville dette være en uheldig utvikling med tanke på lovens forutberegnelighet.

Hadde man derimot valgt å gå for diskrimineringslovutvalgets forslag om å innta en sekkekategori i § 6, hadde det gitt større mening og også innta denne i formålsbestemmelsen. Det virker med andre ord som en lite overveid avgjørelse, eller muligens som en forglemmelse at man valgte en ikke uttømmende liste i diskrimineringsforbudet. I så fall vil vel vilkåret fort kunne få en noe illusorisk betydning. Alternativt kan det ha vært et bevisst valg fra lovgivers side ved at man i fremtiden ønsker å nærme seg en generell saklighetsvurdering uten å binde diskrimineringsforbudets ordlyd på tidspunktet for lovvedtaket.

Formålsbestemmelsens ordlyd og forarbeider indikerer så langt at bestemmelsen ikke vil ha noen selvstendig rettslig betydning ved siden av diskrimineringsforbudet, annet enn som et mulig tolkningsmoment og retningslinje.

2.4.3 Stortingets behandling av sekkekategorien i forbindelse med lovvedtaket

Lovgiver aksepterte altså departementets forslag hva angikk selve forbudet, men tok inn sekkekategorien i formålsbestemmelsen. Stortinget har ikke adressert eller begrunnet betydningen av sekkekategorien i formålsbestemmelsen ytterligere. Dette er særlig tydelig etter en gjennomgang av referatet fra Stortingets møte 12. juni 2017, hvor man drøftet innstillingen fra familie- og kulturkomiteen i forbindelse med vedtaket av dagens lov.³⁸

I innstillingen gikk komiteens medlemmer fra Arbeiderpartiet og Kristelig folkeparti inn for å supplere formålsbestemmelsen (ikke forbudsbestemmelsen) med den sekkekategorien som i dag er hjemlet. Dette ble begrunnet med at flere av høringsinstansene tidligere hadde pekt på at verken tidligere lover eller den foreliggende proposisjonen tok høyde for andre diskrimineringsgrunnlag enn de oppregnede, og dermed ville en rekke grunnlag som overvekt, utseende osv. ikke dekkes av loven. De viste samtidig til diskrimineringslovutvalgets forslag om å supplere selve forbudet og formålsbestemmelsen

³⁸ Stortingsmøte mandag den 12. juni 2017, se sak nr. 6 [15:27:06], som omhandlet innstillingen fra familie- og kulturkomiteen jf. Forslaget fra barne- og likestillingsdepartementet i forbindelse med vedtaket av dagens lov, se Innst.389 L (2016–2017) og Prop.81 L (2016–2017).

med samlekategorien «*liknende vesentlige forhold ved en person*» og fremmet forslag om at lovens § 1 skulle inneholde ordlyden «*andre vesentlige forhold ved en person*».³⁹

På stortingsmøte er det imidlertid kun Venstre som nevner sekke kategorien og formålsbestemmelsen særskilt. Partiet peker på at det er viktig at loven tar høyde for at det kan være andre forhold enn de som er lista opp, som kan føre til diskriminering av mennesker. Det understrekes videre at man tidligere har hatt for dårlig beskyttelse av grupper, som man ikke hadde sett for seg ville oppleve diskriminering. Derfor støttet Venstre at lovens § 1 første ledd skulle inkludere formuleringen «*andre vesentlige forhold ved en person*».⁴⁰ Hvilken rettslig betydning formuleringen skulle ha for forbudsbestemmelsen i LDL § 6 nevnes imidlertid ikke.

Bortsett fra den nevnte uttalelsen, vies det ingen oppmerksomhet til spørsmålet i møtet, men Stortinget vedtar likevel forslaget om en samlekategori i formålsbestemmelsen uten å begrunne nærmere hvilken betydning dette vil få for tolkningen av forbudsbestemmelsen, som tilsynelatende er uttømmende regulert i loven.

Flere uttalelser i referatet viser derimot at Stortinget samlet sett er opptatt av en forutsigbar og lettleselig lov. Høyre understreket for eksempel at deres mål var et «*enhetlig og tydelig lovverk som sikrer effektiv beskyttelse mot diskriminering. Det skal være lett å se hvilket vern man har mot diskriminering, og det skal være lett å se hvilke plikter man har til ikke å diskriminere*».⁴¹

Fremskrittspartiet fremholdt på sin side at «*loven skal være brukervennlig og så forutsigbar som mulig. Den skal ikke gi folk forventninger om rettigheter de ikke har*».⁴²

Sett i lys av Stortingets ønske om en klar og tydelig lovgivning, kan det argumenteres for at vedtaket av et uttømmende forbud i lovens § 6, alene er et taust standpunkt om at man ikke ønsker å gi sekke kategorien i formålsbestemmelsen særskilt betydning for forbudsbestemmelsen. Innfortolker man for eksempel sekke kategorien i forbudet eller tolker

³⁹ Innst.389 L (2016–2017) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven, s. 9.

⁴⁰ Stortingsmøte mandag den 12. juni 2017, se sak nr. 6 [15:27:06] s. 4119.

⁴¹ Stortingsmøte mandag den 12. juni 2017, se sak nr. 6 [15:27:06] s. 4123.

⁴² Stortingsmøte mandag den 12. juni 2017, se sak nr. 6 [15:27:06] s. 4118.

man forbudet utvidet eller analogt, i lys av sekkekategori, vil dette fort stride mot Stortingets intensjoner om en klar og tydelig lov.

På den annen side kan Venstres uttalelse, sett sammen med vedtakelsen av en samlekategori i formålsbestemmelsen tale i motsatt retning, da den bærende begrunnelsen for i alle fall Venstres standpunkt, var et ønske om at loven skulle beskytte diskrimineringsgrunnlag som ikke var oppregnet eksplisitt i loven.

Det er ikke utenkelig at den endelige løsningen er et resultat av en forglemmelse, i det man frem mot lovvedtaket rettet hovedfokus mot formuleringen av selve forbudet og ikke formålet. Det ville forklare hvorfor Stortinget ikke tar eksplisitt standpunkt til hvilken rettslig betydning sekkekategori i LDL § 1 har for diskrimineringsvernet i LDL § 6.

2.4.4 Øvrige kilder

Det finnes så langt ingen praksis, verken fra Diskrimineringsnemda⁴³ eller domstolene, som problematiserer formålsbestemmelsens betydning, eller bruker bestemmelsen aktivt i partenes juridiske argumentasjon. Tidligere praksis vil heller ikke kunne belyse tema, ettersom de forrige likestillings- og diskrimineringslovene ikke hadde tilsvarende, eller lignende vilkår i sine respektive formåls- eller forbudsbestemmelser.

Praksis tilknyttet de tidligere lovene viser imidlertid at de spesifiserte diskrimineringsgrunnlagene har stått i fokus. Man har dermed vært underlagt et restriktivt internt diskrimineringsvern, som ikke i nevneverdig grad åpner for å anvende diskrimineringsforbudet på forhold utenfor de spesifikke diskrimineringsgrunnlagene.⁴⁴

Bortsett fra de nevnte forarbeider og uttalelser fra Stortinget er det utover juridisk litteratur ingen øvrige informasjonskilder. Det som finnes av relevant litteratur tilsier at sekkebestemmelsen kun vil fungere som et tolkningsmoment av loven for øvrig. Tron Løkken Sundet fremholder i sine kommentarer at siden sekkekategori ikke er tatt inn i

⁴³ Diskrimineringsnemda er et uavhengig forvaltningsorgan som administrativt er underlagt Barne- og likestillingsdepartementet. Nemda har som oppgave å håndheve bestemmelsene i likestillings- og diskrimineringsloven, og er videre regulert i diskrimineringsombudsloven. Fra 1. januar 2018 har nemda håndtert alle nye klagesaker i en instans. Dette innebærer at klager på diskriminering skal rettes til nemda. De vedtak nemda fatter kan ikke klages på videre i forvaltningen. Det betyr at dersom man ønsker å få prøvd nemda sine vedtak, må man reise sak for domstolene. Se mer på Diskrimineringsnemdas hjemmeside: <http://www.diskrimineringsnemnda.no/nb/innhold/side/forside> og Lov16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) kapittel 3.

⁴⁴ Se for eksempel HR. 2018 s. 1958 A, LB. 2017 s. 158548, TKOEL. 2018 s. 47925, DIN-2018-51 og DIN-2018-97.

diskrimineringsforbudet, vil diskriminering på grunn av andre vesentlige forhold som utgangspunkt falle utenfor de øvrige bestemmelsene i loven. Han understreker samtidig at det bare vil «fungere som et argument ved tolkningen av lovens øvrige diskrimineringsgrunnlag eller ved fastleggingen av innholdet i ulovfestede regler.»⁴⁵

2.5 Konklusjon og sammenfatning

Av kildene samlet sett kan man trekke ut at norsk formell lov oppstiller et heller restriktivt diskrimineringsvern, som hovedsakelig knytter seg til de klassiske diskrimineringskonfliktene, omfattet av de spesifiserte diskrimineringsgrunnlagene.

Til tross for en noe tvetydig lovteknisk løsning, gir lovgiver føringer for et avgrenset diskrimineringsvern med klare rettigheter og plikter for de berørte. Det kan derfor synes som om sekke kategorien i LDL § 1 har liten betydning for forbudet i LDL § 6 i praksis, annet enn at den muligens kan gi grunnlag for å tolke de lovfestede diskrimineringsgrunnlagene i § 6 videre.

Selv om ordlyden i formålsbestemmelsen kunne åpne for å verne flere uavhengige diskrimineringsgrunnlag og konflikter, tilsier foreliggende kilder at dette ikke er aktuelt. Det er uvisst hvorfor lovgiver har valgt den løsningen som foreligger i dag. Min analyse har pekt følgende mulige forklaringer:

Lovgiver kan ha vært bekymret for de konsekvenser en sekkebestemmelse i forbudet kan innebære. Det kan være prosessøkonomiske hensyn bak valget, fordi man frykter økt press på domstolene, dersom flere tilfeller vil falle innenfor vernet. Et større saksomfang kunne bidra til at sårbare grupper i samfunnet blir tilsidesatt, fordi diskrimineringsvernet blir utvannet. Valgte løsning har liten rettslig betydning hva angår rettigheter og plikter, men kan gi en signaleffekt om at man i fremtiden åpner for et videre vern.

Alternativt kan det tenkes at lovgiver har ønsket å hjemle et insentiv for rettsadvokater til å tolke de opplistede diskrimineringsgrunnlagene i forbudet videre, uten å åpne for en generell likebehandlingsregel. Kanskje er någjeldende løsning en måte for lovgiver å inngå et kompromiss mellom de ulike forslagene.

⁴⁵ Sundet(2018), note 6.

Endelig kan manglende klargjøring skyldes en forglemmelse, i det fokus ved lovvedtaket først og fremst var rettet mot en potensiell sekkekategori i forbudsbestemmelsen, og ikke formålet.

3 Sekke kategorien i EMK art. 14: «other status»

3.1 Innledning

Hittil har jeg sett på bakgrunnen for utformingen og plasseringen av sekke kategorien «andre vesentlige forhold ved en person» i LDL § 1, samt belyst hvilken rettslig betydning sekke kategorien får for diskrimineringsvernet i LDL § 6.

I kapittel 3 vil jeg kartlegge den rettslige betydningen av sekke kategorien «*other status*» i EMK artikkel 14. Videre vil jeg vurdere om konvensjonsvernets rekkevidde er større enn vernet norsk formell lovgivning oppstiller, på grunn av sekke kategorien.

Det sentrale i analysen har vært å gjennomgå praksis fra EMD for å undersøke hvilke tilfeller art. 14 er anvendt på. Er bestemmelsen begrenset til å gjelde de eksplisitt nevnte diskrimineringsgrunnlagene, slik formell norsk lovgivning skisserer. Alternativt har den et videre anvendelsesområde på grunn av sekke kategorien, som igjen resulterer i et videre diskrimineringsvern?

Etter min analyse synes formuleringen «*other status*» å romme tilnærmet alle former for forskjellsbehandling, forutsatt at den er urimelig og uforholdsmessig, samt at det foreligger en analog situasjon. Vurderingene bærer preg av at EMD tidvis anvender et generelt likebehandlingsprinsipp. Retten oppstiller således et svært vidt vern på grunn av sin liberale tolkning av sekke kategorien.

Videre vil jeg i punkt 3.2 presentere ordlyden i EMK art. 14, samt foreta en ordlydsfortolkning av sekke kategorien. Deretter vil jeg i punkt 3.3 gjøre rede for utviklingen i praksis hva gjelder anvendelsen av sekke kategorien frem til 2013, ved hjelp av Janneke Gerards artikkel som tar for seg tema. I punkt 3.4 og 3.5 foretar jeg en selvstendig analyse av praksis, som belyser anvendelsen av sekke kategorien etter 2013 og frem til i dag.

3.2 Ordlydsfortolkning av sekke kategorien «*other status*»

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen ble vedtatt 4. november 1950 og trådte i kraft 3. september 1953.⁴⁶ Rettighetene i konvensjonen er hovedsakelig av sivil og politisk art, herunder retten til å ikke bli diskriminert, jf. Art. 14.

⁴⁶ Njål Høstmælingen, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utgave (2012), s. 66.

Det følger av EMK art. 14 at «*the enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.*»

For det første er diskrimineringsvernet i EMK begrenset til å gjelde de rettigheter som er hjemlet i konvensjonen. En forutsetning for anvendelse er således at en er innenfor en av EMKs øvrige materielle rettighetsbestemmelser.⁴⁷

Ordlyden i artikkelen peker videre på en rekke diskrimineringsgrunnlag som vi kjenner til fra norsk rett. I bestemmelsens siste del finner man et generelt utformet vilkår med formuleringen «*other status*».

Ved første øyekast er det vanskelig å få en formening om hva som ligger i begrepet. Det er likevel nærliggende å se ordlyden som en sikkerhetsventil, som gir personer mulighet til å påberope seg andre diskrimineringsgrunnlag enn de som er konkretisert i artikkelen for øvrig. Hvilke grunnlag som omfattes er imidlertid ikke gitt ut i fra formuleringen, og det er naturlig å anta at innholdet vil bero på en konkret skjønsmessig vurdering.

Ser man uttrykket «*other status*» i sammenheng med de oppramsede diskrimineringsgrunnlagene er det ikke utenkelig at vilkåret forutsetter at det påberopte diskrimineringsgrunnlaget må være av personlig art. Grunnlagene «sex», «race» eller «religion» bærer samtlige preg av å knytte seg til sentrale trekk ved en person fysisk eller psykisk.

På den andre siden er ordlyden såpass vag at den språklig sett gir rom for tolkningsresultater som kan ramme langt mer enn særegenheter ved en person. I samme retning taler formuleringen «*any ground such as*», som tilsynelatende ikke oppstiller noen form for begrensning hva angår hvilke tilfeller som er vernet. Uavhengig av hvordan vilkåret skal forstås er det trygt å fastslå at diskrimineringsgrunnlagene ikke er uttømmende regulert i konvensjonsteksten, og at man åpner for klager som er begrunnet i alternative diskrimineringsgrunnlag eller begrunnelser, sett i lys av formuleringen «*any ground such as*».

⁴⁷ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave (2018), s. 76-77.

3.3 Presentasjon av praksis frem til 2013

Som nevnt innledningsvis i oppgaven er praksis fra EMD avgjørende i tolkningen av sekkekategori. I denne forbindelse er det interessant å merke seg tidligere forskning på området. Janneke Gerards artikkel⁴⁸ belyser EMDs tolkning av «*other status*» fra 1970 fram til 2013, og fremstår dermed som særlig relevant. Forfatteren peker på domstolens ambivalente praksis når det gjelder hvilke type forhold art. 14 er anvendelig på. Det er da særlig to tolkningsalternativer som er fremtredende.

Det første alternativet går ut på at man har akseptert stort sett alt av påberopt forskjellsbehandling som potensielle brudd på diskrimineringsvernet, mens den andre innfallsvinkelen har vært å bare ta til følge klager som knytter seg til personlige karakteristikk eller status ved en person.⁴⁹

Frem til 2010 så man tendenser til at de spesifikke diskrimineringsgrunnlagene var lite begrensende i praksis, og at enhver forskjellsbehandling kunne fremmes for retten for en rimelighetsvurdering, uavhengig av diskrimineringsgrunnlag. Tendensen ble bekreftet av domstolen i *Engel*⁵⁰, hvor det ble sagt at en forskjellsbehandling basert på militær rangering kunne være i strid med art. 14. Samme forståelse ble lagt til grunn i *Rasmussen*. Domstolen understreket at det ikke var nødvendig å fastslå hvilket grunnlag forskjellsbehandlingen var basert på, fordi listen i art. 14 ikke var uttømmende.⁵¹ Det ble i denne forbindelse viet særskilt oppmerksomhet til artikkelens uttrykk: «*any ground such as*».

Domstolen foretok en liberal tolkning ved å delvis løsrive seg helt fra diskrimineringsgrunnlagene som begrensning for diskrimineringsvernets rekkevidde. Forvirringen oppstår imidlertid når retten parallelt skisserer et annet tolkningsalternativ, som avgrenser ordlyden i større grad. Her fokuseres det hovedsakelig på vilkåret «*other status*», mens formuleringen «*any ground such as*» får mindre betydning.

⁴⁸ Janneke Gerards, *The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights* (2013).

⁴⁹ Gerards (2013), s. 99.

⁵⁰ *Engel and Others v. Netherlands*. Application no. 5370/72. Judgement of 23 November 1976. Para. 72.

⁵¹ *Rasmussen v. Denmark*, Applications nos. 52562/99 and 52620/99. Judgement of 11 January 2006. Para. 3.

Dette ble særlig fremtredende når EMD uttalte at en forskjellsbehandling må basere seg på «*a personal characteristic ("status") by which persons or groups of persons are distinguishable from each other*». ⁵²

Saken handlet om at Danmark hadde innført obligatorisk seksualundervisning for alle barn i skolealder. Gjeldende regelverk gikk ut på at seksualundervisning skulle integreres i samtlige skolefag, og ikke bare undervises i som et eget separat fag. En slik ordning gjorde det umulig for foreldre å trekke barna fra seksualundervisningen, noe foreldrene anså vulgært og i strid med kristen oppfatning. ⁵³ Forskjellsbehandlingen ble ikke ansett å være basert på noen form for personlig karakteristikk, som resulterte i at retten ikke ville behandle saken under art. 14.

Samme tilnærming ble tatt senere praksis. Klager påstod at ulike rettigheter for personer arrestert i England og Wales versus personer arrestert i Nord-Irland utgjorde diskriminering. Det ble uttalt at «*the difference is not to be explained in terms of personal characteristics, such as national origin or association with a national minority, but on the geographical location where the individual is arrested and detained*». ⁵⁴

Retten fremholdt altså at den foreliggende forskjellsbehandlingen ikke var begrunnet i personlige karakteristikk, men heller i den geografiske plasseringen der personen ble pågrepet. Av denne grunn kunne ikke forskjellsbehandlingen kategoriseres som diskriminering i henhold til art. 14, men i stedet en oppfordring til lovgiver om å ta hensyn til geografiske forskjeller. ⁵⁵

Den presenterte praksis gir så langt inntrykk av at det kun er diskriminering på grunnlag av personlig karakteristikk som kan omfattes av samlekategoriene «*other status*».

EMD er imidlertid tvetydig i flere saker i etterkant. I *Fredin* mente klager seg diskriminert fordi han ble nektet å fortsette sin gruvevirksomhet, mens andre foretak fikk lov til å fortsette sitt arbeid. I behandlingen av hvorvidt diskrimineringsvernet var krenket, vurderte domstolen aldri om forskjellsbehandlingen var begrunnet i personlige karakteristikk ved klager. ⁵⁶ Art. 14 var likevel anvendelig på tilfellet.

⁵² *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*. Application no. 5095/71; 5920/72; 5926/72. Judgment 7 December 1976, para. 56.

⁵³ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, para. 29 og 30.

⁵⁴ *Magee v. The United Kingdom*. Application no. 28135/95. Judgment 6 June 2000, para. 50.

⁵⁵ *Magee v. The United Kingdom*, para. 50.

⁵⁶ *Fredin (No1) v. Sweden*. Application no. 12033/86. Judgment 18 Februar 1991, para. 57-61.

Det samme gjaldt *Lithgow*.⁵⁷ Klager mente seg diskriminert på grunn av forskjeller i kompensasjonsbeløp som ble utbetalt i forbindelse med nasjonalisering. Ifølge klager var aksjene til enkelte ikke-lønnsomme selskaper vurdert på bakgrunn av deres eiendeler, mens andre selskaper ble vurdert basert på deres inntjening.

Gerards peker på at man vanskelig kan se et personlig element i de nevnte sakene.⁵⁸ Til tross for dette gikk EMD hen og vurderte hvorvidt det var brudd på diskrimineringsvernet i begge sakene uten å vie oppmerksomhet til spørsmål om personlig karakteristikk.

I nyere tid har EMD forsøkt å bringe den sprikende praksisen sammen, med lite vellykket resultat. I *Carson*⁵⁹ var det spørsmål om forskjellsbehandling av pensjonister basert på bosted. Pensjonister som bodde i UK fikk oppgradert sin pensjon hvert år, i motsetning til pensjonister med bosted utenfor UK.

Hvorvidt bosted som sådan utgjorde en personlig karakteristikk som var omfattet av «*other status*» ble utførlig vurdert ved storkammerbehandling. Det illustrerende avsnittet gir tilsynelatende ingen avklaring fordi domstolen ikke bare nevner at det kreves en personlig karakteristikk for at artikkelen skal få anvendelse, men også at den oppregnede listen i bestemmelsen ikke er uttømmende og at ordlyden «*other status*» må tolkes vidt:⁶⁰

«The Grand Chamber agrees with the Chamber's conclusions on this issue. It has established in its case-law that only differences in treatment based on a personal characteristic (or "status") by which persons or groups of persons are distinguishable from each other are capable of amounting to discrimination within the meaning of Article 14 (see Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen, cited above, § 56). However, the list set out in Article 14 is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words "any ground such as" (in French notamment) (see Engel and Others v. the Netherlands, 8 June 1976, § 72, Series A no. 22). It further notes that the words "other status" (and a fortiori the French equivalent toute autre situation) have been given a wide meaning so as to include, in certain circumstances, a distinction drawn on the basis of a place of residence.»

⁵⁷ *Lithgow and Others v. United Kingdom*. Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81. Judgment of 8 July 1966.

⁵⁸ Gerards (2013), s. 105.

⁵⁹ *Carson and Others v. United Kingdom*. Application no. 42184/05. Judgment of 16 March 2010.

⁶⁰ *Carson and Others v. United Kingdom*, para 70.

Gerards argumenterer for at EMD aksepterer begge linjene rettspraksis tidligere har skissert, og at uansett tilnærming vil bosted, altså «residence» utgjøre en beskyttet rettighet etter art. 14.⁶¹

Videre har man *Clift*.⁶² Saken omhandlet forskjellsbehandling av innsatte som sonet tidsbegrensede dommer på mindre enn femten år og innsatte som sonet tidsbegrensede dommer på femten år eller mer. Ifølge EMD var det ikke nødvendig å påvise at dette skillet, som var et resultat av ulike juridiske ordninger, var basert på en personlig karakteristikk som var medfødt eller iboende. Formuleringen «other status» behøvde dermed ikke alltid å referere til personlige særpreg.⁶³ Anvendeligheten av art. 14 måtte heller bero på en helhetsvurdering av alle forhold i saken, sett i lys av konvensjonens formål om å garantere praktiske og effektive rettigheter.⁶⁴

Retten ga uttrykk for at «*other status*» ofte ville være en henvisning til personlige karakteristikk, men at ulike omstendigheter kunne aktualisere en bred helhetsvurdering med fokus på rimelighet, uavhengig av personlig karakteristikk.

EMD tar imidlertid en helomvending i *Springett*.⁶⁵ Diskrimineringsanklagen i dette tilfellet relaterte seg til utbetalinger knyttet til den såkalte Winter Fuel Payment (WFP) ordningen. Klagerne ble nektet utbetaling fordi de hadde flyttet fra Storbritannia før 1998, da ordningen ble introdusert. Pensjonister som hadde flyttet utenlands etter å ha kjøpt WFP fortsatte å motta penger. I øyeblikket en pensjonist forlot landet av emigrasjonsformål ville dette få betydning for vedkommendes velferdsordninger.

Spørsmålet ble da om endringer i velferdsordninger på grunn av flytting var vernet av art. 14. Dersom retten hadde lagt til grunn rettssetningen fra *Clift* ville man foretatt en helhetsvurdering. Retten valgte imidlertid ikke en slik løsning, men presiserte heller at krav på velferdsytelser ikke var et aspekt av «*other status*» innenfor rammen av art. 14. Dette fordi en velferdsytelse ikke var en medfødt egenskap eller kjennetegn ved en person.

⁶¹ Gerards (2013), s. 107.

⁶² *Clift v. United Kingdom*. Application No 7205/07. Judgment 13 of July 2010.

⁶³ *Clift* para. 58.

⁶⁴ *Clift* para. 60.

⁶⁵ *Springett and Others v. United Kingdom*. Application Nos. 34726/04, 14287/05 and 34702/05. Judgment of 27 April 2010.

I motsetning til en religiøs eller politisk oppfatning, eller valg av bosted, kunne ikke retten til en velferdsordning knytte seg til verken personlig tro eller valg.⁶⁶ Art. 14 var således ikke anvendelig.

Praksis etter 2010 viser fortsatt en uavklart tolkningspraksis hva angår tolkningen av «*other status*». Et eksempel er *Bah*.⁶⁷ Saken omhandlet immigrasjonsstatus for klagerens sønn. Staten stusset på anvendelsen av art. 14 ettersom det snarere var tale om juridisk status, heller enn personlig status. Retten på sin side mente at innvandringsstatus på lik linje med bosted var resultat av personlige valg, og at personlige egenskaper som ikke er uforanderlige eller medfødt også kan vernes av art. 14.⁶⁸

Det finnes også praksis hvor EMD verken nevner det relevante diskrimineringsgrunnlaget eller refererer til krav om personlig karakteristik, men kun konstaterer at art. 14 er anvendelig.⁶⁹

Man ser altså en vinglete praksis fra EMD ved tolkningen av «*other status*». På ett tidspunkt gis det inntrykk av at det avgjørende for anvendelse av sekkekategori er hvorvidt forskjellsbehandlingen knytter seg til personlige karakteristikk ved klager. I andre saker er det naturlig å anta at anvendelsen må bero på en bred skjønnsmessig vurdering avhengig av sakens omstendigheter. Sistnevnte tolkning av sekkekategori medfører et svært vidt diskrimineringsvern, mens førstnevnte begrenser det betraktelig.

3.4 Foreløpig oppsummering

Gjennomgangen over viser en mangel på avklaring hva gjelder den rettslige betydningen av «*other status*». En slik praksis medfører lite forutberegnelighet for nasjonale aktører ved anvendelsen av art. 14, og for mennesker som faktisk er offer for diskriminering og forskjellsbehandling. Man risikerer dermed å vanskeliggjøre gjennomføringen av internasjonal rett, som igjen kan forhindre effektiv etterlevelse av statenes forpliktelser.

Ettersom EMK i dag er del av norsk rett, samtidig som man har vedtatt et nytt diskrimineringsforbud i Grunnlovens § 98 inspirert av konvensjonsvernet, er det av stor

⁶⁶ *Springett*, para. 7.

⁶⁷ *Bah v. United Kingdom*. Application no. 56328/07. Judgment of 27 September 2011.

⁶⁸ *Bah v. United Kingdom*, para. 45.

⁶⁹ Se for eksempel *Maggio and Others v Italy*. Application Nos. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 and 56001/08. Judgment of 31 May 2011.

betydning også for norske rettsadvokater å vite hvilken tolkningspraksis som skal legges til grunn.

Som nevnt tidligere vil praksis fra EMD utgjøre det store utgangspunktet ved fastleggelsen av innholdet i EMK. Det er videre slått fast av Høyesterett og Menneskerettsutvalget at innholdet i konvensjonsbestemmelsene også vil utgjøre utgangspunktet for tolkningen av de nye grunnlovsbestemmelsene.⁷⁰Hvor stor innflytelse EMK art. 14 vil ha for tolkningen av Grl. § 98 er enda ikke avklart i rettspraksis. Basert på generelle uttalelser er det imidlertid naturlig å anta at tolkningen av art. 14 vil kunne få nevneverdig betydning i fastleggelsen av grunnlovens innhold.

Dersom domstolen har endt opp med å legge seg på en mer generell linje der personlige karakteristikk faller i bakgrunnen, står man overfor et mye videre vern enn norsk formell lovgivning tilsynelatende gir.

Hvis man videre forutsetter at Grl. § 98 skal tolkes på samme måte som EMK art. 14, vil man stå i fare for at norsk diskrimineringslovgivning ender opp med å være en rein likebehandlingsregel der diskrimineringsgrunnlagene havner i bakgrunnen, og fokuset rettes mot rimelighet. Som nevnt i forarbeidene til den nye likestillings- og diskrimineringsloven var dette noe man ønsket å unngå ved å droppe en sekkekategori i lovens § 6, se kap. 2.

3.5 Presentasjon og analyse av utvalgt praksis fra EMD etter 2013

3.5.1 Struktur

I punkt 3.5 vil det foretas en presentasjon og analyse av praksis fra EMD etter 2013. I punkt 3.6 vil jeg konkludere og sammenfatte mine funn. Formålet er å undersøke om man har klart å skape en ensartet forståelse av sekkekategoriens betydning. Er man avhengig av en personlig karakteristikk for å kunne anvende sekkekategorien, eller vil vurderingen bero på en konkret rimelighetsvurdering basert på sakens omstendigheter som helhet?

Utvalget av dommer som illustrerer mitt endelige poeng er plukket ut basert på relevans og oppgavens omfang.

⁷⁰ Se Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57, RT. 2015 s. 155 avsnitt 40, HR. 2016 s. 2554 P avsnitt 81 og Dok.nr.16(2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, s. 91.

3.5.2 Berger – Krall and Others v. Slovenia

Under det sosialistiske styret i det tidligere Jugoslavia, var mange leietakere i landet bosatt i statlig eide leiligheter, som enten var ekspropriert fra befolkningen eller bygd av staten selv. Leieforholdet var regulert av særlig gunstige leieavtaler, som i de fleste tilfeller hadde blitt inngått for en ubestemt tid og kunne overføres fra generasjon til generasjon. Leietagerne nøyte altså en sterkere beskyttelse sammenlignet med en alminnelig leiekontrakt.⁷¹

Da Slovenia ble uavhengig og valgte en markedsøkonomi, ble to hovedreformer vedtatt i boligsektoren. Den ene tillot tidligere eiere (eller deres arvinger) å kreve tilbakelevering av eiendommer som var blitt ekspropriert av staten, inkludert boliger som var leid ut. Ny lovgivning regulerte da forholdet mellom eierne som fikk tilbakelevert sin bolig og leietakerne. Loven erstattet de gamle leiekontraktene som var særlig gunstige for leietager med en alminnelig leiekontrakt.

Alle tidligere leietakere som nøyte godt av de gamle leieavtalene ble gitt muligheten til å leie leilighetene fra de nye eierne på ubestemt tid, men på mindre gunstige betingelser. Klagerne påstod at de hadde blitt diskriminert overfor andre innehavere av samme type leiekontrakt, som leide boliger som var bygd av staten, det vil si ikke eksproprieerte boliger.

De hevdet blant annet at de som leietakere hadde blitt fratatt retten til å kjøpe boligene de leide, i motsetning til alle de andre tidligere innehaverne av samme leiekontrakt, som bodde i boliger som ikke var gjenstand for tilbakelevering. Staten hevdet at dette var av hensyn til de tidligere eierne som hadde fått sin bolig ekspropriert.

Klager pekte altså ikke på et konkret diskrimineringsgrunnlag som begrunnelse for forskjellsbehandlingen. Det understrekes bare at klagerne har blitt behandlet annerledes enn andre leietakere i tilsvarende situasjon og at dette verken var rimelig eller forholdsmessig. I forenklet form, dog noe kunstig, kan man si at klagers status som en viss type leietaker utgjorde det påberopte diskrimineringsgrunnlaget.

Retten går så over til å vurdere hvorvidt det foreligger brudd på art. 14. De generelle betraktninger om bestemmelsen er følgende:⁷²

«The Court has established in its case-law that only differences in treatment based on an identifiable characteristic, or “status”, are capable of amounting to discrimination within the meaning of Article 14 (see Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, 7 December 1976, § 56, Series A no. 23).

⁷¹ *Berger-Krall and Others v. Slovenia*. Application no. 14717/04. Judgment of 12 June 2014.

⁷² *Berger-Krall and Others v. Slovenia*, para. 293 og 294.

Moreover, in order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in the treatment of persons in analogous, or relevantly similar, situations (see D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], no. 57325/00, § 175, ECHR 2007-IV, and Burden v. the United Kingdom [GC], no. 13378/05, § 60, ECHR 2008).

294. Such a difference of treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.»

Retten nevner ikke særskilt at det er vilkåret «*other status*» som er den relevante formuleringen i dette tilfellet. Den presiserer imidlertid at art. 14 kun er anvendelig på forskjellsbehandling som baserer seg på a «*identifiable characteristic*» eller «*status*». Direkte oversatt til norsk kreves det altså en identifiserbar karakteristikk eller status.

En naturlig forståelse av begrepet tilsier at det ikke er tale om en personlig eller medfødt karakteristikk som sådan, så lenge det er noe ved et menneskes situasjon eller person som kan identifiseres. Det nevnes altså ingenting om hvor særegen den aktuelle karakteristikken må være. En slik forståelse utvider sekkekategoriens nedslagsfelt betraktelig da svært mye ved et menneske kan identifiseres. Videre peker retten på at den rammede må behandles annerledes enn andre i en analog eller relativt lik situasjon. Spørsmålet besvares bekræftende og det konkluderes med at klagerne befinner seg i en analog situasjon med andre leietakere.

Det vies altså ingen oppmerksomhet til hvorvidt klager begrunner forskjellsbehandlingen i et konkret diskrimineringsgrunnlag, eller hvorvidt situasjonen faktisk omfattes av vilkåret «*other status*». Kanskje er dette fordi retten anser det som selvsagt at klagers status som leietaker utgjør en identifiserbar karakteristikk, eller kanskje er det fordi man heller er mer opptatt av kravet til en analog situasjon og hvorvidt selve forskjellsbehandlingen faktisk er rimelig.

3.5.3 Ruzkowska v. Poland

Klageren hevdet at hennes biologiske barn hadde blitt utsatt for en diskriminerende praksis sammenlignet med hennes tidligere fosterbarn. Hennes avdøde mann hadde etterlatt seg pensjon til felles barn, og i denne forbindelse hadde de biologiske barna fått en mindre del av totalsummen til fordel for fosterbarna. Økonomisk sett var dette uheldig da de biologiske barna var i en sårbar situasjon etter farens død, noe fosterbarna ikke var, da de hadde nye

fosterforeldre som ivaretok deres økonomiske behov, samtidig som de kunne arve fra sine egne biologiske foreldre.⁷³

De biologiske barna hadde nå bare en forelder til å forsørge dem, og den utbetalte summen de fikk etter sin avdøde far var like stor som den summen fosterbarna hadde fått. En kan vanskelig se at det påberopes verken et av de anerkjente diskrimineringsgrunnlagene eller alternative grunnlag som begrunnelse for forskjellsbehandlingen. Det er således naturlig å anta at tilfellet rammes av sekke kategorien «*other status*». Slik jeg ser det videre tale om en situasjon der to grupper har blitt behandlet helt likt, hvor det kanskje hadde vært rimeligere å forskjellsbehandle.

Om art. 14 understreker retten følgende:

«The Court reiterates that in the enjoyment of the rights and freedoms guaranteed by the Convention, Article 14 affords protection against different treatment, without an objective and reasonable justification, of persons in relevantly similar.»

Her peker altså domstolen på at bestemmelsen beskytter mot forskjellsbehandling uten en objektiv og rimelig begrunnelse for personer i relativt like situasjoner. Formuleringen peker på en generell og bred vurdering, som etter mitt syn ikke avhenger av verken personlige karakteristikk eller kjennetegn. Det avgjørende synes å være om det foreligger en forskjellsbehandling som kan anses å være urimelig, og hvorvidt man har en person eller gruppe i en analog situasjon.

Nok en gang gir domstolen inntrykk av at sekke kategorien har et bredt anvendelsesområde, der diskrimineringsgrunnlagene kommer i bakgrunnen dersom de ikke passer på tilfellet. Man får inntrykk av at det heller er tale om en konkret saklighetsvurdering med særlig fokus på rimelighet og analoge situasjoner.

Retten går så videre til å vurdere om de biologiske barna og fosterbarna befant seg i en analog situasjon og videre til en proporsjonalitet- og rimelighetsvurdering.⁷⁴ Spørsmål rundt ordlydens henvisning til «*other status*» og begrepets innhold adresseres aldri eksplisitt.

3.5.4 Costel Gaciu v. Romania

Klager satt i varetekt i et år og ti måneder i påvente av domstolsbehandling. Hans anmodninger om besøk fra familien ble avvist gjennom hele perioden. Den nasjonale

⁷³ *Case of Ruszkowska v. Poland*. Application no. 6717/08. Judgment of 1 July 2014.

⁷⁴ *Case of Ruszkowska v. Poland*, para. 55 til 65.

lovgivningen ga ikke rett til familiebesøk for personer som satt i varetekt før domstolsbehandling, uavhengig av varetekts lengde, i motsetning til en dømt person som hadde denne rettigheten. Klageren mente at slik forskjellsbehandling manglet en rimelig begrunnelse og påla han større begrensninger enn de som allerede hadde fått skyldspørsmålet avgjort. Det ble tilsynelatende ikke påberopt noen form for diskrimineringsgrunnlag som begrunnelse for behandlingen.⁷⁵

Retten presiserer nok en gang at art. 14 «*protects individuals in similar situations from being treated differently without justification in the enjoyment of their Convention rights and freedoms*».⁷⁶

En naturlig forståelse av uttalelsen gir inntrykk av at det er tale om en generell rimelighetsvurdering med fokus på analoge situasjoner, og ikke diskrimineringsgrunnlaget. En varetektsfengsling er kanskje en identifiserbar status, eller karakteristikk om du vil, men kan neppe sies å ha mye til felles med de oppramsede diskrimineringsgrunnlagene som er særlig personlige, for eksempel religion eller kjønn.

I motsetning til de ovennevnte dommene tar imidlertid retten eksplisitt stilling til formuleringen «*other status*»:⁷⁷

«Whether the applicant had “other status” and whether his position was analogous to that of convicted prisoners

52. Remanding a person in custody may be regarded as placing the individual in a distinct legal situation, which even imposed for a temporary period, is inextricably bound up with the individual’s personal circumstances and existence. The Court is therefore satisfied, and it has not been disputed between the parties, that by the fact of being remanded in custody the applicant fell within the notion of “other status” within the meaning of Article 14 of the Convention.»

Til tross for at retten i sin generelle redegjørelse for art. 14 er relativt kort og peker på en generell rimelighetsvurdering, kan det virke som at man her krever at den aktuelle situasjonen klager befinner seg i har et visst personlig preg eller påvirkning, jf. Formuleringen «*is inextricably bound up with the individual’s personal circumstances and existence*».

Samtidig sier retten at varetekt er en distinkt juridisk situasjon som er uløselig knyttet til en persons eksistens. Etter mitt syn er ikke dette ensbetydende med domstolens tidligere uttalelser om at forskjellsbehandlingen må knytte seg til en personlig karakteristikk.

⁷⁵ *Case of Costel Gaciu v. Romania*. Application no. 39633/10. Judgment of 23 June 2015.

⁷⁶ *Case of Costel Gaciu v. Romania*, para 47.

⁷⁷ *Case of Costel Gaciu v. Romania*, para 52.

I vedkommende sak sies det at den juridiske situasjonen, det vil si sakens faktiske forhold, har så stor innvirkning på en persons eksistens, at den må omfattes av «*other status*». Dette er noe annet enn å si at grunnlaget for forskjellsbehandlingen er et personlig særtrekk ved et menneske. En personlig karakteristikk sier gjerne noe om en persons følelser, utseende eller verdier, mens en persons juridiske situasjon, i dette tilfellet varetekt, sier noe om ett menneskets omgivelser, som igjen da naturligvis kan påvirke et menneskes personlige omstendigheter.

Etter mitt syn har EMD i praksis foretatt en rimelighetsvurdering av sakens forhold og deretter konkludert med at sakens omstendigheter påvirker klager så betydelig at det må omfattes av diskrimineringsvernet. En slik forståelse resulterer altså i at dommen fortsatt kan tas til inntekt for at det ikke kreves en personlig karakteristikk for å aktivere sekkekategori, og at man heller foretar en konkret rimelighetsvurdering hva angår anvendelsesområdet til bestemmelsen.

Videre fastslår retten kjapt at innsatte som allerede er dømt befinner seg i en analog situasjon, og retten vier ellers sin tid til spørsmålet om forskjellsbehandlingen er rimelig og forholdsmessig.⁷⁸

3.5.5 Fabian v. Hungary

Saken omhandlet en mann som hadde pensjonert seg, og i den forbindelse fått alderspensjon. Han begynte deretter i arbeid igjen som offentlig tjenestemann 1. juli 2012. Ny lovgivning trådte i kraft 1. januar 2013. De nye reglene innebar at utbetalingen av alderspensjon for mottakere som fremdeles var ansatt i enkelte stillinger i offentlig sektor, ville bli stanset så lenge ansettelsesforholdet vedvarte. Ingen lignende begrensning ble innført med hensyn til de som mottok alderspensjon mens de var ansatt innen privat sektor. Klagers utbetalinger ble stanset og han mente seg diskriminert sammenlignet med pensjonister som arbeidet i privat sektor.⁷⁹

Retten viste igjen til sine tidligere uttalelser angående forståelsen av art. 14:⁸⁰

«In order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in the treatment of persons in analogous, or relevantly similar, situations.»

⁷⁸ *Case of Costel Gaciu v. Romania*, para. 53 til 64.

⁷⁹ *Case of FÁbian v. Hungary*. Application no. 78117/13. Judgment of 5 September 2017.

⁸⁰ *Case of FÁbian v. Hungary*, para. 113.

I motsetning til flere av sakene adresserer retten imidlertid formuleringen «*other status*» eksplisitt, samtidig som det henvises til *Carson* nevnt ovenfor i punkt 3.3: ⁸¹

«The Court has established in its case-law that only differences in treatment based on an identifiable characteristic, or “status”, are capable of amounting to discrimination within the meaning of Article 14(see *Carson and Others*, cited above, § 61, and *Eweida and Others v. the United Kingdom*, nos. 48420/10 and 3 others, § 86, ECHR 2013 (extracts)).»

Dette er for så vidt greit og avviker ikke særlig innholdsmessig fra de øvrige dommene som er gjennomgått. Det som derimot er noe oppsiktsvekkende er at retten her henviser til *Carson* i det nevnte sitatet, men unnlater en sentral formulering fra *Carson*. Se min understreking: ⁸²

It has established in its case-law that only differences in treatment based on a personal characteristic (or “status”) by which persons or groups of persons are distinguishable from each other are capable of amounting to discrimination within the meaning of Article 14.»

I *Carson* kreves det altså en personlig karakteristikk eller status for at tilfellet skal falle innenfor art. 14 anvendelsesområde, mens i vedkommende dom kreves det bare en identifiserbar karakteristikk eller status. Man kan stille spørsmål ved rettens henvisning til *Carson*, når de samtidig anvender en etter min mening ganske ulik formulering.

Språklig sett kan det i alle fall argumenteres for at krav om en personlig karakteristikk skisserer en noe snevrere terskel enn hva en identifiserbar karakteristikk gjør. De fleste forhold ved et menneske vil jo være identifiserbare, derimot vil de ikke alltid være personlige. For eksempel vil man kunne identifisere at en person har krav på alderspensjon. På den andre siden kan det vel vanskelig argumenteres for at pensjon er noe annet enn en velferdsytelse og ikke et karakteristisk personlig trekk ved et menneske, som for eksempel kjønnsidentitet eller en funksjonsnedsettelse kan være.

Det er vanskelig å si om formuleringen i vedkommende dom er et bevisst valg fra rettens side. Kanskje ønsket de å utvide sekkekategoriens anvendelsesområde noe. En slik forståelse kan til dels støttes av de ovennevnte eksemplene som heller ikke nevner noe om at karakteristikken må være personlig. På den andre siden kan også være en språklig glipp som ikke var ment å gi noen form for endring av tolkningspraksisen.

I det videre problematiserer ikke retten hvorvidt klagers forhold hva angår stansingen av utbetalingen faktisk omfattes av «*other status*». Det vies heller oppmerksomhet til om det

⁸¹ *Case of FÁbian v. Hungary*, para.113.

⁸² *Carson and Others v United Kingdom*, para. 70.

faktisk foreligger en analog situasjon mellom mottakere av pensjon i offentlig og privat sektor.

3.5.6 Cassar v. Malta

Klagerne mente at de hadde blitt diskriminert fordi deres utleieforhold ble rammet av ulike og mindre gunstige lover sammenlignet med andre utleieforhold. De hevdet blant annet at den nasjonale lovgivningen hadde medført en forskjellsbehandling i disfavør av klagerne fordi de ikke hadde fått mulighet til å utnytte en økning av renter, i motsetning til eiere av andre eiendommer som hadde leid ut sine eiendommer for mindre enn den lovregulerte summen på EUR 185 som klagerne var pålagt å leie ut for.

Den nevnte summen hadde også vært diskriminerende fordi den ikke skilte mellom den utleide eiendommens størrelse, verdi eller tilstand. Klagerne forfektet at de i dette tilfelle skulle blitt behandlet annerledes enn sammenligningsgruppa, fordi de var i en annerledes situasjon med en større og påkostet eiendom.

Retten nevner ikke hvorvidt det er tale om et tilfelle som rammes av «*other status*», og sier heller ingenting om hva som kreves hva angår personlige eller identifiserbare karakteristikk.

Generelt om artikkelen nevnes bare følgende: ⁸³

«Furthermore, the Court reiterates that the right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different (see Thlimmenos, cited above, § 44)».

Videre fokuseres det på hvorvidt statens svikt i å behandle klager annerledes enn sammenligningsgruppa forfulgte et legitimt formål. Dersom så var tilfelle ble spørsmålet om inngrepet var forholdsmessig. ⁸⁴

Det ble konstatert brudd på art. 14, som vil si at diskrimineringsvernet fikk anvendelse. Det er videre nærliggende å anta at situasjonen ble ansett å omfatte «*other status*», ettersom ingen av de oppramsede diskrimineringsgrunnlagene var aktuelle.

⁸³ *Case of Cassar v. Malta*. Application no. 50570/13. Judgment of 30 January 2018, para. 77.

⁸⁴ *Case of Cassar v. Malta*, para. 78.

Tatt i betraktning at det her var tale om nasjonal lovgivning som tilfeldigvis fikk uheldige følger for enkelte eiere av fast eiendom, er det vanskelig å se at retten implisitt oppstiller et krav om en personlig karakteristikk for at en situasjon skal omfattes av sekke kategorien.

Dommen bærer preg av at sekke kategorien også omfatter tilfeller der lovgivning rammer skjevt eller vilkårlig uavhengig av årsak eller grunnlag.

3.5.7 Bradshaw and others v. Malta

Klagerne eide ett bygg som de leide ut til en såkalt «*band club*». Nasjonal lovgivning påla utleierne å fornye leieavtalen som ble inngått av deres forgjengere i 1946, årlig. De kunne heller ikke kreve økning i leieprisen. Etter hvert ble det vedtatt en ny lov som tillot endringer i husleien for enkelte typer kommersielle utleieavtaler. Disse reglene gjaldt imidlertid ikke for klagerne.

Klagerne mente seg derfor diskriminert, sammenlignet med utleiere som leide ut sin eiendom i kommersiell sammenheng, som derimot ikke var bundet av den tidligere lovens begrensninger. Forenklet fremstilt kan man si at diskrimineringsgrunnlaget i dette tilfellet var at klager leide ut til band clubs, som i nasjonalstaten ikke ble ansett å være i kommersiell sammenheng, men som klager mente at det i realiteten var. Det er altså ikke tale om et grunnlag som kan kategoriseres som en personlig karakteristikk.

Hvorvidt retten vurderer tilfellet under «*other status*» nevnes ikke, men det omfattes i alle fall ikke av de oppramsede grunnlagene i bestemmelsen. Det påberopes heller ingen øvrige diskrimineringsgrunnlag. Man står da igjen med en forskjellsbehandling på grunn av lovgivning som potensielt rammer vilkårlig og urimelig overfor enkelte utleiere.

Retten nevner heller ikke spørsmålet om en personlig eller identifiserbar karakteristikk. Det eneste som fastslås er at:⁸⁵

«Article 14 affords protection against different treatment, without an objective and reasonable justification, of persons in similar situations. For the purposes of Article 14, a difference of treatment is discriminatory if it “has no objective and reasonable justification”, that is, if it does not pursue a “legitimate aim” or if there is not a “reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised”»

⁸⁵ *Bradshaw and others v. Malta*. Application no. 37121/15. Judgment of 23 October 2018, para. 76.

Uttalelsen bærer preg av at sekke kategorien inviterer til en generell likebehandlingsvurdering, som verner om alle tilfeller av forskjellsbehandling som ikke er rimelig eller forholdsmessig. Vedkommende sak kan således tas til inntekt for at det er tale om et vidt diskrimineringsvern. Dette underbygges særlig av at retten ikke en gang har adressert spørsmålet om tilfellet faktisk omfattes av «*other status*».

I det videre fokuserer retten på hvorvidt klagerne som utleiere til «*band clubs*» er i en sammenlignbar situasjon med utleiere av eiendom til kommersiell bruk, ettersom de begge er subjekt for statlig kontrollert eiendom. For øvrig beror rettens vurderingen på om forskjellsbehandlingen var rimelig og forholdsmessig.

3.5.8 Praksis tilknyttet de spesifiserte diskrimineringsgrunnlagene

Flere saker etter 2013 faller innenfor de eksplisitt nevnte diskrimineringsgrunnlagene i EMK art. 14. Rettens generelle uttalelser ved tolkningen av artikkelen kan imidlertid kaste lys over forståelsen av bestemmelsens anvendelsesområde som helhet, også når det kommer til sekke kategorien «*other status*». I det følgende presenteres derfor en gjennomgang og analyse av enkelte dommer tilknyttet de klassiske diskrimineringsgrunnlagene.

3.5.8.1 Case of Qing v. Portugal

Klager mente seg diskriminert på grunn av sin kinesiske etnisitet. Sett i lys av de tidligere nevnte sakene *Fabian og Costel Gaciu*,⁸⁶ gikk domstolen for en mellomløsning ved tolkningen av art. 14:⁸⁷

«Article 14 prohibits differences in treatment based on an identifiable, objective or personal characteristic or “status” by which persons or groups of persons are distinguishable from one another (see Kafkaris, § 160, and Clift, § 55, both cited above).»

Det pekes altså på at forskjellsbehandlingen må være basert på en identifiserende, objektiv eller personlig karakteristikk, som resulterer i at man kan skille personer eller grupper fra hverandre.

En naturlig forståelse av formuleringen tilsier at krav til en identifiserbar, objektiv eller personlig karakteristikk er alternative. Formuleringen kan tolkes på den måten at karakteristikken ikke behøver å være personlig, men at det er tilstrekkelig at den kan identifiseres, noe som på sin side bør være et minstekrav for å kunne påberope seg

⁸⁶ Se punkt 3.7.4. og 3.7.3.

⁸⁷ *Case of Qing v. Portugal*. Application no. 69861/11. Judgment of 5 November 2015, para. 80.

diskriminering. Kanskje er dette en måte for domstolene å samle den sprikende praksisen på. Formuleringen peker i alle fall på et relativt vidt diskrimineringsvern der både personlige særegenheter ved et menneske vil kunne aktivere vernet, herunder også sekkekategori, men også en konkret vurdering av alle forhold ved en person, så lenge de kan identifiseres og det foreligger en analog situasjon.

Det er også interessant å merke seg at retten presiserte dette i en sak som ganske åpenbart falt innenfor bestemmelsens anvendelsesområde, fordi det var tale om nasjonalitet, som er ett av de konvensjonens spesifiserte diskrimineringsgrunnlag.

Dette kan være en indikasjon på at EMD ikke er så opptatt av diskrimineringsgrunnlagene, og at man ønsket å understreke at de oppregnede grunnlagene kun er ment som eksempler og ikke en avgrensning som sådan.

I en sak fra 2016 har retten imidlertid valgt å utelate alternativet «*personal characteristic*» og heller bare vist til et krav om en «*identifiable characteristic, or «status»*», samtidig som de igjen refererer til Carson.⁸⁸

Igjen er det vanskelig å si om dette er et bevisst valg fra domstolens side om at man ønsker å bevege seg bort fra den begrensningen krav om personlige karakteristikk gir. Samtidig ramset man jo opp krav om personlig og identifiserbare karakteristikk som alternativer i Qing, som igjen taler for at man uansett åpner for et vidt vern forutsatt at den aktuelle karakteristikk er personlig eller identifiserbar. Det er tross alt ikke gitt at en karakteristikk som er identifiserbar også er personlig. Sistnevnte sak ble også avgjort ved storkammeravgjørelse, det vil si EMDs høyeste instans. Rettskildevekten må dermed anses å være betydelig.

3.5.8.2 British Gurkha Welfare Society and Others v. the United Kingdom

Klager mente at Nepalesiske Gurkhasoldater som hadde arbeidet for den britiske hæren siden 1815 hadde blitt forskjellsbehandlet på bakgrunn av nasjonalitet, rase og alder fordi de mottok dårligere pensjon sammenlignet med andre britiske soldater. Retten fortsetter å benytte formuleringen som gir uttrykk for at sekkekategori har et videre nedslagsfelt enn kravet begrenset til en personlig karakteristikk.⁸⁹

⁸⁸ *Case of İzzettin Dogan and others v. Turkey*. Application no. 62649/10. Judgment of 26 April 2016, para. 160.

⁸⁹ *British Gurkha Welfare Society and Others v. the United Kingdom*. Application no. 44818/11. Judgment of 15 September 2016, para 62.

«As established in the Court's case-law, only differences in treatment based on an identifiable characteristic, or "status", are capable of amounting to discrimination within the meaning of Article 14 (see Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, 7 December 1976, § 56, Series A no. 23). Moreover, in order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in the treatment of persons in analogous, or relevantly similar, situations».

Også her er uttalelsen forkortet, ettersom retten unnlater å bruke begrepet «*personal characteristic*» slik man ser i ovennevnte dom. Dette kan forstås som en markering av at man ikke lenger ønsker å i det hele tatt assosiere kravet til «*other status*» med personlige karakteristikk.

3.5.8.3 Khamtokhu and Aksenich v. Russia

Saken omhandlet forskjellsbehandling på bakgrunn av kjønn og alder, og det var således ikke problematisert hvorvidt man var innenfor kravet til «*other status*». Likevel velger retten og knytte en rekke generelle kommentarer til sekke kategorien. I likhet med flere av de nevnte dommene var også dette en storkammeravgjørelse. Igjen viser domstolen at det finnes alternative forhold som kan aktivere diskrimineringsvernet, og at det ikke nødvendigvis kreves en personlig karakteristikk. Bestemmelsen er ikke ment å være uttømmende og formuleringen «*other status*» gir grunnlag for å bli tolket vidt og er således ikke begrenset til medfødte eller utelukkende personlige karakteristikk.⁹⁰

3.6 Konklusjon og sammenfatning

Basert på gjennomgått praksis etter 2013, er det etter mitt syn en gjennomgående tendens at EMD nærmer seg en generell likebehandlingsvurdering ved anvendelsen av sekke kategorien «*other status*». Et resultat av dette er at det ofte ikke kreves en personlige karakteristikk ved anvendelse bestemmelsen. En slik praksis resulterer i et videre diskrimineringsvern, sammenlignet med vernet i norsk formell lovgivning.

Gerards pekte på en ambivalent praksis ved anvendelsen av sekke kategorien frem til 2013 og domstolen har fortsatt ikke foretatt en eksplisitt avklaring hva gjelder betydningen av sekke kategorien.

Likevel viser utviklingen i praksis etter 2013, at man beveger seg bort fra et krav om personlig karakteristikk. En slik forståelse støttes både av sitater fra min domsanalyse og av de tilfeller som art. 14 faktisk får anvendelse på. Eksempler er forskjellsbehandling i

⁹⁰ *Case of khamtokhu and aksenchik v. Russia*. Applications nos. 60367/08 and 961/11. Judgment of 24 January 2017, para. 61.

forbindelse med utbetaling av pensjon for offentlige ansatte versus privat ansatte, eller besøkstid for varetektsfengslede versus domfelte.

Slike forhold er gjerne av stor betydning for en persons velferd, men kan ikke sies å være en personlig karakteristik. Det er heller ikke tilfeller som omfattes av konvensjonens spesifiserte diskrimineringsgrunnlag.

Spørsmål rundt anvendelsesområdet til sekkeategorien «*other status*» er sjelden problematisert. Retten fokuserer heller på hvorvidt det foreligger en analog situasjon og om forskjellsbehandlingen er rimelig. Det sentrale har ofte vært å kartlegge hvorvidt to like tilfeller behandles ulikt.

Et slikt fokus resulterer i at man i praksis anvender en likebehandlingsregel, der det sentrale blir om og hvorfor personer har blitt forskjellsbehandlet, heller enn hvilke personlige særtrekk som utløser forskjellsbehandlingen.

EMDs uttalelser gir inntrykk av at en personlig karakteristik som grunnlag for forskjellsbehandling ofte vil aktivere vernet i sekkeategorien, men at dette bare er et eksempel, som ikke utelukker at også andre forhold kan medføre at bestemmelsen får anvendelse.

Det er påfallende at retten i mange tilfeller bare uttaler seg om krav til personlig eller identifiserbar karakteristik i de tilfeller saken, etter mitt syn, ganske åpenbart dreier seg om de klassiske diskrimineringssituasjonene som aktiverer de spesifiserte diskrimineringsgrunnlagene. En kan stille spørsmål ved hvorfor man i disse tilfellene, hvor det gjerne ikke er tvilsomt at diskrimineringsvernet gjelder, velger å adressere kravet til karakteristik, mens retten i de sakene som aktualiserer kravet til «*other status*» ofte forholder seg taus og fokuserer på analogi- og rimelighetsvurderingen i stedet.⁹¹

Det er vanskelig å gi et klart svar på dette. Kan hende er det en måte for EMD å unngå å ta avgjørende stilling til den sprikende praksisen. Det ligger uansett i prejudikatvirkningens natur at all form for generell tolkning av art. 14 vil kunne få betydning for senere tilfeller der sekkeategorien «*other status*» er relevant, uavhengig av det konkrete diskrimineringsgrunnlaget i den tidligere saken.

⁹¹ Se for eksempel *Case of Bradshaw and others v. Malta* punkt 3.5.7 og *Case of Cassar v. Malta* punkt 3.5.6.

Ergo spiller det trolig en beskjeden rolle at EMD er inkonsistent når det gjelder hvor og når de peker på den generelle forståelsen av art. 14, hva angår personlig og identifiserbar karakteristikk.

Tolkningspraksisen sett under ett, utvider konvensjonsvernet i stor grad, fordi svært ulike former for forskjellsbehandling tilsynelatende omfattes av formuleringen «*other status*». Dette vil i teorien innebære at klagere har mulighet til bringe alle former for forskjellsbehandlinger inn for retten, dersom de anser behandlingen som vilkårlig eller urimelig. Rekkevidden av konvensjonsvernet i EMK art. 14 er således større enn diskrimineringsvernet i norsk formell lovgivning, på grunn av EMDs liberale tolkning av sekkekategori «*other status*».

Fordelen med en slik tilnærming, er at man enklere får fanget opp tilfeller av skjult diskriminering, typisk indirekte, kumulativ eller strukturell diskriminering,⁹² som ofte bare viser seg som alminnelig forskjellsbehandling. I tillegg får man samtidig adressert konflikter som er direkte urettferdige, selv om det ikke foreligger et konkret diskrimineringsgrunnlag.

Ulempen er at man står i fare for å fjerne fokuset fra de ekstra sårbare gruppene i samfunnet, som i større grad enn folk flest opplever diskriminering. I et menneskerettslig perspektiv kan dette være uheldig ettersom man rettslig sett likestiller en grov forskjellsbehandling basert på etnisitet eller kjønn, og situasjoner som omhandler for eksempel økonomiske og sosiale forskjeller. Med dette er det ikke sagt at sistnevnte ikke er uheldig, eller viktig å rette opp i for de det gjelder, men er det tilfeller som bør omfattes av et diskrimineringsvern?

Kanskje hadde det vært hensiktsmessig å vedta en egen konvensjonsbestemmelse som regulerte likebehandling og forbud mot usaklig forskjellsbehandling, som kunne ivareta disse tilfellene. På denne måten ville ikke de klassiske diskrimineringssituasjonene stå i fare for å bli oversett, grunnet et større saksomfang for domstolene.

⁹² Gerards (2013), s. 125.

4 Forholdet mellom den nasjonale og internasjonale sekke kategorien, samt avsluttende bemerkninger

Basert på mine funn konkluderer jeg med at formell norsk lovgivning oppstiller et heller restriktivt diskrimineringsvern. Fokuset ligger på de spesifiserte diskrimineringsgrunnlagene som representerer karakteristiske kjennetegn ved et menneskes fysiske eller psykiske person. Til tross for at enkelte aktører i de refererte kildene gir uttrykk for at man ønsker å innlemme alternative diskrimineringsgrunnlag i forbudet gjennom sekke kategorien, bærer både lovtekst, forarbeider og praksis preg av at man ikke ønsker en generell likebehandlingsregel.

Sekkebestemmelsen i konvensjonen åpner derimot for en bred skjønnsmessig vurdering. Diskrimineringsgrunnlagene står ikke nødvendigvis i fokus, så lenge den aktuelle forskjellsbehandlingen kan karakteriseres som urimelig og uforholdsmessig, samt at det foreligger en analog situasjon.

Tilnærmingen vi ser i praksis fra EMD ble frarådet både av diskrimineringslovutvalget og departementet i forbindelse med den nye likestilling- og diskrimineringsloven, og det antas at lovgiver var enig i dette standpunktet. Likebehandlingsvurderingen EMD foretar kan sammenlignes med forbudet mot urimelig forskjellsbehandling i norsk forvaltningsrett,⁹³ som begrenser forvaltningens skjønnsutøvelse.

Prinsippet er ulovfestet og går ut på at like tilfeller skal behandles likt, i den grad legitime hensyn ikke tilsier forskjellsbehandling.⁹⁴ Forvaltningssakene er gjerne knyttet til konsesjoner eller lignende, som for eksempel har innvirkning på inntekt eller drift av eiendom⁹⁵ og har dermed lite med diskrimineringsgrunnlag å gjøre.

I mangel på en konkret hjemmel kan det tenkes at EMD har forsøkt å plassere forskjellsbehandling rettslig, uavhengig av de spesifiserte diskrimineringsgrunnlag, under diskrimineringsforbudet i art. 14, simpelthen fordi man mangler en generell forvaltningsrettslig likebehandlingsregel i konvensjonen.

Det positive med dette er jo at borgerne nyter et bredt vern. Det kan imidlertid være uheldig at domstolen innfortolker et vern nasjonalstatene i utgangspunktet ikke har akseptert ved ratifikasjonen. Det kan hende at en slik tolkningspraksis vil støte mot statenes suverenitet.

⁹³ Jan Fridthjof Bernt m.fl., *Frihagens forvaltningsrett*, Bind 1, 2. utgave, Bergen 2010 s. 97 og 98.

⁹⁴ Jan Fridthjof Bernt m.fl., *Frihagens forvaltningsrett*, Bind 1, 2. utgave, Bergen 2010, s. 98.

⁹⁵ Se for eksempel I Rt. 1974 s. 149 og Rt. 1956 s. 29.

I realiteten vil en slik praksis også kunne stimulere det såkalte krenkelsessamfunnet ytterligere, ved at norske borgere kan velge å påberope seg EMK art. 14 i tilfeller som aldri ville vært vernet av norsk formell lov. Man risikerer altså en økning i saksomfanget, som av prosessøkonomiske grunner kan være uheldig.

Enkeltilfeller som EMD anerkjenner som diskriminering ville blitt fanget opp av norsk forvaltningsrett, slik at det blir et spørsmål om semantikk hvilket rettsområde man plasserer konflikten under. Dette vil naturligvis ikke gjelde alle saker, fordi terskelen for at prinsippet om likebehandling skal få gjennomslag er svært høy.⁹⁶

På grunn av det vide diskrimineringsvernet i EMK art. 14 risikerer man at norske borgere som mener seg diskriminert og ikke finner nødvendig vern i det interne regelverket, kan påberope seg rettigheter i tråd med EMK art. 14. De vil da kunne vinne fram med saker man i forarbeidene til internt regelverk tok sikte på å sile ut.

Man opplever således en spenning mellom to regelsett, som begge er del av norsk rett. En kan ikke påstå at det foreligger en direkte motstrid mellom regelverkene, men man kan stille spørsmål ved betydningen av det norske diskrimineringsforbudets avgrensning.

Avgrensningen loven oppstiller i dag, kan stå i fare for å bli illusorisk i praksis, dersom norske borgere kan velge å påberope seg EMK art. 14 i de tilfeller det norske vernet ikke skulle føre frem.

Særlig er dette en interessant betraktning hvis man i fremtiden vil tolke diskrimineringsforbudet i Grl. § 98 i lys av EMK art. 14. Da kan man få et videre diskrimineringsvern enn man hadde sett for seg, med grunnlovsrang.

På den annen side er ikke EMDs praksis entydig per dags dato. Norske rettsadvokater burde være noe kritisk til å gi grunnlovsvernet en tilsvarende rekkevidde som EMD beskriver. Er det for eksempel grunn til å adoptere de vinglete tolkningsvaner EMD tidvis utviser? En slik praksis vil kunne rokke ved hensynet til forutberegnelighet for de som blir anklaget for diskriminering.

Videre vil mannen i gata vanligvis forholde seg til alminnelig norsk lov. Ergo vil konvensjonsvernet kunne forbli en ukjent fordel for mange. Særlig med tanke på at det er utfordrende å orientere seg i internasjonale konvensjoner med tilhørende praksis uten juridisk kunnskap.

⁹⁶ Se for eksempel Rt. 1997 s. 1795.

Det blir derfor interessant å følge utviklingen framover. Vil man se en økt anvendelse av art. 14 i tilfeller som ligger utenfor det norske kjerneområdet for diskriminering, på grunn av manglende gjennomslag ved bruk av norsk formell lovgivning, eller vil EMD stramme inn det vernet de i dag tilsynelatende oppstiller i praksis?

5 Kildeliste

5.1 Norske lover

Navn – forkortelse

Fullstendig tittel

Grunnloven – Grl

Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814

Diskrimineringsloven om etnisitet

Lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet)

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

Diskrimineringsloven om seksuell orientering

Lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering)

Diskrimineringsombudsloven

Lov 16. juni 2017 nr. 50 om likestillings- og diskrimineringsombudet og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

Likestillingsloven

Lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven)

Likestillings- og diskrimineringsloven – LDL

Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Menneskerettsloven- Mrl.

Lov 21.mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

5.2 Internasjonale konvensjoner

Navn-forkortelse

Fullstendig tittel

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen- EMK

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950

Wien-konvensjonen

Wienkonvensjonen om traktatretten, 23. mai 1969

5.3 Forarbeider, stortingsdokumenter og lignende

Kort referanse

Fullstendig referanse

Dok.nr.16(2011-2012)

Dok.nr.16(2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

NOU 2009:14

NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern

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

Ot.prp.nr.33 (2004-2005) Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

Prop.81 L (2016–2017)

Prop.81 L (2016–2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Innst.389 L (2016–2017)

Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Høringsnotat

Høringsnotat om felles likestillings- og diskrimineringslov

Stortingsmøte

Stortingsmøte mandag den 12. juni 2017 om Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

5.4 Rettspraxis

Høyesterettspraxis

Rt. 1956 s. 29

Rt. 1974 s. 149

Rt. 1997 s. 1795

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2015 s. 155

HR-2016-2554-P

HR-2018-1958-A

Lagmannrettspraxis

LB-2017-158548

Tingrettspraxis

TKOEI-2018-47925

Praksis fra Diskrimineringsnemda

LDN-26-2016.

DIN-2018-51

DIN-2018-97

Praksis fra Diskrimineringsombudet

LDO-15-111

Avgjørelser fra EMD

Lithgow and Others v. United Kingdom. Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81. Judgement of 8 July 1966

Golder v. the United Kingdom, Application no. 4451/70, Judgment of 21 February 1975

Engel and Others v Netherlands. Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72. Judgment of 23 November 1976

Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark. Application no. 5095/71; 5920/72; 5926/72. Judgment of 7 December 1976

Fredin (No1) v. Sweden. Application no. 12033/86. Judgment of 18. Februar 1991

Magee v. The United Kingdom. Application no. 28135/95. Judgment 6. June 2000

Rasmussen v. Denmark, Applications nos. 52562/99 and 52620/99. Judgment of 11 January 2006

Carson and Others v. United Kingdom. Application no. 42184/05. Judgment of 16. March 2010

Clift v. United Kingdom. Application No 7205/07. Judgment 13 of July 2010

Springett and Others v. United Kingdom. Application Nos. 34726/04, 14287/05 and 34702/05. Judgment of 27 April 2010

Bah v. United Kingdom. Application no. 56328/07. Judgment of 27 September 2011

Maggio and Others v Italy. Application Nos. 46286/09,52851/08,53727/08,54486/08 and 56001/ 08. Judgment of 31May 2011

Berger-Krall and Others v. Slovenia. Application no. 14717/04. Judgment of 12 June 2014

Ruszkowska v. Poland. Application no. 6717/08. Judgment of 1 July 2014

Costel Gaciu v. Romania. Application no. 39633/10. Judgment of 23 June 2015

Qing v. Portugal. Application no. 69861/11. Judgment of 5 November 2015

British Gurkha Welfare Society and Others v. the United Kingdom. Application no. 44818/11. Judgment of 15 September 2016

Khamtokhu and aksenchik v. Russia. Applications nos. 60367/08 and 961/11. Judgment of 24 January 2017

FÁbian v. Hungary. Application no. 78117/13. Judgment of 5 September 2017

Cassar v. Malta. Application no. 50570/13. Judgment of 30 January 2018

Bradshaw and others v. Malta. Application no. 37121/15. Judgment of 23 October 2018

5.5 Bøker og litteratur

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave (Bergen 2018).

Bernt, Jan Fridthjof og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, Bind 1, 2. utgave (Bergen 2010).

Eckhoff, Torstein og Jan Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001).

Hellum, Anne, *Diskriminerings- og likestillingsrett* (Oslo 2008).

Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utgave (Oslo 2012).

Sundet, Tron Løkken, *Norsk lovkommentar: Likestillings- og diskrimineringsloven*, Rettsdata.no, 16.01.2018

5.6 Artikler

Blandhol, Sverre, *Innføring i juridisk metode*, Jussens venner 06/2015 (Volum 50).

Gerards, Janneke, *The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Law Review (Oxford 2013).

5.7 Nettsider

<https://www.dagbladet.no/kultur/generasjon-krenket/63361629>

<https://snl.no/diskriminering>

<https://lovdata.no/dokument/SPHPM/pm-2018-02>

<http://www.diskrimineringsnemnda.no/nb/innhold/side/forside>

