

Diskrimineringsrettens plass

Trykt i Lov og Rett nr 3-2023 s 193–200, på nett frå 11.4.2023 (betalingsmur):

[Likestillings- og diskrimineringsloven. Lovkommentar/Likestillings- og diskrimineringsrett \(idunn.no\)](https://lovkommentar.idunn.no/likestillings-og-diskrimineringsloven)

To mursteiner om diskrimineringsrett er nylig utkommet, dette gir anledning til refleksjoner over temaet. Den første var *Likestillings- og diskrimineringsloven*, av Anne Jorun Bolken Ballangrud og Margrethe Søbstad, som utkom i april 2021. Den inngår i Universitetsforlagets lovkommentarserie og er på 713 sider, den elektroniske utgaven er oppdatert. Den neste boken kom i april 2022 på Gyldendal: *Likestillings- og diskrimineringsrett*, av Anne Hellum og Vibeke Blaker Strand, på 855 sider. Den første er skrevet på fritiden av to jurister i forvaltningen, den andre av to juridiske professorer. Mer om disse bøkene nedenfor. Utgivelsene reiser spørsmål som:

Trenger vi så mange sider om dette temaet? Hvilket syn på rettsområdet flagger de to bøkene, er det noen forskjell mellom dem? Hvor stor plass har diskrimineringsretten i jusen, og hvor stor plass bør den ha? Det siste illustrerer jeg med følgende eksempel:

Har tykke mennesker krav på en gratis ekstraplass i flyet, slik at de kan sitte godt? NOU 2009: 14 *Et helhetlig diskrimineringsvern* fra Diskrimineringslovutvalget var utredningen som i første omgang ikke resulterte i noen samlet diskrimineringslov, men som la hovedlinjene for dagens lov. I drøftelsen av overvekt som mulig diskrimineringsgrunnlag hevdes det at Canadas høyesterett i en sak fra 2008 har slått fast at overvektige mennesker har rett til å få to flyseter til prisen av ett på innenlandsreiser.¹

Våre flinke bibliotekarer fant ikke denne dommen i basene, trolig fordi den ikke fantes. Diskrimineringslovutvalget hadde kanskje blandet sammen forskjellige avgjørelser?

Saken NOU-en trolig siktet til, er en avgjørelse fra det uavhengige forvaltningsorgan Canadian Transportation Agency, 10. januar 2008.² Avgjørelsen gjaldt gratis ekstra sete for personer som er funksjonshemmede på grunn av sterk fedme («severe obesity», avsnitt 433), altså ikke overvektige generelt. Avgjørelsen ble anket, og 20. november 2008 nektet Canadas høyesterett tillatelse til ankebehandling. Rådets avgjørelse ble dermed stående.³

Saken ble avgjort ut fra «the Canada Transportation Act», som fastsetter at transportsystemet skal være tilgjengelig for alle «without undue obstacle» og uten hindre for personer med funksjonshemninger. Det kanadiske transportrådet bestemte at to flyselskaper måtte innføre et "one person - one fare regime" på innenlandske flyruter (avsnitt 913). Dette innebærer at en person bare skal betale for én billett, selv om personen skal bruke to flyseter. Til da hadde selskapene praktisert «one fare per seat», én billett per sete.

Opplysningen i NOU-en gjorde mektig inntrykk på meg i 2009. Det kan være grunner for at overvektige får ett sete gratis av flyselskapet, og grunner som taler imot. Jeg så flest motargumenter. Spørsmålet er om ekstrautgiften skal belastes flyselskapet, dekkes av en offentlig stønad eller av personen selv. Dette er etter min mening et typisk fordelingspolitisk spørsmål.

¹ NOU 2009: 14 *Et helhetlig diskrimineringsvern* kapittel 12.13 Overvekt, side 141-142. Dommen angis å være fra 20. november 2008.

² [Decision No. 6-AT-A-2008 | Canadian Transportation Agency \(otc-cta.gc.ca\)](https://www.cta.gc.ca/decision/6-AT-A-2008)

³ Se transportrådets redegjørelse i [Highlights of one-person-one-fare policy decision | Canadian Transportation Agency \(otc-cta.gc.ca\) \[lest 1.12.2022\]](https://www.cta.gc.ca/decision/6-AT-A-2008), der det også fremgår at avgjørelsen ikke gjelder for overvektige som ikke er funksjonshemmede som følge av dette.

Skal så dette spørsmålet avgjøres av en diskrimineringslov? Hvis ja, bør ikke da alle kontroversielle fordelingsspørsmål avgjøres av en slik lov? Rett og slett det meste av politikken? Tvister kan da avgjøres ved en rask og skriftlig behandling i forvaltningen, av Diskrimineringsnemnda.⁴ Det kan alltid argumenteres med at den som ikke får det hun ønsker, blir diskriminert i forhold til dem som får dette, for eksempel høyere lønn eller beste karakter. Diskrimineringsretten har et stort potensial for å overta de fleste politiske konflikter, hvis vi lar den gjøre dette.

Den har også potensial for å prege de fleste rettslige konflikter, hvis vi lar den. Med Hellum og Strands ord (side 31): «Likestillings- og diskrimineringsretten legger seg utenpå, utfordrer og griper inn i rettigheter som behandles innen øvrige rettsområder [...]» De håper nok i hvert fall at det er slik. Et eksempel ser vi i HR-2022-350-A, fra februar 2022 (som ikke nevnes i denne boken, men i lovkommentaren), der en dyslektisk advokat krevde salær for 118 timer utenfor rettsmøte fordi han hadde lesevansker (ble skåret ned til 40 timer). Saken ble avgjort etter salærforskriftens § 7 om rimelig og nødvendig tidsbruk. Advokaten hevdet subsidiært at nedskjæringen var i strid med likestillings- og diskrimineringsloven § 8 om indirekte diskriminering. Dette brukte Høyesterett hele 26 avsnitt på å forkaste; en eventuell forskjellsbehandling var uansett lovlig (avsnitt 65). Til sammenligning ble det brukt 15 avsnitt på tolkningen av salærforskriften. Dette er en av få saker der Høyesterett går inn i diskrimineringsretten, så kanskje kan vi se det som en skriveøvelse? Det er allikevel vanskelig å svelge at et spørsmål som burde være opplagt, gis så mye plass i kjennelsen.

Utviklingen startet med lov om likestilling mellom kjønnene i 1978. Deretter fikk vi særlover for flere diskrimineringsgrunnlag, før lov om likestilling og forbud mot diskriminering (nr 51/2017) samlet de enkelte grunnlag i én lov: kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk og alder (§ 6). Dessuten har vi Grunnloven § 98 annet ledd fra 2014: «Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.» Grunnlovsteksten dekker tilsynelatende alle tenkelige diskrimineringsgrunnlag. Men grunnlag som faller utenfor 2017-loven, for eksempel overvekt i seg selv, kan ikke håndheves av Diskrimineringsnemnda. Formodentlig kan de håndheves av domstolene, som i så fall må ta stilling til hvilke diskrimineringsgrunnlag som er beskyttet av Grunnloven § 98.⁵

Diskriminering (ulovlig forskjellsbehandling) defineres i §§ 6-9 i likestillings- og diskrimineringsloven fra 2017. Direkte eller indirekte forskjellsbehandling innebærer at en person behandles eller stilles dårligere enn andre. I fly-eksemplet må alle som trenger to plasser, kjøpe to seter. Favorisering av enkelte overvektige kan neppe forsvares rent diskrimineringsrettslig.⁶ Det var da også transportlovgivningen som avgjorde den kanadiske saken.

Viktigst i likestillings- og diskrimineringsloven er nok § 9 om lovlig forskjellsbehandling: En kan forskjellsbehandle hvis det har et saklig formål, er nødvendig for formålet og ikke er uforholdsmessig inngripende.

⁴ Med begrenset overprøving ved domstolene: bare den som felles, kan bringe vedtaket inn der, jfr Rt. 2015 side 1313 (26) om tidligere § 12 i diskrimineringsombudsloven (nr 50/2017), se nå §§ 2 a, 11, 1 og 16, 2. Jfr Hellum og Strand, side 694.

⁵ Jfr Innst. 186 S (2013–2014) *Innstilling til Stortinget fra kontroll- og konstitusjonskomiteen* side 25, og Ballangrud og Søbstad, side 49–51. I annen retning HR-2022-350-A avsnitt 39.

⁶ Betrakninger om positiv forskjellsbehandling, lovens § 11, strekker neppe til her; dette er dessuten ikke en rettighet, jfr HR-2022-350-A avsnitt 51. – Noen vil sikkert hevde at tilfellet er indirekte diskriminering, lovens § 8.

Paragrafene 7 til 9 er trekkspill-bestemmelser. Hvem en skal sammenligne med og hva som er «uforholdsmessig inngripende», er så skjønnsmessig at nær sagt ethvert resultat kan forsvares innenfor lovens ordlyd. Vurdering av rimelighet blir avgjørende.⁷ De samme løse kriteriene vil jo gjelde ved en domstolsbehandling, men den vil være adskillig grundigere enn i nemnda.

Et sentralt spørsmål er altså hvilken gruppe vi velger å sammenligne klageren med. Hvilke «andre» er det loven sikter til i §§ 7 og 8? Opprinnelig handlet dette primært om at kvinner ble behandlet dårligere enn menn fordi de var kvinner. Sammenligningsgruppen var entydig. Nå kan det, ut fra praksis, se ut som om gruppen velges fritt ut fra hvilket resultat man ønsker.

Forarbeidene taler om: «[...] andre det er naturlig å sammenligne seg med. Hvorvidt det foreligger en sammenlignbar situasjon, beror på en konkret vurdering.»⁸

Et par lagmannsrettsdommer fra 2020 og 2021 illustrerer at synet på hva som er et «naturlig» sammenligningsgrunnlag, blir oppfattet ulikt. Begge dommer gjaldt krav om erstatning på grunn av det tidligere administrative vilkåret om sterilisering før juridisk kjønnskifte. Kravene ble forkastet. Forut for disse sakene hadde Likestillings- og diskrimineringsombudet i 2014 avgitt en uttalelse om at steriliseringsvilkåret utgjorde ulovlig indirekte forskjellsbehandling av transpersoner.⁹ Ombudet skrev: «Praksisen med å ta utgangspunkt i det biologiske kjønn [ved folkeregistreringen] er likt for hele befolkningen, men slår ulikt ut for den gruppen der det ikke er samsvar mellom biologisk kjønn og kjønnsidentiteten.» Her var sammenligningsgruppen flertallet av befolkningen.

Noe annerledes så retten på det i den første lagmannsrettssaken, LB-2018-154220. Den gjaldt A, en mann som ikke hadde sterilisert seg og som hevdet å være diskriminert fordi han ikke fikk omregistrert seg til kvinne. Borgarting lagmannsrett mente, i relasjon til indirekte diskriminering, at A måtte sammenlignes med kvinner som ikke ønsket å endre juridisk kjønn. Gjennom et intrikat resonnement kom man frem til at A var forskjellsbehandlet ut fra biologisk kjønn. Dette var allikevel lovlig, da praksisen for endring av juridisk kjønn var saklig begrunnet.

I den andre saken, LB-2018-190131, kom retten til at det ikke var noen annen gruppe i sammenlignbar situasjon: «Praksisen med å kreve diagnose, hormonell behandling og irreversibel sterilisering som vilkår for endring av juridisk kjønn var bare rettet mot transpersoner.» (Saken gjaldt en biologisk kvinne som hadde skiftet juridisk kjønn til mann.) Lagmannsretten tok uttrykkelig avstand fra ombudets vurdering i uttalelsen fra 2014 (tingrettens ord, som ble tiltrådt):

«Etter rettens syn må vurderingen av om en praksis er indirekte forskjellsbehandlende, og om den likevel er lovlig, bygge på én og samme praksis. Som det fremgår ovenfor ble det ikke gjort av ombudet. Retten er derfor ikke enig med de konklusjoner som trekkes i ombudets avgjørelse.»

Det er derfor rart at Hellum og Strand holder frem ombudets uttalelse i 2014 som eksempel på en rettskilde av god kvalitet, uten å nevne hva lagmannsretten mente om uttalelsen.¹⁰ Dette er ett av få eksempler der rettsvesenet analyserer Likestillingsombudets tankeverden, det fortjener derfor

⁷ Jfr Prop. 81 L (2016–2017) *Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)* side 127–128 jfr 119 om forholdsmissighetsvurderingen.

⁸ Prop. 81 L (2016–2017) side 104, om videreføring i ny lov side 110.

⁹ Uttalelse i sak LDO 14/840 «Diskriminering på grunn av grunn av kjønnsidentitet». I Hellum og Strand side 70 misvisende angitt som LDO 14/1667.

¹⁰ Hellum og Strand, side 69–70. De nevner at uttalelsen ble påberopt i to lagmannsrettssaker, men ikke hvilket endelikt den fikk der.

interesse.¹¹ Hellum har i en annen bok hevdet at lagmannsrettens dom er tvilsom på grunn av EØS-retten.¹²

Hvilket syn på rettsområdet har de to bøkene, og er det noen forskjell mellom dem?

Ballangrud og Søbstats lovkommentar har neppe forskningsmessige ambisjoner. Av forskning forventes nytenkning og en særlig grundighet og nøyaktighet. Grundighet er også nødvendig for en lovkommentar som skal veilede advokater, dommere og andre brukere.

Fremstillingen hos Ballangrud og Søbstad er traust og solid, som det høver seg en lovkommentar. Formålet er å «gjøre det lettere å navigere i dette landskapet og finne frem til gode og riktige løsninger på diskrimineringsrettslige spørsmål». Dette oppfylles, så langt en kan forvente i dette formatet.

Hellum og Strands *Likestillings- og diskrimineringsrett* har til formål å være en samlet fremstilling av diskrimineringsvernet og å «fortolke, forklare, systematisere og vurdere» dette (side 53). Jeg leser dette som at boken skal fremstille og vurdere gjeldende rett. Det fremgår ikke hva en eventuell forskningsmessig ambisjon består i. Foruten lovkommentaren forelå det allerede flere fremstillinger av norsk diskrimineringsrett. Vi får ikke vite på hvilken måte disse var utilstrekkelige. En juridisk forfatter bør vel forsvare nødvendigheten av sitt eget verk? Så mye tekst som vi i dag er omgitt av, er det å sette enda mer på trykk en dristig øvelse. Behovet for en oppdatering på grunn av lovendringer og praksis ivaretas av lovkommentaren.

Faget likestillings- og diskrimineringsrett er valgemne ved de juridiske fakultetene i Oslo og Tromsø. Fagets formål angis som nær identisk med bokens formål (se ovenfor). Boken er svært omfangsrik til å være lærebok for studenter, som synes å være den primære målgruppen. Mye plass går med til å fremstille «nasjonal og internasjonal rettsutvikling», som med fordel kunne vært gjenstand for en egen bok om diskrimineringsrettens historie, her og internasjonalt.

For praktikere er boken tungvint å finne frem i, fraværet av lovregister forsterker dette. Mange temaer behandles flere steder, og det er mye gjentakelser. Ofte gis referat fra forarbeider og nemndsavgjørelser uten at forfatterne tar noe klart standpunkt til hva som er riktig rett.

Boken inneholder mye nyttig informasjon, men det er ofte strevsomt å finne frem til den. Fremstillingens struktur og omfang blir et stengsel for de gode partiene. Positiv særbehandling ved opptak til utdanning er et stadig mer aktuelt tema: Adgangen til å iverksette dette behandles først som et spørsmål om EU-direktivenes virkeområde (side 176-183) og deretter side 494-497. Hellum og Strand mener (som Ballangrud og Søbstad) at det er uavklart om kjønnslikestillingsdirektivet (2006/54/EF) kommer til anvendelse utenfor arbeidsliv og yrkesrettet opplæring. Den videre drøftelse av lovligheten ender uten noen konklusjon.

Boken er ellers full av standpunkter fra forfatterne, særlig til hvordan loven burde presiseres eller endres. Det er flere gjennomgående trekk ved disse standpunktene:

Hellum og Strand mener nok at *flest mulig* saker bør kunne behandles av Diskrimineringsnemnda. Dette viser seg blant annet i drøftelsene av hvem som er «part» i diskrimineringsombudslovens forstand, hvem som har rettslig klageinteresse, og når en sak kan bringes inn (side 685-689). Hellum og Strand mener at forvaltningslovens partsdefinisjon er for snever til å favne alle som etter deres mening burde kunne klage. De nevner i denne forbindelse ikke diskrimineringsombudslovens § 2 første ledd (nr 50/2017) om at forvaltningsloven skal gjelde for nemndas virksomhet.¹³ De viser i note 2726 til nemndsavgjørelse om avvisning

¹¹ Hellum og Strand, side 70 viser bare til at dommene er behandlet av Hellum i Anne Hellum og Anniken Sørli (red.), *Frihet, likhet og mangfold*, Oslo 2021. Der står det i kapittel 10 punkt 5.3.3.

¹² Hellum i Hellum og Sørli (red.), 2021, side 331.

¹³ Den nevnes på side 646, men det at forvaltningsloven gjelder, får altså ingen konsekvenser for fremstillingen.

grunnet i forvaltningslovens partsdefinisjon i dens § 2 første ledd e. Men hverken lovens ord eller nemndas praksis synes å gjøre inntrykk på forfatterens oppfatning av gjeldende eller riktig rett, når de er uenige med nevnte kilder. Boken er med andre ord frirettslig, i betydningen ikke pålitelig for praktikere.

Diskrimineringsombudslovens § 2 nevnes heller ikke under behandlingen (side 695-698) av lovens krav i § 10 tredje ledd om at henleggelse skal grunngis. Det burde vært gjort. Rett nok er lovens betegnelse for henleggelse «beslutning» og ikke enkeltvedtak, det er likevel alltid argumenter å hente i forvaltningsloven § 25.

Diskrimineringsombudsloven faller utenfor en kommentar til likestillings- og diskrimineringsloven. Ballangrud og Søbstad har allikevel noen sider om håndheving, som kommentar til sistnevntes § 35. Her opplyses det om diskrimineringsombudsloven § 2 første ledd (side 599).

Mer egnet for sammenligning er bokenes ulike behandling av beviskravet i likestillings- og diskrimineringsloven § 37 første ledd, som lyder (min utheving):

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

Her er situasjonen at det foreligger momenter som tyder på diskriminering, men den anklagede kan fri seg ved å påvise omstendigheter som viser at dette ikke er tilfellet. Både forarbeider og rettspraksis tilsier at det vanlige norske beviskravet gjelder for anklagede, altså «mer enn 50 prosent sannsynlighet».¹⁴ Ballangrud og Søbstad fremholder at dette er tilstrekkelig.¹⁵

Hellum og Strand mener derimot at innklagede må etablere *mer* enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for at diskriminering ikke har skjedd. Presumsjonen for at diskriminering har skjedd, må motbevises, skriver de.¹⁶ Dette synes for meg å være uten substans. Når det er sannsynliggjort at diskriminering ikke har skjedd, er det ikke lenger grunn til å tro dette.

Deres begrunnelse for å skjerpe beviskravet er at den norske forståelsen av regelen er i strid med EU- og EØS-retten. Det gis intet belegg for dette fra EU-domstolens praksis, Hellum og Strand nøyer seg med å gjengi fra en rapport skrevet av to jurister, publisert av EU-kommisjonen i 2014.¹⁷ I rapporten kommenteres en dom fra konstitusjonsdomstolen i Slovakia.

Magne Strandberg har i Lov og Rett påvist at dette norske beviskravet neppe er i strid med EU/EØS-retten. EU-direktivene sier ikke noe om hva beviskravet skal være, og EU-domstolen har ikke uttalt seg om dette.¹⁸

Hellum og Strands mange påstander om at deres løsning følger av EU/EØS-retten, må etter dette nøye ettergås i hvert enkelt tilfelle. Da dette er et perspektiv «som tas systematisk opp gjennom hele denne boken» (side 73), må en altså hele tiden være på vakt.

Eksemplene ovenfor gir også inntrykk av en fremmedhet overfor vanlig juridisk tenkning og rettspraksis, som om diskrimineringsretten skulle være et univers for seg. I beviskrav-drøftelsen heter det således (side 374): «Både eldre og nyere nasjonale forarbeider, samt Høyesteretts uttalelser, bærer preg av at sivilprosessens utgangspunkter presses ned over den

¹⁴ Prop. 81 L (2016–2017) side 293 jfr 295. Nærmere i Anne Robberstad, *Hvem har bevisbyrden?*, Oslo 2021, side 77–86 med videre henvisninger.

¹⁵ Ballangrud og Søbstad, side 617–624, særlig 617 og 620.

¹⁶ Hellum og Strand, side 374–376.

¹⁷ Hellum og Strand, side 363, 373 og 375.

¹⁸ Magne Strandberg, «Beviskrav og bevisbyrde etter likestillings- og diskrimineringsloven § 37», *Lov og Rett*, 2022, side 510–529, om dette side 521–526. DOI: <https://doi.org/10.18261/lor.61.8.4>.

diskrimineringsrettslige bevisbyrderegelen [...].» Alminnelig bevisrett skal man med andre ord ha seg frabedt.

Vi som er utenfor denne sfæren, ser vel jusen som en helhet der alle delene påvirker hverandre og diskrimineringsretten ikke har noen automatisk forrang. Den har absolutt sin plass i jusen, men begrenset. Vi må ikke gi den så stor plass som de ivrigste tilhengerne forlanger, og vi må være på vakt overfor de mest frelste.