

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet

Høringsuttalelse fra Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett (KVIBALD) ved Institutt for offentlige rett, UiO, til forslag til felles likestillings- og diskrimineringslov.

Vi viser til departementets høringsbrev med vedlegg av 20. oktober 2015 og avgir med dette følgende høringsvar.

1. Overordnede betraktninger

Avdelingen ser positivt på høringsutkastets tydeliggjøring av allerede eksisterende forbud mot direkte, indirekte, strukturell og sammensatt diskriminering. Dette gjelder særlig kodifiseringen av eksisterende forbud mot sammensatt diskriminering, utdyping av aktivitetspliktens konkrete innhold og tydeliggjøring av vernet mot direkte og indirekte diskriminering på grunn av graviditet og foreldrepermisjon.

Mens lovforslaget tydeliggjør gjeldende rett, utgjør det på en rekke viktige punkter en betydelig svekkelse av vernet mot diskriminering på alle grunnlag. Svekkelsen gjelder særlig de strukturelle sidene av diskrimineringslovgivningen og av kvinners kjønnsdiskrimineringsvern. Det er skuffende at forslaget, som på papiret intenderer å styrke diskrimineringsvernet, i praksis svekker det. Et gjennomgående trekk ved forslaget er at vernet etter de ulike grunnlagene trekkes ned i stedet for å løftes opp til det nivå som har blitt kjempet fram gjennom likestillingsloven, blant annet som følge av likestillingslovens tette forbindelser til EØS-retten og FNs kvinnediskrimineringskonvensjon (KDK).

KVIBALD vil innledningsvis rette oppmerksomheten mot følgende aspekter:

- Lovforslagets generelle formålsbestemmelse innebærer en svekkelse av rettsvernet til kvinner og mennesker med funksjonsnedsettelse. Forslaget om oppheving av særskilte formålsbestemmelser, som springer ut av samfunnsmessige mønstre for ulikhet, er vanskelig å forene med internasjonale konvensjonsforpliktelser som pålegger staten en plikt til å fremme reell likestilling for kvinner og for mennesker med funksjonsnedsettelse.
- Forslaget om å unnta familieliv og personlige forhold fra lovens virkeområde for alle lovens grunnlag, svekker kvinners stilling sammenlignet med likestillingsloven. Denne innskrenkningen er strid med KDK, som gjelder på familie- og privatlivets område. Den er også i strid med Norges forpliktelser etter ØSK-konvensjonen, som pålegger statene å gi et vern mot diskriminering i familie- og privatliv på alle grunnlag, ikke bare kjønn.

- Forslaget om å innskrenke aktivitetsplikten og oppheve redegjørelsesplikten svekker diskrimineringsvernet på alle grunnlag. Forslaget om å oppheve aktivitetsplikten i bedrifter med færre en 50 ansatte utgjør en betydelig svekkelse av kvinners vern. Det er tvilsomt om opphevelsen av redegjørelsesplikten lar seg forsvare i lys av Norges menneskerettslige og EØS-rettslige forpliktelser til å sørge for effektiv sanksjonering av det strukturelle vernet.
- De viktigste argumentene for å innføre en samlet lov er hensynet til likhet, forenkling og samordning, herunder behovet for å styrke vernet mot sammensatt diskriminering. Eksisterende lovforslag, særlig den generelle svekkelsen av det strukturelle vernet og svekkelsen av vernet for kvinner og mennesker med funksjonsnedsettelse, viser med all tydelighet de lovtekniske problemene forbundet med å foreta en balansegang mellom hensynet til et likt vern og behovet for å ta det enkelte diskrimineringsgrunnlags særpreg i betraktning. Utviklingen av et vern mot sammensatt diskriminering har i praksis funnet sted gjennom et dynamisk samspill mellom de enkelte lover. Det har funnet sted en synergisk utvikling på tvers av diskrimineringsgrunnlag og lover. Avdelingen mener derfor at opprettholdelsen av de eksisterende lover gir et godt utgangspunkt for å styrke vernet mot sammensatt diskriminering.
- Foreliggende forslag inneholder en rekke spredte forslag som samlet sett utgjør en innskrenking av Likestilling- og diskrimineringsombudets håndhevingsoppgaver. Ombudet har gjennom sine håndhevingsoppgaver opparbeidet en sterk faglig kompetanse som har bidratt til å styrke individers og gruppers rettigheter. Det er foruroligende at disse endringsforslagene framsettes uten noen samlet vurdering av konsekvensene for hensynet til en effektiv gjennomføring av vernet.
- Avdelingen vil understreke betydningen av å se forslag til endringer i det materielle vernet i sammenheng med et mulig fremtidig forslag til endringer i håndhevingen av lovgivningen, som på det nåværende tidspunkt er gjenstand for ekstern utredning. Det er fra så vel et fagjuridisk som et demokratisk synspunkt svært uheldig at utarbeidelsen og behandlingen av forslag til endringer i den materielle lovgivningen og reguleringen av håndhevingsapparatet er lagt opp som to separate reformprosesser. Ut fra den nære sammenhengen mellom diskrimineringsvernets materielle og prosessuelle side, vil vi innstendig oppfordre departementet til å sørge for en samlet demokratisk diskusjon av de to forslagene, og sammenhengen mellom dem, før proposisjon forelegges Stortinget til behandling.

Vi vil i punkt 2-9 gi en mer inngående begrunnelse for momentene vi har trukket frem, i tillegg til at vi kommenterer enkeltdeler av forslaget. I punkt 10 gir vi noen avsluttende kommentarer knyttet til de rettslige og samfunnsmessige utfordringer som vil følge i kjølvannet av å gå bort ifra et system med flere lover og til felles lov.

2 Lovens formålsbestemmelse (§ 1 i høringsutkastet)

I henhold til høringsutkastet skal lovens formål etter § 1 være å fremme likestilling og hindre diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel og adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, (alder og andre lignende, vesentlige kjennetegn ved en person).

Det er positivt at det i formålsbestemmelsen er foretatt en konkretisering og utdyping av hvilke grunnlag som omfattes av formålet om å fremme likestilling og hindre diskriminering. Den manglende overensstemmelsen mellom de forhold som er listet opp i formålsbestemmelsen og de grunnlag som er omfattet av diskrimineringsforbudet i forslaget § 6, er imidlertid fra et brukerperspektiv egnet til å skape forvirring. Departementet bør se nærmere på dette.

Formålsbestemmelsen, som er gitt en nøytral utforming, går hånd i hånd med oppheving av de spesifikke formålsangivelsene i henholdsvis likestillingsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Avdelingen mener at opphevelsen av disse formålsbestemmelsene, som er sentrale elementer i den juridiske tolkningen av både det strukturelle og det individuelle vernet etter de to lovene, utgjør en betydelig svekkelse av rettsvernet. Vi vil utdype dette i det følgende.

2.1 Oppheving av diskriminerings- og tilgjengelighetslovens målsetting om nedbygging av samfunnsskapt funksjonshemmende barrierer

Departementet foreslår å fjerne den delen av diskriminerings- og tilgjengelighetslovens formålsbestemmelse som lyder:

Loven skal bidra til nedbygging av samfunnsskapt funksjonshemmende barrierer og hindre at nye skapes.

Avdelingen vil framheve at denne målsettingen utgjør en bærebjelke i lovens vern mot individuell og strukturell diskriminering. Det er av symbolsk, kommunikasjonsmessig og rettslig betydning at loven uttrykkelig anerkjenner at funksjonshemming oppstår i individers møte med samfunnet, og altså ikke er en individuell egenskap. Formålsbestemmelsen utgjør en sentral retningslinje ved tolkingen av lovens tilretteleggingsregler. Den er av stor praktisk betydning ettersom en stor del av klager som omhandler mennesker med nedsatt funksjonsevne vedrører brudd på tilretteleggingsregler.

Ved å fjerne denne delen av dagens formålsbestemmelse vil diskrimineringsvernet for mennesker med nedsatt funksjonsevne svekkes. En slik svekkelse er vanskelig å forene med plikten til lojal gjennomføring av FN konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD), som Norge er part til.

2.2 Oppheving av likestillingslovens formål om særlig å bedre kvinners stilling

Høringsutkastets forslag til ny formålsparagraf har som formål å fremme likestilling og hindre diskriminering. Likestillingslovens formål om at loven «særlig tar sikte på å bedre kvinners stilling» foreslås opphevet. Behovet for en lov som tar utgangspunkt i kvinners livserfaringer og livsverdier ble framhevet av kvinnepolitikere og kvinnerettsaktivister i forbindelse med

vedtakelsen av likestillingsloven i 1978. FNs kvinnekongresskonvensjon (KDK), som ble vedtatt av FNs generalforsamling i 1979, har som formål å fremme likestilling gjennom opphevelse av alle former for diskriminering av kvinner. Bakgrunnen for vedtakelsen av et kvinne-sentrert instrument med et eget håndhevingsorgan, FNs kvinnekomite, var at de kjønnsnøytrale diskrimineringsforbudene i konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) fra 1966 og konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) fra 1966 ikke hadde gitt synderlige resultater i arbeidet med å styrke kvinners stilling globalt. I fortalen til KDK uttaler statspartene at de «er urolig for at kvinner fortsatt er utsatt for betydelig diskriminering til tross for disse instrumentene».

Departementets forslag inneholder ikke noen grundig empirisk og rettslig begrunnelse for denne grunnleggende endringen. Det foreligger ingen analyse av hvilke konsekvenser denne dreiningen vil få for kvinners vern mot indirekte og strukturell diskriminering. KVIBALD mener at tiden ikke er moden for å oppheve likestillingslovens kjønns spesifikke formålsbestemmelse. I det følgende vil vi se nærmere på forslaget i lys av de samfunnsmessige forholdene, faren for å svekke kvinners vern mot indirekte og strukturell diskriminering og forholdet til Norges forpliktelser etter KDK og EUs likestillingsdirektiv.

2.2.1 Forholdet til dokumentasjon av kjønnskjevne fordelingsmønstre

Forslaget om å oppheve formålet om å bedre kvinners stilling tar ikke hensyn til eksisterende samfunnsmessige barrierer for likestilling. Likestillingsutvalgets utredning (NOU 2011:18) viser i sin gjennomgang av norsk kvinne-, kjønns- og likestillingsforskning innen ulike fagområder, at vi er langt fra reell kjønnslikestilling i dagens Norge. Utredningen dokumenterer at det i stor grad – men ikke alltid – dreier seg om skjev fordeling av makt, ressurser og familieforpliktelser i kvinners disfavør. Den utdypes samtidig hvordan kvinner, som tilhører ulike minoritetsgrupper, opplever diskriminering på grunnlag av flere identitetskjennetegn på samme tid, for eksempel kjønn og etnisitet eller kjønn og funksjonsnedsettelse. Lovforslaget sender med sin kjønnsnøytrale formålsparagraf et signal om at kvinner og menn innen ulike grupper har samme behov for vern mot kjønnsdiskriminering. Lovforslaget forsterker på denne måten en av de største barrierene for likestilling i dagens samfunn, nemlig ideen om at kvinner og menn er likestilte.

2.2.2 Konsekvenser for vernet mot indirekte og strukturell diskriminering

Bortfall av et lovfestet formål om å bedre kvinners stilling vil svekke kvinners vern mot indirekte og strukturell diskriminering. Vi har i senere år sett mange eksempler på lovgivning, som med utgangspunkt i et kjønnsnøytralt likestillingsideal, fører til indirekte eller strukturell diskriminering, fordi det ikke tas tilstrekkelig hensyn til eksisterende biologiske og sosiale forskjeller mellom kvinner og menn. Et eksempel på en slik utvikling er vedtakelsen av den kjønnsnøytrale krisesenterloven, som ble innført til tross for at KDK og EU-retten anser det som nødvendig og legitimt å forbeholde en del egne krisesentre for kvinner. Det samme gjelder reglene om tredeling av foreldrepermisjon som tar bort beskyttelsen av de ekstra ukene permisjon som kvinner etter EUs barseldirektiv har krav på i barseltiden. Dersom likestillingslovens formål om å bedre kvinners stilling fjernes er det fritt fram for kjønnsblinde kjønnsbalansetiltak som kan svekke kvinners utdannings- og arbeidsrettslige stilling. Vi mener at kjønnsbalansetiltak, herunder kvotering av menn, under visse omstendigheter kan

være viktig. Avdelingen mener at slike tiltak bør modelleres innen rammen av en likestillingslovgivning og likestillingspolitikk som har reell kjønnslikestilling for kvinner og menn som hovedmålsetting, der dagens behov for å bedre situasjonen til ulike grupper kvinner anerkjennes.

2.2.3 Forholdet til Norges internasjonale forpliktelser

Forslag til kjønnsnøytral formålsparagraf er vanskelig å forene med kravet i KDK om et diskrimineringsvern som tar hensyn til den asymmetriske fordelingen av makt og ressurser mellom kvinner og menn i samfunnet. FNs kvinnekomité stilte seg i sin kommentar til Norges åttende periodiske rapport, som ble behandlet i 2012, kritisk til Diskrimineringslovutvalgets forslag til enhetlig diskrimineringslov i NOU 2009: 14. Kritikken rettet seg mot lovforslagets kjønnsnøytrale utforming og er i høy grad relevant for høringsutkastet:

The Committee notes the upcoming White Paper and a Bill on the State Party's future gender equality policies aimed at adjusting existing anti-discrimination legislation with an aim to harmonize the rules in different legal acts. The Committee is concerned at the lack of guarantee or definition of gender equality in the State Party's Constitution or other appropriate legislation. The Committee is also concerned that the use of gender-neutral legislation, policies and programmes, which might lead to inadequate protection of women against direct and indirect discrimination and hinder the achievement of substantive equality between women and men.¹

Komiteén anbefalte Norge å skrinlegge Diskrimineringslovutvalgets forslag til en enhetlig og kjønnsnøytral lov og om å:

Adopt a more gender specific approach for its legislation, policies and programmes.²

Komiteen har videre vært kritisk til land som, for å styrke vernet mot sammensatt diskriminering, har erstattet eksisterende likestillingslovgivning med et enhetlig og kjønnsnøytralt lovverk. Et eksempel på dette er komiteens konkluderende kommentarer til Sverige hvor det uttales at:

16 While welcoming the recent initiative of the Government to merge the current anti-discrimination legislation into one single Anti-Discrimination Act..., the Committee is concerned that the issues of discrimination against women, including its cross-cutting nature, might lose some of its visibility and therefore receive less attention.

17. The Committee recommends that the State party should use the new Anti-Discrimination Act to strengthen the national legislative framework for the promotion, protections and fulfilment of the human rights of women in Sweden and calls upon the Government to ensure that the issues of discrimination against women, including its cross-cutting nature, is given adequate visibility.

¹ CEDAW/C/NOR/CO/8 Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, the eight periodic report of Norway, para. 9.

² Ibid para. 10 c).

Komiteen har anmodet land som har innført enhetlige og kjønnsnøytrale diskrimineringslover om å foreta en fortløpende vurdering av hvorvidt dette har ført til svekkelse av kvinners stilling. Et eksempel på påpeking av slike negative effekter er komitéens uttalelse til Storbritannia hvor «The Women and Equality Unit» i 2009 ble nedlagt som et ledd i innføringen av et enhetlig og kjønnsnøytralt vern og erstattet av «Government Equalities Office». «The Women and Equality Unit» hadde blant annet som oppgave å assistere kvinneorganisasjonenes arbeid med å utarbeide skyggerapporter til FNs kvinnekomité. Den engelske diskrimineringsrettsforskeren Sandra Fredmann, som har foretatt en dyptpløyende analyse av gjennomføringen av KDK i engelsk rett, karakteriserer dette som et neo-liberalt likestillingstiltak som førte til forverring av kvinners stiling.³

Komiteen framhever både i sine generelle anbefalinger og konkluderende kommentarer at indirekte og strukturell kjønnsdiskriminering ofte er et resultat av kjønnsnøytral lovgivning og politikk som overser den kjønne virkeligheten. Komiteen understreker derfor behovet for lovgivningsmessige og politiske tiltak som retter seg mot de ulike former for kjønnsdiskriminering som oppleves av ulike grupper kvinner i samfunnet. Et eksempel er komitéens uttalelse til Norges åttende periodiske rapport hvor kvinnespesifikke tiltak som retter seg mot ulike grupper kvinner etterlyses. Komiteen anmodet Norge om å:

Raise awareness with respect to the nature of indirect discrimination and the principle of equality for all women, including women from ethnic minority background and women with disabilities, among Government officials, the judiciary and the general public.⁴

Retten til reell kjønnslikestilling kan, slik den er utviklet innen internasjonal rett, heller ikke oppnås uten å ta hensyn til forskjeller mellom ulike grupper kvinner, herunder deres sammensatte identiteter og tilhørigheter.

2.3 Konklusjon

De faktiske forholdene med fortsatt kjønnskjev fordeling av makt og ressurser mellom kvinner og menn, de negative rettslige konsekvensene i form av et svekket vern mot indirekte og strukturell diskriminering, samt Norges forpliktelser til å ha et lovverk som er egnet til å avskaffe alle former for diskriminering av kvinner taler for å opprettholde likestillingslovens formålsbestemmelse. Mange av de samme hensynene, blant annet hensynet til gjennomføring av CRPD i norsk rett, gjør seg også gjeldende i spørsmål om diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne. Vi mener at også formålet om å nedbygge samfunnsskapt funksjonshemmende barrierer og hindre at nye skapes bør opprettholdes. På denne bakgrunn bør utformingen av formålsbestemmelsen i en eventuell ny felles lov gjennomtenkes på nytt.

3 Lovens saklige virkeområde (§ 2 i høringsutkastet)

Det foreslås i høringsnotatet at loven skal gjelde «på alle samfunnsområder», men holdes åpent om det skal innføres et unntak for «familieliv og andre rent personlige forhold». I dag er

³ Se Fredman in Hellum og Sinding Aasen Women's Human Rights – CEDAW in International, Regional and National Law – Cambridge University Press 2013.

⁴ CEDAW/C/NOR/Co/8, 10 c).

det saklige virkeområdet i tre av diskrimineringslovene – diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, diskrimineringsloven om etnisitet og diskrimineringsloven om seksuell orientering – avgrenset mot «familieliv og andre rent personlige forhold». Likestillingsloven «gjelder på alle områder i samfunnet». Høringsnotatet foretar ingen grundig empirisk, rettslig og konsekvensorientert analyse av forslaget om å unnta familieliv og andre rent personlige forhold for alle diskrimineringsgrunnlag. Forholdet til trossamfunn, som var uttrykkelig regulert i likestillingsloven 1978, er overhodet ikke berørt. Vi vil i det følgende belyse spørsmål om forekomsten av diskriminering i familieliv og personlige forhold og behovet for vern. Deretter belyses forholdet til Norges menneskerettslige forpliktelser, forholdet til retten til privat- og familieliv slik dette er regulert i Grunnlov og EMK, spørsmålet om mulig grunnlovsstrid som følge av manglende muligheter til håndhevelse, og de særlige spørsmål som oppstår i forhold til trossamfunn.

3.1 Forekomsten av diskriminering i familieliv og personlige forhold og behovet for vern

Høringsnotatet foretar ingen grundig utredning av de ulike grupperes behov for vern mot ulike former for diskriminering i familieliv og andre rent personlige forhold. Et fellestrekk ved situasjonen til kvinner, mennesker med funksjonsnedsettelse, LHBTI personer og eldre er at deres velferd og utviklingsmuligheter, er sterkt avhengig av de familiemessige og personlige relasjoner. Forekomsten av vold og seksuelle overgrep mot kvinner og jentebarn er godt dokumentert. Det foreligger en omfattende dokumentasjon av økonomiske og fysiske overgrep mot eldre i hjemmet.⁵ Forskning om seksuell orientering og levekår viser klare forskjeller mellom heterofile og bifile, lesbiske og homofile når det gjelder dårlige og brutte forhold til foreldre og søsken.⁶ Europarådsrapporten «Safeguarding adults and children with disabilities against abuse» fra 2003 inneholder en omfattende kartlegging av overgrep mot mennesker med nedsatt funksjonsevne i hjemmet, i offentlighetssfæren og i institusjoner. Rapporten framhever tiltak for å forebygge vold i alle disse sfærene. Avdelingen hadde, i lys av departementets uttalte intensjon om å bruke en felles lov som redskap for en generell styrking av diskrimineringsvernet, forventet en grundig og empiribasert utredning av behovet for å utvide likestillingslovens bestemmelser til andre grupper.

Dersom det i en felles lov vedtas at loven ikke skal gjelde for «familieliv og andre rent personlige forhold», blir vernet mot kjønnsdiskriminering svekket sammenlignet med dagens situasjon. En slik svekkelse vil særlig ramme kvinner, og det vil være et vesentlig tilbakeskritt i arbeidet for å sikre likebehandling mellom kvinner og menn. En avgrensning av lovens saklige virkeområde vil videre bidra til å legitimere diskriminerende praksiser, som vi vet finner sted på mange ulike, mer eller mindre, offentlige og private arenaer.

Forskjellsbehandling i regi av trossamfunn, er et eksempel. Det er velkjent at det foreligger mer diskriminering i praksis enn de saker som bringes inn for ombud og nemnd. Dette gjelder ikke bare diskriminering av kvinner, men også diskriminering på en rekke andre grunnlag. En avgrensning av lovens virkeområde som bidrar til å legitimere diskriminering bare den skjer innenfor det som defineres som «familieliv og andre rent personlige forhold», bidrar ikke til et

⁵ Olau Nesje Juklestad. http://www.nova.no/asset/2394/1/2394_1.pdf

⁶ Normann Andersson og Kirsti Malterud (red.) *Seksuell orientering og levekår*, 2013.

styrket vern mot diskriminering, som er ambisjonen med en felles lov. En slik avgrensning bidrar tvert imot til å svekke vernet mot diskriminering.

3.2 Forholdet til Norges menneskerettslige forpliktelser

Departementet har ikke foretatt noen grundig vurdering av forslaget forhold til Norges menneskerettslige forpliktelser. Forslaget om å unnta familieliv og personlige forhold er vanskelig å forene med menneskerettslige bestemmelser som er gjort til norsk rett gjennom inkorporasjon i menneskerettsloven, og som også er forankret på Grunnlovs nivå gjennom Grunnloven § 92. KDK gjelder på alle livs- og rettsområder, herunder familieliv, organisasjonsliv og i religiøse institusjoner. Dens kvinne- og kjønnsbegrep er vidt, noe som innebærer at den også omfatter LHBTI personers kjønnsdiskrimineringsvern. Konvensjonen inneholder videre en forpliktelse for statene til å iverksette rettslige og faktiske tiltak for å avskaffe stereotype kjønnsoppfatninger i vid forstand på alle livs- og rettsområder. Bakgrunnen for konvensjonens vide virkeområde er at mønstre for ulikhet og mangel på anerkjennelse, som utspiller seg i familien, reproduseres i forhold til adgang til helse, utdanning, arbeid og deltakelse.

Heller ikke SP artikkel 26 om ikke-diskriminering, som gjelder alle diskrimineringsgrunnlag herunder LHBTI-feltet, inneholder noe unntak for familie- og privatliv. SP artikkel 17 om retten til privat- og familieliv inneholder positive forpliktelser til statene til å gi det enkelte individ beskyttelse mot krenkelse av privatlivet fra andre private aktører.⁷

Unntaket er direkte i strid med ØSK-komiteens fortolkning av konvensjonens generelle diskrimineringsforbud som gjelder alle grupper. ØSK-komiteen uttaler i generell kommentar nr. 20 fra 2009 følgende om anvendelsen av konvensjonens diskrimineringsforbud i privat- og familielivet:

Discrimination is frequently encountered in families, workplaces, and other sectors of society. For example, actors in the private housing sector (e.g. private landlords, credit providers and public housing providers) may directly or indirectly deny access to housing or mortgages on the basis of ethnicity, marital status, disability or sexual orientation while some families may refuse to send girl children to school. States parties must therefore adopt measures, which should include legislation, to ensure that individuals and entities in the private sphere do not discriminate on prohibited grounds.⁸

3.3 Vernet av retten til privat- og familieliv i Grunnloven og i EMK

Vi vil også fremheve at retten til privat- og familieliv uansett er vernet andre steder, slik som i Grunnloven § 102 og i EMK artikkel 8. Diskrimineringslovgivningen må tolkes i overensstemmelse med disse bestemmelsene. En avgrensning i lovens saklige virkeområde mot «familieliv og andre rent personlige forhold» bidrar til at privat- og familielivet gis forrang for diskrimineringsvernet, mens en lov som gjelder på alle samfunnsområder vil bidra til at lovgivningen uttrykker balanse mellom to menneskerettigheter som noen ganger kan

⁷ Manfred Noak (2005, s 379.

⁸ FN's ØSK-komité, generell kommentar nr. 20 punkt 11.

komme i konflikt. Dette synspunktet er i tråd med at det i Grunnloven § 98 (2) er inntatt et generelt diskrimineringsforbud. Hensynet til balanse følger også av EMK artikkel 8 og artikkel 3, sett i sammenheng med statsforpliktelsen i artikkel 1, slik disse er blitt fortolket av EMD. Staten er i visse tilfelle forpliktet til å gi det enkelte individ beskyttelse mot krenkelser i privatlivet fra andre private aktører.⁹

3.4 Mulig grunnlovsstrid som følge av manglende håndhevingsmuligheter av saker som angår privat- og familielivet

En avgrensning i virkeområdet mot privat- og familielivet har som konsekvens at diskriminering innenfor privat- og familielivet ikke kan håndheves. Grunnloven § 98 (2) har imidlertid ingen avgrensning i sitt virkeområde, idet det slås fast at: «Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.» Dette foranlediger en vurdering av om en felles likestillings- og diskrimineringslov med et avgrenset virkeområde i møte med «familieliv og andre rent personlige forhold», er i tråd med Grunnloven. Problemstillingen oppstår også dersom man går inn for en lov som gjelder på alle områder, men der den ikke skal håndheves innen privat- og familielivet. Dersom dette blir utfallet – at loven skal gjelde på alle samfunnsområder – foreslås følgende bestemmelse inntatt i § 36 (3):

Forbudet mot diskriminering i familieliv og andre rent personlige forhold skal ikke håndheves.

Slik vi leser ordlyden, innebærer forslaget en avgrensning av mulighetene for all håndheving – også domstolsprøving – av spørsmål som omhandler diskriminering innen privat- og familielivet. Dette utgjør en innsnevring av muligheten til håndheving av spørsmål om diskriminering i privat- og familielivet sammenlignet med situasjonen til nå, fordi det i lovtekst kun har vært kodifisert at ombudet og nemnda ikke skal håndheve forbudet mot diskriminering i privat- og familielivet. Spørsmålet om domstolsprøving har vært mer uklart. Det har kun vært omtalt i forarbeider, og domstolene aldri tatt stilling til spørsmålet (vedlegget til høringsnotatet s. 47). Likevel heter det i høringsnotatet (s. 19) at: «Departementet legger til grunn at et forbud mot diskriminering i familieliv og rent personlige forhold ikke vil kunne håndheves, verken av domstolene eller ombud og nemnd, på grunn av de bevismessige utfordringene slike saker vil reise.»

Etter vår oppfatning kan det ikke utelukkes at domstolene vil kunne behandle spørsmål som berører avveininger mellom retten til privat- og familieliv på den ene side og vernet mot diskriminering på den annen, også innenfor privat- og familielivet. En slik mulighet følger blant annet av at det generelle diskrimineringsforbudet Grunnloven § 98 (2) som, som allerede nevnt, ikke har et avgrenset virkeområde.

Lovforslaget er utformet slik at det innebærer en fullstendig avgrensning av muligheten til å få håndhevet spørsmål om diskriminering innenfor privat- og familielivet, både hos ombud, nemnd og domstoler. Dette vil være situasjonen enten løsningen blir en avgrensning mot privat- og familieliv i det saklige virkeområdet, eller dersom det fastsettes at loven skal gjelde

⁹ Ursula Kilkelly, The right to respect for private and family life. Strasbourg, 2001, s. 20.21.

på alle områder, men der dette ledsages av en bestemmelse om at forbudet mot diskriminering ikke håndheves innen privat- og familielivet. En slik absolutt skranke reiser etter vår oppfatning spørsmål om hvorvidt forslaget er i tråd med Norges menneskerettslige forpliktelser og diskrimineringsforbudet i Grunnloven. Dette spørsmålet burde vært grundigere drøftet. Domstolene har etter Grunnloven § 89 både «rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven.» Slik forslaget ser ut, kan det ikke utelukkes at det i fremtiden kan anlegges søksmål der temaet er diskrimineringslovgivningens avgrensning mot privat- og familielivet og spørsmål om grunnlovsstrid.

3.5 Forholdet til trossamfunn

Forholdet mellom prinsippet om likestilling mellom kjønnene og trossamfunns adgang til religiøst begrunnet forskjellsbehandling har vært omdiskutert helt siden det første utkastet til likestillingslov forelå i 1974. Her ble det foreslått at loven skulle bidra til å fremme likestilling mellom kvinner og menn «utenfor privatlivets område». Hva som skulle omfatte privatlivets område berørte underområdene familieliv, foreningslov og trossamfunn.¹⁰ I høringsrunden møtte forslaget skarp kritikk. Mye av debatten handlet om trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle kvinner. I lovforslaget som ble fremsatt i etterkant av høringsrunden, ble unntaket for privatliv foreslått fjernet og erstattet av et unntak for indre forhold i trossamfunn. Da likestillingsloven til slutt ble vedtatt i 1978, het det i § 2 om lovens virkeområde:

Loven gjelder på alle områder, med unntak av indre forhold i trossamfunn.

Departementet fremhevet i forarbeidene at det skulle foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle av om noe skulle anses for å være omfattet av det som ble regnet som indre forhold i trossamfunn. At det måtte foretas en slik nærmere vurdering var imidlertid ikke lett å lese ut av lovens ordlyd. Denne kunne fort gi inntrykk av at trossamfunnene hadde full frihet til å bestemme hva som var omfattet av de indre forhold. Unntaket plassert som et unntak fra lovens saklige virkeområde bidro til å forsterke en slik forståelse.

Unntaket for indre forhold i trossamfunn har vært meget omstridt. I 2010 ble likestillingsloven endret slik at lovens oppbygging ble i tråd med EØS-rettslige forpliktelser og med internasjonale menneskerettigheter. Lovens § 2 ble endret slik at loven skulle gjelde på alle områder, også i trossamfunnene, og lød:

Loven gjelder på alle områder i samfunnet.

Lovendringen innebar en viktig milepæl og tydeliggjøring av at prinsippet om likestilling mellom kjønnene også gjelder i trossamfunn. Endringen av lovens virkeområde ble supplert av en egen bestemmelse om trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle på grunn av kjønn,

¹⁰ Stina Hansteen Solhøy «Unntak for trossamfunn? Politikktutforming i spenningsfeltet mellom statlige likestillingsambisjoner og religiøs autonomi 1974-2014», Doktoravhandling forsvart ved Det samfunnsvitenskapelige fakultet, UIO, (2016) s. 82 flg.

inntatt i § 3 (5).¹¹ Ved dette grepet ble trossamfunn omfattet av lovens ordinære struktur, der utgangspunktet er at den som forskjellsbehandler på grunn av kjønn må begrunne hvorfor forskjellsbehandlingen er nødvendig og eventuelt omfattet av lovens unntaksadgang.

I likestillingsloven 2013 er utgangspunktet om at loven gjelder på alle områder videreført, se § 2. Den særlige unntaksbestemmelsen for trossamfunn – som var inntatt i § 3 (5) i 1978-loven – er imidlertid tatt ut. De særlige problemstillinger som oppstår rundt trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle, er dermed i liten grad synlige i lovteksten. Vi kommenterer spørsmålet om unntaksadgangens anvendelse på trossamfunn nedenfor i punkt 5.2.

Høringsnotatet om felles likestillings- og diskrimineringslov belyser ikke historikken og debattene rundt det tidligere unntaket for indre forhold i trossamfunn. Det tok 32 år fra likestillingsloven 1978 ble vedtatt frem til unntaket for indre forhold i trossamfunn ble fjernet. Å på nytt innføre en avgrensning i det saklige virkeområdet i spørsmål som gjelder likestilling mellom kvinner og menn – denne gangen utformet som et unntak for «familieliv og andre rent personlige forhold» – vil innebære en reversering som er svært uheldig. Det er også historieløst. Et lignende forslag om å etablere unntak for privatlivet gikk man bort fra allerede i 1974! Det kan ikke ses bort ifra at en avgrensning mot privat- og familielivet vil få langt større betydning i praksis enn det som er lovgivers intensjon, fordi det er mange ulike oppfatninger i samfunnet om hva som hører til privat- og familielivet. Religiøse synspunkter om forskjellsbehandling mellom kjønnene vil av enkelte kunne oppfattes som noe som er privat. Erfaringen fra 1978-loven og unntaket for indre forhold i trossamfunn var nettopp at bestemmelsen i praksis ofte ble oppfattet slik at den ga videre adgang til å forskjellsbehandle kvinner i trossamfunn enn det som var hensikten da bestemmelsen ble utformet.¹² Denne erfaringen må ikke overses i arbeidet med en felles lov.

3.6 Konklusjon

Vår konklusjon er at virkeområdet i en felles lov ikke bør avgrenses mot «familieliv og andre rent personlige forhold». Tvert imot bør utgangspunktet være at loven skal gjelde på alle samfunnsområder, for alle de ulike grunnlagene. Dersom egenarten til enkelte av grunnlagene gjør at det bør trekkes en grense mot «familieliv og andre rent personlige forhold», bør dette begrunnes særskilt. I så fall må begrunnelsen tilfredsstillende ordinære menneskerettslige krav til proporsjonalitet. Dette kan vi ikke se at departementet har gjort. Loven bør også kunne håndheves på alle områder, i det minste av domstolene.

4 Diskrimineringsgrunnlag

Avdelingen ser positivt på at det i lovforslaget foretas en konkretisering av de ulike diskrimineringsgrunnlagene. Dette er en nødvendig forutsetning for at lovens ulike brukere,

¹¹ Denne lød:

Forskjellsbehandling i trossamfunn på grunn av kjønn som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller dem som forskjellsbehandles, er tillatt. Ved ansettelser i trossamfunn må kravet til et bestemt kjønn i tillegg ha avgjørende betydning for utøvelsen av arbeid eller yrke.

¹² NOU 2008:1 s. 78.

både på plikts- og rettighetssiden, skal kunne kjenne seg igjen. Vi mener allikevel at opprettholdelsen av en modell med flere lover vil gi et bedre utgangspunkt for utdyping og konkretisering av de enkelte grunnlagenes innhold og omfang.

4.1 Omsorg og alder

Fra et kjønnslikestillingsperspektiv er det et skritt framover at både kvinners og menns omsorgsoppgaver omfattes av vernet selv om omsorgsoppgaver for barn, syke og eldre fremdeles i størst grad faller på kvinner. I en situasjon hvor menn i økt grad tar ulike former for omsorgspermisjon kan det også registreres en øking i saker som gjelder diskriminering på dette grunnlag av menn. En styrking av menns plikter og rettigheter på omsorgsfeltet er en viktig forutsetning for å fremme reell likestilling og bedre kvinners stilling.

Når det gjelder spørsmålet om å utvide diskrimineringsgrunnlaget alder til alle samfunnsområder, er avdelingen av den oppfatning at gode grunner taler for å avvente den pågående utredningen av økonomiske og administrative konsekvenser av en slik utvidelse.

4.2 Samlekategori

Avdelingen støtter forslaget om å innføre en samlekategori. Dette vil gjøre loven til et mer dynamisk redskap når det gjelder utvikling av beskyttelse for stigmatiserte og sårbare grupper i diskrimineringsvernets ytterkant. Det er etter vår oppfatning viktig at stigmatiserte og sårbare grupper, som på grunn av et demokratiunderskudd har problemer med å nå fram i den politiske offentligheten, bør ha en adgang til å få sin sak behandlet av ombud og nemnd. Innføringen av en samlekategori vil dessuten bringe norsk diskrimineringslovgivning i tråd med Norges menneskerettslige forpliktelser som inneholder kategorien «annen status».

4.3 Sammensatt diskriminering

Avdelingen ser positivt på forslaget om å formalisere eksisterende forbud mot sammensatt diskriminering. Vi mener en uttrykkelig lovbestemmelse er den mest brukervennlige og mest lojale måten å gjennomføre internasjonale krav om lovfesting av vernet mot sammensatt diskriminering på. Lovfestingen av sammensatt diskriminering er særlig viktig for kvinner som på grunn av sin sammensatte identitet opplever diskriminering i skjæringsfeltet mellom kjønn, alder, etnisitet, seksuell legning, nedsatt funksjonsevne m.m. Et forbud mot sammensatt diskriminering er videre viktig når det gjelder å integrere kjønnsdiskrimineringsvernet i de andre diskrimineringsgrunnlagene.

Departementet mener at en samlet lov er en nødvendig forutsetning for et lovfestet vern mot sammensatt diskriminering. Vi er sterkt uenig i dette synspunktet og viser til at vernet mot sammensatt diskriminering etter norsk rett har vokst fram gjennom en serie enkeltavgjørelser som reflekterer et samspill mellom nasjonale rettskilder, særlig lovforarbeider, retningslinjer og praksis fra ombud, nemnd og domstoler.¹³ Dette viser, etter vår oppfatning, at eksisterende regelverk bestående av separate lover og et felles håndhevingsapparat har vært et godt redskap for å utvikle et vern mot sammensatt diskriminering.

¹³ Se Anne Hellum, «Vern mot sammensatt diskriminering etter internasjonale menneskerettigheter og norsk rett: kvinner i krysset mellom kjønn og etnisitet» I Anne Hellum og Julia Köhler-Olsen (red) Like rettigheter og ulike liv, Gyldendal 2014, s 39-69..

Vi viser også til at FNs kvinnekomité, i sin kommentar til Norges åttende rapport, som ble behandlet i 2012, stilte seg kritisk til Diskrimineringslovutvalgets forslag til enhetlig diskrimineringslov i NOU 2009: 14 (se avsnitt 2.2.3 foran).

Komiteen anbefalte, som tidligere nevnt, Norge å skrinlegge Diskrimineringslovutvalgets forslag til en enhetlig og kjønnsnøytral lov og å:

Adopt a more gender specific approach for its legislation, policies and programmes.¹⁴

Stoltenberg II regjeringen fulgte denne anbefalingen men innførte ikke, som anbefalt av det regjeringsoppnevnte Likestillingsutvalget, et eget forbud mot sammensatt diskriminering i likestillingsloven og de andre diskrimineringslovene.¹⁵

Avdelingen anbefaler, i lys av kvinners og andre gruppers svekkede stilling etter foreliggende enhetlige og kjønnsnøytrale forslag, at et lovfestet vern mot sammensatt diskriminering innarbeides i eksisterende lovgivning

5 Diskrimineringsforbudet

Avdelingen mener det er viktig at lovteksten i stor utstrekning gir konkret uttrykk for diskrimineringsforbudets faktiske rekkevidde og innhold. Dette er viktig for at diskrimineringsregelverket skal kunne brukes i praksis. Vernet må også utformes slik at det er på linje med både EU/EØS-retten og med menneskerettighetene. Vi støtter på denne bakgrunn den omfattende oppregningen av diskrimineringsgrunnlag, samt forslaget om å tydeliggjøre i lovteksten at adgangen til direkte forskjellsbehandling i arbeidslivet er snever, samt forslaget om å tydeliggjøre og styrke vernet mot diskriminering på grunn av graviditet, fødsel, amming og permisjon.

5.1 Hovedregel og unntak

Lovteksten bør signalisere at likebehandling er hovedregelen. Vurderinger knyttet til adgangen til tillatt forskjellsbehandling er ikke i seg selv en hovedproblemstilling, det dreier seg om et unntak. Vi mener på denne bakgrunn at overskriftene i forslaget til § 9 og § 10 – «Lovlig forskjellsbehandling» og «Lovlig forskjellsbehandling på grunn av graviditet, fødsel, amming og permisjon i forbindelse med fødsel og adopsjon» – bør endres slik at det uttrykkelig fremgår at det dreier seg om unntak.

5.2 Særlig om forskjellsbehandling i trossamfunn

Forholdet mellom hovedregel og unntak reiser særlige problemer i forhold til kravet om likebehandling i trossamfunn. Reguleringen av trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle på grunn av kjønn ble fjernet da likestillingsloven 2013 trådte i kraft, og reguleringen av trossamfunns adgang til å forskjellsbehandle på grunn av seksuell orientering ble fjernet fra arbeidsmiljøloven 2005 i 2010.¹⁶ Utgangspunktet i dag er at lovverkets alminnelige krav om

¹⁴CEDAW/C/NOR/8. 10 c).

¹⁵NOU 2011: s.18 og s. 43-46.

¹⁶Vibeke Blaker Strand «Diskrimineringsvern og religionsutøvelse» Gyldendal 2012 s. 181.

likebehandling gjelder i trossamfunn, som må begrunne forskjellsbehandling etter de samme vilkår som andre. Forslaget til felles lov inneholder ingen egne bestemmelse som tydeliggjør trossamfunns plikt til å følge likestillingsprinsipper og heller ingen konkretisering av trossamfunnenes snevre adgang til å forskjellsbehandle. Vi vet imidlertid at diskrimineringsforbudets rekkevidde i møte med virksomheten i trossamfunn er en meget aktuell problemstilling i praksis. Av hensyn til lovens anvendelighet bør det synliggjøres at trossamfunn er omfattet av de samme regler som andre virksomheter. Vi foreslår på denne bakgrunn at det i § 9 om unntaksadgangen inntas et nytt tredje ledd om at bestemmelsen også gjelder virksomheten i trossamfunn.

5.2 Plikten til å forskjellsbehandle for å oppnå reell likestilling: forholdet mellom barselpermisjon og foreldrepermisjon

Lovforslagets nøytrale utforming inneholder, som vi allerede har påpekt, en rekke spenninger i møte med internasjonale krav om å ta hensyn til biologiske og sosiale forskjeller som et ledd i å fremme reell likestilling. Departementet burde i sin gjennomgang av diskrimineringsvernet i tilknytning til fødsel og permisjon sett nærmere på forholdet mellom kvinners retts til barselpermisjon etter EU-retten og den mekaniske likedelingsreglen som regulerer foreldrenes deling av permisjonstiden.

Norge har etter EUs barseldirektiv (direktiv 92/85/EØF) en plikt til å sikre kvinnen en egen barseltid før foreldrepermisjonen. Denne skal være på "mindst 14 sammenhengende uger fordelt foer og/eller efter foedslen", se direktivets artikkel 8. Det norske systemet for permisjon er i dag tredelt: 10 uker permisjon er reservert til hver av foreldrene (mødrekvote og fedrekvote). De resterende uker kan deles mellom foreldrene slik de selv ønsker. Forskning dokumenter nå at ordningen ikke er i tråd med Barseldirektivet, fordi den ikke i tilstrekkelig grad tar hensyn til kvinners og barnas behov i barseltiden, men gjør deler av permisjonen i barseltiden til gjenstand for forhandling.¹⁷ Den norske ordningen taper av syne at hensynene bak barselpermisjon er andre enn hensynene bak foreldrepermisjon og at det påligger staten en plikt til å gi kvinner særlige rettigheter når det er grunn til det. Kjønnsnøytrale ordninger er langt ifra alltid tilstrekkelig.

I forslagets unntaksbestemmelse om graviditetsdiskriminering § 10, vises det i første ledd bokstav b) uttrykkelig til folketrygdloven § 14-12 som regulerer foreldrenes uttak av foreldrekvoter i forbindelse med permisjon. Etter vår oppfatning bør departementet som en del av prosessen rundt arbeidet med felles lov også utrede spørsmålet om endringer i norsk lovgivning, herunder folketrygdloven § 14-12, slik at kravene som ligger i EUs barseldirektiv ivaretas fullt ut

5.3 Sammenhengen mellom vern mot graviditetsdiskriminering og individuell tilrettelegging for gravide

Departementet foreslår i § 23 å presisere at plikten til individuell tilrettelegging også gjelder for gravide arbeidssøkere, arbeidstakere, elever og studenter. Bestemmelsen henviser uttrykkelig til forslagets § 21 og 22. I § 21 og § 22 er det lagt opp til en bred

¹⁷ Helga Aune og Gro Nylander, «Barseltid et faktum – Barselpermisjon en rettslig sannhet» i Nordisk Socialrettslig Tidsskrift, nr. 11—12 2015 s. 45-82.

uforholdsmessighetsvurdering. Dette er problematisk i forhold til det sterke vernet mot graviditetsdiskriminering som er inntatt i forslaget § 10. Det er egnet til å svekke graviditetsdiskrimineringsvernet både i forbindelse med håndheving og i praksis. Etter vår oppfatning er dette et eksempel på at man for raskt overfører en rettslig konstruksjon fra ett diskrimineringsgrunnlag – plikten til individuell tilrettelegging for mennesker med nedsatt funksjonsevne – over på et annet grunnlag – graviditetsdiskriminering – uten en tilstrekkelig drøftelse av hvilken betydning det sterke vernet mot graviditetsdiskriminering har for innholdet og rekkevidden av retten til individuell tilrettelegging. Vi ber departementet om å utrede dette nærmere.

6 Vernet mot strukturell diskriminering, aktivitetsplikt

Vernet mot direkte og indirekte diskriminering på individuelt grunnlag henger nøye sammen med offentlige myndigheters og arbeidsgivers plikt til å arbeide aktivt for likestilling. Staten har, etter RDK, KDK og CRPD plikt til å sørge for at så vel offentlige som private aktører avstår fra diskriminering på individuelt grunnlag og samtidig forebygger diskriminering på strukturelt grunnlag gjennom proaktivt likestillingsarbeid. Samtlige diskrimineringslover pålegger arbeidsgivere en plikt til å arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme likestilling. Aktivitetsplikten etter likestillingsloven omfatter alle private og offentlige arbeidsgivere uansett størrelse, mens plikten etter de øvrige diskrimineringslovene er begrenset til private arbeidsgivere med mer enn 50 ansatte. Likestillingslovens formålsbestemmelse om å bedre kvinners stilling legger viktige føringer på tolkingen og gjennomføringen av aktivitetsplikten på kjønnslikestillingsfeltet. Internasjonale krav om effektiv sanksjonering av diskrimineringsvernet omfatter både diskriminering på individuelt og strukturelt grunnlag. Samtlige diskrimineringslover inneholder, i tråd med dette kravet, en plikt for arbeidsgivere til å redegjøre for likestillingstiltak som er iverksatt og planlegges innført. Avdelingen stiller seg, som det framgår av gjennomgangen nedenfor, meget kritisk til høringsutkastets forslag om å svekke aktivitetsplikten og å fjerne redegjørelsesplikten.

6.1 Kjønnbalanse i offentlige utvalg

Avdelingen anser dagens regulering av reglene om kjønnbalanse i offentlig utvalg for tilfredsstillende. Vi kan ikke se noe behov for en ytterligere utdyping av unntaksadgangen, slik som foreslått.

6.2 Arbeidsgivers plikt til å arbeide for likestilling og ikke-diskriminering (§ 26 i høringsutkastet)

Høringsutkastet inneholder forslag om å begrense arbeidsgivers aktivitetsplikt til private bedrifter som har mindre enn 50 ansatte. Forslaget er verken i tråd med forslagene til Diskrimineringslovutvalget (NOU 2009: 14) eller Likestillingsutvalget (NOU 2011: 18) som foreslo at aktivitetsplikten skulle gjelde alle virksomheter. Om forslaget vedtas vil det føre til at nesten alle private virksomheter unntas. I henhold til SSB utgjorde private virksomheter med mindre enn 50 ansatte i 2015 under 1% av virksomhetene. Det vil si at de fleste bedrifter som sysselsetter kvinner vil kunne fortsette å ha en uformell styringsstruktur, herunder en lite transparent ansettelses- og personalpolitikk. Forslaget utgjør således en kraftig svekkelse av kvinners rett til reell likestilling i arbeidslivet i en tid med økende innskrenkninger og stor

usikkerhet på arbeidsmarkedet. Avdelingen støtter LDOs forslag om en endring i den foreslåtte lovbestemmelsen slik at den omfatter alle arbeidsgivere, men differensierer kravet ut fra bedriftens størrelse og antallet ansatte.

Avdelingen ser positivt på at aktivitetsplikten innhold konkretiseres i lovteksten. Dersom aktivitetsplikten skal motvirke kjønnsstrukturer som svekker kvinners arbeidslivsdeltakelse er det av grunnleggende betydning at likestillingslovens formålsbestemmelse om å bedre kvinners stilling opprettholdes. Denne bestemmelsen er viktig for å bevisstgjøre arbeidsgiver om kjønnskjvheter som svekker kvinners ansettelses- og arbeidsforhold. Den utgjør, som tidligere nevnt, en viktig ramme for en likestillingsorientert personalpolitikk.

Avdelingen mener videre at aktivitetsplikten, for offentlige og private arbeidsgivere så vel som offentlige myndigheter, bør omfatte en lovfestet plikt til å bekjempe stereotype oppfatninger av kjønn, etnisitet, seksuell legning og kjønnsidentitet eller funksjonsevne. Statens plikt til å ta i bruk alle egnede virkemidler for dette formål følger av Norges forpliktelser etter KDK, RDK CPRD.

6.3 Forslaget om å oppheve redegjøringsplikten

Som et ledd i gjennomføringen av den lovfestede aktivitetsplikten pålegger dagens lovgivning (samtlige diskrimineringslover) arbeidsgivere en plikt til å redegjøre for hvilke likestillingstiltak som er iverksatt i tilknytning til virksomhetens årsberetning. Offentlige myndigheters og offentlige virksomheters redegjøringsplikt skal etter dagens lovgivning tas inn i årsbudsjettet. Likestillings- og diskrimineringsombudet og likestillings- og diskrimineringsnemnda skal håndheve og medvirke til gjennomføringen av redegjøringsplikten i tråd med diskrimineringsombudsloven.

Høringsutkastet foreslår å oppheve redegjøringsplikten, herunder ombudets og nemndas overvåkingskompetanse. Med dette fjernes det eneste rettslige virkemiddel for å sikre gjennomføringen av en personalpolitikk som forebygger diskriminering i arbeidslivet, herunder muligheten av sanksjonering for arbeidsgivere som ikke følger opp plikten. Denne svekkelsen av det strukturelle diskrimineringsvernets prosessuelle side vil, under dagens forhold med omfattende innskrenkninger og innsparinger i arbeidslivet, kunne føre til en alvorlig svekkelse av individvernet.

Departementet understreker i notatet at en frivillig ordning vil være bedre egnet enn dagens ordning som anses som en belastning for arbeidsgiverne. Hvorvidt denne innskrenkningen lar seg forsvare i lys av internasjonale krav om effektiv sanksjonering av diskrimineringsvernet er overhodet ikke utredet. Avdelingen vil understreke at kravet om effektiv sanksjonering av diskrimineringsvernet omfatter både det individuelle og det strukturelle vernet. Vi viser i denne sammenheng til at kvinnekomiteen i sin behandling av individklagesaker, ut fra hensynet til effektiv gjennomføring, gir statene pålegg om å gjennomføre både individuelle og strukturelle tiltak.

Avdelingen slutter seg i hovedsak til Likestillings- og diskrimineringsombudets forslag til ny § 27.

7 Innhenting av opplysninger

I forslaget § 31 (1) er det fastsatt et forbud mot innhenting av nærmere opplistede opplysninger som del av ansettelsesprosessen. Dette må ses på som en konkretisering av forbudet mot diskriminering og blir ikke nærmere kommentert. I § 31 (2), (3) og (4) foreslås det på nærmere definerte vilkår å gi adgang for arbeidsgiver til å innhente opplysninger om jobbsøkere. Det er disse delene av bestemmelsen vi vil kommentere.

I annet ledd er det inntatt en adgang for arbeidsgivere til å innhente opplysninger om «seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, funksjonsnedsettelse, etnisitet eller hvordan søkeren stiller seg til religiøse eller kulturelle spørsmål», dersom «opplysningene har reell og avgjørende betydning for utøvelsen av arbeidet eller yrket». Etter tredje ledd åpnes det opp for å innhente opplysninger om «søkerens samlivsform eller hvordan søkerne stiller seg til religiøse eller kulturelle spørsmål» dersom «virksomheten har som formål å fremme bestemte politiske, religiøse eller kulturelle syn, og arbeidstakers stilling vil ha betydning for å gjennomføre formålet». I disse tilfellene må det oppgis i utlysningen at slike opplysninger vil bli krevet. Fjerde ledd gir en utvidet adgang til innhenting av opplysninger om nedsatt funksjonsevne.

Forslaget til § 31 (2)-(4) innebærer dels en sammenslåing av bestemmelser som har sitt opphav i ulike lover som har ulik bakgrunn og til dels ulik begrunnelse, dels en utvidelse av eksisterende lover. Noen elementer stammer helt tilbake til arbeidsmiljøloven 1977 § 55A. Begrunnelsene som tidligere er gitt for å innføre bestemmelser om adgang til innhenting av opplysninger, er i liten grad berørt i høringsnotatet. I vurderingen av behovet for å videreføre og utvide adgangen til å innhente opplysninger om jobbsøkere, burde lovhistorikken, innholdet i de ulike elementene av bestemmelsene og hvordan de har virket i praksis vært diskutert. Dette kunne ha gitt et bedre grunnlag for å diskutere hensiktsmessigheten av å utvide adgangen til å innhente opplysninger til nye grunnlag.

Vi vil fremheve at innhenting av opplysninger som del av en ansettelsesprosess, fort vil kunne resultere i eksklusjon og diskriminering. Personer som søker en jobb der ulike opplysninger etterspørres, vil i mange tilfeller i sin jobbsøknad gi de etterspurte opplysninger. Dette vil i neste omgang kunne resultere i at man ikke innkalles for eksempel til intervju. At loven åpner opp for innhenting av opplysninger der det er av betydning for arbeidet eller nødvendig av hensyn til virksomhetens formål, vil kunne bidra til å legitimere eksklusjon og til uthuling av vernet mot diskriminering. Den alminnelige unntaksadgangen, slik den er foreslått inntatt i § 9, gir mulighet til forskjellsbehandling der lovens vilkår er oppfylt. Vi etterlyser en grunnleggende drøftelse av behovet for å supplere den alminnelige unntakshjemmelen med bestemmelser som eksplisitt tillater innhenting av opplysninger om jobbsøkere. Det er i praksis et stort problem at personer ikke innkalles til jobbintervju dersom de har et ikke-norsk navn. Personer med nedsatt funksjonsevne eller med en kjønnsidentitet som avviker fra majoritetens, opplever i praksis store barrierer i arbeidslivet. At loven eksplisitt åpner opp for å innhente opplysninger om blant annet etnisitet, nedsatt funksjonsevne og kjønnsuttrykk dersom «opplysningene har reell og avgjørende betydning for utøvelsen av arbeidet eller yrket», vil neppe bidra til å bedre situasjonen i arbeidslivet for allerede sårbare individer. Det

kan dessuten bidra til å legitimere diskriminering. Innhenting av slik informasjon kan dessuten komme i konflikt med personvern hensyn.

8 Likelønn og læremidler

Avdelingen ser positivt på departementets forslag om å viderføre likelønnsbestemmelsen, som er et viktig ledd i oppfyllelsen av EØS-retten og ILO-konvensjon nr. 100. Vi er på den annen side bekymret over den foreslåtte nedbygging av aktivitets- og redegjøringsplikten konsekvenser for arbeidsgiveres proaktive forpliktelser på likelønnsfeltet, herunder systematisk utarbeidelse av lønnsstatistikk. Vi vil igjen fremheve at lovgivningen ikke kan vurderes uavhengig av hvordan den skal håndheves.

Vi støtter forslaget om at både læremidler og undervisning skal bygge på lovens formål. Ved dette blir også den muntlige delen av undervisningen dekket av loven, noe som tidligere har vært et hull i lovgivningen. Det er positivt at departementet presiserer i høringsnotatet at religionsundervisning som sådan omfattes av bestemmelsen. Disse endringene bidrar til sammen med at loven blir i tråd med Norges menneskerettslige forpliktelser på dette punkt.

9 Svekking av vernets gjennomføring: nedbygging av ombudets kontrollfunksjoner

Foreliggende forslag inneholder en rekke spredte forslag som samlet sett utgjør en ikke ubetydelig svekkelse av likestilling- og diskrimineringsombudets håndhevingsoppgaver. Dette skjer uten noen samlet vurdering av konsekvensene for hensynet til en effektiv gjennomføring av vernet.

Vi er sterkt uenige i foreliggende forslag om at ombudet ikke skal ha kompetanse til å håndheve bestemmelsen om læremidler og undervisning. Etter vår oppfatning vil ombudet være svært godt egnet til å gå i dialog med de ulike institusjonene i tilfeller der det oppstår spørsmål om læremidler og undervisning er i tråd med loven, og dette er nettopp et felt der sammenhengen mellom ombudets pådriver- og håndheverrolle vil kunne være viktig.

Videre er vi bekymret over forslaget om at ombud og nemnd skal fratras kompetansen til å overvåke arbeidsgivere og offentlige myndigheters gjennomføring av aktivitetsplikten. Ombudet har i årenes løp opparbeidet betydelig kompetanse på dette området og er meget godt egnet til å veilede arbeidsgivere og offentlige myndigheter om gjennomføring av aktivitetsplikten.

Avdelingen vil påpeke at foreliggende forslag går stikk i strid med Likestillingsutvalgets understreking av behovet for å styrke håndhevingsapparatet. Forslaget er videre på kollisjonskurs med kvinnekomiteens merknader til Norges 8 rapport. Komiteen oppfordret i den sammenheng Norge til å:

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

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

Avdelingen mener at foreliggende forslag om å innskrenke ombudets håndhevingskompetanse vil føre til en betydelig svekkelse av diskrimineringsvernets gjennomføring og er i strid med internasjonale krav om effektiv håndheving.

10 Nærmere og forslaget til felles lov

Forslaget til felles lov bygger, som vi har sett, på et premiss om at en lov som samler alle regler om likestilling og diskriminering, vil være det beste redskapet for å oppnå det som er formålet med diskrimineringslovgivningen. Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett (KVIBALD) er enige i at en felles lov ideelt sett kan ha en samlende og pedagogisk funksjon. Et gjennomgående trekk i lovforslaget er at de delene i dagens lovregler som gir svakest vern, brukes som utgangspunkt for å utforming av det generelle vernet. Det synes å være en innebygget dynamikk i departementets forståelse av hensynet til likhet, forenkling og effektivisering at nyanser, kompleksitet og forskjeller som allerede i stor grad nedfeller seg i eksisterende regelverk, må begrunnes på nytt. Forslaget beveger seg fra en reell til en formell likestillingsmodell. Vi ønsker derfor ikke å støtte foreliggende forslag. Erfaringen så langt er at et system med flere lover har utgjort et godt utgangspunkt for en dynamisk utvikling både innenfor og på tvers av de enkelte diskrimineringsgrunnlag.

Vår skepsis til forslaget til felles lov må for øvrig ses i sammenheng med følgende momenter:

- Spørsmålet om felles lov må vurderes med utgangspunkt i den tilnærmingen som allerede er valgt på diskrimineringsfeltet. Vi står ikke i startgropen, men har en lang tradisjon for separate lover. Denne tilnærmingen startet da likestillingsloven ble vedtatt i 1978, og fortsatte med vedtakelsen av diskrimineringsloven i 2005 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven i 2008. Deretter kom den omfattende revisjonen av diskrimineringslovene i 2013, som videreførte systemet med flere lover. Det er, som en rekke svakheter ved foreliggende forslag viser, vanskelig å samle noe som har vokst frem som separate lover, i en felles lov, uten å miste viktige nyanser på veien. Et system med felles lov burde eventuelt ha vært innført på et tidligere tidspunkt.
- Det er en enorm mengde rettskilder knyttet til dagens regelverk på dette feltet. Det dreier seg om en lang rekke lovendringer, med tilhørende forarbeider, og praksis fra ombud, nemnd og domstoler. Å samle diskrimineringslovgivningen i en felles lov innebærer en stor risiko for at sentrale rettskilder blir borte for ulike rettsanvendere, som i ulik grad har kjennskap til dette rettsfeltet, fordi linjen tilbake til de gamle lovene blir vanskelig å få øye på. Departementet har gjennom å utarbeide et eget vedlegg til høringsnotatet søkt å redegjøre for gjeldende rett, for å samle trådene. Dette er en uvanlig lovgivningsteknikk (tilnærming). Høringsnotatet og vedlegget til høringsnotatet behandler imidlertid ikke uttømmende alle spørsmål som tidligere forarbeider behandler. Dette ville nærmest vært en umulig oppgave. Det er heller ikke

slik at innholdet i gjeldende rett er uomtvistet og enkelt å slå fast, og innholdet i gamle forarbeider er ikke nødvendigvis entydig. Det er dessuten, med nødvendighet, foretatt en seleksjon av relevant lovstoff i høringnotatet og i vedlegget. Dette fører til en meget krevende rettskildesituasjon ved tolking av den eventuelle nye loven. Selv om man gjennom en eventuell felles lov oppnår en positiv pedagogisk effekt isolert sett, får man en alt annen enn pedagogisk og enkel rettskildesituasjon. Ikke minst oppstår det spørsmål om forholdet mellom gamle og nye forarbeider.

- Tilnærmingen med flere diskrimineringslover gir oss et språk for å snakke om forskjeller og likheter mellom de ulike former for forskjellsbehandling og diskriminering som rammer ulike grupper. Gjennom ulike lover gis generelle prinsipper et konkret innhold i lys av noen faste referansepunkter. Vår oppfatning er derfor at den beste måten å utarbeide et diskrimineringsvern som ivaretar hensynet til et likeverdig vern for alle grupper er å beholde separate lover. Eksisterende lovforslag, særlig den sterke svekkelsen av kvinners kjønnsdiskrimineringsvern og også svekkelsen av vernet til mennesker med funksjonsnedsettelse, viser med all tydelighet de lovtekniske problemene forbundet med å foreta en balansegang mellom hensynet til et likt vern og behovet for å ta det enkelte diskrimineringsgrunnlags særpreg i betraktning. Utviklingen av et sammensatt vern har i praksis funnet sted gjennom et dynamisk samspill gjennom de enkelte lover, noe som viser hvordan dette grepet i praksis bidrar til en synergisk utvikling på tvers av de ulike lovene.
- Sist, men ikke minst vil vi understreke at likestillingsloven har en viktig historisk posisjon i Norge. Den ble arbeidet fram nasjonalt under stor politisk debatt. I lys av kjønnslikestillingsprinsippets sentrale stilling EØS-retten og FNs kvinneskillebehandlingskonvensjon, utgjør den fortsatt en diskrimineringsrettslig spydspiss. Viktige reformer, som innføring av aktivitetsplikt på alle diskrimineringsområdet, har sitt grunnlag i utviklingen på likestillingsfeltet. En samlet lov som har administrativ forenkling og effektivisering som et overordnet formål medfører, som gjennomgangen ovenfor viser, en betydelig risiko for at vernet etter de ulike diskrimineringsgrunnlagene trekkes ned i stedet for å løftes opp til det nivå som har blitt drevet fram på kjønnslikestillingsfeltet. Likestillingslovens diskrimineringsrettslige spydspissrolle vil, dersom foreliggende forslag til en enhetlig og nøytral likestillings- og diskrimineringslov vedtas, spille falitt. Dette får, som gjennomgangen ovenfor viser, ikke bare konsekvenser for kvinners diskrimineringsvern, men for dynamikken i hele diskrimineringsfeltet.

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

Oslo 22. januar 2016

Anne Hellum
Professor dr. juris

Avdelingsleder KVIBALD

Vibeke Blaker Strand
PhD førsteamanuensis

Norsk senter for menneskerettigheter